

N° 306

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011

Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 février 2011

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées (1)
*sur le projet de loi relatif au **contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité,***

Par M. Josselin de ROHAN,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Josselin de Rohan, président ; MM. Jacques Blanc, Didier Boulaud, Jean-Louis Carrère, Jean-Pierre Chevènement, Robert del Picchia, Jean François-Poncet, Robert Hue, Joseph Kergeris, vice-présidents ; Mmes Monique Cerisier-ben Guiga, Joëlle Garriaud-Maylam, MM. André Trillard, André Vantomme, Mme Dominique Voynet, secrétaires ; MM. Jean-Étienne Antoinette, Robert Badinter, Jean-Michel Baylet, René Beaumont, Jean-Pierre Bel, Jacques Berthou, Jean Besson, Michel Billout, Didier Boroira, Michel Boutant, Christian Cambon, Marcel-Pierre Cléach, Raymond Couderc, Mme Michelle Demessine, M. André Dulait, Mmes Bernadette Dupont, Josette Durrieu, MM. Jean Faure, Jean-Paul Fournier, Mme Gisèle Gautier, M. Jacques Gautier, Mme Nathalie Goulet, MM. Jean-Noël Guérini, Michel Guerry, Robert Laufoaulu, Simon Loueckhote, Philippe Madrelle, Pierre Mauroy, Rachel Mazuir, Louis Mermaz, Mme Lucette Michaux-Chevry, MM. Jean Milhau, Charles Pasqua, Philippe Paul, Xavier Pintat, Bernard Piras, Christian Poncelet, Yves Pozzo di Borgo, Jean-Pierre Raffarin, Daniel Reiner, Roger Romani, Mme Catherine Tasca.

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 70 et 307 (2010-2011)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LA GENÈSE DU PAQUET DÉFENSE	12
A. L'EXCLUSION JURIDIQUE DES BIENS DE DÉFENSE DU MARCHÉ UNIQUE EUROPÉEN.....	12
1. <i>Les dispositions du Traité</i>	12
2. <i>Les autres exclusions prévues par les textes dérivés du Traité</i>	14
3. <i>L'évolution jurisprudentielle</i>	15
a) Les décisions de la CJCE.....	15
b) Les affaires pendantes	17
B. L'ÉVOLUTION POLITIQUE AYANT DONNÉ NAISSANCE AU PAQUET DÉFENSE.....	18
1. <i>Les premières interventions de la Commission européenne en faveur d'une base industrielle et technologique de défense européenne</i>	18
2. <i>Le début des années 2000 et la « stratégie industrielle »</i>	18
C. LA NÉGOCIATION DES DIRECTIVES	21
1. <i>Ce qui a été obtenu</i>	21
2. <i>Ce qui n'a pas été obtenu</i>	21
II. LE CONTENU DU PAQUET DÉFENSE	23
A. LA STRATÉGIE INDUSTRIELLE.....	23
B. LES LEVIERS JURIDIQUES.....	24
1. <i>La fluidité des échanges – la Directive TIC</i>	24
a) Améliorer la compétitivité à l'exportation de nos industries d'armement.....	24
b) Tout en maintenant un contrôle rigoureux, dans le respect des engagements internationaux de la France.....	26
2. <i>L'harmonisation des procédures de passation des marchés – la Directive MPDS</i>	28
a) La mise en place d'un régime de passation de marché, conçu spécialement pour les contrats d'armement	29
b) La limitation des exemptions des règles du marché intérieur au strict nécessaire.....	30
III. LA TRANSPOSITION	33
A. L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE ACTUEL.....	33
1. <i>La situation en matière de contrôle des importations et des exportations</i>	33
2. <i>Les marchés publics de défense</i>	34
a) Le régime de droit commun : l'application des principes de la concurrence.....	34
b) Le régime spécifique du « décret défense » du 7 janvier 2004	35
c) Le régime spécial découlant des textes européens.....	36
B. LA SPECIFICITÉ DE CETTE TRANSPOSITION.....	37
1. <i>Concernant la transposition de la directive marchés</i>	37
a) Sur la forme : l'essentiel de la transposition se fera par voie réglementaire	37
b) Sur le fond : l'instauration d'une préférence communautaire en droit français, juridiquement absente de la directive.....	40
2. <i>Concernant la transposition de la directive transferts intra-communautaires</i>	41
a) La remise à plat de l'ensemble du dispositif français de délivrance des autorisations	41
b) La non communautarisation des autorisations administratives	41

C. LE CONTENU DU PROJET DE LOI.....	43
1. <i>La fluidité des échanges – Chapitre I</i>	43
2. <i>La création d'un nouveau régime de marchés publics – Chapitre II</i>	43
3. <i>Mesures transitoires et diverses – Chapitre III</i>	44
IV. ENJEUX ET DIFFICULTÉS	45
A. DES RISQUES IMPORTANTS	45
1. <i>L'ouverture asymétrique des marchés de défense et de sécurité</i>	45
a) Les conséquences de l'absence de préférence communautaire au niveau européen	45
b) La nécessité de mettre en place des verrous	47
2. <i>Le risque de détournement de la prohibition des compensations</i>	50
a) Le principe de la prohibition des offsets	50
b) Le risque de détournement.....	52
B. DES OPPORTUNITÉS NOUVELLES	53
1. <i>La plus grande ouverture des autres marchés européens</i>	53
2. <i>La simplification des procédures</i>	56
CONCLUSION	59
EXAMEN DES ARTICLES	61
CHAPITRE PREMIER - CONTRÔLE DES IMPORTATIONS ET EXPORTATIONS DES MATÉRIELS DE GUERRE	61
• <i>Article premier Création du nouveau régime de contrôle des importations et exportations des matériels de guerre</i>	62
• <i>Article 2 Contrôle des agents habilités au sein des entreprises</i>	87
• <i>Article 3 Sanctions pénales</i>	88
• <i>Article 4 Simplification des formalités douanières</i>	90
CHAPITRE II COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS MARCHÉS DE DÉFENSE	91
• <i>Article 5 Régime spécial des marchés de défense ou de sécurité pour les entités soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 et dispositif législatif instituant une préférence communautaire sur ces marchés</i>	91
• <i>Article 6 Modalités de recours contre les marchés de défense</i>	101
CHAPITRE III DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES	104
EXAMEN EN COMMISSION	109
ANNEXE I - PRINCIPALES MESURES PROTECTIONNISTES AMÉRICAINES	122
ANNEXE II - PRÉSENTATION DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS LES AUTRES ETATS	130
ANNEXE III - LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES DANS LE CADRE DE L'EXAMEN DU PROJET DE LOI	133

ANNEXE IV - AUDITIONS	135
• Audition de M. Alain Juppé, ministre d'État, ministre de la défense et des anciens combattants	135
• Audition de M. Laurent Collet-Billon, délégué général à l'armement	140
• Audition des représentants du Conseil des industries de défense françaises (CIDEF) : M. Eric Trappier, président de la commission européenne, M. Gilbert Font, président de la commission des affaires administratives et M. Didier Brugère, vice-président de la commission de la défense	149
• Audition de M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes	160
TABLEAU COMPARATIF	168

EXPOSÉ GÉNÉRAL

Mesdames, Messieurs,

Le Parlement européen et le Conseil ont adopté en 2009 le « paquet défense ». Ce paquet est formé de deux directives qui trouvent leur fondement dans une communication antérieure de la Commission européenne. Il s'agit de :

- **la communication** de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions **du 5 décembre 2007, intitulée : « stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive » ;**

- **la directive 2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté ;** plus communément dénommée « transferts intra-communautaires » (TIC) ;

- **la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 « relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés** de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices **dans les domaines de la défense et de la sécurité,** et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE » ; plus communément dénommée « marchés publics de défense et de sécurité » (MPDS).

La communication de 2007 pose l'équation fondatrice selon laquelle : la politique européenne de sécurité et de défense (PESD), rebaptisée par le traité de Lisbonne politique de sécurité et de défense commune (PeSDC), ne peut se passer d'une base industrielle et technologique de défense forte en Europe (BITDE) et que seule une BITDE compétitive peut donner à l'Europe les moyens de concevoir et de fabriquer des équipements de défense de manière autonome et à un coût abordable.

La première directive de mai 2009 simplifie les conditions des transferts de produits liés à la défense au sein de l'espace économique européen. Elle doit être transposée avant le 30 juin 2011.

La seconde directive de juillet 2009 harmonise les règles émanant des codes de marchés publics des Etats membres pour permettre une meilleure transparence et plus de concurrence dans le processus d'achat des équipements de défense. Elle doit être transposée avant le 21 août 2011.

Ensemble, ces textes marquent un tournant par rapport au régime dérogatoire des règles du marché unique qui régit la production et l'achat d'armement. Ce régime, fondé sur l'article 296 du traité des Communautés européennes, devenu le nouvel article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), permet à chaque Etat d'éviter de recourir à la concurrence, chaque fois qu'il estime que ses intérêts essentiels en matière de sécurité sont en jeu.

L'interprétation extensive de cet article avait permis à certains Etats européens de protéger leurs industries de défense de toute ouverture à la concurrence européenne. Cette utilisation abusive, allant jusqu'à fermer des marchés civils en évoquant de faux motifs liés à la préservation des intérêts de sécurité, pénalisait les Etats membres ayant une forte industrie de défense. Cela avait conduit à un contentieux naissant devant la Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE)¹ sur le bien fondé du recours à l'article 296.

Face au risque d'extension jurisprudentielle du domaine de la libre concurrence, les industriels européens ont milité en faveur d'une réglementation plus claire. C'est ce qui a donné naissance aux directives du paquet défense, qui ont été finalisées pendant la présidence française de l'Union européenne (PFUE) au second semestre 2008.

Si le droit issu des négociations préserve la spécificité des marchés de défense et de sécurité d'une application mécanique des règles du marché, il n'impose pas formellement une clause de préférence communautaire, même si les outils juridiques contenus dans les directives s'en rapprochent.

Pourtant, l'émergence d'une authentique BITDE suppose l'existence d'une préférence communautaire comme d'un principe de réciprocité.

C'est dire l'importance de cette transposition. Il revient au Législateur national de trouver un juste équilibre entre, d'une part, une salubre ouverture à la concurrence qui stimulera l'innovation, améliorera la compétitivité des entreprises et permettra aux Etats de réduire les coûts d'acquisition des biens d'équipement, et d'autre part, une trop grande ouverture qui détruirait bon nombre d'entreprises et nous rendrait trop dépendants d'armes fabriquées par d'autres pour assurer notre propre défense.

C'est dire également la nécessité pour notre Parlement de rester vigilant sur les évolutions futures du droit européen. Le droit qui vient d'être écrit par le Parlement européen et le Conseil sera amené à évoluer. Il est possible qu'un « paquet défense II » voie le jour à plus ou moins longue échéance. Il faudra alors veiller en particulier à ce que celui ne soumette pas les programmes de R & D de défense au libre jeu de la concurrence car cela conduirait à faire financer les entreprises des Etats qui font le moins d'effort

¹ La CJCE est devenue la CJUE – Cour de Justice de l'Union européenne, depuis le Traité de Lisbonne.

en matière de défense par les contribuables des Etats qui en consentent le plus. Cela ne serait pas acceptable.

Qu'il soit permis à votre rapporteur, dans cette introduction, de faire cinq observations générales.

La première est que la production et le commerce des armes de guerre et de leurs munitions ne pourront jamais être considérés comme une production et un commerce ordinaires.

Fabriquer des armes de guerre pour les armées n'est pas produire des biens de consommation pour le public. Les utiliser, dans le respect des règles internationales, est du monopole légitime de l'Etat. En autoriser l'exportation est un acte politique. En importer suppose d'avoir une grande confiance en l'Etat qui les fournit, dans sa volonté de continuer les approvisionnements.

Un Etat peut être souverain sans pour autant produire d'armes. Mais aucun Etat souverain digne de ce nom ne peut rester indifférent à la production ni au commerce de ses armes.

Par ailleurs, un Etat peut-il être indépendant sans base industrielle de défense (BID) autonome ?

La France considère qu'une BID autonome est l'une des conditions de son indépendance.

D'autres pays en Europe, ou ailleurs, ont apporté à cette question une réponse plus nuancée, soit qu'ils n'aient pas les moyens d'entretenir une base industrielle autonome, soit qu'ils estiment avoir une communauté de destin avec un Etat ou une alliance plus forte.

Il est pourtant évident que l'industrie de défense est l'un des moteurs du développement économique et de la puissance industrielle d'un pays, ou d'une communauté de pays dans le cas de l'Europe.

La R&D en matière de défense est particulièrement innovante. C'est, par construction, une R&D de « rupture », puisqu'il s'agit de réaliser des armes apportant un avantage décisif sur les autres et donc de mettre en œuvre des technologies qui n'existent pas.

Elle s'oppose en cela à la R&D civile qui est plus souvent « incrémentale ». C'est pour cette raison que la R&D militaire est stratégiquement importante et que les programmes d'armement sont, en règle générale, plus longs et plus coûteux que prévu.

Beaucoup d'innovations viennent de la R & D militaire et profitent à l'ensemble de l'économie. Aux Etats-Unis, il n'y aurait peut être pas eu de réseau Internet sans les militaires. En Europe, il n'y aurait pas eu de fusée Ariane sans les missiles de la force de dissuasion. En France, il n'y aurait pas eu d'Airbus sans Concorde, ni de Concorde sans Mirage IV. C'est pour résoudre des problèmes de radars qu'ont été développées des technologies de puissance micro-ondes qui sont utilisées dans les accélérateurs de particules et autres générateurs de rayonnement (synchrotrons). De même les technologies

explorées par les radaristes (« compression d'impulsions » « filtres adaptés » « spectre étalé ») sont à l'origine de nos télécommunications modernes. Enfin, on ne peut passer sous silence les bénéfices civils des techniques d'observation spatiale et de géo-localisation développées à des fins militaires.

C'est pour cette raison que les pays importateurs d'armes de guerre demandent des compensations industrielles (*offsets*) afin d'acquérir des compétences industrielles qu'ils n'ont pas et qu'ils recherchent dans des secteurs jugés par eux stratégiques, mais également pour maintenir des emplois sur le sol national.

La seconde observation porte sur la nature de la présente transposition qui permet une indéniable modernisation de notre droit. Cette directive, comme la plupart des directives européennes, laisse une marge de manœuvre importante aux pouvoirs législatifs nationaux. Cette marge peut être utilisée afin de réexaminer la législation nationale, de moderniser les procédures, et de se débarrasser des archaïsmes en s'inspirant des meilleures pratiques européennes. **C'est ce qu'a fait le gouvernement dans le cadre de la transposition de la directive TIC**, en remettant à plat le système législatif actuel et en lui substituant un nouveau dispositif beaucoup plus efficace. **Votre rapporteur ne peut que l'en féliciter.**

Cette mise à niveau des textes législatifs fait partie intégrante de la **compétitivité normative**. Il appartient au législateur de veiller à ce qu'elle soit la meilleure possible tout en restant strictement fidèle au texte européen de la directive de manière à assurer la sécurité juridique de la transposition.

La troisième observation a trait au fait que les directives du paquet défense ont été élaborées **avant la crise financière** et que l'on peut y voir l'avancée d'une **Europe de la défense davantage orientée vers les marchés que vers les Etats**, consécration de la théorie anglaise dite de la *best value for money*.

Les directives du paquet défense n'auraient-elles pour seul effet que de nous permettre d'acquérir nos armes à moindre coût, ce serait déjà un avantage à ne pas dédaigner dans un contexte budgétaire contraint.

Ensemble, avec d'autres instruments juridiques, tels que les traités de Londres de novembre 2010, ces directives nous permettront de continuer à faire avec des partenaires choisis ce que nous ne serions plus capables de faire seul.

Quatrièmement, votre rapporteur tient à saluer l'excellente qualité de l'étude d'impact qui accompagne le texte transmis par le Gouvernement, ainsi que la grande diligence et efficacité de l'ensemble des services de l'Etat concernés pour répondre aux diverses demandes qu'il a eu à formuler.

Enfin, votre rapporteur tient à féliciter les initiatives de nos collègues Yves Fromion, député, auteur d'un rapport remarqué sur la directive transferts intracommunautaires¹ et Daniel Reiner², sénateur, qui a su éclairer utilement les travaux de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat sur la directive marchés publics de défense.

* * *

*

¹ Rapport de la mission confiée par M. le Premier ministre sur la transposition de la directive européenne simplifiant les transferts intracommunautaires d'équipements de défense. Conséquences du Traité de Lisbonne sur les capacités militaires et les programmes d'armement de l'Union européenne. Yves Fromion, député du Cher, Paris, Assemblée nationale, le 30 juin 2010 et audition par la Commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat, le 13 octobre 2010 – voir :

<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20101011/etr.html#toc5>

² Voir communication de M. Daniel Reiner, sénateur, sur la transposition de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux dans les domaines de la défense et de la sécurité :

<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20101004/etr.html#toc2>

I. LA GENÈSE DU PAQUET DÉFENSE

Contrairement à ce qui est souvent affirmé, le commerce des armes a toujours figuré, virtuellement, dans le champ d'application du marché commun. C'est par dérogation à ce principe qu'un article du Traité de Rome prévoit que les États peuvent, sous certaines conditions, déroger aux règles du marché unique lorsqu'ils estiment que leur « intérêts essentiels de sécurité » sont en jeu pour une liste d'armes de guerre et de munitions, longtemps tenue secrète. C'est l'évolution potentielle de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés, plus que la détermination de faire avancer l'Europe de la défense, qui a fait naître le « paquet défense ».

A. L'EXCLUSION JURIDIQUE DES BIENS DE DÉFENSE DU MARCHÉ UNIQUE EUROPÉEN

1. Les dispositions du Traité

Le Traité de Rome de 1957 comportait un article 223 excluant les équipements de défense de la compétence communautaire. Son domaine d'application est détaillé dans une liste adoptée par les États membres de la CEE le 15 avril 1958, toujours en vigueur. Cet article, introduit à la demande de la France, est devenu, lors des révisions successives de ce Traité, l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne (TICE) puis l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Il dispose :

« Article 346 :

1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après:

a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;

b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.

2. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent. [voir encadré ci-après]

LISTE DES ARMES, MUNITIONS ET MATERIELS DE GUERRE ENTRANT DANS LE CHAMP DE L'ARTICLE 346 DU TFUE

La liste de 1958 a été rendue publique en 2001 par le Conseil, en réponse à une question écrite du parlementaire européen Bart Staes (question écrite E-1324/01 – réponse 27 septembre 2001). Elle identifie quinze catégories d'« armes, munitions et matériel de guerre, y compris les armes nucléaires auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 296, paragraphe 1, point b) du traité de Rome :

- « 1. Armes à feu portatives et automatiques ;
- « 2. Matériel d'artillerie et lance-fumées, gaz, flammes ;
- « 3. Munitions destinées aux armes reprises aux articles 1 et 2 ;
- « 4. Bombes, torpilles, roquettes et engins guidés ;
- « 5. Matériel de conduite du tir à usage militaire (calculateurs, appareils de pointage, télémètres, indicateurs de position, altimètres, dispositifs d'observation électroniques, gyroscopiques, viseurs et périscopes) ;
- « 6. Chars et véhicules spécialement conçus pour l'usage militaire ;
- « 7. Agents toxiques ou radioactifs (y compris les matériels pour la détection, l'identification et la protection) ;
- « 8. Poudres, explosifs et agents de propulsion liquides ou solides ;
- « 9. Navires de guerre et leurs équipements spécialisés ;
- « 10. Aéronefs et leurs équipements à usage militaire ;
- « 11. Matériel électronique pour l'usage militaire ;
- « 12. Appareils de prise de vues spécialement conçus pour l'usage militaire ;
- « 13. Autres équipements et matériel (parachutes et matériel de parachutage, matériel de franchissement de cours d'eau spécialement conçu pour usage militaire, projecteurs à commande électrique à usage militaire) ;
- « 14. Parties et pièces spécialisées du matériel repris dans la présente liste pour autant qu'elles aient un caractère militaire ;
- « 15. Machines, équipement et outillage exclusivement conçus pour l'étude, la fabrication, l'essai et le contrôle des armes, munitions et engins à usage uniquement militaire repris dans la présente liste ».

Cette liste est toujours en vigueur et peut être combinée avec le catalogue défini dans le cadre du Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportation d'armements, adopté par le Conseil de l'Union le 8 juin 1998. Ce code comporte une liste commune des équipements militaires de l'Union européenne (LCEM) dont la dernière version date du 25 avril 2005.

Vingt-deux catégories d'équipements sont recensées, correspondant à l'évolution des matériels et des technologies de défense par rapport à ce qui était la norme en 1958.

La portée de cet article qui donne aux Etats un pouvoir discrétionnaire en matière de règles à appliquer dans le domaine du marché des équipements de défense a toutefois toujours été limitée par un autre article du traité : l'article 298, désormais article 348 du TFUE, qui dispose que :

« Article 348

« Si des mesures prises dans les cas prévus aux articles 346 et 347 ont pour effet de fausser les conditions de la concurrence dans le marché intérieur, la Commission examine avec l'État intéressé les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être adaptées aux règles établies par le présent traité.

« Par dérogation à la procédure prévue aux articles 238 et 239, la Commission ou tout État membre peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne, s'il estime qu'un autre État membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus aux articles 346 et 347. La Cour de justice statue à huis clos ».

Ces dispositions du traité européen n'ont jamais été remises en cause dans le cadre des négociations de l'Organisation Mondiale du Commerce. L'accord sur les marchés publics (AMP), tel qu'il est issu des différents rounds de négociation en 1994, prévoit en effet que :

« Article XXIII

« Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une partie quelconque de prendre des mesures 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 matériels de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale ».

2. Les autres exclusions prévues par les textes dérivés du Traité

Pour mémoire, on signalera que l'article 14 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et l'article 21 de la directive 2004/17/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux prévoient, outre le cas de protection des intérêts essentiels de la sécurité déjà prévu par l'article 346 du TFUE, deux autres cas de non application des règles du marché qu'elles établissent, chacune pour ce qui la concerne :

- lorsque les marchés sont **déclarés secrets** par les Etats-membres ;
- lorsque leur exécution doit s'accompagner de **mesures particulières de sécurité**, conformément aux dispositions législatives,

réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré.

3. L'évolution jurisprudentielle

a) Les décisions de la CJCE

Jusqu'aux années 1980-1990, les Etats ont interprété l'article 296 de façon très variable. A partir des années 1980, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), gardienne des Traités communautaires, profitant du développement croissant du caractère dual de certaines composantes des équipements de défense a commencé à élaborer une jurisprudence et à jouer un rôle dans la définition du périmètre de l'article 296.

Dans un premier arrêt en date du 15 mai 1986, (arrêt « Johnston », point 26) la CJCE a considéré que :

« Le Traité [de Rome] ne prévoit des dérogations applicables en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique que dans ses articles 36, 48, 56, 223 [296 du TICE] et 224 qui concernent des hypothèses exceptionnelles bien délimitées. En raison de leur caractère limité, ces articles ne se prêtent pas à une interprétation extensive et ne permettent pas d'en déduire une réserve générale, inhérente au Traité, pour toutes mesures prises au titre de la sécurité publique. »

L'importance de cet arrêt, qui ne concerne pas les questions de l'armement, tient à ce qu'il affirme en premier lieu la compétence de la Cour pour juger du bien-fondé de l'application des exceptions de sécurité publique, et en second lieu que ces dérogations ne sont pas absolues. L'article 296 fait partie de ces mesures et de ce fait, il rentre dans le domaine de la compétence de la CJCE. En matière d'équipements de défense, les Etats sont souverains en ce qui concerne l'organisation et la régulation d'un marché européen mais doivent prendre en compte le cadre juridique général de la Communauté/Union européenne.

Dans un second arrêt, en date du 16 septembre 1999 (arrêt « Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne » point 22) la CJCE a considéré que :

« il appartient à l'Etat membre qui entend se prévaloir de ces exceptions de fournir la preuve que ces exonérations ne dépassent pas les limites des dites hypothèses [exceptionnelles]. »

Cette décision est très importante car elle concerne directement l'application de l'article 296. Dans cette affaire, le gouvernement espagnol avait invoqué cet article pour ne pas appliquer une directive communautaire au régime de la TVA. Le 14 mai 1987, le Parlement espagnol a voté une loi « relative aux dotations budgétaires pour les investissements et les frais de

fonctionnement des forces armées » qui contenait une disposition qui exonérait de la TVA, « avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1986, les importations en Espagne de produits provenant d'autres États membres, y compris les livraisons d'armement, de munitions et de matériel à usage exclusivement militaire ».

La Commission européenne a considéré que cette exception violait les termes de la sixième directive sur la TVA, adoptée par le Conseil de la CEE en 1977 (77/388), sauf dans le cas d'une clause relative aux aéronefs et bâtiments de guerre. Le gouvernement espagnol a alors invoqué dans sa défense l'article 296 et a développé l'argument que :

« La loi espagnole, prorogée par la loi n° 9/90, doit être comprise comme ayant été promulguée sur le fondement de cet article [296 du TICE], car l'exonération de la TVA constitue une mesure nécessaire aux fins de garantir la réalisation des objectifs essentiels du plan stratégique global et, notamment, pour assurer l'efficacité des forces armées espagnoles dans la défense nationale et dans le cadre de l'Organisation du Traité de l'Atlantique nord ».

LA CJCE a donné raison à la Commission contre le Royaume d'Espagne au motif que l'Etat espagnol n'avait pas pu justifier de manière précise en quoi l'exonération de la TVA était nécessaire à l'accomplissement des « objectifs essentiels du plan stratégique global ». Les Etats, selon cette jurisprudence, doivent justifier et préciser au cas par cas pourquoi ils invoquent et appliquent les exceptions de sécurité publique du TICE.

Cette décision a limité les prérogatives étatiques et ouvert des perspectives d'intervention sur le marché européen des équipements de défense pour la Commission et l'Agence européenne de défense.

Dans un arrêt en date du 8 avril 2008, « *Commission des Communautés européennes contre République italienne* » (C-337/05), la CJCE a indiqué que l'achat, par l'Etat italien, d'hélicoptères à double usage, civil et militaire, ne relève pas des dispositions de l'article 346 TFUE et aurait donc dû respecter les règles de passation des marchés publics.

Dans un arrêt en date du 2 octobre 2008 « *Commission des Communautés européennes contre République italienne* » (C 157/06) la CJCE a estimé que, en ayant adopté un décret du ministre de l'Intérieur autorisant la dérogation à la réglementation communautaire en matière de marchés publics de fournitures pour l'achat d'hélicoptères légers destinés aux besoins des forces de police et du corps national des pompiers, sans qu'aucune des conditions susceptibles de justifier une telle dérogation soit remplie, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de droit européen des marchés publics.

b) Les affaires pendantes

En avril 2008, la République tchèque a décidé d'acheter des avions de transport militaire tactiques de type CASA-295M, pour une valeur de 132 millions d'euros.

La Commission européenne a traduit la République tchèque devant la CJCE pour non-respect de l'obligation qui lui incomberait, en vertu du droit européen, de recourir à la procédure d'adjudication publique.

Les autorités tchèques ont estimé que le choix de cette procédure ne se justifiait pas étant donné que les avions seraient essentiellement utilisés pour des missions militaires, c'est-à-dire pour la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat tchèque.

En mai 2009, la Commission avait envoyé à la République tchèque un avis motivé, qui constitue la deuxième étape de la procédure d'infraction, en lui demandant de respecter le droit de l'UE. La République tchèque n'ayant pas donné de suite satisfaisante à cet avis, la Commission a décidé de porter l'affaire devant la Cour de justice en octobre 2010.

En 2009, la Grèce a décidé d'acheter des batteries pour sous-marins. En novembre 2010, la Commission européenne a décidé de demander à la Grèce de veiller à se conformer pleinement aux règles de passation des marchés publics en ce qui concerne l'attribution d'un marché portant sur des batteries pour sous-marins.

La Commission craint que la Grèce n'ait enfreint les règles de passation des marchés publics de l'UE en incluant des exigences discriminatoires dans l'appel d'offres, qui pourraient favoriser les produits grecs par rapport à des produits similaires fabriqués ailleurs dans l'Union.

La Commission est d'avis que l'allégation des autorités grecques selon laquelle les exigences discriminatoires sont nécessaires pour des raisons de sécurité nationale n'est pas fondée. Les règles de passation des marchés publics visent à garantir une concurrence juste et transparente en matière de marchés publics en Europe afin d'ouvrir des perspectives aux entreprises européennes tout en veillant à l'utilisation optimale des deniers publics. La demande officielle adressée à la Grèce prend la forme d'un avis motivé. Si la Grèce n'y répond pas de façon satisfaisante dans les deux mois, la Commission pourra saisir la CJCE.

Cette évolution de la jurisprudence est indéniablement positive en ce qu'elle limite les abus constatés de l'application par certains Etats des dispositions de l'article 346. La réaction des Etats membres et de la Commission montrent néanmoins la volonté de définir les règles applicables aux marchés de défense dans le droit européen sans laisser à la seule jurisprudence le soin de l'élaborer. C'est cette volonté qui a abouti à la négociation puis à l'adoption des deux directives du « paquet défense ».

B. L'ÉVOLUTION POLITIQUE AYANT DONNÉ NAISSANCE AU PAQUET DÉFENSE

1. Les premières interventions de la Commission européenne en faveur d'une base industrielle et technologique de défense européenne

En 1996, l'**OCCAR**, (organisation conjointe de coopération en matière d'armements) est créée par l'Allemagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni afin de gérer de façon intelligente les programmes en coopération.

En 1997, la Commission européenne publie une communication intitulée « **mettre en œuvre la stratégie de l'Union européenne en matière d'industries liées à la défense** » dans laquelle elle prône pour la première fois la naissance d'un marché européen des équipements de défense. Mais cette communication restera lettre morte, en raison de l'opposition formelle du Conseil européen.

Néanmoins en juillet 2000 au salon de Farnborough, six nations européennes (Allemagne, France, Espagne, Royaume-Uni, Belgique, Turquie) désignent l'**A400M d'Airbus Military** comme le prochain avion de transport militaire européen et donnent enfin un tour concret à cette volonté de créer un MEED.

En 1998, outre la déclaration franco-britannique de Saint Malo en faveur d'une défense européenne, est mise en place une « **lettre d'intention** » (*Letter of Intent ou LoI*) entre les six nations qui sont les plus gros producteurs d'armements européens et dont l'objet est de définir des mesures facilitant la restructuration des industries de défense.

En 2001, au sommet européen de Laeken, la défense européenne est déclarée « opérationnelle » avec la mise en place du **COPS** (comité politique et de sécurité), du **CMUE** (comité militaire) et de l'**EMUE** (état-major).

2. Le début des années 2000 et la « stratégie industrielle »

En 2003, la Commission européenne publie la **communication** : « **vers une politique européenne communautaire en matière d'armements** ». Il s'agit d'un programme d'action destiné à encourager la mise sur pied d'un authentique marché européen des équipements de défense (MEED). Ce programme d'action vise d'une part, à améliorer le cadre réglementaire régissant le MEED et, d'autre part, à rendre plus cohérent l'effort européen en matière de recherche.

Dans cette perspective, sept initiatives ont été proposées dans les domaines de la normalisation, de la connaissance statistique des entreprises, des transferts intracommunautaires de composants d'équipement de défense,

des règles de concurrence, des règles de passation des marchés, du contrôle des exportations de biens à double usage et enfin de l'identification des besoins communs en matière de recherche, préfiguration fonctionnelle de l'Agence européenne de défense.

Le 12 juillet 2004, l'Agence européenne de défense (AED) est créée afin de soutenir les efforts de défense de l'Union européenne. L'Agence est créée par une action commune du Conseil et de la Commission. La mise en place de cette agence était du reste prévue depuis la publication en 2003 du projet de traité constitutionnel de la Convention européenne. Le principe de cette création a été confirmé par le Conseil européen de Thessalonique en juin 2003. L'Agence est alors placée sous l'autorité de Javier Solana, secrétaire général à la fois du Conseil de l'Union Européenne et de l'Union de l'Europe Occidentale, et Haut responsable pour la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Depuis le 1^{er} décembre 2009, c'est Catherine Ashton, en qualité de Haut Représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, qui en est le « chef » et, depuis décembre 2010, une française, Claude-France Arnould en est le troisième directeur.

En septembre 2004, la Commission publie un Livre vert sur les marchés publics de défense présentant une analyse sans concession de la situation et ouvrant une consultation aux Etats, aux entreprises et aux groupes de réflexion. Les contributions recueillies ont confirmé la mauvaise application, largement répandue, de l'article 296 du traité instituant la communauté européenne (TICE)

Selon la Commission, le recours excessif à cet article a eu pour effet de retarder les indispensables restructurations de l'industrie européenne de l'armement, singulièrement de l'armement terrestre. Il en est résulté un marché fragmenté, une duplication des programmes et certainement un accroissement des coûts, dont le contribuable a finalement payé la note. C'est pourquoi la Commission a souhaité instituer des règles communes permettant de limiter progressivement le recours à l'article 296.

Les voies ouvertes par le livre vert à la consultation présentaient clairement l'alternative :

- mieux expliciter le cadre réglementaire communautaire existant au travers d'un instrument législatif non contraignant tel qu'une « communication interprétative » de la Commission ;
- compléter le cadre réglementaire communautaire par un instrument spécifique, tel qu'une directive.

Dans le même esprit, les ministres européens de la défense réunis en comité de pilotage de l'Agence européenne de défense ont adopté le 21 novembre 2005 un « code de conduite » pour les marchés de l'armement. Ce code de conduite concerne tous les contrats de fourniture de biens et services de défense d'une valeur d'au moins un million d'euros. Il a pour objectif, sur une base volontaire et non contraignante, de permettre un traitement juste et égal des fournisseurs en assurant une transparence égale entre concurrents européens.

Mais cette réponse hâtive et ambiguë ne faisait que traduire la division des Etats sur la question et leur hostilité à voir cette question échapper au domaine des relations intergouvernementales pour entrer dans le champ de compétence de la Commission. La dynamique de ce régime intergouvernemental semble s'être essoufflée assez rapidement, certains Etats membres ne respectant pas la philosophie de publication volontaire des appels d'offre.

En décembre 2005, la Commission a annoncé deux initiatives :

- une « communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense », qui sera finalement adoptée le 7 décembre 2006 ; cette communication souligne le caractère exceptionnel de la dérogation offerte par l'article 296 et donne des indications aux autorités adjudicatrices nationales pour évaluer si les contrats de marchés publics peuvent être exemptés des règles communautaires ou non ;

- une consultation ciblée, réalisée auprès des acteurs concernés, en 2006. Un questionnaire a été rédigé à cet effet par la Commission et envoyé à plus de cent quarante organisations, Etats-membres et syndicats industriels. Les résultats de cette consultation firent apparaître que, pour la grande majorité des parties intéressées, les conditions générales prévalant sur le marché étaient impropres à garantir la compétitivité à long terme des besoins en capacités de l'Europe de la défense. Bon nombre d'entre elles évoquaient des obstacles tels que l'absence de règles communes applicables à un marché européen des équipements de défense, la relation commerciale déséquilibrée en matière de défense entre l'Union et les Etats-Unis et le manque de coordination entre les Etats-membres en ce qui concerne la recherche et les technologies relevant de la défense.

Forte des résultats de cette consultation, la Commission européenne a présenté à l'automne 2007, un ensemble de trois propositions formant ensemble le « paquet défense ».

Après une longue période de négociation, les deux directives formant le « paquet défense » ont présentées à la Commission en décembre 2007 et adoptée définitivement par le Parlement européen le 14 janvier 2009. Transmises aux Etats membres, elles doivent être transposées en droit national avant le 30 juin 2011 (directive TIC) et avant le 21 août 2011 (directive MPDS).

C. LA NÉGOCIATION DES DIRECTIVES

La rédaction finale des deux directives, en particulier la directive MPDS, est le résultat de divers compromis entre des intérêts divergents des Etats membres, mais aussi des industriels.

S'agissant des Etats-membres le clivage attendu était celui opposant les pays producteurs d'armement, essentiellement les six pays de la LoI et les autres, mais aussi entre la France et la Grande-Bretagne, en raison du lien particulier de ce pays avec les Etats-Unis.

Concernant les industriels, leurs intérêts différaient en fonction de leur taille ou de leur position dans la chaîne d'acquisition (grands groupes – équipementiers - PME – maîtres d'œuvre - fournisseurs).

1. Ce qui a été obtenu

L'action combinée des industriels et des autorités françaises chargées de la négociation a permis :

- d'introduire le considérant 18 dans la Directive, permettant de disposer d'une référence rappelant que l'accès aux marchés de défense et de sécurité demeure dans le champ de la souveraineté des Etats membres, ce qui leur permet notamment d'autoriser ou non des opérateurs économiques de pays tiers à participer à une procédure de passation de marché organisée par eux ;
- de préciser que les marchés de R&T au sens français sont, soit exclus du champ d'application de la directive, soit l'objet d'une procédure sans mise en compétition, afin de préserver la possibilité de mener une politique industrielle visant à développer et maintenir des compétences critiques ou sensibles ;
- de conserver l'exclusion des marchés en coopération ;
- d'instituer la procédure négociée comme procédure de droit commun ;
- d'inciter à plus de transparence dans l'attribution des sous contrats, ce qui devrait réduire drastiquement, comme le souhaitait la Commission, les demandes de compensation.

2. Ce qui n'a pas été obtenu

Les négociations n'ont pas permis d'obtenir :

- la prise en compte formelle de la préférence communautaire, qui était une demande de la France sous PFUE dans le cadre des négociations. Cette demande n'a été soutenue par aucun autre Etat membre. Elle a même été

considérée par le gouvernement britannique comme une proposition anti-américaine. Il n'était pas question que la France puisse dicter des conduites en matière d'achat susceptible d'empêcher le gouvernement britannique d'acheter à son partenaire habituel, les Etats-Unis. Les autres Etats membres qui habituellement achetaient américain, en particulier la Pologne, ont fermement soutenu le gouvernement britannique. La Commission estima quant à elle, que ce n'était pas le rôle de la directive de traiter ce sujet. La France n'a obtenu que le considérant 18 dans la directive, qui n'institue pas en droit la préférence communautaire puisqu'il n'est pas juridiquement contraignant.

- la prise en compte dans les appels d'offre de la « valeur ajoutée européenne », qui eût été une façon moins tranchée d'instaurer une clause de préférence communautaire, a elle aussi été écartée pour les mêmes raisons ;
- la prise en compte de la notion de réciprocité. L'action du CIDEF en ce sens n'a pas été soutenue par ses homologues européens à de rares exceptions près (Allemagne et Espagne) ;
- l'extension de la procédure négociée sans publicité préalable étendue aux développements en spirale, ou aux contrats de production à la suite des contrats de développement industriels ;
- la non-communication par les Etats d'informations sur leurs projets de contrats en coopération (coût global, part de R&D, *cost-sharing* entre Etats, quantités commandées par Etat), étant donné que ces contrats en coopération n'entrent pas dans le champ de cette directive. Cette disposition a été maintenue, la Commission européenne voulant éviter que des Etats, avec un minimum d'investissement en R&D, n'utilisent ce dispositif afin d'acquérir sans mise en concurrence des équipements.
- la prise en compte des contrats du type FMS (*Foreign Military Sales* – vente d'Etat à l'Etat) dans le champ de la Directive.

En conclusion, le point le plus important nous semble être l'absence de reconnaissance juridique formelle de la clause de préférence communautaire et de l'obligation de réciprocité pour l'ouverture des marchés.

Il n'existe pas non plus de procédure de reconnaissance réciproque des autorisations d'exportation et d'importation, le contrôle des Etats sur les entreprises d'armement restant complet à tous les stades de la production à la commercialisation.

II. LE CONTENU DU PAQUET DÉFENSE

A. LA STRATÉGIE INDUSTRIELLE

La communication intitulée « stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive » de 2007 énonce, notamment que :

« La politique européenne de sécurité et de défense (PESD) ne peut se passer d'une base industrielle et technologique de défense forte en Europe. Cette politique a pour but de doter l'Union européenne des capacités nécessaires pour lui permettre d'agir de manière autonome en cas de crise internationale, sans préjudice des actions menées par l'OTAN. C'est la base industrielle et technologique de défense (BITD) qui fournit les moyens de faire face aux défis mondiaux en matière de défense, ainsi qu'aux nouveaux défis qui se font jour sur le plan de la sécurité. Seule une base compétitive peut donner à l'Europe les moyens de concevoir et de fabriquer des équipements de défense, de manière autonome et à un coût abordable, ainsi que de coopérer avec des partenaires internationaux dans ce domaine ».

Le considérant (2) de la directive 2009/81/CE est encore plus clair :

« L'établissement progressif d'un marché européen des équipements de défense est indispensable au renforcement de la Base industrielle et technologique de défense européenne et au développement des capacités militaires nécessaires à la mise en œuvre de la politique européenne de sécurité et de défense ».

La stratégie industrielle qui inspire les deux directives est d'inspiration libérale et laisse une large part à l'action intergouvernementale. Elle repose sur la triple équation suivante :

1. il ne peut y avoir de politique européenne de sécurité et de défense autonome sans base industrielle et technologique de défense (BITDE) compétitive ;
2. une BITDE compétitive suppose un marché européen des équipements de défense (MEED) fonctionnant de façon efficiente ;
3. c'est la qualité des règles qui fera l'efficacité du marché ; il faut que ces règles assurent les conditions d'une « concurrence loyale » : libre circulation des marchandises, liberté d'établissement et libre prestation de service, égalité de traitement, non discrimination, reconnaissance mutuelle, proportionnalité et transparence (considérant (15) de la directive 2009/81/CE).

Les fondamentaux de l'économie de marché sont ainsi mobilisés au service d'une politique européenne de défense et de sécurité.

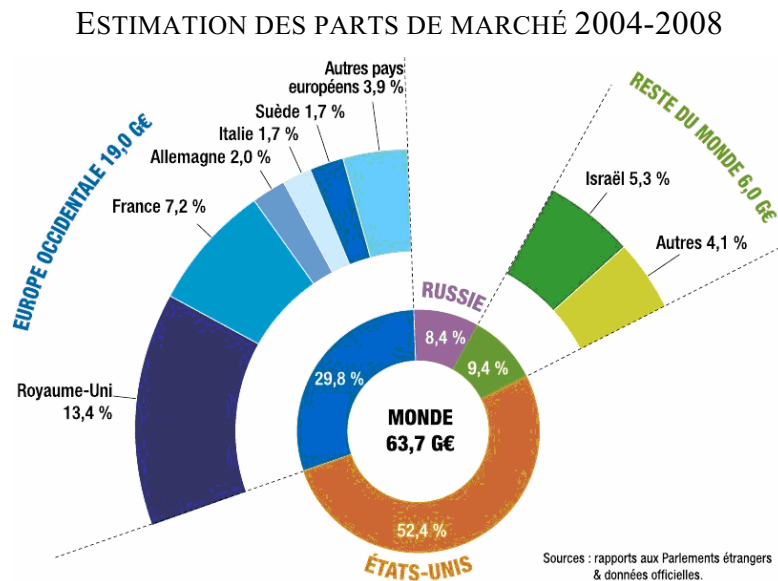
B. LES LEVIERS JURIDIQUES

1. La fluidité des échanges – la Directive TIC

a) Améliorer la compétitivité à l'exportation de nos industries d'armement

Comme le précise le rapport au Parlement sur « Les exportations d'armement de la France en 2009 », avec un montant de prises de commandes de 8,16 milliards d'euros en 2009, la France est au quatrième rang des exportateurs mondiaux. Ce montant est en augmentation de 20 % par rapport à 2008 et de 40 % par rapport à 2007, sur un marché particulièrement cyclique, pour lequel l'étiage moyen des commandes se situe plutôt entre 4 et 6 milliards d'euros annuels.

Ce marché est extrêmement concurrentiel, d'autant plus que ses principaux protagonistes peuvent s'appuyer sur un marché domestique d'envergure : à eux seuls, les États-Unis représentent 40 % des dépenses militaires mondiales, pour un budget d'investissement de 166 milliards d'euros¹, contre 40 milliards d'euros au total en Europe.



Source : ministère de la défense

C'est dans ce contexte que le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale a fixé pour objectif de dynamiser les exportations françaises d'armement et, pour ce faire, s'agissant en particulier du contrôle des

¹ Pour un budget militaire total de l'ordre de 680 milliards de dollars en 2010

exportations, de « *simplifier et hiérarchiser les procédures, notamment afin de réduire les délais de traitement des demandes. Les contrôles des transferts entre les pays européens engagés dans des programmes de coopération devront être abolis.* ».

D'un point de vue réglementaire jusqu'à l'adoption de la directive « TIC », les régimes d'autorisation différaient entre les 27 États membres, engendrant un cloisonnement source de complexité voire de désavantage comparatif entre les industriels européens et ceux pouvant disposer d'un vaste marché domestique unifié.

L'exposé des motifs de la directive décrit ces faits sans complaisance : « *le marché européen de la défense est fragmenté en 27 régimes nationaux très différents les uns des autres sur les plans des procédures, du champ d'application et des délais (...). Cette mosaïque de régimes d'octroi de licences représente une charge administrative substantielle pour les entreprises, mais a également une incidence importante sur les délais de livraison, les allongeant parfois de plusieurs mois. Toutes ces contraintes paraissent désormais clairement disproportionnées par rapport aux besoins réels de contrôle, les demandes de licences pour des transferts intracommunautaires n'étant pratiquement jamais rejetées.* ».

De fait, les chiffres sont éloquents : les transferts intracommunautaires ne représentent plus vraiment de risque majeur pour la sécurité nationale, comme l'illustre le très faible nombre de refus de licences. En 2003, sur 13.000 demandes de licences autorisant des transferts intracommunautaires, seules 15 ont été refusées.

Dès lors, la directive TIC propose une simplification et une harmonisation opportunes des procédures sur le marché européen, de telle sorte qu'une opération commerciale ne soit soumise, au sein de l'Union européenne, qu'à **une seule autorisation**, celle de l'État membre d'origine, délivrée dans des formes et selon des critères harmonisés au sein de l'Union.

Ces autorisations seront fondées sur un système de licences (générale, globale ou individuelle), qui demeure un régime d'autorisation préalable, délivrée par l'État membre d'origine, mais suivant des critères relativement harmonisés.

Il faut noter, pour s'en féliciter, **que la délivrance des autorisations restera sous le contrôle de chaque État membre** ; la directive ne s'accompagne pas d'un transfert de compétence au niveau européen du contrôle des exportations d'armements.

Enfin, il faut relever que le Gouvernement français a choisi de réformer également, à l'occasion de la transposition de la directive, le régime d'exportation vers les États non membres de l'Union européenne (« **grand export** »), pour le rapprocher du système de licences instauré par la directive entre les États membres.

b) Tout en maintenant un contrôle rigoureux, dans le respect des engagements internationaux de la France

Le contrôle rigoureux des exportations d'armements reste une priorité de notre pays. A cet égard, les simplifications introduites par la directive n'auront pas pour effet de baisser la garde dans un domaine de particulière sensibilité pour la stabilité internationale et le respect des droits de l'Homme pour lequel notre pays figure, depuis de nombreuses années, en pointe, avec une pratique reconnue comme vertueuse et parfois considérée comme tatillonne par certains industriels.

La France prend en compte, dans sa politique de délivrance des autorisations, les situations de conflits et les atteintes graves aux droits de l'Homme, même en l'absence d'embargo formel. Elle respecte naturellement les embargos décidés par les organisations internationales dont elle est membre. Enfin, la France est attentive aux risques de détournement d'armes, notamment à des fins terroristes, conformément à la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies.

Membre permanent du Conseil de sécurité, notre pays joue un rôle de premier rang dans la maîtrise des armements. Depuis l'origine en 1992, il participe au registre des Nations Unies sur les armes classiques et communique toutes informations sur ses exportations, importations ou dotations d'armement. Il contribue au groupe d'experts gouvernementaux qui tend à améliorer et universaliser ce document. Il a activement soutenu l'initiative de projet de traité international sur le commerce des armes (TCA) actuellement en discussion, qui a fait l'objet d'une première résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies en 2006 et qui devrait déboucher sur l'organisation d'une conférence en 2012 sur ce sujet.

Par ailleurs, la France participe à l'arrangement de Wassenaar sur le contrôle des exportations d'armes conventionnelles, mis en place en 1996 et regroupant 40 États. Instance de coopération, c'est aussi un lieu où se définit la liste des biens militaires et des biens à double usage dont ces États s'engagent à contrôler l'exportation.

Au sein de l'Union européenne, la France a été à l'origine, en 1998, avec le Royaume-Uni, de l'adoption d'un **code de conduite européen** en matière d'exportation d'armements. De portée essentiellement politique, ce code de conduite a été transformé en décembre 2008 en une « position commune » du Conseil de l'Union européenne (*n°2008-944 PESC, position commune définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipement militaire*), à caractère contraignant.

La position commune fixe huit critères que les autorités nationales doivent respecter pour l'octroi de leurs autorisations.

LES 8 CRITÈRES DE LA POSITION COMMUNE

Premier critère : respect des engagements internationaux des États membres (en particulier : sanctions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou l'Union européenne, accords en matière de non prolifération) ;

Deuxième critère : respect des droits de l'homme dans les pays de destination finale ;

Troisième critère : situation intérieure dans le pays de destination finale (existence de tensions ou de conflits armés) ;

Quatrième critère : préservation de la paix, de la sécurité et de la stabilité régionales ;

Cinquième critère : sécurité nationale des États membres et de leurs pays amis ou alliés ;

Sixième critère : comportement du pays acheteur à l'égard de la communauté internationale, et notamment son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et le respect du droit international ;

Septième critère : existence d'un risque de détournement de technologie ou des équipements militaires dans le pays acheteur ou de réexportation de ceux-ci dans des conditions non souhaitées ;

Huitième critère : compatibilité des exportations des technologies ou d'équipement militaires avec la capacité technique et économique du pays destinataire, compte tenu du fait qu'il est souhaitable que les États répondent à leurs besoins légitimes de sécurité et de défense en consacrant un minimum de ressources humaines et économiques aux armements.

Sur ce fondement, les États membres se notifient les autorisations qu'ils ont refusées, en précisant le motif de refus par rapport aux huit critères établis par la position commune, et se transmettent des données très précises sur leurs exportations d'armements ; un rapport annuel sur les exportations d'armements et la mise en œuvre de la position commune est publié chaque année au Journal Officiel de l'Union européenne.

Une procédure de consultation préalable est prévue lorsqu'un État membre envisage d'autoriser une exportation refusée par un autre. Toutefois, la décision ultime est finalement du ressort de chaque État.

Il faut noter qu'en France, c'est par le biais de « directives à haut niveau » données aux ministères chargés de l'instruction des dossiers, établies pour certains pays et par type de matériels, que sont intégrés les critères de la position commune.

C'est en effet le Premier ministre, et les services placés sous son autorité, qui sont responsables de la bonne application de l'ensemble des engagements internationaux de la France. **Car la décision de délivrer une autorisation est un acte politique, partie intégrante de la politique étrangère de notre pays.**

Les facilités que va accorder la directive dans la délivrance des autorisations ne s'accompagnera pas d'un relâchement administratif.

Les organisations non gouvernementales sont, à juste titre, particulièrement attentives au respect des critères de la position commune, sur lequel elles ont appelé l'attention de votre commission. Le Comité Catholique contre la Faim et pour le Développement (CCFD) ainsi qu'OXFAM France ont fait parvenir à ce sujet des contributions écrites à votre rapporteur.

2. L'harmonisation des procédures de passation des marchés – la Directive MPDS

La nouvelle directive doit permettre à la Commission d'appliquer au moins en partie des dispositions en matière de concurrence qui s'appliquent déjà à l'ensemble des autres acteurs économiques. L'idée est de permettre une meilleure concurrence entre groupes européens de défense, donc de procéder à une consolidation de la BITD par l'offre, ce qui permettrait de renforcer les grands groupes et d'éliminer les entreprises insuffisamment compétitives.

Il faut relever que la directive concerne non seulement la défense mais aussi la sécurité. Jusqu'à présent les produits de sécurité utilisés par des forces de police ou de sécurité, susceptibles d'avoir une utilisation « duale » étaient dans une sorte de *no-man's land* juridique. Ils pouvaient être considérés soit comme des biens classiques et donc soumis aux règles de la concurrence, soit comme des équipements militaires et donc susceptibles d'être soustraits. La directive lève cette ambiguïté et réaffirme la conception de la Commission d'une « approche globale de l'Union en matière de sécurité, qui répond aux évolutions de l'environnement stratégique ».

Le principe demeure celui posé par **l'article 10 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**, à savoir que **les règles du marché unique s'appliquent aux marchés passés dans le domaine de la défense**. Actuellement, selon des chiffres fournis par l'AED, seulement 15 % des marchés d'armement passés dans l'Union relèvent d'une logique concurrentielle.

En application de ce principe, la principale innovation de la directive 2009/81/CE est la mise en place d'un régime de passation de marché, spécialement conçu pour les contrats d'armement et la limitation au minimum des exemptions aux règles du marché unique.

a) *La mise en place d'un régime de passation de marché, conçu spécialement pour les contrats d'armement*

(1) Gradation de la publicité et de la mise en concurrence en fonction de la sensibilité du marché

Tous les marchés défense et de sécurité bénéficieront de **trois particularités offrant plus de souplesse par rapport aux autres marchés publics** :

- Un seuil d'application des règles de publicité et de mise en concurrence plus élevé (article 8) : **412 000 € pour les marchés de fournitures et de services** (contre 162.000 € dans la directive 2004/18/CE – art. 7). Ce seuil est modifié régulièrement pour tenir compte des variations de change entre les monnaies et en particulier la parité euro-dollar. Il est actuellement fixé à **387.000 €¹**. Il est de 4 845 000 € pour les marchés de travaux.
- Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la **procédure négociée** avec publication préalable en tant que **procédure normale**, ce qui leur permet d'ajuster tous les détails du contrat avec flexibilité.
- La durée des accords-cadres, y compris les marchés à bons de commande, est portée à **sept ans**.

En second lieu, les marchés passés dans un contexte d'urgence opérationnelle, tels que ceux destinés à faire face à une crise en France ou à l'étranger ou les marchés de service de transport de troupes à l'étranger, bénéficient outre des trois souplesses évoquées ci-dessus, d'un régime de passation sans publicité, ni mise en concurrence, quel que soit leur montant (art. 28 Directive 2009/81/CE).

(2) Adaptation des prérogatives des acheteurs à la spécificité du secteur

Tout d'abord, les acheteurs disposeront de nouveaux motifs d'interdiction de soumissionner et de critères de sélection des candidatures leur permettant de vérifier qu'un candidat peut assurer :

- la sécurité de l'approvisionnement ;
- la sécurité des informations.

¹ *Le montant des seuils d'application de la directive est révisé tous les deux ans par la Commission européenne, conformément aux engagements internationaux de l'Union pris en vertu de l'AMP de l'Organisation mondiale du commerce. L'AMP prévoit des seuils d'application libellés en droits de tirage spéciaux (DTS). La directive 2004/17/CE, dont l'un des objets est de « transposer » en droit interne les obligations AMP, comporte des seuils d'application équivalents. Le calcul de la valeur de ces seuils est fondé sur la moyenne de la valeur quotidienne de l'euro exprimée en droits de tirage spéciaux (DTS), durant les vingt-quatre mois qui précèdent le dernier jour du mois d'août. La révision prend effet le 1^{er} janvier de l'année suivante. La valeur des seuils ainsi révisée est arrondie, si nécessaire, au millier d'euros inférieur au chiffre résultant de ce calcul. Les seuils révisés sont publiés par la Commission au Journal officiel de l'Union européenne*

Les acheteurs bénéficient également des mêmes moyens de vérifier les capacités des sous-traitants, y compris les simples fournisseurs, à assurer la sécurité des approvisionnements et la sécurité des informations.

Enfin, pour tenir compte de la nature oligopolistique du marché, un acheteur peut également exiger :

- un pourcentage de sous-traitance ;
- la mise en concurrence transparente de chaque contrat de sous-traitance.

b) La limitation des exemptions des règles du marché intérieur au strict nécessaire

(1) Limitation accrue des possibilités de recourir à l'article 346 du TFUE

Les États membres peuvent encore recourir à l'article 346 du TFUE pour exempter des marchés de défense et de sécurité « sensibles » et pour lesquels même les nouvelles règles ne suffiraient pas à répondre à leurs besoins en matière de sécurité.

C'est ce que rappelle le considérant 16 de la directive 2009/81 :

« Le traité, à ses articles 30, 45, 46, 55 et 296 prévoit des exceptions spécifiques à l'application des principes qu'il édicte et, par conséquent à l'application du droit qui en est dérivé. Il s'ensuit qu'aucune disposition de la présente directive ne devrait interdire d'imposer ou d'appliquer les mesures qui se révéleraient nécessaires à la sauvegarde des intérêts reconnus comme légitimes par ces dispositions du traité ».

« Cela signifie notamment que la passation de marchés qui relèvent du champ d'application de la présente directive peut en être exemptée si cela est justifiée pour des raisons de sécurité publique ou nécessaire pour la protection des intérêts essentiels de la sécurité d'un Etat membre (...) ».

Le considérant 17 énonce que :

« Toutefois, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il convient d'interpréter la possibilité de recourir à de telles dérogations de manière à ne pas étendre leurs effets au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la protection des intérêts légitimes que ces articles permettent de sauvegarder. La non application de la présente directive doit donc à la fois être proportionnée aux buts poursuivis et perturber le moins possible la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services. ».

(2) Les exclusions nouvelles issues de la directive 2009/81/CE

L'article 13 de la directive prévoit explicitement l'exclusion de certains marchés sensibles de son champ d'application. Il s'agit :

- les marchés comportant des informations dont la divulgation serait contraire aux intérêts essentiels de la sécurité d'un Etat (qui n'est qu'un rappel de l'article 346 TFUE) ;
- les marchés destinés aux activités de **renseignement** ;
- les marchés passés dans le cadre d'un programme de **coopération fondé sur des activités de R & D**, mené conjointement par au moins deux Etats-membres ;
- les marchés passés **dans des pays tiers pour des besoins opérationnels** ;
- les marchés passés **entre gouvernements** pour la fourniture d'équipements militaires¹ ou sensibles, des travaux et services directement liés à ces équipements ou destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles.

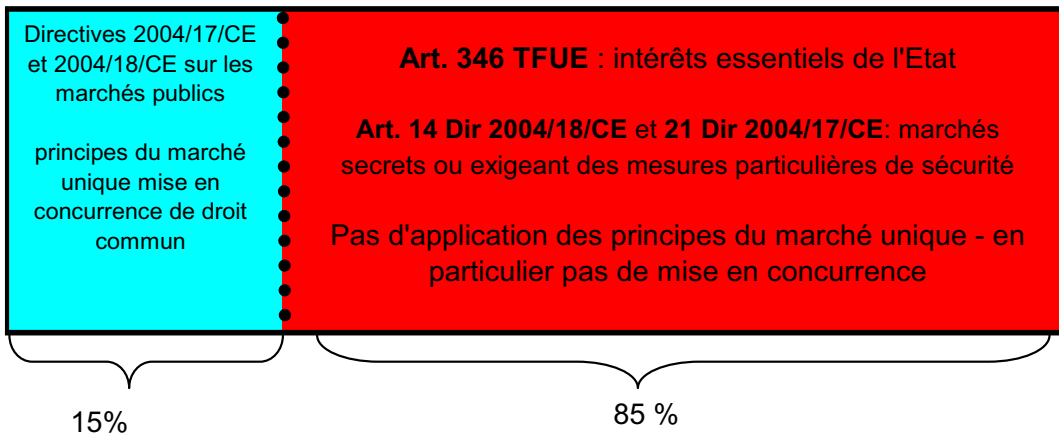
Comme le montre le schéma ci-après, le **nouveau régime intercale entre l'article 346 du TFUE et le régime de droit commun établi par les directives de 2004², un régime spécifique pour les marchés défense, avec des procédures adaptées**. Il est à noter que si le recours à l'article 346 du TFUE doit devenir l'exception, la ligne de démarcation entre le champ d'application de cet article et le nouveau régime adapté reste aussi imprécise qu'aujourd'hui, et que par conséquent le tracé exact de son champ d'application dépendra de la bonne volonté des Etats, sous le contrôle éventuel de la jurisprudence.

Observons enfin que les dérogations concernant les marchés secrets et les marchés dont l'exécution doit s'accompagner de mesures de sécurité tombent du simple fait de l'existence de la directive 2009/81/CE, en vertu du principe général du droit selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale.

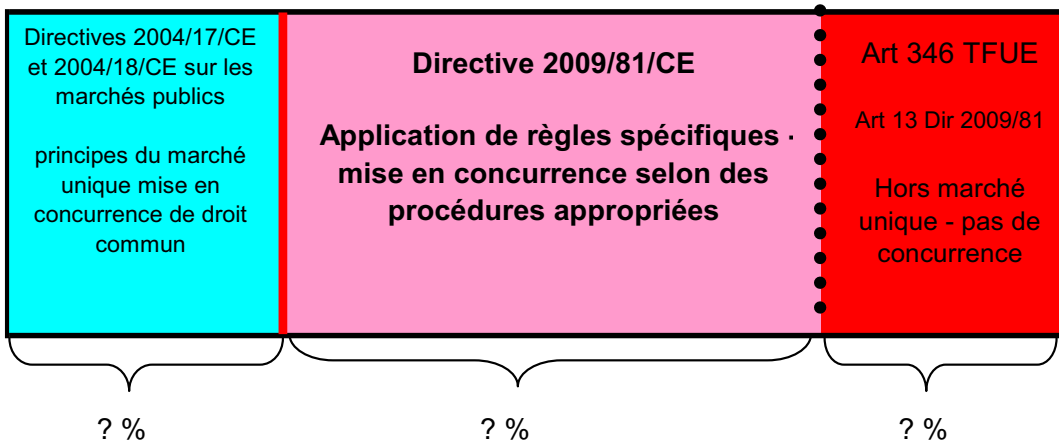
¹ Cela vise en particulier les contrats autorisés par le Parlement américain dans le cadre de la procédure dite des Foreign Military Sales ou FMS.

² Directive 2004/17/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et Directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics, de travaux, de fournitures et de services.

Situation actuelle



Situation nouvelle



III. LA TRANSPOSITION

A. L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE ACTUEL

1. La situation en matière de contrôle des importations et des exportations

Le régime actuel de contrôle *a priori* des importations et exportations repose sur la délivrance d'autorisations individuelles, suivant un système à double niveau :

- l'agrément préalable (AP), accordé par le Premier ministre et notifié à l'industriel par le ministre de la défense ;
- l'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG), accordée et notifiée par le ministre chargé des douanes.

L'agrément préalable (AP) permet à une entreprise de négocier un contrat, puis le cas échéant de le signer. Il a une durée de validité maximale de 3 ans. L'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG) permet à la même entreprise de procéder à l'opération d'exportation proprement dite, car l'obtention de l'AEMG est obligatoire pour permettre le dédouanement des matériels et leur acheminement à l'étranger après le franchissement des frontières. D'une durée de validité de deux ans maximum, l'AEMG est en général précédée de la signature du contrat.

Ces deux autorisations relèvent du Premier ministre, assisté d'une commission (la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre - CIEEMG) dont la présidence est assurée par le Secrétaire général pour la défense et la sécurité nationale (SGDSN). Trois ministères, les affaires étrangères et européennes, la défense et les finances, en sont membres permanents et disposent d'une voix délibérative. La commission est chargée de l'examen des dossiers au cas par cas. Elle exprime sur chacun un avis qui sert de base à la décision.

D'après l'exposé des motifs du projet de loi, en 2009, la France a délivré 6 826 agréments préalables individuels et 7 080 autorisations d'exportation de matériel de guerre.

Ce système, robuste et éprouvé, reposant sur des fondements posés par le décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, a été perfectionné depuis lors, mais n'a jamais vu son architecture globale refondue.

Ses **lourdeurs** pour nos industriels ont été très bien décrites dans le rapport de notre collègue député Yves Fromion¹, parlementaire en mission, remis au Premier ministre en juin dernier.

Ce rapport estime à 66 jours le **délai moyen** de traitement pour un agrément préalable et à 52 jours celui de l'autorisation d'exportation. Ces chiffres sont peu compatibles avec l'exigence de réactivité pour nos entreprises dans des compétitions où la concurrence est souvent très rude.

Enfin, le **nombre** d'actes traités paraît disproportionné par rapport aux enjeux, comme le relève le rapport précité : *« environ 6 000 à 7 000 demandes restent annuellement inscrites à l'ordre du jour des 11 CIEEMG annuelles, alors qu'apparemment la moitié seulement –au mieux- fait l'objet d'un examen réel dans cette instance. (...) En réalité, seulement 10% des dossiers présenteraient un caractère jugé sensible. Enfin, seules une centaine de fiches font l'objet chaque année d'un refus. (...) Il n'est pas nécessaire de retenir au niveau de la CIEEMG la très grande majorité des demandes d'agrément. »*

De plus, le **morcellement** des régimes juridiques d'autorisation entre les différents États membres constitue un désavantage pour nombre d'entreprises à l'assise désormais largement transnationale.

2. Les marchés publics de défense

Le régime juridique français des marchés publics de défense peut être subdivisé en trois catégories, que l'on classifiera en fonction de l'application des règles du marché et de la concurrence :

a) Le régime de droit commun : l'application des principes de la concurrence

En application des directives européennes, le principe en droit français est que tous les « marchés de défense » c'est-à-dire ceux portant sur des armes, munitions et matériels de guerre et tous les « marchés de sécurité », c'est-à-dire ceux portant sur des équipements de sécurité impliquant des informations ou supports classifiés ou protégés, sont en principe soumis aux règles du marché unique destinés à assurer une concurrence loyale.

Cette soumission résulte :

- soit du code des marchés publics (article 2), pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;

¹ Transposition de la directive européenne simplifiant les transferts intracommunautaires d'équipements de défense. Conclusions finales de la mission confiée par monsieur le Premier ministre, juin 2010.

- soit de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

Entrent dans la première catégorie, les acheteurs publics habituels en matière d'équipements de défense, tels que la délégation générale à l'armement qui est un démembrement de l'Etat et qui n'est pas dotée de la personnalité morale, ou encore les douanes, les différents services de renseignement, la police et la gendarmerie.

Entrent dans la seconde catégorie, pour ce qui nous intéresse ici, des personnes publiques telles que l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire, le Centre national d'études spatiales (CNES), le Commissariat à l'énergie atomique (CEA) et en particulier sa direction des applications militaires. D'autres personnes publiques soumises à cette même ordonnance, telles que la Banque de France, l'Autorité des marchés financiers, Aéroport de Paris, la SNCF, RFF, la RATP etc... peuvent fort bien passer des marchés dans le domaine de la défense.

Il convient également de souligner que l'ordonnance de 2005 contient également toutes les dispositions spécifiques aux marchés de défense, qui sont de nature législative.

b) Le régime spécifique du « décret défense » du 7 janvier 2004

En 2004, le pouvoir exécutif a ressenti la nécessité de mettre en place un régime spécifique, pas aussi contraignant que le code des marchés publics en termes de mise en concurrence, mais de nature à fournir un minimum de principes et d'orientations aux acheteurs publics pour les marchés d'armes, de munitions de matériels de guerre, lorsque ces marchés :

- sont passés pour les besoins exclusifs de la défense ;
- et** - mettent en cause les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat au sens de l'article 346 TFUE.

Ce régime est posé par le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004, dit « décret défense », pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.

Par construction, ce décret ne concerne que les personnes relevant du code des marchés publics.

La principale disposition de ce décret est d'autoriser les acheteurs publics d'équipement de défense à utiliser la procédure négociée, après publicité préalable et mise en concurrence, comme procédure de droit commun.

C'est en quelque sorte la même idée d'un régime particulier conciliant mise en concurrence et spécificités des marchés de défense, qui a inspiré la rédaction de la directive MPDS.

Par ailleurs, l'article 3 – 7° du code des marchés publics prévoit, sur le fondement des directives de 2004, que ses dispositions ne s'appliquent pas aux marchés et accords-cadres passés en application du « décret défense » et qui :

- exigent le secret ;
- ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité (...) ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige.

c) Le régime spécial découlant des textes européens

En application directe, soit de l'article 346 du TFUE, lorsqu'il s'agit de marchés susceptibles de porter atteinte aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat, soit des articles 14 de la directive 2004/18/CE et 21 de la directive 2004/17/CE, lorsqu'il s'agit de marchés déclarés secrets par l'Etat ou dont l'exécution exige des mesures particulières de sécurité, l'Etat et ses démembrements peuvent acheter sans publicité et sans mise en concurrence.

Ce régime est fondé directement sur le droit européen et ne s'appuie sur aucun texte écrit de droit national français.

Régime juridique	De droit commun	Dérogatoire	
Droit Européen	Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE sur les marchés publics	<p>Art. 346 TFUE : intérêts essentiels de l'Etat</p> <p>Art. 14 Dir 2004/18/CE et 21 Dir 2004/17/CE: marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité</p> <p>Pas d'application des principes du marché unique - en particulier pas de mise en concurrence</p>	
Droit Français	<p>Code des marchés publics (Etat et Etablissements publics administratifs)</p> <p>Ordonnance du 6 juin 2005 sur les marchés de personnes non soumises au CMP</p>	<p>"décret défense" du 7 janvier 2004</p> <p>et article 3 - 7° du CMP</p>	<p>Application directe du droit européen</p>
Principes	Mise en concurrence systématique	Application de règles spécifiques - mise en concurrence selon des procédures adaptées	absence de règles achat au cas par cas - généralement pas de concurrence

B. LA SPECIFICITÉ DE CETTE TRANSPOSITION

1. Concernant la transposition de la directive marchés

Le projet de loi soumis à votre examen ne transpose que les dispositions de nature législative de la directive 2009/81/CE. Formellement, il modifie l'ordonnance du 6 juin 2005 et d'autre part, il ajuste à la marge le code de justice administrative. Il présente deux singularités majeures.

a) Sur la forme : l'essentiel de la transposition se fera par voie réglementaire

La première caractéristique est que **l'essentiel de la transposition va se faire de façon réglementaire par la voie d'un décret en Conseil d'Etat, créant une nouvelle troisième partie dans le code des marchés publics.**

Le Gouvernement a fait le choix d'intégrer le régime spécial issu de la directive 2009/81/CE dans le code des marchés publics, plutôt que dans un décret spécifique.

Cela s'explique pour deux raisons. La première est la volonté politique, manifestée à plusieurs reprises et encore récemment, de regrouper l'ensemble des dispositions applicables aux acheteurs publics, dans un « code de la commande publique ». La seconde, d'ordre pratique, tient au fait que bon nombre des articles de cette troisième partie auront pour objet de préciser quelles règles du code des marchés publics s'appliquent et quelles autres ne s'appliquent pas et que dans ces conditions il est en effet préférable de les intégrer dans le même véhicule normatif.

Par ailleurs, et d'après les informations fournies à votre rapporteur, le régime spécifique actuellement établi par le « décret défense » sera amené à disparaître au profit de la nouvelle partie du code des marchés publics.

Le nouvel ordonnancement juridique résultant de l'articulation de ces différents textes sera donc le suivant :

Régime juridique	De droit commun	Adapté	Dérogatoire
Droit Européen	Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE sur les marchés publics	Directive 2009/81/CE marchés publics de défense	Art 346 TFUE Art 13 Dir 2009/81 Hors marché unique - pas de concurrence
Droit Français	Code des marchés publics (Etat et Etablissements publics administratifs) Ordonnance du 6 juin 2005 sur les marchés de personnes non soumises au CMP	Création d'une troisième partie du code des marchés publics par un décret CE à venir Modification de l' ordonnance du 6 juin 2005 par le présent projet de loi	Application directe du droit européen pas de texte
Principes	Mise en concurrence systématique	Application de règles spécifiques - mise en concurrence selon des procédures adaptées	absence de règles achat au cas par cas - généralement pas de concurrence

D'après les informations transmises à votre rapporteur, le projet de décret, actuellement en cours d'élaboration, présente les caractéristiques suivantes.

En premier lieu, il concernera tous les acheteurs publics passant des marchés de défense et de sécurité. Seront inclus non seulement l'Etat et ses établissements publics administratifs, mais aussi les pouvoirs et entités adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005. En effet, le projet de loi de transposition les autorise, au cas par cas, à opter pour le régime juridique du code des marchés publics. Certains d'entre eux, tels l'IRSN ou le CEA, sont susceptibles de faire usage de cette possibilité. En revanche, le ministère de l'intérieur (DGCL) n'a pas estimé nécessaire d'ouvrir aux collectivités territoriales la possibilité de recourir aux nouvelles procédures. Si tant est qu'elles soient amenées à passer des marchés de sécurité, les collectivités territoriales continueront d'appliquer le régime plus strict des marchés ordinaires. Tel ne sera vraisemblablement pas le cas de certains autres pays, tels que l'Espagne et dans une moindre mesure l'Allemagne où les régions et les Länder jouent un rôle non neutre en matière de défense.

En second lieu, le nouveau dispositif réglementaire qui sortira du décret en préparation, devrait organiser une gradation de la publicité et de la mise en concurrence en fonction de la sensibilité du marché. Certains marchés, bien que soumis à la nouvelle troisième partie du code, pourront bénéficier d'un régime de passation sans publicité, ni mise en concurrence quel que soit le montant des achats. Il s'agit par exemple des marchés passés pour faire face à une crise en France ou à l'étranger et dans des délais par nature contraints, ce que l'on appelle les *crash programs* ou urgences opérationnelles. Quant au

reste des marchés de défense et de sécurité, il profitera des conditions de publicité et de mise en concurrence adaptées. Le seuil en deçà duquel l'acheteur fixe librement, dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, les conditions de publicité et mise en concurrence sera relevé pour les fournitures et les services à 387 000 € HT. Même au-dessus de ce seuil, la procédure négociée après publicité restera la procédure de droit commun. Enfin, des exigences particulières garantissant la sécurité des informations pourront être imposées tout au long de la procédure de passation.

Troisième caractéristique, les intérêts nationaux en jeu dans les achats de défense et sécurité seront garantis. Le dispositif est conçu pour protéger la sécurité des approvisionnements. L'acheteur pourra à la fois tenir compte des garanties offertes par les candidats au cours du processus de sélection et imposer des conditions d'exécution particulières au cours de l'exécution du contrat. Il pourra, pour les mêmes raisons, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire. Les possibilités de recourir à une seconde source seront par ailleurs élargies. Des garanties similaires seront prévues en matière de sécurité de l'information. Enfin, la nouvelle troisième partie du code renverra à une liste d'interdictions de soumissionner renouvelée en harmonie avec le projet de loi en cours d'examen.

Au-delà de l'exercice de transposition, les particularités du secteur industriel seront prises en considération. Eu égard à la structure oligopolistique du marché et à la nature intégrée des prestations qui sont généralement achetées, l'obligation d'allotir sera supprimée. De même, et sauf pour les PME dont le régime de paiement ne changera pas, les marchés passés par les services de la défense devraient bénéficier de souplesses en matière d'avances et d'acomptes. Toutefois, pour favoriser le développement harmonieux de la concurrence sur le secteur, le code prévoira désormais la possibilité pour l'acheteur, d'une part, d'imposer un pourcentage minimum de sous-traitance et, d'autre part, d'exiger la mise en concurrence formelle, par le titulaire, des sous-contrats. Pour lutter contre la pratique des compensations industrielles (*offsets*), le code interdira expressément au pouvoir adjudicateur d'imposer aux opérateurs la sous-traitance nationale.

Face à la puissance de marché des opérateurs industriels, et dans un contexte où la plupart des contrats ont vocation à être négociés, des dispositions seront prises pour protéger les deniers publics. Ainsi, à titre d'exemple, les clauses de révision des prix en fonction de l'évolution des conditions économiques devront comporter un terme fixe.

La concertation interministérielle sur le projet de décret n'est pas achevée. Un projet de code consolidé est actuellement soumis à la concertation des ministères depuis décembre, pour ajustements éventuels et accord formel. Il devrait être soumis pour consultation aux industriels de la défense, avant la saisine du Conseil d'Etat. En tout état de cause, le décret ne pourra pas être publié avant le projet de loi. En effet, les dispositions de niveau réglementaire relatives à la préférence communautaire (mesures d'application de l'article 37-

2 de l'ordonnance de 2005) sont dépourvues de base légale tant que le projet de loi de transposition n'est pas adopté.

Compte tenu de l'importance de la transposition par voie réglementaire, votre commission souhaite être consultée et informée au même titre que les industriels. Elle exercera un suivi particulièrement attentif de l'application de la loi.

b) Sur le fond : l'instauration d'une préférence communautaire en droit français, juridiquement absente de la directive

La France n'a pas obtenu que soit insérée dans le dispositif de la directive une clause de préférence communautaire. Néanmoins, elle a obtenu que, dans l'exposé des motifs, un considérant spécifique – le considérant 18 – rappelant que les Etats conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à l'Union à participer aux procédures de passation des marchés.

Il faut y voir une invitation politique faite aux Etats-membres, à considérer que le principe régissant le marché européen des équipements de défense est que les Etats européens ouvrent leurs offres, préférentiellement, aux opérateurs économiques de l'espace européen et que, s'agissant des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union, ils décident souverainement d'ouvrir ou non.

Ce rappel politique n'est pas, à proprement parler une préférence communautaire au sens strict du terme, puisque cela ne revêt aucun caractère d'automatisme, néanmoins il traduit bien l'esprit des Etats-membres qui est de donner dans leurs achats une préférence aux produits européens, afin précisément de construire la BITDE.

Le projet qui vous est soumis s'efforce de traduire juridiquement cet esprit de la directive.

Il le fait au travers de la rédaction proposée pour l'article 37-2 de l'ordonnance de 2005 par l'article 5 – 7° du projet de loi.

Ce nouvel article prévoit que :

*« Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice **peut autoriser** des opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne ou de ressortissants de la Confédération suisse ou d'un Etat partie à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité».*

Nous reviendrons plus longuement dans le commentaire des articles, ci-après, sur les subtilités de cette rédaction et les raisons qui la sous-tendent.

2. Concernant la transposition de la directive transferts intra-communautaires

Ce volet de la transposition présente deux singularités importantes.

a) La remise à plat de l'ensemble du dispositif français de délivrance des autorisations

Le projet de loi va bien au-delà de la seule transposition de la directive TIC. Il propose en effet **trois types de simplifications cumulatives** :

1- une transposition pure et simple de la directive TIC, qui porte en elle-même deux améliorations : **harmonisation** des régimes juridiques entre les 27 États membres, introduction de **licences générales** permettant d'effectuer sans autorisation individuelle les transferts les moins sensibles ;

2- une réforme, par extension, du régime du **grand export** (hors Union européenne) pour se rapprocher du système proposé par la directive TIC ; ce choix n'est pas imposé par la directive, il répond au souhait d'alléger les contraintes pour les entreprises ;

3- une simplification parallèle des **pratiques** administratives françaises pour les rapprocher de celles en vigueur dans les autres États membres : en particulier le système de la licence « unique » va remplacer l'actuel régime d'autorisation en deux phases.

Parallèlement à l'adoption de la directive, le rapport du député Yves FROMION, parlementaire en mission, est en effet venu proposer d'introduire, simultanément ou préalablement à la transposition de la directive, un certain nombre de **simplifications** administratives du système français de contrôle des exportations, qui sont pour la plupart sur le point d'être intégrées dans le droit ou les pratiques administratives. Ainsi par exemple, l'actuel système de double autorisation - agrément préalable pour négocier et signer un contrat d'une part, autorisation d'exportation d'autre part - sera remplacé par une licence unique, fusionnant les deux autorisations actuelles.

En conséquence, ce texte devrait avoir pour effets bénéfiques de réduire les délais d'instruction (de 110 jours à 50 jours) et de diminuer de plus de moitié le nombre d'actes administratifs individuels délivrés chaque année, de 14 000 aujourd'hui à 6 000 autorisations par an.

b) La non communautarisation des autorisations administratives

A l'inverse de ce qui a été fait dans de nombreux autres secteurs économiques, la décision en matière de contrôle des exportations et des importations relève toujours, *in fine*, de chaque État membre. En effet, la directive simplifie, harmonise et fixe un cadre juridique commun, des « règles du jeu » partagées, mais en aucun cas **ne « communautarise » les compétences**. Chaque État membre reste souverain en la matière.

L'article 1^{er} - point 2 - de la directive précise que :

« La présente directive est sans incidence sur la liberté de décision des États membres en matière de politique d'exportation de produits liés à la défense. ».

Chaque État conserve le pouvoir d'autoriser les transferts, de les refuser, de retirer les licences accordées. Même dans l'application de la position commune, au-delà des obligations de notification et d'échanges d'informations, la décision lui revient en dernier ressort.

Les États membres conservent même un droit de regard sur la certification des entreprises importatrices par les autres États membres. Cette mesure de **sauvegarde** - assez originale en droit communautaire - est la suivante : la directive prévoit que lorsqu'un État membre a un doute sur une entreprise certifiée par un autre État membre, il demande à ce dernier « d'évaluer la situation » et il suspend les effets de la licence générale pour cette société tant que ses doutes subsistent. Il existe donc en quelque sorte un droit de suspension unilatéral, sous bénéfice d'inventaire, d'une autorisation délivrée par un autre État membre.

Ce mécanisme montre combien la directive a pris en compte la nature particulière des matériels de défense. En principe, le droit communautaire tend plutôt à prévoir, en vue de l'établissement d'un marché intérieur dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, un principe de reconnaissance mutuelle des législations nationales.

On peut citer par exemple le principe de liberté d'établissement bancaire dans l'Espace économique européen, avec un agrément unique au plan communautaire, puisque tout établissement de crédit ou entreprise d'investissement ayant son siège dans un État membre peut installer librement des succursales dans les autres États membres...

Votre rapporteur se félicite de la prise en compte rigoureuse des impératifs de souveraineté dans la production et la commercialisation des équipements de défense et de sécurité.

Toutefois on peut s'interroger sur le fait que la construction d'un marché européen des équipements de défense plus intégré appellera peut être à terme la mise en place d'un système de reconnaissance mutuelle des agréments, à l'instar de ce qui a été fait dans d'autres secteurs industriels. Un tel système pourrait sans doute faciliter la libre prestation de service et la liberté d'établissement au sein de l'espace économique européen, sans rien abdiquer des souverainetés nationales.

C. LE CONTENU DU PROJET DE LOI

1. La fluidité des échanges – Chapitre I

Le projet de loi transpose en droit interne la directive 2009/43/CE TIC.

Il s'agit de réduire, pour les entreprises concernées, les coûts et les délais liés à l'actuelle hétérogénéité des régimes nationaux - dont les procédures de contrôle, les champs d'application et les délais d'autorisation sont différents.

La règle de base, s'agissant des transferts intracommunautaires, sera celle d'une **liberté encadrée** du commerce et de l'industrie, qui viendra se substituer au précédent régime de prohibition. Le cadre juridique, harmonisé, reposera toujours sur un dispositif de contrôle, mais qui sera, désormais, fondé sur trois types de **licences** de transfert. Un mécanisme de **certification** des entreprises souhaitant recevoir du matériel sera institué, ainsi qu'un **contrôle a posteriori** des opérations effectuées.

Le dispositif de contrôle des importations et des exportations hors du territoire de l'Union européenne restera, pour sa part, fondé sur le principe de **prohibition**, mais il connaîtra une simplification, pour se fonder sur un modèle de licences (au contenu moins large), proche de celui en vigueur entre les États membres.

Un haut niveau de sécurité de l'ensemble sera maintenu, car toute autorisation pourra être suspendue, modifiée, abrogée ou **retirée**, notamment dans le cas d'un brusque changement du contexte international. Des sanctions pénales lourdes seront applicables notamment si le titulaire d'une licence ne respecte pas ses conditions d'utilisation.

2. La création d'un nouveau régime de marchés publics – Chapitre II

Outre la reconnaissance d'une préférence communautaire, qui n'est qu'implicitement prévue dans la directive, le projet de loi transpose toutes les souplesses de la directive 2009/81/CE MPDS.

Il définit les marchés de défense et de sécurité pour les singulariser des marchés ordinaires et détermine les marchés exclus.

La liste des motifs interdisant à une entreprise de présenter une offre (les « interdictions de soumissionner ») est complétée par les motifs d'interdiction suivants :

- infraction terroriste, infraction liée aux activités terroristes, ou financement, incitation, aide, complicité ou tentative de commettre de tels actes ;

- condamnation à la suite d'un délit affectant la moralité professionnelle, tel que, par exemple, la violation de la législation en matière d'exportation d'équipements de défense ou de sécurité ;
- faute grave en matière professionnelle constatée par tout moyen dont les acheteurs publics pourront justifier, telle que la violation des obligations en matière de sécurité de l'information ou de sécurité d'approvisionnement lors d'un marché précédent ;
- absence de fiabilité pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat.

Enfin, le code de justice administrative est également modifié, en matière de défense ou de sécurité, pour :

- substituer aux larges pouvoirs d'annulation du juge des référés précontractuels un simple pouvoir d'injonction ou d'astreinte ;
- interdire au juge des référés contractuels l'annulation d'un marché lorsque celle-ci menacerait un programme de défense plus large.

3. Mesures transitoires et diverses – Chapitre III

Le chapitre III du projet de loi est relatif à l'application pratique et territoriale du texte. Il introduit des dispositions transitoires pour les agréments ou autorisations délivrées avant l'entrée en vigueur de la loi, ainsi que pour les licences individuelles comme globales. Il s'intéresse également aux modalités d'application de la loi, notamment son entrée en vigueur et son champ d'application territorial. Il introduit la validité des agréments préalables et autorisations d'exportation de matériels de guerre délivrés avant l'entrée en vigueur de la loi, le changement de procédure n'affectant pas leur validité. De même, une équivalence automatique est accordée aux autorisations préalables, qui de fait sont considérées comme valant licences de transfert dès l'entrée en vigueur de la présente loi.

Ce chapitre met également en place un mécanisme transitoire pour les licences individuelles et globales d'exportation et de transfert d'armements. Ainsi, jusqu'à une date à déterminer dans les décrets d'application, mais ne pouvant excéder le 31 décembre 2014, le dispositif de double autorisation, agrément préalable puis autorisation d'exportation, perdurera, afin de permettre la modification du système informatique interministériel de gestion des procédures d'exportation des matériels de guerre (SIEX), ainsi que du système d'interface avec les entreprises (ENODIOS). Compte tenu des insuffisances du système d'information actuel, qu'on ne peut que regretter, une mesure transitoire est néanmoins indispensable pour permettre un enchaînement fluide des deux procédures.

Enfin, ce chapitre définit également le champ d'application territorial du projet de loi et les modalités concernant son entrée en vigueur.

IV. ENJEUX ET DIFFICULTÉS

La transposition des directives du paquet défense devrait se traduire par une simplification des procédures administratives et peut être une plus grande ouverture des autres marchés européens. Mais cette transposition comporte aussi des risques qu'il convient de mesurer avec exactitude, si on veut pouvoir les réduire.

A. DES RISQUES IMPORTANTS

1. L'ouverture asymétrique des marchés de défense et de sécurité

a) *Les conséquences de l'absence de préférence communautaire au niveau européen*

L'absence de préférence communautaire n'est pas en soi anormale au sein d'une directive dont le but serait exclusivement de construire le marché européen des équipements de défense. Aucune des directives européennes ayant contribué à la mise en place du marché unique dans les différents secteurs concernés ne comporte une telle clause.

Mais le but affiché par les directives du paquet défense va bien au-delà de la construction du MEED. Il est, officiellement, comme on l'a vu, de contribuer au renforcement de la PeSDC en renforçant l'autonomie de la BITDE.

Or, si la deuxième partie de l'équation (pas de PeSDC sans BITDE) est difficilement contestable, il ne fait guère de doute que la mise en place d'un MEED ne suffira pas à renforcer la BITDE en l'absence d'un mécanisme de préférence communautaire. Le contraire est même à redouter.

En effet, tous les marchés de défense des grandes puissances qu'il s'agisse des Etats-Unis, de la Chine, de la Russie ou encore du Brésil et de l'Inde sont, en droit, ou en fait, fermés aux opérateurs économiques de pays tiers.

Chaque Etat ne va chercher à l'extérieur pour ses propres besoins, que les équipements de défense que sa base industrielle est dans l'incapacité de lui fournir. Encore ne le fait-il qu'en imposant des transferts technologiques les plus importants possibles.

Le marché américain en particulier est fermé aux producteurs non américains (*voir annexe sur le Buy American Act et le Balance of Payment Act*). Son ouverture est maîtrisée en tant que de besoin, quitte à ce que l'intérêt immédiat des forces américaines en pâtisse, comme a pu le montrer l'affaire des avions ravitailleurs MRTT (*multi-role transport and tanker*), dont

le marché, remporté par le consortium Northrop-EADS pour le plus grand profit de l'US Air Force, mais au grand dam de Boeing, a été annulé après sa conclusion par le *General Accounting Office*.

Les entreprises européennes et américaines se livrent une compétition particulièrement féroce, en particulier dans le domaine de l'aéronautique. Le non export du Rafale, y compris dans des pays comme Singapour où cet avion avait remporté les appels d'offre, ne doit pas grand-chose au respect d'une « concurrence loyale » ni à l'application des règles du marché, mais beaucoup à la puissance diplomatique des Etats-Unis¹.

Ce n'est du reste pas une surprise, puisque le gouvernement des Etats-Unis accorde depuis toujours une importance clef aux industries aéronautiques. Le département de la défense (DoD) publie régulièrement une liste des technologies jugées stratégiques pour le développement du pays. Dix-sept sur les vingt-quatre filières stratégiques se situent du reste dans le domaine aéronautique ou spatial². Pourquoi l'Europe, qui veut développer sa BITDE ne s'inspirerait-elle pas de ce modèle ?

Si cette volonté n'existe pas réellement, alors l'ambition des directives est ramenée à un objectif de simple gain financier pour les Etats.

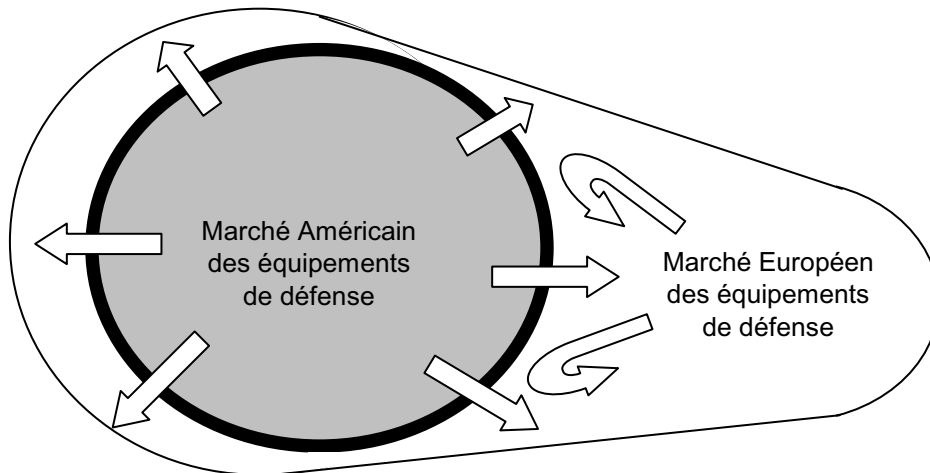
Charlie McCreevy, commissaire européen chargé du marché intérieur et des services au moment de la présentation de la directive, paraît confirmer cette réduction d'ambition :

« Les principes du marché intérieur s'appliqueront enfin dans des secteurs qui étaient traditionnellement exclus du droit communautaire. Les marchés de la défense et de la sécurité seront plus ouverts et transparents, ce qui profitera à tous ; l'argent du contribuable sera dépensé plus efficacement, les forces armées bénéficieront d'un meilleur rapport qualité-prix pour leurs équipements et le secteur aura un meilleur accès à de nouveaux marchés ».

L'exemple de l'achat par l'armée de l'air suédoise, le 17 janvier 2011, de quinze hélicoptères Sikorsky UH-60 M Black Hawk, dédiés aux opérations dites de *Search and Rescue* ou d'évacuation sanitaire, vient illustrer cette orientation. Ces appareils étaient en compétition avec l'hélicoptère EC-725 Caracal d'Eurocopter. Le constructeur européen, filiale d'EADS s'était aligné sur les prix. Or la restriction du champ d'application de l'article 346 TUE, conjuguée à l'absence d'un mécanisme de protection du marché, un *Buy European Act*, pourrait ouvrir de façon asymétrique le marché européen aux industriels non européens, en particulier américains – qui sont les principaux compétiteurs des industriels européens (mais non les seuls) et comporte, si aucune mesure de sauvegarde n'est prise, un risque mortel pour la BITDE.

¹ Voir notamment : <http://www.aeroplans.fr/Aviation-Commerciale/diplomates-americains-vrp-boeing.html> et les télégrammes diplomatiques publiés par Wikileaks, tels que relatés dans le *International Herald Tribune* : <http://www.nytimes.com/interactive/2010/11/28/world/20101128-cables-viewer.html#report/boeing-08MANAMA47>

² *Department of Defense – June 2009 – Militarily Critical Technologies List -*



Il est vrai que la situation qui résultera de la mise en œuvre du paquet défense sera légèrement meilleure que la situation antérieure, car à tout prendre il vaut mieux que les industriels français se retrouvent, sur les marchés européens, en compétition avec des industriels américains, plutôt qu'exclus de la compétition face à des marchés fermés.

Par ailleurs, la directive comporte de nombreuses dispositions qui, si elles sont particulièrement utilisées, par les Etats membres, sont de nature à limiter l'ouverture non nécessaire du marché européen des équipements de défense.

b) La nécessité de mettre en place des verrous

Afin d'éviter une excessive ouverture du marché et la destruction des BITD nationales, ou d'empêcher la construction d'une BITDE, le texte de la directive a prévu un certain nombre de verrous.

A l'initiative des négociateurs français, les outils juridiques permettant d'exclure des marchés ou de refuser des candidats est particulièrement important.

En revanche, compte tenu de l'absence de préférence communautaire au niveau européen, la directive n'offre que peu de fondements juridiques pour écarter un candidat, dès la présentation des offres, en raison de sa nationalité.

(1) Les outils juridiques permettant d'exclure certains marchés ou d'écarter des candidats

Tout d'abord, certains marchés peuvent être exclus de la mise en concurrence sur la base de l'article 13 de la directive (voir supra). Pour mémoire, il s'agit notamment, et outre les marchés obligeant à la divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité (reprise de l'article 346 TFUE), des marchés de renseignement, des marchés passés en coopération par au moins deux Etats sur des activités de R & T, de ceux passés dans les

pays tiers pour les besoins opérationnels des forces, des marchés dits « sensibles » destinés à la fourniture d'équipements militaires ou d'équipements sensibles. Aucune définition n'existant de ces équipements, on peut leur en donner une plus ou moins large. Est-ce que l'achat de drones, par exemples, peut-il être considéré comme un marché sensible ?

Ensuite, la directive offre la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'écarter des soumissionnaires, sur des critères assez larges, tels que définis par exemple à l'article 39 point 2) e), y compris par une preuve non révélée, qu'un soumissionnaire n'apporte pas de garantie suffisante de fiabilité pour la sécurité des Etats membres¹.

La directive contient également des conditions strictes d'exécution du marché (article 20) telles que la sécurité de l'information (article 22) ou la sécurité d'approvisionnement (article 23). Formulées en termes larges, ces conditions s'appliquent à tous y compris aux sous-traitants.

La transposition de ces dispositions dans le droit français se fera par l'intermédiaire du projet de décret, actuellement en cours d'élaboration, qui modifiera le code des marchés publics (voir supra). Cette transposition devrait donner une grande latitude au pouvoir adjudicateur, en particulier au titre de la sécurité d'approvisionnement, pour écarter des soumissionnaires non désirés. En effet, les articles 23 et l'article 42 h) de la directive prévoient que les critères de sélection peuvent inclure les sources d'approvisionnement, avec une indication de la localisation de la production, tant du soumissionnaire que de ses sous-traitants. Un doute sur ses capacités techniques à fournir, en cas d'accroissement des besoins ou en cas de crise, pourra ainsi conduire à écarter un soumissionnaire.

Enfin, les critères d'attribution des marchés (articles 47a et 47b) offrent là aussi une liberté certaine. Loin d'être le premier critère, le prix ne vient au contraire qu'en second, la définition de l'offre économiquement la plus avantageuse pouvant se fonder « *par exemple* » (terme qui ouvre davantage encore le champ des possibles) sur la qualité, la valeur technique, le coût d'utilisation sur tout le cycle de vie, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité -tous critères favorisant, de fait, les soumissionnaires européens-.

Dans ces conditions, la question de l'opportunité d'écarter un soumissionnaire en fonction de sa nationalité se pose légitimement.

(2) La possibilité d'écarter un candidat en fonction de sa nationalité

Comme cela a déjà été dit, la directive ne prévoit aucune clause de préférence communautaire qui permettrait d'écarter un opérateur économique

¹ Article 39 2. e) « Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique : (...) e) au sujet duquel il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat membre. »

n'appartenant pas à l'espace économique européen. En revanche, a été inséré, dans l'exposé des motifs, un considérant (18) qui dispose :

« Les marchés d'armes, munitions et matériel de guerre qui sont passés par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices opérant dans le domaine de la défense sont exclus du champ d'application de l'accord sur les marchés publics (AMP) conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. (...) »

« Cette exclusion signifie que dans le contexte spécifique des marchés de la défense et de la sécurité, les Etats membres conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés. Ils devraient fonder cette décision sur des considérations de bon rapport qualité-prix, en reconnaissant la nécessité d'une Base industrielle et technologique de défense européenne compétitive au niveau mondial, l'importance de marchés ouverts et équitables et l'obtention d'avantages mutuels. Les Etats membres devraient insister sur une ouverture de plus en plus grande des marchés. Les partenaires de l'Union européenne devraient également faire preuve d'ouverture, sur la base de règles internationalement reconnues, notamment en ce qui concerne une concurrence ouverte et loyale. »

Selon une jurisprudence constante, le « préambule d'un acte communautaire n'a pas de valeur juridique contraignante »¹.

Certains services de la Commission européenne soutiennent que les accords internationaux en matière de marchés publics sont adoptés sur le fondement de l'article 207 TFUE (ex 133 TCE) qui a trait à la politique commerciale commune. Or l'article 3 du TFUE prévoit que : « 1. L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants : (...) e) la politique commerciale commune. »

Par conséquent, seule l'Union pourrait décider de l'ouverture ou de la fermeture des marchés publics à l'égard des opérateurs étrangers. Ce qu'elle n'a pas fait dans le cas présent. La politique commerciale de l'Union jusqu'à présent a été d'ouvrir les marchés, dans l'espoir que cette ouverture entraînerait l'ouverture des marchés fermés. D'où la présence dans le deuxième alinéa du considérant 18. des troisième et quatrième phrases.

En l'absence d'une simple application par l'Union du principe de réciprocité, les services de la Commission élaborent actuellement, à la demande expresse du Gouvernement français, un instrument juridique permettant de rejeter les offres qui ne sont pas couvertes par l'un des engagements internationaux pris par l'Union dans le domaine des marchés publics. Cet instrument concernera, entre autres, les marchés de défense et de sécurité, puisqu'ils sont exclus de l'AMP.

¹ Cf p. ex. CJCE, 24 novembre 2005, *Deutsches Milch-Kontor GmbH*, Aff. C-136/04. Rec p. I-10095, pt 32

Le projet de loi prévoit d'insérer un nouvel article 37-2 de l'ordonnance de 2005. Le texte proposé par cet article a pour objectif de permettre aux acheteurs publics de décider souverainement, au cas par cas, d'ouvrir ou non la procédure de passation aux opérateurs de pays tiers.

Votre rapporteur ne peut que souscrire à cette affirmation de la souveraineté nationale.

Toutefois, il est vrai que dans sa rédaction actuelle, cette disposition pourrait ouvrir la porte à deux séries de candidats non sollicités :

- les « faux-nez » : c'est-à-dire des établissements juridiquement établis sur le territoire de l'Union qui ne sont en réalité que de simples « boîtes à lettres » d'opérateurs économiques de pays tiers à l'Union.

- les « mauvais européens » : c'est-à-dire les vraies entreprises européennes qui importent spécifiquement des technologies provenant de pays tiers à l'Union ou qui sous-traitent hors de l'Union l'essentiel de leur production.

Le projet de loi mériterait donc d'être précisé sur ce point important, afin de ne pas donner prise à une multiplication des contentieux.

2. Le risque de détournement de la prohibition des compensations

Aujourd'hui, les Etats membres recourent souvent aux compensations (*offsets*) pour imposer leurs PME locales comme sous-traitants en contrepartie de l'achat à l'étranger des équipements de défense.

L'article 21 de la directive 2009/81/CE traite de ce problème. Sa rédaction est complexe parce qu'elle reflète un compromis entre des positions largement divergentes. En effet, les débats sur la sous-traitance ont vu s'opposer les Etats disposant d'industriels de grande taille, pourvus de chaînes de sous-traitance largement nationales, aux Etats dont le tissu industriel de défense et de sécurité se limite à des PME.

Ces PME, aux intérêts également divergents, sont désireuses soit de bénéficier d'un accès libre aux chaînes de sous-traitance des grands industriels (Pays-Bas, Finlande notamment), soit de bénéficier des « offsets », compensations industrielles réalisées dans le pays d'achat du matériel (Pologne, Portugal, Grèce notamment).

a) Le principe de la prohibition des offsets

(1) De façon générale, les offsets sont interdits sur le marché intérieur

Des dispositions qui auraient pour effet d'obliger ou d'inciter des opérateurs économiques à attribuer un marché à des opérateurs économiques locaux, en tant qu'ils portent atteinte à l'égalité d'accès et de traitement des

candidats potentiels et s'assimilent à des mesures discriminatoires à l'égard des opérateurs économiques, ne sauraient être tolérées sur le marché intérieur.

La Commission européenne y attache une importance particulière. A cette fin, elle a d'ailleurs précisé, lors des « lignes directrices » qu'elle a présenté aux « ateliers de la transposition » de la directive 2009/81/CE en 2009 et 2010, que l'acheteur public ne peut exiger ou inciter, par quelque moyen que ce soit, des candidats, des soumissionnaires ou des titulaires, qu'ils s'engagent à :

- acheter des biens ou des services auprès d'opérateurs économiques situés dans un Etat membre spécifique ;
- attribuer des sous-contrats à des opérateurs économiques situés dans un Etat membre spécifique ;
- procéder à des investissements dans un Etat membre spécifique ;
- générer de la plus value sur le territoire d'un Etat membre spécifique.

Quel que soit l'Etat membre dont il est ressortissant, l'acheteur public qui recourt aux compensations dans le cadre d'un marché de défense ou de sécurité, contrevient donc aux règles communautaires. Si à ce jour, la Commission n'a pas encore mené des poursuites contre des compensations rien n'interdit qu'elle le fasse à l'avenir.

(2) La directive 2009/81 ne traite pas expressément des offsets mais prévoit des dispositions permettant d'empêcher leur mise en œuvre

- L'acheteur public ne peut imposer au titulaire le choix d'un sous-contractant

C'est sur le fondement du principe de non discrimination, rappelé à l'article 4 de la directive, que l'article 21.1 prévoit que le titulaire ne peut se voir imposer par l'acheteur public de faire de la discrimination en fonction de la nationalité des sous-contractants potentiels.

Le point 1 de l'article 21 de la directive dispose en effet que :

« Le soumissionnaire retenu est libre de choisir ses sous-traitants pour tous les contrats de sous-traitance qui ne sont pas couverts par les exigences visées aux paragraphes 3 et 4 ; il ne peut pas, notamment, être exigé de lui qu'il se comporte de façon discriminatoire à l'égard de sous-traitants potentiels en raison de leur nationalité ».

Par ailleurs, l'article 51 de la directive rappelle que :

« Le soumissionnaire retenu agit dans la transparence et traite les sous-contractants potentiels sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire. »

L'acheteur public, quel que soit l'Etat membre dont il est ressortissant, ne peut donc prévoir que le titulaire réserve l'attribution des

sous-contrats aux opérateurs économiques d'une nationalité déterminée, c'est-à-dire se comporte de façon discriminatoire.¹

- Le rejet des sous-contractants doit se fonder sur des critères non discriminatoires

En application du paragraphe 5 de l'article 21 de la directive, l'acheteur public peut rejeter un sous-contractant, notamment s'il ne présente pas les garanties suffisantes en termes de capacités techniques, professionnelles et financières. Il doit s'agir des mêmes garanties que celles exigées pour les candidats du marché principal.

Comme le souligne le considérant 61, les critères permettant de vérifier l'aptitude des candidats et de les sélectionner doivent être non discriminatoires.

L'acheteur public ne peut donc pas rejeter un sous-contractant sur des motifs tenant à sa nationalité, pour favoriser, par exemple, un sous-contractant de sa propre nationalité.

- Les conditions d'exécution relatives aux sous-contractants ne peuvent être directement ou indirectement discriminatoires

En application de l'article 20 de la directive, l'acheteur public peut imposer des conditions d'exécution dans le marché, parmi lesquelles celles relative aux sous-contractants.

Comme le rappelle le considérant 41, les conditions d'exécution d'un marché sont toutefois compatibles avec la directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires

b) Le risque de détournement

En théorie les compensations seront donc prohibées, pour les acheteurs européens.

Elles ne le seront pas évidemment pour les acheteurs du reste du monde qui pourront continuer à exiger et à obtenir des compensations pour tout ou partie du marché, comme l'a montré la négociation des 36 avions de combat pour le Brésil.

En revanche, les acheteurs européens ne pourront pas exiger des compensations des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union.

Que cela soit bien clair, rien n'interdira, par exemple, à un producteur américain de répondre à un marché en incluant dans ce marché des compensations au profit des sous-traitants nationaux de l'Etat-membre dans lequel le marché est lancé.

¹ Toutefois, la lecture de l'article 20 point 4 de la directive peut induire à de mauvaises interprétations. Cette disposition prévoit qu'afin de casser la nature oligopolistique du marché, les acheteurs publics peuvent imposer aux candidats de sous-traiter une partie du marché, qui ne peut excéder 30 %. Lorsqu'ils le font, les opérateurs économiques doivent mettre en concurrence les sous-traitants et les choisir de façon non discriminatoire.

Mais la directive interdit sans ambiguïté à l'acheteur européen de les prendre en considération.

Par ailleurs, le risque existe qu'en utilisant l'article 346 du TFUE, et dans le cadre d'une procédure de gré à gré, il soit plus intéressant pour les acheteurs européens d'acheter des biens d'équipement à des opérateurs économiques de pays tiers, ce qui leur garantirait un retour industriel plus important qu'en passant par un opérateur économique d'un Etat membre.

Le « marché du siècle » lancé par le Danemark, la Belgique, les Pays-Bas et la Norvège en 1975 pour un nombre total de 348 appareils et qui a vu le F-16 américain de General Electric triompher du mirage F1 de Dassault et du JA 37 Viggen de Saab, a donné lieu à de larges compensations industrielles qui ont contribué à développer une industrie aéronautique dans ces pays. Les liens transatlantiques ainsi tissés ont sans doute pesé dans la coopération de certains de ces pays (Danemark, Norvège et Pays-Bas) au programme actuellement en cours d'avion de combat *Joint Strike Fighter* (JSF) de Lockheed Martin.

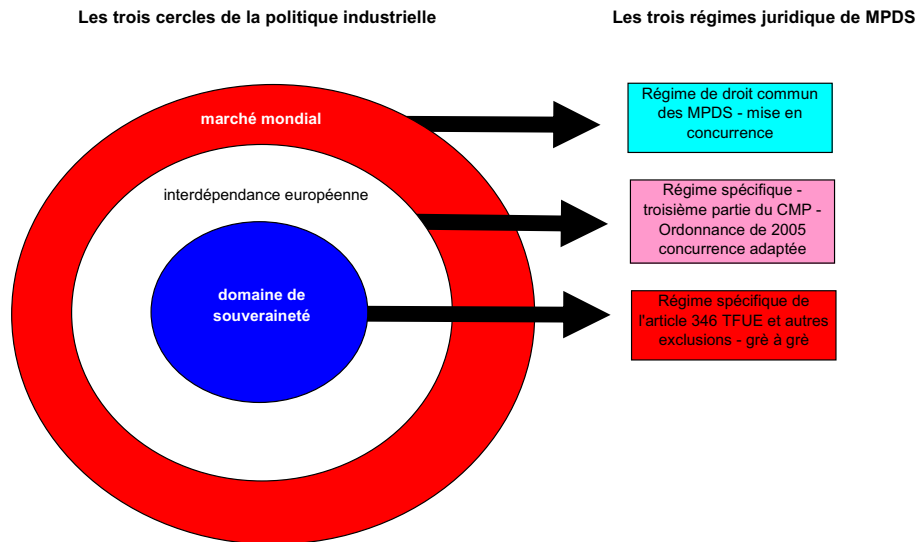
B. DES OPPORTUNITÉS NOUVELLES

1. La plus grande ouverture des autres marchés européens

La mise en place de la directive devrait permettre à nos industriels d'espérer une plus grande ouverture des marchés de défense des autres Etats-membres de l'Union, et en tout cas une ouverture au moins égale à celle du marché français.

En France, la tentation est grande de relier les trois régimes juridiques définis plus haut avec les trois cercles de souveraineté tels qu'exposés dans le Livre blanc¹.

¹ Livre blanc – Défense et Sécurité nationale – p. 264 et suiv. une stratégie industrielle tournée vers l'Europe.



Certes, cette assimilation a ses limites, car rien n'empêche évidemment l'Etat français de mettre en concurrence complète des fournisseurs européens, à l'exclusion d'opérateurs économiques de pays tiers, y compris dans le troisième cercle.

Par ailleurs, il est important que le domaine des équipements et technologies compris dans le premier cercle ne fasse l'objet d'aucune liste exhaustive, pour permettre l'évolution dans le temps des technologies critiques. La frontière entre le premier cercle et le deuxième est donc nécessairement variable et ne devrait pas faire l'objet de la publication d'une liste exhaustive.

Mais cette assimilation est un outil permettant de se rendre compte combien il est important que les Etats européens mettent à peu près les mêmes équipements et les mêmes technologies dans le champ d'application du régime dérogatoire de l'article 346 TFUE.

Si par exemple, tel pays décide que la production de véhicules blindés, fait partie des intérêts essentiels de sa sécurité et a recours à la procédure du 346 pour les acheter, alors que la France considère qu'il s'agit d'un bien justifiable du régime spécifique, ouvert à la concurrence, le principe de réciprocité ne s'appliquera pas et rapidement les règles du jeu ne seront plus équitables.

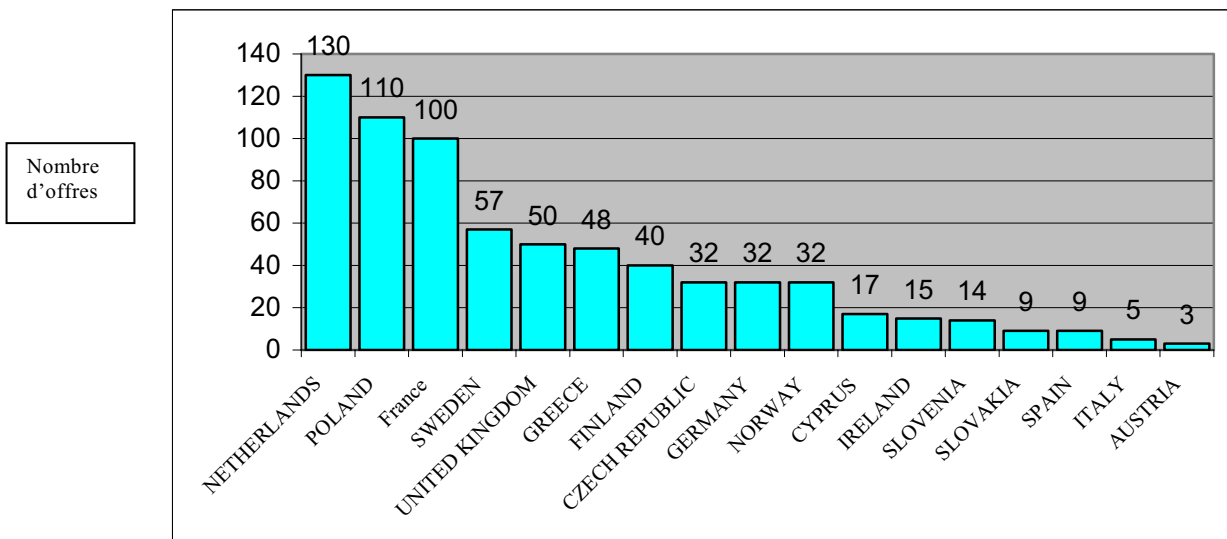
A titre d'exemple, le programme des Porteurs Polyvalents Terrestres vise à acquérir des moyens de transport logistique adaptés aux théâtres d'opération. Le programme envisage au stade actuel l'acquisition jusqu'en 2019 d'environ 2.000 camions dans différentes versions. Une procédure de mise en concurrence au plan européen fondée sur des critères techniques, calendaires et économiques (prix) a été retenue dans le dossier de lancement de la conception (2007). A l'issue de plusieurs étapes de la procédure d'acquisition le marché a été attribué à un groupement formé du producteur italien IVECO et du groupe français SOFRAME (entreprise française au sein du groupe Lohr) au détriment de Renault Truck Defense, entreprise à capitaux

suédois, mais dont l'essentiel des implantations est situé sur le territoire national.

Il est évident que le marché des véhicules blindés italiens doit à son tour s'ouvrir de la même façon que le marché français – ce qui d'après les informations fournies à votre rapporteur n'est pas le cas - faute de quoi, les règles du marché seraient faussées.

Le graphique ci-après récapitule les opportunités d'achat publics mises en ligne sur le portail électronique de l'Agence européenne de la défense par divers Etats européens dans le domaine de la défense (tous types de biens et services) qu'il s'agisse de projets à venir, de contrats en cours ou déjà attribués. Chaque Etat est libre de diffuser ou non via l'AED, ses opportunités de marchés afin de favoriser l'ouverture des marchés nationaux de défense à une plus large concurrence intra-européenne. Son application repose sur le seul engagement politique des Etats.

La recherche a été établie le 1^{er} février 2010 sur le portail accessible librement par internet (<http://www.eda.europa.eu/ebbweb/bycountry.aspx>) avec un tri par pays. Les pays non représentés sur ce graphique ont publié une seule offre voire aucune. Le graphique ci-après montre que certains pays jouent le jeu de la transparence et de la libre concurrence en publiant de nombreuses opportunités, alors que d'autres restreignent fortement leur marché.



L'examen détaillé des offres italiennes montre par exemple que sur cinq opportunités ouvertes par le gouvernement, trois concernent le fuel pour l'aviation.



2. La simplification des procédures

La remise à plat du dispositif des licences d'exportation et des certifications pour l'importation représente une réelle amélioration pour toutes les entreprises françaises concernées et en particulier les PME qui ne disposent pas généralement de services juridiques étoffés.

Toutefois, le succès du nouveau dispositif sera largement conditionné par sa bonne mise en œuvre sur le plan pratique. Certes, la modernisation du cadre juridique est un préalable indispensable, mais les bénéfices du nouveau régime ne pourront se faire pleinement sentir que lorsque la pratique administrative en aura tiré tous les avantages.

Pour ce faire, l'outil informatique de suivi et de traitement des autorisations paraît tout à fait primordial et on ne peut que regretter qu'il n'entre en production qu'au mieux à la fin de l'année 2013.

Il faut noter, enfin, que le rapport Fromion préconisait un changement d'organisation administrative de la délivrance des autorisations qui n'a, pour l'instant, pas été retenu par le Gouvernement. Pour notre collègue député, le système interministériel, qui montre sa « pertinence dans les cas sensibles », « n'est pas adapté aux opérations qui le sont moins ou même pas du tout et qui représentent, je le rappelle, pas moins de 70 % des cas. »

Ce rapport préconise la constitution, au sein d'un ministère désigné à cet effet, d'une cellule disposant **d'une véritable délégation** pour la délivrance des autorisations. Cette délégation se ferait sur la base d'une grille d'analyse (montant/pays/type d'opération) qui pourrait être élaborée par la CIEEMG à laquelle d'ailleurs ce service rendrait compte régulièrement.

Un système de ce type existe dans plusieurs États membres de l'Union européenne, comme le Royaume-Uni, la Suède ou l'Allemagne. En Allemagne, le BAFA, structure administrative placée au sein du ministère de l'industrie, est chargé de l'instruction des demandes (ainsi que de celles relatives aux biens à double usage, ce qui explique son effectif -200 personnes-) et de leur délivrance, sauf pour les cas sensibles où la demande remonte au Conseil fédéral de sécurité, instance décisionnaire en dernier ressort. En France, une telle structure déléguée a été mise en place pour le contrôle des biens à double usage (civil et militaire) ; ce service dépend du ministère de l'industrie. Ses compétences auraient pu être élargies au contrôle des exportations d'armement. Sans doute la réflexion en ce sens doit elle être poursuivie.

La réforme américaine en cours du système de contrôle des exportations reposerait également, d'après les informations fournies à votre rapporteur, sur une agence unique de délivrance des autorisations.

Votre rapporteur souhaite que l'administration poursuive sa réflexion sur le bilan coût-avantages d'une réforme organisationnelle qui aurait semble-t-il la faveur de nombreux industriels et qui donne toute satisfaction chez certains de nos partenaires.

Ces dispositions, de nature règlementaire, n'ont pas vocation à figurer dans le projet de loi de transposition.

CONCLUSION

Les directives du paquet défense constituent un pas dans la bonne direction.

La directive TIC et sa transposition simplifieront considérablement la vie de nos industriels.

La directive MPDS devrait permettre, à condition que les Etats européens jouent le jeu, d'exercer une pression concurrentielle sur les producteurs, pression qui devrait favoriser une baisse du coût des équipements de défense. Cette dimension financière de la directive trouve un intérêt renouvelé dans le cadre de la crise budgétaire actuelle et de la réduction, en cours ou à venir, des budgets de défense européens.

Les effets des ces directives pour notre pays, conjugués à ceux des accords de Londres, devraient donc être positifs, à condition de réussir la transposition, en particulier en ce qui concerne l'affirmation par notre pays d'une préférence communautaire souple, sans pour autant ouvrir la prise à une instabilité juridique.

En revanche, pour ce qui est de la construction d'une « Europe de la Défense », il est à craindre que ces directives, à elles seules, ne seront pas suffisantes pour la promouvoir.

Si une telle Europe devait voir le jour, ce serait d'abord et avant tout du fait de la volonté des Etats européens et de leurs peuples. Il reste beaucoup de chemin à faire pour y parvenir.

Au bénéfice de ces observations, votre commission vous recommande d'adopter le présent projet de loi, dans la rédaction qu'elle a modifiée.

EXAMEN DES ARTICLES

CHAPITRE PREMIER - CONTRÔLE DES IMPORTATIONS ET EXPORTATIONS DES MATÉRIELS DE GUERRE

Le chapitre 1^{er} du projet de loi introduit dans le code de la défense des dispositions nouvelles sur le contrôle des importations et exportations des matériels de guerre.

Le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale a fixé pour objectif de dynamiser les exportations françaises d'armement, et, pour ce faire, s'agissant en particulier du contrôle des exportations, de « *simplifier et hiérarchiser les procédures, notamment afin de réduire les délais de traitement des demandes. Les contrôles des transferts entre les pays européens engagés dans des programmes de coopération devront être abolis.* »

Négociée sous présidence française de l'Union européenne, la directive n° 2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions de transferts de produits liés à la défense dans la Communauté répond en partie à ces objectifs.

Ce nouveau régime vient **harmoniser** des règles aujourd'hui disparates entre les différents Etats membres de l'Union européenne (morcellement couteux et complexe pour les entreprises). Dans la lignée des recommandations du Livre blanc, le Gouvernement a saisi l'occasion de cette transposition pour **simplifier**, parallèlement, dans le présent projet de loi, le régime d'autorisation en substituant au régime en vigueur basé sur un « double niveau » d'autorisation, constitué d'un agrément préalable puis d'une autorisation d'exportation, un système de licence « unique », déjà en vigueur dans la plupart des pays européens.

Il va de soi que cette simplification maintiendra le haut degré **d'exigence** d'un contrôle qui se doit d'être, s'agissant de matériel particulièrement sensible, irréprochable, dans le respect des engagements internationaux de la France.

Ce texte devrait avoir pour effets bénéfiques de réduire les délais d'instruction (de 110 jours à 50 jours) et de diminuer de plus de moitié le nombre d'actes administratifs individuels délivrés chaque année, de 14 000 aujourd'hui à 6 000 autorisations par an.

La France est le 4^{ème} exportateur mondial d'armement. Les exportations de matériel de guerre concernent chaque année près de 370 entreprises¹ et représentent au total près du tiers des 15 milliards d'euros de chiffre d'affaires du secteur. L'industrie de défense se compose d'une

¹ Nombre d'entreprises ayant déposé un dossier à la CIEEMG en 2009

quarantaine de grands groupes et de plusieurs milliers de PME-PMI, dont entre 300 et 400 sont exportatrices. On estime à 50 000 le nombre d'emplois dans ce secteur qui sont directement liés aux exportations.

Un distinguo est désormais introduit dans le droit suivant les pays de destination de ces matériels :

- lorsqu'il s'agit d'Etats **membres de l'Union européenne**, en transposition de la *directive n° 2009/43/CE du 6 mai 2009 simplifiant les conditions de transferts de produits liés à la défense dans la Communauté*, le contrôle, désormais fondé sur trois types de licences de transfert, est simplifié et harmonisé au plan communautaire ;

- **en dehors de l'Union européenne**, des licences d'exportation sont également créées, dans le but de simplifier les procédures et d'accroître la réactivité des entreprises. Ce choix ne découle pas directement des obligations de la directive mais d'une volonté du Gouvernement français de moderniser le système en vigueur, en s'inspirant de celui proposé par la directive pour les transferts intracommunautaires.

Article premier

Création du nouveau régime de contrôle des importations et exportations des matériels de guerre

L'article 1^{er}, composé de 108 alinéas, fixe les nouveaux régimes de contrôle, qu'il s'agisse des transferts intracommunautaires ou du « grand export », vers des pays non membres de l'Union européenne.

Pour ce faire, il réécrit totalement le chapitre V « Importations et exportations » du titre III du livre III de la deuxième partie du code de la défense, désormais dénommé : « Importations et exportations – Transferts au sein de l'Union européenne. ».

Art. L. 2332-8-1 (nouveau) du code de la défense

Transfert de dispositions figurant auparavant à l'art. L. 2335-4

Dans la mesure où le projet de loi réécrit totalement le chapitre V, l'article 1^{er} commence par transférer une de ses dispositions, qu'il convient de conserver (*l'art L. 2335-4*, relatif aux canons d'armes de guerre, soumis à des épreuves constatées par l'application d'un poinçon), dans une rédaction modifiée, dans un autre chapitre du code de la défense, par le biais de la création d'un article nouveau L. 2332-8-1.

Il faut noter que ce transfert s'accompagne d'un léger changement rédactionnel. Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 2335-4 du code de la défense prévoit que les matériels de guerre destinés au commerce extérieur sont soumis à des épreuves constatées par l'application d'un poinçon, que les canons reçoivent en outre une marque dite d'exportation et que le régime et le tarif des épreuves et des marques sont déterminés par décret s'il y a lieu.

Or, suivant l'avis du Conseil d'Etat, le Gouvernement a considéré que, si le projet de loi peut instituer un dispositif d'homologation après épreuve des canons d'armes de guerre fabriqués en France, en revanche, il ne peut réserver cette homologation aux seuls canons d'armes destinés à être exportés, non plus qu'il ne peut prévoir la détermination du tarif des épreuves et des marques par décret.

C'est la raison pour laquelle le nouvel article L. 2332-8-1 du code de la défense, tel qu'issu du projet de loi, se borne désormais à indiquer que les canons d'armes de guerre fabriqués en France sont soumis à des épreuves constatées par l'application d'un poinçon.

La nouvelle section 1 « *Importation et exportations des matériels de guerre et matériels assimilés hors du territoire de l'Union européenne* », qui est créée au sein de ce chapitre V, concerne les échanges avec des États situés en dehors de l'Union européenne.

Art. L 2335-1 du code de la défense

Importations de matériels de guerre (hors Union européenne) : principes

Les échanges de matériels de guerre et de matériels assimilés entre la France et le reste du monde - Union européenne comprise - sont actuellement régis par les articles L. 2335-1 à L. 2335-4 du code de la défense, du chapitre V précité.

Le principe général est la **prohibition** de l'importation des matériels des 1re, 2e, 3e, 4e, 5e et 6e catégories, sauf dérogations. L'importation doit être subordonnée à l'obtention d'une autorisation d'importation de matériels de guerre (AIMG).

L'article L. 2331-1 du code de la défense définit les huit catégories de matériels de guerre :

I.- Matériels de guerre :

1re catégorie : armes à feu et leurs munitions conçues pour ou destinées à la guerre terrestre, navale ou aérienne.

2e catégorie : matériels destinés à porter ou à utiliser au combat les armes à feu.

3e catégorie : matériels de protection contre les gaz de combat.

II.- Armes et munitions non considérées comme matériels de guerre :

4e catégorie : armes à feu dites de défense et leurs munitions.

5e catégorie : armes de chasse et leurs munitions.

6e catégorie : armes blanches.

7e catégorie : Armes de tir, de foire ou de salon et leurs munitions.

8e catégorie : Armes et munitions historiques et de collection.

La nouvelle rédaction proposée pour l'article L. 2335-1 maintient cette économie globale, mais en restreignant son champ aux Etats non membres de l'Union européenne, les transferts vers les Etats membres faisant l'objet de dispositions spécifiques.

C'est en référence à cette classification que le présent article commence par poser le principe de **l'interdiction d'une importation sans autorisation préalable** des matériels de la 1^{ère} à la 6^{ème} catégorie incluse, en seule provenance d'Etats non membres de l'Union européenne.

La nouvelle rédaction établit un lien nécessaire –mais avec dérogation possible- entre l'obtention d'une autorisation d'importation et la détention préalable d'une autorisation de fabrication desdits matériels, délivrée en vertu de l'article L. 2332-1 (autorisation de fabrication, de commerce et d'intermédiation (AFCI) pour les matériels des quatre premières catégories).

Enfin, l'article pose le principe de la **réversibilité** de l'autorisation, à tout moment, par l'autorité administrative, pour des raisons de respect des engagements internationaux, de protection des intérêts essentiels de sécurité, ou pour non respect des conditions de l'autorisation. Un décret en Conseil d'Etat viendra préciser les modalités de ce retrait. A noter que des sanctions pénales sont prévues à l'article 3 du projet de loi en cas de violation de ces dispositions.

Art. L 2335-2 du code de la défense

Exportations de matériels de guerre (hors Union européenne) : principes

La nouvelle rédaction proposée pour l'article L 2335-2 pose, réciproquement, le principe de l'interdiction, sans autorisation préalable, de l'exportation des matériels de guerre vers des Etats non membres de l'Union européenne, l'autorité administrative définissant la liste des matériels concernés et les dérogations à cette autorisation.

D'après les informations communiquées à votre rapporteur, la liste des matériels concernés recouvrera la liste dite « ML » (*Munitions List*)

annexée à la directive du 6 mai 2009 et fondée sur les négociations annuelles qui ont lieu à Vienne dans le cadre de « *l'arrangement de Wassenaar* ». Cette liste sera modifiée chaque année par décision du Conseil de l'Union européenne. Actuellement, elle est annexée à l'arrêté du 17 juin 2009 fixant la liste des matériels de guerre et des matériels assimilés soumis à une procédure spéciale d'exportation.

En outre, le champ d'application des exportations inclura les satellites d'observation et les lanceurs à capacité balistique militaire, en application des dispositions de l'article L. 2335-18 nouveau ci-après.

Il faut relever que la liste *ML* et les catégories définies à l'article L. 2331-1 du code de la défense (qui détermine le champ d'application pour les autorisations d'importation) comportent des armes et matériels communs. Toutefois, la liste *ML* est plus étendue puisqu'elle comprend les matériels assimilés, non visés par cet article, c'est-à-dire les composants spécialement conçus pour les matériels de guerre, les accessoires, les matériels d'essais, d'entraînement, de protection, ainsi que les technologies. Par exemple, la roue d'un véhicule blindé est un matériel assimilé (si elle est spécialement conçue pour être intégrée sur un blindé) ; son exportation est donc soumise à autorisation. En revanche, ce n'est pas un matériel figurant dans l'une des six premières catégories de l'article L. 2331-1 ; son importation n'est donc pas soumise à une AIMG.

Art. L 2335-3 du code de la défense

Licences d'exportation (hors Union européenne)

L'article L 2335-3 précise le nouveau cadre des autorisations d'exportation hors Union européenne, reposant désormais sur trois différents types de licences.

- **Le régime d'autorisation actuellement en vigueur**

Le régime actuel de contrôle *a priori* repose sur des autorisations individuelles, délivrées suivant un système à double niveau :

- l'agrément préalable (AP), accordé par le Premier ministre et notifié à l'industriel par le ministre de la défense, visé à l'actuel art. L. 2335-2 ;

- l'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG), accordée et notifiée par le ministre chargé des douanes, visée à l'actuel art. L. 2335-3.

L'agrément préalable (AP) permet à une entreprise de négocier un contrat, puis le cas échéant de le signer. Il a une durée de validité maximale de 3 ans. L'autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG) permet à la même entreprise de procéder à l'opération d'exportation proprement dite, car l'obtention de l'AEMG est obligatoire pour permettre le dédouanement des matériels et leur acheminement à l'étranger après le franchissement des

frontières. D'une durée de validité de deux ans maximum, l'AEMG est en général précédée de la signature du contrat.

Ces deux autorisations relèvent du Premier ministre, assisté d'une commission (la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre - CIEEMG) dont la présidence est assurée par le Secrétaire général pour la défense et la sécurité nationale (SGDSN). Trois ministères, les affaires étrangères et européennes, la défense et les finances, en sont membres permanents et disposent d'une voix délibérative. La commission est chargée de l'examen des dossiers au cas par cas. Elle exprime sur chacun un avis qui sert de base à la décision.

D'après l'exposé des motifs du projet de loi, en 2009, la France a délivré 6 826 agréments préalables individuels et 7 080 autorisations d'exportation de matériel de guerre.

Ce système, éprouvé, reposant sur des fondements posés par le décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, a été perfectionné depuis lors mais n'a jamais vu son architecture globale refondue.

Des progrès ont récemment été introduits, avec les procédures d'examen **simplifiées** pour les agréments préalables que sont les procédures accélérées ou globales, ou les procédures regroupées, qui permettent d'étudier dans le même temps l'agrément préalable et l'autorisation d'exportation. La procédure continue (PC), permet quant à elle de recueillir par voie dématérialisée les avis des ministères et de délivrer, sans attendre la réunion formelle de la CIEEMG, l'agrément préalable si les avis sont concourants.

Les **lourdeurs** de ce système sont très bien décrites dans le rapport de notre collègue député Yves FROMION¹, parlementaire en mission, remis au Premier ministre en juin dernier, qui établit que la part des procédures de simplification reste marginale, les procédures normales représentant encore 81 % du total.

Ce rapport estime à 66 jours le **délai moyen** de traitement pour un agrément préalable et à 52 jours celui de l'autorisation d'exportation. Ces chiffres sont peu compatibles avec l'exigence de réactivité pour nos entreprises dans des compétitions où la concurrence est souvent très rude.

Enfin, le **nombre** d'actes traités paraît disproportionné par rapport aux enjeux, comme le relève le rapport précité : *« environ 6 000 à 7 000 demandes restent annuellement inscrites à l'ordre du jour des 11 CIEEMG annuelles, alors qu'apparemment la moitié seulement –au mieux– fait l'objet d'un examen réel dans cette instance. (...) En réalité, seulement 10 % des dossiers présenteraient un caractère jugé sensible. Enfin, seules une centaine de fiches font l'objet chaque année d'un refus. (...) Il n'est pas*

¹ Transposition de la directive européenne simplifiant les transferts intracommunautaires d'équipements de défense. Conclusions finales de la mission confiée par monsieur le Premier ministre, juin 2010.

nécessaire de retenir au niveau de la CIEEMG la très grande majorité des demandes d'agrément. »

Face au triple constat de complexité exposé ci-dessus, le système proposé introduirait toutefois de réelles simplifications, les nouvelles procédures réduisant significativement les contraintes administratives pesant sur les industriels.

- **Les trois types de licences proposées par le nouveau système**

Le projet de loi propose de remplacer ce système d'autorisation par la création de **licences d'exportation** vers les pays hors Union Européenne.

Si cette formule est imposée par la directive pour les transferts intra-communautaires, il n'en va pas de même pour les exportations hors de l'Union européenne.

C'est donc d'un choix du Gouvernement que résulte l'application d'un régime similaire à celui prévu par la directive aux exportations non communautaires. L'idée est notamment de diminuer, en particulier grâce aux licences générales, le nombre de demandes d'autorisations individuelles, ce qui est de nature à accroître la réactivité commerciale des entreprises.

Trois types de licences sont prévus :

- **licences générales** d'exportation (par arrêtés précisant les conditions d'utilisation et les matériels sélectionnés) comportant des listes de matériels qu'un exportateur établi en France peut expédier vers certaines catégories de destinataires ; ce régime, le plus libre, délivre en quelque sorte une autorisation générale pour certaines exportations, sans avoir à demander d'autorisation spécifique ;

- **licences globales** d'exportation autorisant un exportateur à expédier, sans limite de quantité ni de montant, des matériels à un ou plusieurs destinataires identifiés ;

- **licences individuelles** d'exportation, autorisant un exportateur à expédier un matériel à un destinataire (pour un montant précis).

La plus grande simplification est attendue des licences générales. Ces licences libéraliseront les exportations les moins sensibles ; en contrepartie, la mise en place d'un système de **qualification** des entreprises utilisatrices permettra un contrôle a posteriori de leurs activités.

Ces licences générales d'exportation comporteront une liste de destinations autorisées ou interdites. L'utilisation d'une licence générale d'exportation sera conditionnée à la mise en place d'un programme interne de contrôle par les exportateurs : outre le primo-enregistrement lors de l'utilisation d'une licence, la tenue d'un registre des importations et une déclaration semestrielle seront nécessaires (cf. *art L. 2335-5* et suivants ci-après).

D'après l'exposé des motifs du présent projet de loi, les pays de destination pourraient être les pays déjà « *jugés sûrs par le Gouvernement français* » dans le cadre de la législation sur les biens à double usage (Etats-Unis, Canada, Nouvelle-Zélande, Australie, Norvège, Suisse, Japon). Les destinataires privés devraient a priori en être exclus. D'après ce même document, les opérations couvertes par les licences générales pourraient être les exportations destinées aux forces gouvernementales, les opérations de maintenance, les salons et expositions.

A noter donc que, pour les licences générales d'exportation, d'après les informations confirmées en audition à votre rapporteur, les destinataires devraient, au moins dans un premier temps, être essentiellement **étatiques**.

Ce sont les licences générales à l'exportation britanniques (*Open General Export Licenses, OGEL*) qui ont servi de modèle à l'instauration en France d'un tel système.

Il faut relever que si la directive (et par extension, le régime prévu pour le grand export) impose 3 catégories de licences, elle n'impose pas en elle-même la licence « unique », fusionnant en une seule autorisation les deux existantes dans le système actuel. C'est donc par souci de simplification mais aussi de respect de l'esprit de la directive et de ses grands objectifs (la majorité des Etats membres disposant d'un système de licence unique) que le projet de loi de transposition s'accompagne d'une refonte du système d'autorisation « duale » pour aller vers l'autorisation unique.

Comme le précise la directive, dans son article 1^{er}, la décision d'exportation relève de la seule compétence des Etats membres. Toutefois, certains industriels auditionnés par votre rapporteur ont posé la question du rôle que pourrait souhaiter jouer à l'avenir la Commission ou le Parlement européen, dans la décision d'exportation hors d'Europe. Ce risque était d'ailleurs lui-même souligné spécifiquement dans le rapport précité de notre collègue député Yves FROMION.

Votre commission des Affaires étrangères et de la défense veut rappeler ici son attachement à la liberté de chaque Etat membre pour contrôler souverainement ses exportations d'armement et choisir librement ses partenaires en matière de politique de défense. Cette liberté, préservée dans le texte de la directive actuelle, doit demeurer intacte à l'avenir.

Art. L 2335-4 du code de la défense
Retrait des licences d'exportation (hors Union européenne)

Cet article pose le principe de la possibilité d'un retrait ou d'une suspension, à tout moment, par l'autorité administrative, des licences d'exportations délivrées, soit pour des motifs généraux, soit pour des motifs particuliers (en particulier, non respect des conditions de la licence).

Ce retrait pourra être une conséquence d'une fraude du bénéficiaire de l'autorisation, ou encore de la souscription par la France de nouveaux engagements internationaux.

La fraude type qui pourra entraîner pour le titulaire, outre une sanction pénale, la suspension, l'abrogation ou le retrait de sa licence pourra être par exemple le cas de la réexportation d'un matériel par une personne titulaire d'une licence d'exportation, alors que ce bien est soumis à une clause de non réexportation décidée par un autre Etat membre.

Un décret en Conseil d'Etat viendra préciser les conditions d'application de cet article.

D'après les informations communiquées à votre rapporteur, c'est le Premier ministre qui prendra la décision de retrait après avis des ministères ayant voix délibérative à la commission interministérielle pour l'étude des exportations des matériels de guerre (CIEEMG). En cas d'urgence, l'autorisation pourra être suspendue immédiatement par le Premier ministre. La décision sera notifiée à son titulaire par le ministre de la défense.

Plus précisément le décret en Conseil d'Etat devrait prévoir que l'administration pourra suspendre, modifier, retirer ou abroger l'autorisation lorsque :

1° son maintien risque de porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, à la défense nationale, à la sécurité publique, à la sécurité extérieure de l'Etat ou aux engagements internationaux de la France ;

2° les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance de l'autorisation ne sont plus réunies ;

3° le titulaire de l'autorisation cesse l'activité pour laquelle elle lui a été délivrée.

En toute logique, une telle décision des retraits, notamment dans l'une des circonstances mentionnées ci-dessus au 2° et au 3°, devrait sans doute être motivée, en application de l'obligation générale de motivation prévue par la loi n° 79 587 du 11 juillet 1979.

Les décisions de suspension, de modification, de retrait ou d'abrogation d'une autorisation, qui font grief, pourront bien entendu faire l'objet d'un recours devant les juridictions administratives dans le délai de deux mois à compter de leur notification.

Art. L 2335-5 du code de la défense

**Obligation de primo-enregistrement pour les licences générales
obligation de notification des conditions d'utilisation
(hors Union européenne)**

Cet article pose une obligation de primo-enregistrement pour les entreprises qui utilisent une licence générale d'exportation pour la première fois.

C'est sur les exportateurs que repose l'obligation d'informer les destinataires des conditions dont est éventuellement assortie la licence d'utilisation, ou des restrictions à leur utilisation finale ou leur réexportation, au moyen d'une reproduction de ces conditions dans le contrat.

Art. L 2335-6 du code de la défense

**Tenue d'un registre d'exportation (hors Union européenne)
déclaration semestrielle**

L'article L. 2335-6 pose l'obligation de tenue et de conservation pendant 10 ans d'un registre des exportations effectuées.

Il faut noter que ce délai de 10 ans est calqué sur les délais prévalant en matière fiscale.

En outre, tant pour les exportateurs que pour les importateurs, une déclaration semestrielle est requise, dont les modalités sont définies par l'autorité administrative.

Un décret en Conseil d'Etat doit venir préciser les modalités d'application de cet article, et en particulier les obligations spécifiques s'appliquant aux exportateurs sollicitant une licence globale d'exportation.

Art. L 2335-7 du code de la défense

Respect d'éventuelles restrictions à l'exportation (hors Union européenne)

Cet article dispose qu'un exportateur ayant lui-même reçu des matériels au titre d'une licence de transfert d'un autre Etat membre de l'Union européenne (cf. supra) et faisant l'objet de restrictions à l'exportation, déclare les avoir respectées ou avoir obtenu l'accord de l'Etat concerné.

En pratique, la déclaration d'utilisation (par laquelle le destinataire français atteste que le produit qu'il acquiert sera intégré dans ses propres produits) sera remise au fournisseur étranger qui le conservera et l'archivera pour les besoins du contrôle opéré par son propre Etat.

La nouvelle section 2 « *Transfert de produits liés à la défense au sein de l'Union européenne* », au sein de ce chapitre V, concerne les échanges avec des Etats membres de l'Union européenne. Elle transpose directement la directive.

Art. L 2335-8 du code de la défense

Définitions

L'article L 2335-8 introduit dans le code de la défense les différentes définitions terminologiques contenues par l'article 3 de la directive.

En particulier, un « *transfert* » désigne une transmission intracommunautaire de matériel entre un fournisseur et un destinataire situés en France et dans un autre Etat membre.

Une « *licence* » désigne une autorisation administrative notifiée ou publiée. A noter que la réglementation française relative aux biens à double usage connaît d'ores et déjà le principe des licences (individuelle, globale et générale).

Art. L 2335-9 du code de la défense

Transferts au sein de l'Union européenne : principes

L'article L 2335-9 pose le principe de l'autorisation préalable pour les transferts entre Etats membres de produits liés à la défense.

Il faut noter que par rapport au droit en vigueur, reposant sur le principe de la prohibition, assortie de dérogations, il s'agit d'une évolution sensible, le principe étant désormais celui d'une liberté encadrée.

Cette disposition découle de l'article 4.1 de la directive, qui précise que le régime des licences de transfert est un régime d'autorisation préalable.

Le champ d'application est celui de la liste militaire européenne dite « liste des produits liés à la défense », figurant en annexe de la directive. Un arrêté devrait définir précisément ce champ d'application ; il devrait comprendre la liste *ML* annexée à la directive ainsi que les biens visés au futur l'article L. 2335-18 du code de la défense (les satellites et les lanceurs) qui entreront également, de par la loi, dans le champ du contrôle des transferts intracommunautaires (cf. supra).

Art. L 2335-10 du code de la défense
Types de licences de transfert au sein de l'Union européenne
licence unique

L'art. L. 2335-10 dispose que les licences sont délivrées par l'autorité administrative. La directive ne détaillant pas les procédures internes de délivrance de ces licences, les autorisations pourront, de fait, continuer d'être délivrées par les mêmes autorités qu'actuellement, comme l'indique l'étude d'impact : « *Le concept de licence ne remettra pas en cause le caractère interministériel et la compétence du Premier ministre dans la délivrance de l'autorisation, après avis de la CIEEMG.* ». Le ministère de la défense devrait quant à lui rester le point d'entrée de toutes les demandes de transfert.

Le texte du projet dispose que l'autorité administrative tient compte, pour la délivrance de la licence, « *de la sensibilité de l'opération* ». En outre, les licences peuvent comporter des conditions ou restrictions sur leur utilisation finale : ce qui couvre en particulier à l'interdiction de réexportation. Enfin, l'autorisation peut être limitée à la communication de certaines informations dans le cadre de la négociation d'un contrat.

Tout comme pour les exportations hors de l'Union européenne, dispositif inspiré de la directive, trois types de licences sont prévues par le texte européen, et transcrites dans le projet de loi, pour les transferts intracommunautaires :

- des arrêtés de « licences **générales** de transfert » autorisant tout fournisseur à effectuer un transfert vers un destinataire de l'Union européenne ;

- des licences **globales** de transfert, autorisant un fournisseur à effectuer des transferts à un ou plusieurs destinataires identifiés, pour une durée déterminée mais sans limite de montant. D'après l'exposé des motifs, ces licences couvriront des opérations industrielles complexes où les participants ainsi que le champ des matériels sont prédéterminés (exemple : l'avion de transport militaire A400M) ;

- des licences **individuelles** de transfert, autorisant le transfert à un destinataire, en une ou plusieurs fois (pour un montant donné). D'après l'exposé des motifs, seront soumis à l'examen au cas par cas les matériels qui sont jugés très sensibles pour la sécurité de nos forces armées (exemple : cryptologie) ou qui relèvent de technologies devant être protégées (plates-formes de combat complètes, matériels de renseignement militaire).

D'après les informations communiquées à votre rapporteur, les licences générales de transfert (que la directive fixe à au moins quatre) pourraient être au nombre de six :

- licence générale n° 1 vers les forces armées ou leurs pouvoirs adjudicateurs ;

- licence générale n° 2 vers les entreprises certifiées ;

D'après l'exposé des motifs, la liste des matériels sera plus étendue dans la licence générale n° 1 qui s'appliquera aux forces armées. La licence générale n° 2 devrait quant à elle couvrir une quinzaine de catégories de matériels de la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne, correspondent à trois familles :

· les composants de plates-formes terrestres (ML.6), navales (ML.9) et aéronautiques (ML.10), peu sensibles, et sources de flux importants vers toute l'Europe ;

· les matériels et composants moyennement sensibles à forte capacité de flux (munitions gros calibres (ML.3), produits explosifs (ML.8), protection NBC (ML.7), pour lesquels il existe un marché européen concentré de quelques groupes identifiés ;

· les matériels et composants moyennement sensibles et à forte valeur ajoutée technologique (matériels intégrés de vision nocturne (ML.15), matériels de guidage et de navigation (ML.11).

- licence générale n° 3 A pour les salons internationaux ;

- licence générale n° 3 B pour les essais et démonstrations ;

- licence générale n° 4 A pour le renvoi de matériels à l'étranger, suite à une réparation en France ;

- licence générale n° 4 B pour la réparation de matériels dans un autre Etat membre.

Le contenu de la licence générale n°1 sera naturellement le plus complet : devraient notamment y figurer les composantes de plate-forme pour véhicules terrestres, matériels navals et aériens, les munitions de gros calibre, les bombes, torpilles, radars terrestres, poudres, explosifs, matériels de vision nocturne...

Certains matériels pourront avoir des conditions particulières d'utilisation fixées par la licence (comme par exemple des clauses techniques).

Ces licences seront publiées par arrêtés. Elles constitueront la simplification la plus manifeste pour les industriels puisque tout matériel figurant dans l'arrêté portant licence générale pourra être transféré sans autorisation individuelle préalable.

Le texte de l'art L. 2335-10 pose le principe d'une obligation, pour un utilisateur de licence, de détention préalable d'une autorisation de fabrication desdits matériels, délivrée en vertu de l'article L. 2332-1 (autorisation de fabrication, de commerce et d'intermédiation (AFCI)), pour les matériels des quatre premières catégories. A titre exceptionnel, une personne non titulaire de cette autorisation peut toutefois demander une licence.

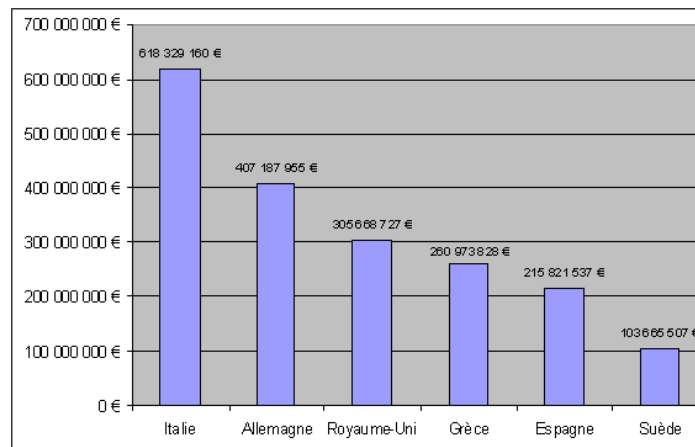
D'après l'exposé des motifs du projet de loi, entre 140 et 160 entreprises pourraient être bénéficiaires de ces licences générales, pour la majorité des PME-PMI.

En effet ; les livraisons d'armement - à partir de la France - à destination des Etats membres de l'Union européenne se sont élevées en 2009 à 807,8 millions d'euros, ce qui représente 20 % du total des livraisons françaises d'armement.

En 2009, la France a délivré 6 826 agréments préalables individuels, dont plus de 30 % concernant les pays européens et 7 080 autorisations d'exportation de matériel de guerre, dont 2 204 concernant ces mêmes pays (31 %).

Il faut souligner qu'une écrasante majorité des demandes de transfert à destination de l'Union européenne donnent lieu à une autorisation : en 2003, sur 13 000 demandes concernant des transferts intracommunautaires, seules 15 ont été refusées.

Transferts réalisés à partir de la France au cours de l'année 2009



Source : étude d'impact du projet de loi

D'après l'étude d'impact, plus de 50 % des demandes d'agrément préalables en 2009 (procédures normale et continue) seraient désormais éligibles, dans le nouveau système, aux licences générales de transfert n^{os} 1 ou 2, soit 1 134 actes sur 2 263. La mise en place des licences générales supprimera donc un millier d'actes par an. Les effets du nouveau régime d'autorisation « unique » (et non plus en deux temps) s'ajoutant à ceux des licences générales, il est estimé que l'administration ne devrait plus délivrer que 6 000 autorisations par an (4 700 licences individuelles d'exportation et 1 300 licences individuelles de transfert), contre 14 000 aujourd'hui.

Une incertitude sur le rythme de réduction des actes existe toutefois ; à la lumière notamment de l'expérience anglaise, l'administration estime que les industriels exportateurs, habitués à un régime de contrôle *a priori* très sécurisé juridiquement, pourraient ne tirer avantage que progressivement des assouplissements offerts par le nouveau système. Il faudra en outre, pendant une période de transition initiale, continuer de traiter le stock des autorisations délivrées sous l'ancien système.

En outre, on peut craindre que l'adaptation indispensable de l'outil informatique de gestion des autorisations (système SIEX), à peine entamée, ne permette pas de mise en œuvre opérationnelle immédiate du nouveau système de licence unique. Les auditions menées par votre rapporteur ont fait état d'une mise en production du nouveau système d'information en 2014 (au plus tard), soit deux ans après la date d'entrée en vigueur fixée par la directive.

A cet égard on ne peut manquer de s'interroger sur le fait que ce système d'information, qui aurait, selon le rapport FROMION, englouti en 5 ans la somme colossale de plus de 10 millions d'euros, fasse l'objet de **critiques aussi unanimes** de la part des industriels auditionnés par votre rapporteur, et soit incapable d'accompagner l'évolution vers le nouveau régime d'autorisation.

Deuxième interrogation, compte tenu de la simplification annoncée dès 2008 par le Livre blanc du système d'autorisation, de la négociation dès 2008 de la directive, et des différents rapports FROMION ayant précisément identifié le besoin, comment expliquer que le marché de réfection de ce système d'information n'en soit encore **qu'à ses débuts** ?

L'administration se fixe un objectif de « *drainer 25 % des flux actuels à destination de l'Union européenne à travers des licences générales la première année, avec un objectif de 50 % au terme de la troisième année* ».

Certes, les **efforts de modernisation** fournis par l'administration ne doivent pas être sous estimés. De nombreuses préconisations du rapport FROMION ont d'ores et déjà été mises en œuvre pour œuvrer, à cadre réglementaire inchangé, et indépendamment de la transposition de la directive, pour un allègement du fardeau administratif pour nos entreprises :

- ainsi sur l'année 2010, un plus grand nombre de dossiers a été drainé vers des procédures d'autorisation ne nécessitant pas d'examen par la CIEEMG, le taux –actuellement de 10 % à 15 %- pourrait même atteindre 35 % sur le dernier trimestre 2010 ;

- de même, une modification, en attente de publication, de l'arrêté du 2 octobre 1992 a été préparée, qui devrait offrir la possibilité d'étendre à 3 ans maximum (au lieu de 2) la durée d'une autorisation d'exportation –cette seule mesure permettant à elle seule de réduire de 10 % le nombre d'actes annuel¹-et de supprimer l'obligation de détenir une autorisation préalable pour remettre une offre et commencer à négocier un contrat.

Le V de l'art. L 2335-10 dispose que les licences de transfert délivrées par d'autres Etats membres autorisent également le **passage** par le territoire national.

En vue d'harmoniser réellement le marché européen, le texte pose donc le principe d'une licence unique, valable sur tout le territoire de l'Union.

¹ Source : rapport FROMION précité

Une opération commerciale sera soumise, au sein de l'Union européenne, à une et une seule autorisation, celle de l'Etat membre d'origine.

Toutes les autres autorisations requises aujourd'hui par les autres Etats membres pour la circulation des matériels militaires (et notamment l'autorisation de transit et l'autorisation d'importation) disparaîtront, afin que le marché soit rendu plus fluide.

A l'heure actuelle, le transit direct de frontière à frontière, entre deux Etats membres de l'Union européenne, de matériels de guerre, armes et munitions des six premières catégories énoncées à l'article L. 2331-1 du code de la défense est soumis à autorisation prévue par la loi. Les « matériels assimilés », ainsi que les armes à feu, les munitions et leurs éléments, qui relèvent de la directive 91/477/CEE modifiée du 18 juin 1991 et de la directive 93/15/CE du 5 avril 1993, sont pour leur part réglementés par le titre V du décret n° 95-589 du 6 mai 1995.

Les demandes d'autorisation de transit de matériels de guerre (ATMG) sont déposées auprès du ministre de la défense et délivrées par le ministre chargé des douanes (direction générale des douanes et droits indirects) après avis du Premier ministre, du ministre de l'économie, du ministre des affaires étrangères, du ministre de la défense et du ministre de l'intérieur.

En 2010, 328 autorisations ont été délivrées pour des transits intracommunautaires.

La directive dispose, au paragraphe 1 de son article 4, que : « *Le transfert de produits liés à la défense entre Etats membres est soumis à la délivrance d'une autorisation préalable. Aucune autre autorisation d'autres Etats membres n'est requise aux fins du passage par des Etats membres ou de l'entrée sur le territoire de l'Etat membre où le destinataire de produits liés à la défense est situé, sous réserve de l'application de dispositions nécessaires pour des raisons de sécurité publique ou d'ordre public, en matière de sécurité des transports notamment* ».

Cela signifie donc que la France n'exigera plus d'autorisation d'importation et de passage par son territoire pour les matériels concernés provenant – et à destination - des autres Etats membres de l'Union européenne. Les autorisations d'importation et de transit seront, bien entendu, également supprimées dans tous les autres Etats membres. C'est la condition d'une circulation simplifiée des produits de défense au sein de l'espace communautaire.

L'autorisation implicite contenue dans la licence générale vaut sous réserve des exigences de sécurité publique, d'ordre public ou de sécurité des transports.

Un décret en Conseil d'Etat viendra préciser les conditions d'application du présent article.

A noter qu'une démarche d'harmonisation de convergence des contenus des licences générales, actuellement engagée avec nos partenaires européens, vient donner tout son sens à cette « communautarisation » de l'autorisation.

Cette convergence est d'autant plus nécessaire que certains ont pu craindre l'émergence d'un **risque dit de « licence shopping »** en cas de différences trop marquées entre le contenu des licences des Etats membres. Le risque serait le suivant : si certaines licences de nos partenaires sont notoirement plus larges que les nôtres, les industriels à dimension transnationale pourraient être tentés de choisir ces Etats comme pays d'origine de leurs transferts, au détriment d'une localisation en France de ces activités. La compétitivité de la France comme pays d'intégration des systèmes risquerait alors d'être fragilisée¹.

Ce risque, que les auditions menées par votre rapporteur n'ont pas révélé comme étant réellement avéré, peut être limité par une harmonisation du contenu des licences : si nos partenaires européens placent sous licence générale le même ensemble de produits et de composants que ceux qui figurent dans les arrêtés français, notre industrie sera protégée contre ce risque.

D'après les informations communiquées à votre rapporteur, les discussions d'ores et déjà ouvertes avec nos principaux partenaires devraient ouvrir la voie à une **harmonisation satisfaisante de leur contenu**. Ainsi, la France a-t-elle proposé deux projets de licences générales à ses principaux partenaires, projets qui auraient reçu un accueil favorable notamment de la part de l'Allemagne (sous réserve des contraintes internes propres à cet Etat sur la question de la circulation des matériels de guerre), de l'Espagne et dans une certaine mesure de l'Italie et de la Suède. La Grande-Bretagne dispose quant à elle d'ores et déjà de licences ouvertes, qu'il est envisagé d'adapter pour respecter la nouvelle réglementation.

Art. L 2335-11 du code de la défense

Dérogations à la nécessité d'une licence pour certaines opérations

L'art. L 2335-11 fixe, comme le permet le 2) de l'article 4 de la directive, des dérogations à l'obligation d'autorisation préalable pour les transferts intracommunautaires.

Ces dérogations sont directement reprises de la directive.

Il s'agit des opérations suivantes :

- le fournisseur ou le destinataire est une institution publique ou fait partie des forces armées ;

¹ Ce risque est décrit dans le rapport précité du député Yves FROMION

- les livraisons sont effectuées par l'Union européenne ou par des organisations internationales dans le cadre de leurs missions (OTAN, AIEA...);

- le transfert met en œuvre un programme de coopération entre Etats membres;

- le transfert est lié à l'aide humanitaire, dans des cas de catastrophe ou d'urgence;

- le transfert est nécessaire pour une opération de réparation, entretien, exposition ou démonstration.

Les dérogations mentionnées au nouvel article L. 2335-11 du code de la défense existent déjà en ce qui concerne les transferts nécessaires pour la mise en œuvre d'un programme de coopération en matière d'armement entre États membres de l'Union européenne, ainsi que dans le cadre d'opérations de réparation, d'entretien ou de présentation dans les salons organisés en France.

Art. L 2335-12 du code de la défense

Retrait des licences de transfert

Symétriquement avec les dispositions prévues pour les licences hors Union européenne, l'art. L. 2335-12 pose le principe de la possibilité d'un retrait (suspension, abrogation, modification, retrait...) à tout moment par l'autorité administrative des licences de transfert délivrées.

Plusieurs motifs pourraient le justifier, soit d'ordre général (respect des engagements internationaux, protection des intérêts essentiels, ordre public, sécurité publique) ou d'ordre particulier, notamment si le titulaire ne respecte pas les conditions spécifiées dans la licence.

Un décret en Conseil d'Etat viendra préciser les conditions d'application de cet article.

La décision de retrait sera susceptible de recours devant le juge administratif.

Art. L 2335-13 du code de la défense

Obligation de primo-enregistrement pour les licences de transfert obligation de notification des conditions d'utilisation

Cet article dispose que les fournisseurs doivent se déclarer au ministère de la défense avant toute utilisation d'une licence générale.

En effet, la contrepartie de la plus grande liberté du nouveau régime d'autorisation générale que constituent ces licences est l'instauration d'un **contrôle a posteriori** des entreprises utilisatrices, pour lesquelles leur

enregistrement volontaire est le préalable indispensable. De la sorte, l'administration sera en mesure de connaître les entreprises utilisatrices des licences, à des fins non seulement statistiques mais également de contrôle.

Toute la philosophie du nouveau régime tend en effet à faire basculer le contrôle d'un contrôle systématique *a priori* à un contrôle *a posteriori*. Il faut d'ailleurs noter que l'administration se réserve la possibilité, ce qui a été confirmé en audition à votre rapporteur, de demander des précisions à l'entreprise qui s'enregistrerait comme future utilisatrice d'une licence générale, à l'occasion de ce primo-enregistrement, le texte du projet indiquant que l'autorité administrative « *peut exiger des informations supplémentaires sur les produits dont le transfert est envisagé* », notamment pour vérifier qu'ils rentrent bien dans le champ de la licence.

D'après les informations communiquées à votre rapporteur, l'administration compte s'assurer que l'industriel ne commet pas d'erreur de lecture de la licence générale ou de la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne.

La procédure de primo-enregistrement pourrait prendre jusqu'à 30 jours, délai au cours duquel l'administration pourra faire ses vérifications au cours d'un entretien préalable obligatoire pour l'entreprise. **Votre commission est attentive à ce que cet « enregistrement » ne reproduise pas les lenteurs administratives que le projet de loi est censé combattre avec la suppression de l'autorisation préalable.**

Le premier retour d'expérience, britannique, sur les licences générales, tend à montrer que ces précautions ne sont peut être pas inutiles, dans la mesure où près de 200 infractions auraient été constatées sur l'année 2010 par les services britanniques.

Il faut donc trouver un point d'équilibre entre la nécessité d'une meilleure performance du système administratif et la sécurité juridique des entreprises, qui peut exiger, au moins pour la première utilisation d'une licence générale, un contrôle sur le respect d'un minimum de garde fous.

L'art. L. 2335-13 impose aux utilisateurs de licences d'informer les destinataires des conditions dont est assortie la licence, en reproduisant ces conditions dans le contrat ; sont en particulier visés les cas d'interdiction de réexportation ultérieure hors du territoire de l'Union européenne.

Art. L 2335-14 du code de la défense
**Tenue d'un registre des transferts
déclaration semestrielle**

Les entreprises utilisatrices des licences sont tenues de consigner dans un registre des transferts tous les transferts réalisés, ainsi que tous les documents commerciaux, qui doivent être conservés 10 ans.

Une déclaration récapitulative (« *compte rendu des prises de commande et des transferts effectués ou reçus* ») doit en outre être faite à l'administration, suivant une périodicité à définir par l'autorité administrative, mais qui pourrait être tous les semestres. La finalité de ce registre sera de pouvoir retracer, sur une durée de 10 ans minimum, l'ensemble des flux des matériels liés à la défense, pour les entreprises agissant tant comme « fournisseurs » que « destinataires », et de s'assurer que les conditions de réexportation fixées par les Etats membres sont signalées et respectées.

A noter que la durée de 10 ans de conservation ne découle pas de la directive mais a été choisie par le Gouvernement par « cohérence » avec différentes durées de conservation déjà en vigueur en droit français, notamment en matière fiscale.

D'après les renseignements fournis à votre rapporteur, ce registre pourrait être dématérialisé afin de faciliter la remontée vers l'administration de la connaissance des flux de matériels liés à la défense reçus ou transférés par les entreprises.

Ces dispositions seront précisées par décret en Conseil d'Etat.

Enfin, il est précisé que « *sans préjudice des compétences du ministre chargé des douanes* », c'est le ministre de la défense qui exerce le contrôle du respect des obligations déclaratives des entreprises.

En effet, le ministre chargé des douanes disposera de compétences en vertu des dispositions du paragraphe 4 de l'article 38 du code des douanes, qui concernent les pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions prévus par le code des douanes, et qui sont rendues applicables au commerce de produits liés à la défense par les dispositions du II de l'article 4 du présent projet de loi.

Ainsi par exemple, le transfert de produits liés à la défense sans licence, ou avec une licence inapplicable, constituera une « *exportation* » sans déclaration de marchandises prohibées, infraction réprimée par l'article 414 du code des douanes.

En conséquence, le ministre de la défense ne sera pas la seule administration en charge du contrôle des transferts intracommunautaires de produits liés à la défense.

Le principe de ce contrôle ne figure pas stricto sensu pas dans la directive, même si son considérant 29 fait référence au « *remplacement progressif du*

« système de vérification individuelle préalable par des contrôles généraux a posteriori ».

Il est en revanche la conséquence naturelle de la libéralisation introduite par l'absence d'autorisation individuelle préalable pour un grand nombre de transferts.

Il s'agirait en particulier de s'assurer que :

- les produits transférés correspondront à ceux inscrits dans les licences générales ;

- les destinataires des produits liés à la défense auront la bonne qualité pour les recevoir (forces armées, entreprises certifiées...) ;

- les éventuelles conditions de la réexportation de certains produits auront été indiquées aux destinataires ;

- les entreprises françaises auront elles même respecté les conditions de réexportation qui auront été fixées par un autre Etat membre...

Le contrôle *a posteriori* sera exercé sous deux formes : « sur pièces » et « sur place ».

Le contrôle sur pièces devrait être exercé par la direction générale de l'armement (DGA), à partir de l'analyse des documents remis par les sociétés. En association avec la DGA, le contrôle général des armées serait chargé du contrôle sur place et de la conformité des transferts et/ou exportations effectivement réalisés aux licences accordées. A l'issue du contrôle, d'éventuelles sanctions pourront être engagées.

Art. L 2335-15 du code de la défense

Déclarations d'utilisation

L'art L. 2335-15 vise à garantir que lorsqu'un matériel transféré depuis un autre Etat membre est assorti de conditions d'utilisation, le destinataire situé en France atteste que ce produit est effectivement intégré dans ses propres produits et qu'il ne peut être réexporté (sauf pour entretien ou réparation).

La déclaration d'utilisation (par laquelle le destinataire français atteste que le produit qu'il acquiert sera intégré dans ses propres produits) sera remise au fournisseur étranger qui le conservera et l'archivera pour les besoins du contrôle a posteriori de son propre Etat membre.

A noter que, réciproquement, si le fournisseur est français et si le matériel qu'il s'apprête à transférer vers un destinataire d'un autre Etat membre est soumis à une déclaration d'intégration, il veillera à communiquer cette restriction au destinataire étranger et à obtenir cette déclaration d'utilisation avant l'expédition physique des matériels.

Dans le cadre d'un contrôle sur place effectué chez le fournisseur français au sujet de ce transfert, l'administration française pourra en effet solliciter la production de cette déclaration d'utilisation et vérifier sa conformité et son antériorité par rapport à la date d'expédition.

Art. L 2335-16 du code de la défense

Certification

L'art L. 2335-16 concerne les entreprises destinataires de produits transférés depuis un autre Etat membre (importation intracommunautaire) en vertu d'une licence générale de transfert. Il dispose, conformément à l'article 9 de la directive, qu'elles doivent être certifiées, notamment au regard de leur capacité à appliquer les obligations de non réexportation visées à l'article précédent.

Les critères de certification seront définis par décret en Conseil d'Etat.

La directive repose sur le principe de la reconnaissance mutuelle des certifications entre les 27 Etats membres, la certification délivrée par un Etat permettant à l'entreprise certifiée de recevoir des transferts de matériel (en application d'une licence générale) de la part des 26 autres Etats membres. La liste des entreprises certifiées dans l'Union européenne sera mise en ligne sur le site de la Commission européenne¹.

La certification des entreprises ne sera donc obligatoire que pour les entreprises souhaitant recevoir des matériels militaires par le biais des licences générales des autres Etats membres. Ces entreprises tireront des avantages de la certification (ouvertures des flux provenant des licences générales des autres États membres) mais devront aussi se plier à ses contraintes.

La certification commencera en effet par un audit et supposera la mise en place d'un programme de contrôle fiable au sein des entreprises concernées. Elle devrait reposer sur le rôle d'un « *administrateur* », haut responsable désigné au sein de l'entreprise, assurant la supervision de la politique de contrôle interne et assume la responsabilité en cas de manquement aux engagements.

D'après les informations communiquées à votre rapporteur, au-delà des grands groupes industriels qui postuleront sans doute pour bénéficier de la certification, un certain nombre de moyennes entreprises pourraient également être intéressées, soit au total, à terme, 150 entreprises environ lorsque les différents Etats membres auront publié leurs licences générales et que le bénéfice d'une certification sera perçu par l'ensemble du tissu industriel.

¹ (source : étude d'impact)

Votre rapporteur s'est naturellement interrogé sur les risques qui pourraient découler, pour notre tissu industriel, d'éventuelles différences de « solidité » des différentes procédures de concertation au sein de l'Union européenne. Le risque serait le suivant : certains industriels transnationaux, implantés dans plusieurs Etats membres, seraient tentés de choisir, pour intégrer leurs matériels, les Etats dont la procédure de certification serait la plus souple. **Il y aurait, dans cette optique, un risque de délocalisation de capacités productives vers ces Etats.** Toutefois, les auditions conduites par votre rapporteur le conduisent à considérer que ce risque est relativement mesuré. En outre, l'effort, réel, de coordination, actuellement engagé entre les Etats membres, que votre commission soutient pleinement, devrait contribuer à le circonscrire.

La directive précise en effet, au b) du paragraphe 2 de son article 9, que les sociétés certifiées démontrent qu'elles exercent « *une activité industrielle pertinente* », ce que la Commission et tous les Etats membres interprètent comme impliquant d'avoir une activité principale de fabrication et excluant toute entreprise uniquement commerçante ou n'effectuant que des activités d'intermédiation.

En outre, des échanges en vue d'une harmonisation des procédures de certification ont eu lieu au sein du sous-comité 2 de la *LoI (Letter of Intent)* présidé par la France ; d'après l'étude d'impact, il a ainsi été décidé dans ce cadre d'exclure de la certification les sociétés se livrant exclusivement à des activités de courtage.

Une **recommandation** de la Commission européenne, élaborée après des échanges au sein d'un groupe de travail entre les Etats membres, auquel la France a participé activement, a été publiée le 15 janvier dernier (recommandation du 11 janvier 2011 relative à la certification des entreprises de défense conformément à l'article 9 de la directive). Elle comprend notamment des développements relatifs aux critères de certification (nature des activités de l'entreprise, structure organisationnelle...), mais aussi un modèle standard de certificat.

Cette recommandation détaille les dispositions de l'article 9 de la directive qui prohibent la certification de sociétés de commerce, en indiquant que « *Seules les entreprises destinataires fabriquant effectivement des produits liés à la défense (...) peuvent prétendre à une certification. Les entreprises destinataires certifiées devraient utiliser les produits liés à la défense (...) pour leur propre production.* ».

Certes une recommandation ne crée pas d'obligation juridique ; elle n'a donc pas d'effet contraignant pour les Etats membres. Il s'agit simplement de conseils donnés par la Commission concernant l'application de dispositions communautaires. Ce texte aura toutefois vocation à garantir une transposition harmonisée de la directive, ce qui est particulièrement souhaitable dans le domaine des biens de défense, où la confiance mutuelle sera un facteur essentiel.

Il faut noter en outre que la directive prévoit une mesure de **sauvegarde** assez originale en droit communautaire, qui ne fait pas l'objet d'une transposition spécifique en droit français dans le présent projet de loi : son article 15 prévoit que lorsqu'un Etat membre a un doute sur une entreprise certifiée par un autre Etat membre, il demande à ce dernier « *d'évaluer la situation* ». Les effets de la licence générale peuvent être suspendus tant que ces doutes subsistent.

Art. L 2335-17 du code de la défense
**Biens acquis à titre personnel
maintien d'une autorisation préalable**

Cet article L. 2335-17 prévoit que le transfert de certaines armes, munitions et leurs éléments acquis à titre personnel figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'Etat, ainsi que des armes, munitions et leurs éléments non considérés comme matériels de guerre figurant sur la même liste, est soumis à une autorisation préalable spécifique.

Des dispositions similaires figurent aujourd'hui aux articles 91 et suivants du *décret n° 95-589 du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions*.

Cet article vise à insérer une disposition législative pour maintenir le régime (existant) de transfert des armes à feu des 1^{ère}, 4^{ème}, 5^{ème} et 7^{ème} catégories, de leurs éléments et de leurs munitions. Les dispositions de cet article ont vocation à mettre en œuvre, non pas la directive du 6 mai 2009, mais la directive 91/477/CEE du 18 juin 1991 (armes à feu), modifiée par la directive 2008/51/CE du 21 mai 2008, ainsi que la directive 93/15/CE du 5 avril 1993 (munitions), dont la transposition en droit national avait été effectuée au travers des dispositions du titre V du décret n° 95-589 du 6 mai 1995.

En application de ces dispositions, le transfert de certaines armes à feu, de la France vers un autre Etat membre, est soumis à la délivrance d'un permis de transfert par le ministre chargé des douanes, au vu de l'accord préalable délivré par l'Etat membre de destination, si celui-ci l'exige. Inversement, le transfert de celles-ci, d'un autre Etat membre vers la France, est soumis à un accord préalable délivré par le ministre chargé des douanes, permettant à l'Etat membre d'expédition de délivrer le permis de transfert.

Un agrément de transfert peut être délivré aux armuriers aux fins de transfert vers des armuriers établis dans d'autres Etats membres. Cet agrément ne les dispense pas d'obtenir l'accord préalable de l'Etat de destination, si celui-ci l'exige.

En 2010, 2 590 accords préalables, 328 permis de transfert et 86 agréments de transfert d'armes à feu et de leurs éléments ont ainsi été délivrés.

Art. L 2335-18 du code de la défense
Domaine spatial
maintien d'une autorisation préalable

L'art. L. 2335-18 prévoit que le transfert vers des pays de l'Union européenne des satellites de détection ou d'observation, les véhicules spatiaux et satellites spécialement conçus ou modifiés pour un usage militaire, les fusées à capacité balistique militaire ainsi que leurs composants et moyens de production et d'essai, demeure également soumis à une autorisation préalable spécifique.

Le Gouvernement a souhaité, eu égard aux intérêts de sécurité nationale majeurs qui s'attachent aux matériels spatiaux (satellites et lanceurs) et aux liens étroits existants ou susceptibles d'exister entre ces engins et des utilisations militaires, assujettir à une procédure d'autorisation spécifique le transfert de ces biens.

Il faut noter que ces matériels, particulièrement sensibles, ne sont pas dans le champ de la directive, et donc pas soumis au nouveau régime des transferts intracommunautaires. Le Gouvernement souhaite garder une maîtrise sur ces matériels. Le présent article vise donc à confirmer, pour ces matériels, l'exigence d'une autorisation préalable.

On peut en effet estimer que les intérêts essentiels ainsi évoqués sont susceptibles de justifier un régime dérogatoire sur le fondement de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en marge de la directive. Les satellites et lanceurs, dont les potentialités militaires sont avérées, peuvent en effet être rattachés respectivement aux catégories intitulées « dispositifs d'observation électroniques, gyroscopiques, optiques et acoustiques » et « engins guidés », qui figurent dans la liste du 15 avril 1958 à laquelle renvoie l'article 346 du TFUE précité.

D'après les informations communiquées à votre rapporteur, il apparaît que les Italiens et les Suédois envisageraient également des ajouts nationaux à la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne. Ces Etats s'apprêteraient donc à inclure d'autres matériels dans la liste de contrôle des produits liés à la défense, en ayant recours, eux aussi, aux dispositions de l'article 346 du TFUE.

L'autorisation sera refusée lorsque le transfert « *est de nature à compromettre les intérêts essentiels de la sécurité* ».

Par ailleurs, cet article dispose que les articles précédents relatifs au retrait de l'autorisation, ou encore à l'obligation de tenue d'un registre sont applicables aux transferts intervenant dans le domaine spatial.

Un décret en Conseil d'Etat viendra préciser les conditions d'application de cet article.

Art. L 2335-19 du code de la défense
Comité pour les contestations en douane

L'art L. 2335-19 prévoit que les contestations en douane portant sur les opérations de transfert ou d'exportation décrites au chapitre V peuvent être soumises à un comité siégeant auprès du ministre de la défense.

Ce comité peut être amené à se prononcer sur le classement des matériels exportés, transférés et importés, sur demande du ministère chargé des douanes ou du ministère de la défense, lorsqu'il existe un doute sur leur appartenance à telle ou telle catégorie de matériels de guerre ou assimilés.

Un décret doit en préciser les modalités de fonctionnement.

Il faut noter que ce comité existe déjà ; il est mentionné à l'actuel article L. 2335-3 du code de la défense. Sa composition est fixée par un arrêté du 10 juillet 2002 et certaines dispositions le concernant figurent aux articles 20 à 22 de l'arrêté du 2 octobre 1992 relatif à la procédure d'importation, d'exportation et de transfert des matériels de guerre, armes et munitions et des matériels assimilés.

Ce comité pourra être saisi par l'administration des douanes, qui restera compétente pour rechercher, constater et sanctionner les infractions relatives aux transferts de produits liés à la défense grâce à la modification du paragraphe 4 de l'article 38 du code des douanes. Il est également envisagé que le comité puisse être saisi par l'exportateur, l'importateur et l'opérateur du transfert.

Le comité pourra ainsi être amené à trancher des litiges relatifs à l'inclusion ou non des produits dans le champ du contrôle des transferts intracommunautaires et des exportations et importations. La décision du comité permettra de déterminer si les produits concernés relèvent effectivement de la liste des produits soumis à autorisation et, donc, si leur importation, leur exportation ou leur transfert sans cette autorisation constitue une infraction.

L'exemple type de litige pourrait être le suivant : le service des douanes saisit des armes importées par une société qui les considère comme des armes de 7^{ème} catégorie, alors que le service des douanes estime qu'elles relèvent de la 4^{ème} catégorie. La 4^{ème} catégorie comprend les armes à feu dites de défense et leurs munitions dont l'acquisition et la détention sont soumises à autorisation et la 7^{ème} catégorie comprend les armes de tir, de foire ou de salon

et leurs munitions. Or, selon l'article L. 2335-1 du code de la défense, l'importation des matériels de 4^{ème} catégorie est prohibée, ce qui n'est pas le cas pour les armes de la 7^{ème} catégorie. Le comité sera amené à trancher la question de la classification.

Votre commission a adopté l'ensemble de l'article 1^{er} sans modification.

Article 2

Contrôle des agents habilités au sein des entreprises

Dans sa version initiale, l'article 2 se contentait d'effectuer différentes coordinations dans le code de la défense rendues nécessaires par la nouvelle rédaction du chapitre V introduite par l'article 1^{er} du projet de loi.

Il modifiait, à droit constant, les articles L. 2331-1, L. 2332-9 et 2352-1 du code de la défense, pour tirer les conséquences du nouveau régime des transferts intracommunautaires.

Il étendait, en outre, les contrôles exercés par le ministère de la défense aux titulaires des nouvelles licences d'exportation et de transfert.

Lors de l'examen du texte devant votre commission, le Gouvernement a présenté un amendement tendant à étoffer ces dispositions pour y intégrer les nouvelles modalités de contrôle *a posteriori* des entreprises titulaires de licences par les agents habilités de l'État.

Ce contrôle *a posteriori* sera réalisé essentiellement par le contrôle général des armées, la direction générale de l'armement, les douanes, et portera sur la conformité des opérations commerciales réalisées par une société aux licences qu'elle détient.

Il s'agira par exemple de vérifier la cohérence entre les informations du registre des déclarations faites par l'entreprise à l'administration et la réalité de l'activité de l'entreprise telle qu'elle pourra être constatée *in situ*. L'organisation mise en place par l'entreprise pourra également être contrôlée.

Le contrôle général des armées sera principalement responsable de ce contrôle, un membre du contrôle général présidera le comité ministériel du contrôle *a posteriori* qui sera mis en place.

Votre commission a d'ailleurs souhaité, à cet égard, que la mention explicite du contrôle général des armées soit maintenue dans le texte du code de la défense, là où l'amendement proposé par le Gouvernement se contentait de faire référence aux seuls « *agents habilités* ».

En outre, votre commission a attiré l'attention du ministre, lors de l'examen du texte, sur l'effort de sensibilisation et d'information qu'il

conviendrait de faire auprès des entreprises, en particulier les PME, sur leurs nouvelles obligations d'organisation interne et de déclaration, dont le défaut pourra être lourdement sanctionné pénalement.

Votre commission a adopté l'article 2 ainsi modifié.

Article 3
Sanctions pénales

L'article 3 fixe les sanctions pénales encourues pour violation des obligations prévues dans les précédents articles. Le quantum des peines encourues a été calqué sur ce qui existe déjà dans le code de la défense en matière de non respect de l'autorisation préalable d'exportation, soit un emprisonnement d'une durée maximale de cinq années et une amende de soixante quinze milles euros pour les peines les plus lourdes.

Cet article modifie le code de la défense (2^{ème} alinéa de l'article L. 2339-3, section 5 du chapitre III du livre III de la 2^{ème} partie) et y insère les articles L. 2339-11-1, L; 2339-11-2, L. 2339-11-3 et L. 2339-11-4.

Art. L 2339-11-1 (nouveau) du code de la défense

Sanction des violations d'utilisation des licences et de tenue des registres

Le projet de loi prévoit des sanctions pénales importantes (5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende) pour le fait de :

- exporter ou transférer des matériels en violation des différents régimes d'autorisation qui précèdent ;
- ne pas tenir ou conserver dans le délai prévu (10 ans) le registre des exportations et transferts ;
- ne pas présenter ces registres à l'administration ;
- omettre de manière « répétée ou significative » d'y renseigner une information obligatoire.

Art. L 2339-11-2 (nouveau) du code de la défense

Sanction des violations concernant les obligations de réexportation

L'art L. 2339-11-2 (nouveau) prévoit de punir d'un emprisonnement de 3 ans et d'une amende de 45 000 € le fait de :

- ne pas reproduire les restrictions concernant l'utilisation finale des produits transférés ou exportés ;

- transférer des produits en violation d'un engagement de non réexportation ;

- obtenir une autorisation sur la base d'une déclaration frauduleuse ou mensongère quant au respect des restrictions à l'exportation ou au fait que les réserves aient été levées par l'Etat membre d'origine ;

- omettre ou refuser de répondre aux demandes concernant l'utilisation finale des produits transférés.

Art. L 2339-11-3 (nouveau) du code de la défense

Sanction de défaut de déclaration

L'art. L. 2339-11-3 (nouveau) punit de 15 000 € d'amende le fait de ne pas effectuer, y compris par négligence, de primo-enregistrement lors de la première utilisation d'une licence générale, ou le manquement aux obligations de déclaration semestrielle.

Art. L 2339-11-4 (nouveau) du code de la défense

Responsabilité pénale des personnes morales

L'art. L. 2339-11-4 (nouveau) prévoit que les personnes morales encourent :

- l'amende prévue à l'article 131-38 du code pénal, soit le quintuple du montant prévu pour les personnes physiques ;

- des peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal comme l'interdiction d'exercice d'une activité professionnelle, la fermeture d'établissement, l'exclusion des marchés publics, la confiscation et la diffusion de la décision par presse écrite.

A l'article 3, votre commission a adopté deux amendements : un amendement de coordination présenté par le Gouvernement, de mise en cohérence par rapport au dispositif nouveau introduit à l'article 2, et un amendement de rectification de deux erreurs matérielles.

A l'alinéa 6, le texte de l'actuel article L. 2339-11 du code de la défense était mal reproduit ; à l'alinéa 14, il était fait allusion au troisième alinéa de l'article L. 2335-5 du même code, qui n'en comporte que deux.

Votre commission a adopté l'article 3 ainsi modifié.

Article 4

Simplification des formalités douanières

L'article 4 du projet de loi modifie le code des douanes en supprimant son article 2 *ter*, qui prévoyait des formalités douanières devenues contradictoires avec la simplification introduite par le nouveau régime de transferts intracommunautaires.

La France était le seul Etat membre de l'Union européenne à avoir maintenu des formalités douanières pour les transferts intracommunautaires de matériels de guerre et matériels assimilés. Après consultation des industriels, le Gouvernement a donc décidé de supprimer l'ensemble des formalités liées à la déclaration en douane.

L'attestation de passage en douane (APD) à l'exportation et à l'importation, seront supprimées. Le dispositif décrit ci-dessus de compte rendu périodique des transferts viendra prendre le relai des formalités douanières.

Cet article modifie également les articles 38, 95 et 419 du même code et l'article L. 2332-7 du code de la défense, afin de renforcer les pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions dont dispose l'administration des douanes.

L'article 38 du code des douanes est en particulier modifié pour permettre d'étendre les pouvoirs de recherche, de constatation et de sanction des infractions de l'administration des douanes aux matériels de guerre et produits explosifs destinés à des fins militaires.

Enfin, pour renforcer l'efficacité du contrôle, un dispositif d'échanges spontanés d'informations entre les agents des douanes et ceux du ministère de la défense est introduit à l'article L 2332-7 du code de la défense.

Votre commission a adopté l'article 4 sans modification.

CHAPITRE II

COORDINATION DES PROCÉDURES DE PASSATION DE CERTAINS MARCHÉS DE DÉFENSE

Le chapitre II du projet de loi transpose la directive 2009/81/CE dans ses dispositions qui modifient l'ordonnancement juridique de valeur législative.

On rappelle que la plus grosse partie de la transposition sera effectuée par voie réglementaire et qu'un décret est actuellement en cours d'élaboration par le Gouvernement.

L'article 5 du présent projet de loi modifie l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. L'article 6 modifie quant à lui les dispositions du code de justice administrative.

Article 5

Régime spécial des marchés de défense ou de sécurité pour les entités soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 et dispositif législatif instituant une préférence communautaire sur ces marchés

L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 prévoit un régime spécifique, dérogatoire au droit commun des marchés publics, tels que fixé par le code du même nom, pour un ensemble de personnes publiques ou privées. Il s'agit, notamment :

- des autorités administratives indépendantes et des EPIC susceptibles de passer des marchés de sécurité comportant notamment des informations classifiées ou protégées (article 3.1. de l'ordonnance) : Agence française de lutte contre le dopage (ALFD), Cité des sciences et de l'industrie, Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire, Institut français du pétrole (IFP), Centre national d'études spatiales (CNES), Office national d'études et recherches aérospatiales (ONERA) ;
- des personnes expressément désignées aux articles 3.2 et 3.3 de l'ordonnance, pour leurs marchés de sécurité liés aux transports de fonds et aux réseaux de données : Banque de France, Caisse des dépôts et consignations ;
- les Sociétés d'économie mixte ou sociétés publiques pour leurs marchés de sécurité comportant notamment des informations classifiées ou protégées (article 3.4. de l'ordonnance) : Autorité des marchés financiers, Commission bancaire ;

- les établissements publics ayant dans leur statut une mission de recherche, pour leurs marchés destinés à la conduite de leurs activités de recherche comportant des informations classifiées ou protégées (article 3.5. de l'ordonnance) : Commissariat à l'énergie atomique (CEA), Institut supérieur de l'aéronautique et de l'espace (ISAE) ;
- les personnes exploitant des réseaux fixes d'électricité, de gaz ou de chaleur pour les marchés destinés à la sécurisation de ces réseaux ou à la construction et à l'exploitation des centrales nucléaires (article 26.1. de l'ordonnance) : Réseau de transport d'électricité (RTE), Électricité et réseau distribution France (ERDF), Gaz de France (GDF), Gaz réseau distribution France (GRDF).

Le projet de loi prévoit de modifier l'ordonnance de 2005 sur les articles suivants.

Art. 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

**Définition législative des marchés
et accords cadres de défense ou de sécurité**

Le projet de loi introduit un nouveau paragraphe II à l'article 2 de l'ordonnance de 2005 dont l'objet est de définir les marchés publics de défense et de sécurité. L'introduction de cette définition dans un texte de niveau législatif permet à d'autres dispositions législatives, ou réglementaires, de s'y référer.

Ces marchés regroupent cinq sous-ensembles, comprenant :

1° les équipements militaires

Le texte proposé pour le 1° du II de l'article 2 de l'ordonnance de 2005 vise :

« La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires, ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires. »

Ce texte fait référence au a) de l'article 2 de la directive 2009/81/CE qui vise les marchés ayant pour objet :

« La fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages » étant entendu qu'un équipement militaire est (art. 1 pont 6 de la même directive) un équipement « spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munitions ou matériel de guerre ».

La définition des marchés de défense donnée par la France correspond au plus près à la définition donnée par la directive. L'inclusion des équipements à usage dual correspond à l'opposition entre les termes « conçu » et « adapté » qui démontre que la directive a entendu inclure dans son champ d'application à la fois les équipements conçus spécifiquement à des fins militaires mais aussi les équipements conçus à des fins civiles et adaptés à des fins militaires.

2° les équipements de sécurité

Le texte proposé vise, de façon homothétique au précédent paragraphe, la fourniture d'équipements *« destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale »*.

Cette rédaction est très proche de l'article 2 de la directive qui vise :

« La fourniture d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou assemblages. » étant entendus que les équipements les travaux et services sensibles sont, aux termes de l'article premier : *« des équipements, travaux et services destinés à des fins de sécurité qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées »*.

3° Les travaux, fournitures ou services directement liés à un équipement de défense

La définition donnée par le projet de loi est particulièrement précise puisqu'elle vise :

« y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement ; le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ».

La directive se contente de viser les *«travaux, fournitures et services directement liés à un équipement (de défense ou sensible) pour tout ou partie de son cycle de vie »*. Cette notion est définie à l'article premier point 26 de la directive comme *« l'ensemble des états successifs que peut connaître un produit, c'est-à-dire la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait et l'élimination »*.

4° Les travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires, ou des travaux et services destinés à la sécurité

Outre leur objectif ces travaux et services doivent comporter des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale.

La directive (article premier d)) vise quant à elle des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles. L'article premier point 8. définit les informations classifiées comme étant : *« toute information ou tout matériel quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission, auquel un certain niveau de classification de sécurité ou un niveau de protection a été attribué et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale et conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'Etat membre considéré, requiert une protection contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, ou tout autre type de compromission »*.

5° les marchés mixtes

Enfin, le projet de loi inclut également dans les marchés de défense et de sécurité : *« les travaux, fournitures ou services mentionnés aux 1° à 4°, et des travaux, fournitures ou services qui n'y sont pas mentionnés, lorsque la passation d'un marché unique est justifiée pour des raisons objectives »*.

Cette formulation reprend celle de l'article 3 point 1 de la directive (« marchés mixtes ») qui dispose que : *« un marché ayant pour objet des travaux, fournitures ou services entrant dans le champ d'application de la présente directive et en partie dans le champ d'application de la directive 2004/17/CE ou de la directive 2004/18/CE est passé conformément à la présente directive, sous réserve que la passation d'un marché unique soit justifiée par des raisons objectives »*.

On peut observer que la notion de « raisons objectives » est floue et donnera sans doute lieu à des précisions jurisprudentielles.

Art. 3 et Art. 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

Possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles relatives aux marchés de défense ou de sécurité.

Le projet de loi modifie les articles 3 et 4 de l'ordonnance de 2005 afin de préciser que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent se soumettre aux règles du régime spécifique des marchés de défense et de sécurité, aussi bien pour la passation de ces marchés, que pour leur exécution, voire des deux.

Art. 7 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

Possibilité d'exclure un marché du régime spécifique des marchés de défense ou de sécurité

Les directives communautaires prévoient des cas dans lesquels les acheteurs publics peuvent se dispenser de toutes procédures d'appel à la concurrence. Il s'agit des « exclusions ». Ces exclusions sont pour partie communes aux trois directives (2009/81/CE, 2004/17/CE et 2004/18/CE).

Le projet de loi modifie en conséquence l'article 7 de l'ordonnance de 2005 en dissociant, dans un souci de clarté pour les acheteurs publics, les exclusions générales, applicables à tous les marchés, et les exclusions spécifiques aux marchés de défense ou sécurité.

I.- Les exclusions générales

Il s'agit des exclusions suivantes :

1° des marchés passés par des acheteurs qui bénéficient, sur le fondement d'une disposition légale, d'un « droit exclusif ». Cette disposition vise les pouvoirs adjudicateurs à la tête de réseaux physiques ou financiers et en situation de monopole.

2° des marchés concernant l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles.

3° des marchés passés selon des règles de passation prévus par un accord international.

4° des marchés passés selon des modalités prévues par un accord international.

5° des marchés relatifs à l'arbitrage et à la conciliation.

6° les marchés de service concernant les contrats de travail.

Ces exclusions générales, qui ne sont pas propres aux marchés de défense et de sécurité, n'appellent pas de commentaires particuliers.

II. Les exclusions spécifiques aux marchés civils

1° Les marchés de services financiers, lorsqu'ils ne sont pas conclus en relation avec des contrats d'acquisition ou de location de terrain.

2° Les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.

3° Les marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige.

4° Les marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres d'art, d'objets d'antiquités et de collection et les marchés ayant pour objet l'achat d'objets d'art.

Les deuxième et troisième exclusions méritent plus particulièrement notre attention.

La seconde exclusion concerne plus particulièrement la recherche et développement et correspond à l'exclusion de ces dépenses du champ de la directive, ce qui était un vœu légitime des négociateurs français.

La troisième exclusion reprend très exactement le champ des exclusions posées antérieurement à l'article 21 de la directive 2009/17/CE et 14 de la directive 2009/18/CE. Ces articles sont transposés dans le code des marchés publics (article 3 – 7°). Il est nécessaire de les avoir également dans le régime spécifique de l'ordonnance de 2005.

III.- Les exclusions spécifiques aux marchés de défense et de sécurité

Sont exclus du champ de l'ordonnance de 2005 :

1° Les marchés de services financiers à l'exception des services d'assurance.

2° Les marchés de services de recherche et développement, lorsque le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation. Il doit être précisé que l'ordonnance donne à cet endroit l'exacte définition de la recherche et développement, telle que prévue par la directive à l'article premier point 27.

3° Les marchés portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre, lorsque l'article 346 du TFUE est invoqué afin de protéger les intérêts essentiels de sécurité de l'Etat.

4° Les marchés pour lesquels l'application obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de l'Etat. Cette exclusion résulte de l'article 13 a) relatif précisément aux « exclusions spécifiques ».

5° Les marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement. Il s'agit de la transposition de l'article 13 b) de la directive.

6° Les marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat français et un autre membre de l'Union (directive art. 13 c)). Il convient de noter que lorsqu'un tel programme est lancé, l'Etat doit le notifier à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord et lui indiquer la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts, ainsi que le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre, telle que définie dans l'accord ou l'arrangement.

7° Les marchés passés dans un pays tiers, lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone d'opérations (directive art. d)).

8° L'ensemble des marchés passés au titre des exclusions des marchés de défense (article 2, paragraphe II de l'ordonnance), à savoir : marchés d'équipements de défense, d'équipements de sécurité, de travaux, fournitures et services qui y sont liés, des travaux et services à des fins spécifiquement militaires ou des travaux, fournitures et services inclus dans des marchés mixtes.

Art. 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

Impossibilités de se présenter à l'offre pour certains opérateurs, en raison de condamnations pénales

La transposition de la directive a été effectuée de deux façons.

La première a consisté à ajouter de nouvelles références aux incriminations pénales qui emportent, de façon automatique, lorsqu'elles ont été établies par le juge, l'interdiction de soumissionner pendant cinq ans.

Outre les infractions actuellement listées **au 1° de l'article 8** de l'ordonnance, sont notamment ajoutées :

- les infractions liées au financement d'activités terroristes, qui sont imposées par la directive (articles 421-1 à 421-2-3 du code pénal) ;

- les infractions au secret professionnel (art 226-13 du code pénal). Il convient de noter que cette nouvelle interdiction n'est qu'une simple faculté dans la directive.

La seconde façon (paragraphe **5° nouveau de l'article 8**) a consisté à ouvrir la possibilité aux acheteurs publics de rejeter, en motivant leur décision et sous le contrôle du juge, les entreprises qui, indépendamment de toute sanction pénale, ont failli à leurs obligations de sécurité d'approvisionnement et d'information lors de la passation ou de l'exécution d'un marché précédent ou ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans, sur le même fondement.

De la même manière (paragraphe **6° nouveau**), les acheteurs publics pourront rejeter « *les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen, et le cas échéant par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat.* »

Cette dernière possibilité, conforme à l'article 39, point 2, e) de la directive, donne une marge de manœuvre considérable aux acheteurs publics,

puisque ceux-ci pourront, le cas échéant, se dispenser de rapporter la preuve que les personnes en question n'ont pas la fiabilité nécessaire.

On rappelle que l'article 39 point 2 e) dispose :

« Peut être exclu de la participation à un marché, tout opérateur économique (...) e) au sujet duquel, il est établi par tout moyen de preuve, le cas échéant par des sources de données protégées, qu'il ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat membre. »

Art. 37-1 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

Possibilité de refuser des sous-traitants à l'offre

L'article 37-1 est créé afin d'ouvrir la possibilité au pouvoir adjudicateur, en application des dispositions de l'article 21 point 5 de la directive de rejeter les opérateurs économiques tiers proposés par le titulaire aux fins de réalisation du marché que ces opérateurs économiques soient qualifiés de sous-traitants ou non. Le rejet des sous-traitants était déjà possible en application de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Le présent projet de loi complète le dispositif en ce qui concerne les fournisseurs.

Les modalités d'application de cet article sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

Art. 37-2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

Possibilité de fermer les appels d'offre à des opérateurs économiques non membres de l'Union européenne

Cet article 37-2 est au cœur du dispositif prévu par le projet de loi, puisqu'il instaure de façon implicite pour les marchés de défense et de sécurité une sorte de mécanisme de préférence communautaire.

La France n'a pas obtenu que soit insérée dans le dispositif de la directive une clause de préférence communautaire, similaire au *Buy American Act* et en vertu de laquelle, lorsqu'ils décident d'ouvrir une compétition pour l'acquisition d'équipements militaires, les autorités d'un Etat membre restreignent l'offre aux opérateurs économiques de l'Union européenne.

Par ailleurs, la directive MPDS ne donne aucune définition des opérateurs économiques européens¹ et, en l'absence d'une telle définition, il

¹ La directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services comme la directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux disposent en leur article premier que : « Le terme «opérateur économique» couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de

est impossible d'exclure des opérateurs sur la base de leur nationalité. On peut même penser que toute tentative de définition, par le législateur national de ce qu'est un « opérateur économique européen » serait vraisemblablement, dans le silence de la directive à ce sujet, censurée par la CJUE.

En revanche la France a obtenu que soit inséré dans l'exposé des motifs un considérant 18, qui dispose notamment que :

« (...) dans le contexte spécifique des marchés de la défense et de la sécurité, les Etats membres conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés.(...)»

Rappelons que selon une jurisprudence constante, le « préambule d'un acte communautaire n'a pas de valeur juridique contraignante »¹ et que certains services de la Commission européenne considèrent que seule l'Union pourrait décider de l'ouverture ou de la fermeture des marchés publics à l'égard des opérateurs étrangers. Ce qu'elle n'a pas fait dans le cas présent (voir exposé général).

Ce considérant n'est en aucun cas une « préférence communautaire » si on entend par là une clause donnant un avantage **automatique** à un approvisionnement dans le marché intérieur européen, au détriment du marché mondial². Dans cette acception, seul l'article 58 points 2 et 3 de la directive 2004/17/CE prévoit un mécanisme de « préférence communautaire »³.

Néanmoins, le considérant 18 est une invitation, à valeur politique, faite aux Etats-membres, à considérer que le principe régissant le marché européen des équipements de défense est que les Etats européens ouvrent leurs offres, préférentiellement, aux opérateurs économiques de l'espace européen

services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte ». L'article premier du code des marchés publics se réfère quant à lui à la même notion, mais sans la définir : « les marchés publics sont les contrats à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

¹ Cf p. ex. CJCE, 24 novembre 2005, *Deutsches Milch-Kontor GmbH*, Aff. C-136/04. Rec p. I-10095, pt 32

² L'article 44 du *Traité de Rome sur la politique agricole commune (PAC)* prévoyait une « préférence naturelle » entre les Etats-membres. Sur le fondement de cet article, la CJCE a fait de la préférence communautaire un principe général avec force contraignante. Toutefois, après l'abrogation de cet article 44 par le *Traité d'Amsterdam*, elle a fait évoluer sa jurisprudence et dans un arrêt de 2005 (*Espagne contre Conseil – CJCE - C-342/03 du 10 mars 2005*). Dans cette affaire, le gouvernement espagnol avait exposé que la préférence communautaire est un des principes du *Traité CE* et le fondement du tarif douanier commun. La CJCE a considéré au contraire que la préférence communautaire n'est qu'un principe parmi d'autres, à valeur politique et que le législateur communautaire peut appliquer ou pas.

³ Cet article donne automatiquement avantage à une entreprise dont la qualité de l'offre est équivalente à celle d'un concurrent si l'offre de ce concurrent comporte plus de 50 % de sa valeur, des produits originaires des pays tiers. L'écart des prix entre les deux offres ne doit pas être supérieur à 3 %.

et que, s'agissant des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union, ils décident souverainement d'ouvrir ou non. Juridiquement rien n'est changé par rapport à la situation actuelle. Politiquement, oui.

C'est donc en quelque sorte l'esprit de ce considérant qu'a voulu transposer la nouvelle rédaction prévue pour l'article 37-2 de l'ordonnance de 2005 par l'article 5 – 7° du projet de loi.

Ce nouvel article prévoit en effet que :

*« Art. 37-2.- Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice **peut autoriser** des opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne ou de ressortissants de la Confédération suisse ou d'un Etat partie à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité».*

Il doit être immédiatement rapproché du nouvel article 38 de l'ordonnance qui prévoit que :

« Les dispositions de l'article 37-1 et 37-2 sont applicables aux personnes soumises au code des marchés publics.».

Cela signifie que cet article pourra être invoqué par tout pouvoir adjudicateur soumis ou décidant de recourir au code des marchés publics, en particulier l'Etat, et pour ce qui nous concerne plus particulièrement en matière d'équipements de défense : la DGA.

Dans le silence des textes, le droit positif français autorise actuellement les pouvoirs adjudicateurs de notre pays à recourir, pour les équipements de défense et de sécurité, à des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union autant qu'ils le souhaitent et pour les équipements qu'ils souhaitent¹. La souveraineté joue à plein et il n'est nullement nécessaire d'invoquer l'article 346 du TFUE qui, par construction, ne concerne que les opérateurs économiques des Etats membres.

Par ailleurs, le commerce des armes étant exclu de l'AMP, aucun opérateur économique d'un pays tiers ne pourrait se prévaloir du fait qu'il n'a pas été admis à une offre concernant un marché de défense ou de sécurité français, sauf à ce qu'il existe un traité particulier le prévoyant entre son pays et le nôtre.

Cette possibilité d'écarter de l'offre des candidats de pays tiers lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à des procédures de gré à gré ou de procédure négociée ne semble guère contestable devant le juge national.

En revanche lorsque les pouvoirs adjudicateurs lancent des appels d'offre sur la base du code des marchés publics, un opérateur d'un pays tiers à l'Union pourrait vraisemblablement invoquer, devant le juge national, le

¹ C'est ainsi que la France a acheté par le passé, entre autres exemples nombreux, des avions AWACS, ou encore récemment des missiles JAVELIN aux Etats-Unis.

principe d'égalité à l'appui d'un recours contre un refus de concourir fondé exclusivement sur la nationalité.

Si le pouvoir exécutif avait souhaité écarter ce risque, il eût suffi qu'il inscrive que les pouvoirs adjudicateurs peuvent « exclure », et non autoriser, les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union. Sous le contrôle du juge constitutionnel, la loi peut en effet écarter le principe d'égalité pour des raisons d'intérêt général. C'est ainsi qu'un critère de nationalité est posé pour admettre les candidats à la fonction publique.

Le fait au contraire d'écrire que les pouvoirs adjudicateurs « peuvent autoriser » ne prend dès lors tout son sens que si on admet la préexistence d'un principe implicite suivant lequel les marchés de défense ou de sécurité sont, en droit français, fermés aux opérateurs économiques de pays tiers à l'Union et que, par dérogation à ce principe, les pouvoirs et entités adjudicateurs peuvent autoriser de tels opérateurs à concourir.

Dans ces conditions, votre commission considère qu'il serait préférable :

D'une part, de préciser le texte du gouvernement afin de poser de façon plus explicite le principe d'une sorte de préférence communautaire spécifique aux pouvoirs adjudicateurs français, sans aller jusqu'à conférer à ce mécanisme l'automatisme d'une authentique clause de préférence et en permettant donc à ces mêmes pouvoirs d'y déroger, chaque fois qu'ils le souhaiteront.

D'autre part d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs français à prendre en compte, dans le respect de la directive, l'implantation géographique des opérateurs économiques, aussi bien au niveau du dépôt de l'offre qu'à celui de son acceptation, afin d'éviter les « faux-nez » et ce que l'on pourrait appeler les « mauvais » européens.

Votre commission a adopté l'article 5 ainsi modifié.

Article 6

Modalités de recours contre les marchés de défense

L'article 6 vient modifier les conditions de recours contre les marchés publics, qui figurent dans le code de justice administrative, afin d'introduire, en application de la directive MPDS, certaines spécificités relatives aux marchés de défense.

*Art. L 551-2 du code de justice administrative
référé précontractuel*

Le référé précontractuel, défini à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, s'exerce de la façon suivante : le président du tribunal administratif est directement saisi, avant même la conclusion du contrat, du référé, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché.

Dans la rédaction en vigueur de l'article L. 551-2 du même code, le juge administratif peut alors annuler la passation du marché. Ce pouvoir d'annulation résulte d'ailleurs de la transposition en droit français d'une autre directive européenne sur les procédures de recours (article 2 de la directive 89/665/CEE modifiée¹).

Or la directive MPDS, dans son article 56, point 1, b, offre la faculté aux États membres de remplacer ce pouvoir d'annulation pur et simple par un pouvoir d'injonction assorti d'astreintes, puisqu'il offre la possibilité de prendre des mesures « *ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée.* ».

Il faut noter que, dans le code de justice administrative, un tel régime existe déjà, aux articles L 551-6 et L 551-7 ; il s'applique aux entités adjudicatrices.

En conséquence, le présent article rend applicable aux contrats passés dans le domaine de la défense les dispositions prévues, en matière de référé précontractuel, pour les entités adjudicatrices dans l'actuel code de justice administrative.

*Art. L 551-19 du code de justice administrative
référé contractuel*

Dans le cadre d'un référé contractuel, ouvert après la signature du marché, en application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, le juge administratif peut prononcer la nullité d'un contrat, notamment lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou encore lorsqu'a été omise la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où elle est prescrite, ou que le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé.

¹ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux

Dans le cas des marchés de défense, l'article 60, point 3 de la directive MPDS introduit toutefois des dispositions dérogatoires en matière de référé contractuel : *« un marché ne peut être considéré comme ne produisant pas d'effet si les conséquences de cette absence d'effets peuvent sérieusement menacer l'existence même d'un programme de défense et de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts d'un État membre en matière de sécurité. Dans tous les cas énumérés ci-dessus, les États-membres prévoient des sanctions au sens de l'article 61, paragraphe 2, qui s'appliquent à titre de substitution »*.

En d'autres termes, il est loisible au législateur de prévoir un autre effet que l'annulation pure et simple du marché, dans la mesure où cette dernière pourrait affecter l'existence d'un programme de défense.

L'article 6 du projet de loi propose de transposer cette disposition dans le code de justice administrative, au sein de l'article L.551-19, qui prévoit déjà, dans certains cas, des sanctions de substitution lorsque le juge ne prononce pas la nullité du contrat.

Il est donc proposé d'étendre le champ d'application de l'article L.551-19, pour y préciser que le juge ne peut prononcer la nullité du contrat lorsque cette mesure menacerait sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité essentiel pour les intérêts de sécurité de l'État. Il lui appartient, dans ce cas, de choisir entre les différentes sanctions de substitution prévues au premier alinéa de l'article L.551-19 (sanction telle que la réduction de durée du contrat par exemple, ou une pénalité financière).

Votre commission a adopté l'article 6 tel que proposé par le texte du Gouvernement, en corrigeant toutefois une erreur matérielle à l'alinéa 7 (faute d'orthographe).

CHAPITRE III

DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES

Le chapitre 3 du projet de loi est relatif à l'application pratique et territoriale du texte. Il introduit des dispositions transitoires pour les agréments ou autorisations délivrées avant l'entrée en vigueur de la loi, ainsi que pour les licences individuelles comme globales.

Il s'intéresse également aux modalités d'application de la loi, notamment son entrée en vigueur et son champ d'application territorial.

Article 7

Validité des agréments et autorisations délivrés avant l'entrée en vigueur de la loi

L'article 7 est relatif à la validité des agréments préalables et autorisations d'exportation de matériels de guerre délivrés avant l'entrée en vigueur de la loi.

Le dispositif actuellement en vigueur concernant l'exportation de matériels de guerre est celui d'une autorisation à double niveau. La première phase est l'agrément préalable, visé à l'article L. 2335-2 du code de la défense, et d'une durée de validité maximale de trois ans. Quant à la seconde phase, celle de l'autorisation d'exportation, elle est visée à l'article L. 2335-3 du même code. Les autorisations d'exportation de matériels de guerre ont actuellement une durée de validité de deux ans maximum

Le **I.** de l'article pose le principe selon lequel *« les agréments préalables délivrés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi conservent leur validité jusqu'à leur terme »*. Dans le présent texte, la question des agréments préalables est traitée dans le chapitre 1er, relatif à la transposition de la directive 2009/43/CE, et dont les articles entreront en vigueur à compter du 30 juin 2012, comme prévu dans l'article 8 du présent projet de loi.

Les agréments préalables ont actuellement une durée de validité de trois ans, et resteront donc valable jusqu'à leur terme, le changement de procédure n'affectant pas leur validité.

Le **II.** de l'article dispose que

« les autorisations d'exportation de matériels de guerre (...) délivrées jusqu'à la date d'entrée en vigueur mentionnée au I. de l'article 8 de la présente loi sont réputées valoir licences individuelles et globales de transfert ou autorisation de transfert au sens de l'article L. 2335-18 jusqu'à l'expiration de leur durée de validité s'agissant des autorisations

individuelles, et cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la présente loi s'agissant des autorisations globales ».

Ainsi, une équivalence automatique est accordée aux autorisations préalables, qui de fait sont considérées comme valant licences de transfert dès l'entrée en vigueur de la présente loi. Il ne sera ainsi pas nécessaire pour les détenteurs de telles autorisations, délivrées avant l'entrée en vigueur de la loi, de redemander une licence de transfert, dès lors que l'autorisation est encore en cours de validité (pour les autorisations individuelles), ou dans une limite de cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi pour les autorisations globales.

Votre commission a adopté l'article 7 sans modification.

Article 8

Dispositif transitoire pour les licences individuelles comme globales

L'article 8 met en place un mécanisme transitoire pour les licences individuelles et globales d'exportation et de transfert d'armements. Ainsi, jusqu'à une date à déterminer dans les décrets d'application, mais ne pouvant excéder le 31 décembre 2014, le dispositif de double autorisation, agrément préalable puis autorisation d'exportation, perdurera, afin de permettre la modification du système informatique interministériel de gestion des procédures d'exportation des matériels de guerre (SIEX), ainsi que du système d'interface avec les entreprises (ENODIOS). Concernant cette modification, l'avis de marché a été publié le 18 décembre 2009, et l'avis d'attribution le 10 juillet 2010.

Cette mesure transitoire va permettre un enchaînement fluide des deux régimes procéduraux, ainsi qu'une meilleure mise en œuvre de la réforme.

Dans une première étape, le double niveau d'autorisation prévaudra, mais sera atténué, par rapport à sa forme actuelle, par des délais procéduraux moindres. En effet, il est prévu, selon l'étude d'impact fournie avec le projet de loi, durant cette période transitoire, d'étendre le champ de la procédure regroupée. Cette procédure, en permettant de traiter simultanément les deux niveaux d'autorisations, réduit considérablement les délais de traitement habituellement constatés. Les estimations font état de près de la moitié des demandes de licences individuelles, les moins sensibles, qui devraient pouvoir bénéficier de cette procédure.

La seconde étape sera celle de la fin de l'autorisation à deux étages, et de mise en place de la licence unique. Cette étape n'interviendra qu'après l'installation du nouveau système informatique, soit après le 31 décembre 2014 au plus tard. Cette nouvelle procédure sera plus simple et plus rapide que la précédente, car une seule autorisation sera délivrée.

Le fonctionnement précis des deux régimes, en particulier pour ce qui concerne les modalités pratiques de mise en œuvre, de compétence, et de procédure, sera précisé dans les mesures d'application.

Lors des auditions menées par votre rapporteur, il a été indiqué que le délai d'ajustement avait été revu à la baisse et donc que le nouveau système informatique devrait être opérationnel en 2013.

Dans son I., 1°, cet article dispose que

« les opérations mentionnées au premier alinéa du IV de l'article L. 2335-3 sont soumises au régime de l'agrément préalable dans les conditions fixées par l'article L. 2335-2 du code de la défense dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi ».

Selon le premier alinéa du IV de l'article L. 2335-3 du code de la défense, dans sa rédaction issue du présent texte, les opérations mentionnées revêtent donc les formes de licences générales d'exportation (mentionnées au II du même article) et de licences globales et individuelles d'exportation (visées au III du même article), et comprennent la communication d'informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, l'acceptation d'une commande ou la signature d'un contrat. Ces opérations relèvent donc du dispositif actuellement en vigueur concernant l'exportation de matériels de guerre, dont l'agrément préalable, visé à l'article L. 2335-2 du code de la défense, et d'une durée de validité maximale de trois ans.

L'article L. 2335-2 précité dispose en effet qu'aucune commande, aucune présentation ni aucun essai en vue de l'exportation de matériels de guerre n'est possible sans un agrément préalable.

De même, le I., 2° du même article dispose que

« les opérations mentionnées au premier alinéa du IV de l'article L. 2335-10 sont soumises au régime de l'agrément préalable dans les conditions fixées par l'article L. 2335-2 du code de la défense dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi ».

Selon le premier alinéa du IV de l'article L. 2335-10 du code de la défense, dans sa rédaction issue du présent texte, les opérations mentionnées revêtent les formes de licences générales de transfert (mentionnées au II du même article) et de licences globales et individuelles de transfert (visées au III du même article), et comprennent la communication d'informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, l'acceptation d'une commande ou la signature d'un contrat.

Là aussi, comme précédemment, ces opérations relèvent du dispositif actuellement en vigueur concernant l'exportation de matériels de guerre, dont

l'agrément préalable, visé à l'article L. 2335-2 du code de la défense, et d'une durée de validité maximale de trois ans.

Les II et III du même article sont relatifs aux modalités pratiques d'application de ce mécanisme transitoire, et disposent en premier lieu que les agréments préalables délivrés pendant cette période transitoire resteront valables jusqu'à leur terme, ainsi leur validité ne sera pas mise en cause par le passage au nouveau dispositif, le cas échéant.

Ainsi qu'il a déjà été mentionné, les agréments préalables, visés à l'article L. 2335-2 du code de la défense, ont une durée maximale de trois ans.

Un décret en Conseil d'État déterminera les conditions d'application du présent article.

Votre commission a adopté l'article 8 sans modification.

Article 9 **Entrée en vigueur**

L'article 9 précise la date d'entrée en vigueur des dispositions de la loi.

Les articles 1er à 4 (sous réserve des dispositions de l'article 8), relatifs à la transposition de la directive 2009/43/CE, dite Transferts Intra Communautaires (TIC), entrent en vigueur le 30 juin 2012, mais les dispositions doivent être adoptées avant le 30 juin 2011.

Ces délais sont prévus dans l'article 18 de la directive 2009/43/CE, qui dispose que

« Les États membres adoptent et publient, au plus tard le 30 juin 2011, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions. Ces dispositions s'appliquent à compter du 30 juin 2012. »

Les articles 5 et 6, relatifs à la transposition de la directive 2009/81/CE, dite Marchés publics de défense et de sécurité (MPDS), auront des dates différentes d'entrée en vigueur, l'article 5 étant applicable à compter du 21 août 2011, tandis que l'article 6 le sera à compter du 30 juin 2012.

La date du 21 août 2011, retenue pour l'entrée en vigueur de l'article 5, correspond à la date limite imposée par la directive 2009/81/CE, en son article 72. Celui-ci prévoit que

« Les États membres adoptent et publient avant le 21 août 2011 au plus tard, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. »

Votre commission a adopté l'article 9 sans modification.

Article 10

Champ d'application territorial

L'article 10 rend applicable de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République, et notamment dans les collectivités d'outre-mer, certaines dispositions du présent projet de loi, à savoir les articles 1er, 2, 3, 7 et 8, ainsi que le I de l'article 9.

Votre commission a adopté l'article 10 sans modification.

* *

*

Votre commission a adopté l'ensemble du projet de loi ainsi modifié.

EXAMEN EN COMMISSION

La commission a examiné le présent rapport lors de sa réunion du 15 février 2011.

La discussion générale et l'examen des articles ont suivi l'exposé du rapport par M. Josselin de Rohan, rapporteur.

M. Daniel Reiner - Je souhaiterais dire que je partage l'esprit et même la lettre de ce qui vient d'être dit. Je m'associe, Monsieur le Président, à vos félicitations sur la qualité de l'étude d'impact. Honnêtement, elle est d'excellente qualité.

J'aurais deux observations de forme à faire, suivies de deux séries de considérations sur le fond.

Premièrement, ce texte est un cadre législatif. La vraie transposition va se faire par voie réglementaire. Il y aura pas moins de quatorze décrets et six arrêtés. Nous souhaitons que ces textes respectent l'esprit du texte législatif dont nous sommes saisis et que nous puissions le vérifier assez vite.

Deuxièmement, les modalités du contrôle vont changer. Nous allons passer d'un contrôle *a priori* à un contrôle *a posteriori*. Il faut avoir une attention absolue sur le marché des armes et leur commerce. Sur ce plan, chaque année est remis au Parlement le rapport sur le contrôle des exportations d'armement. Il serait souhaitable que les prochaines livraisons de ce rapport étudient de près l'impact des directives sur le marché européen et les exportations en particulier. Il serait également souhaitable d'étudier comment la transposition s'est effectuée ailleurs. Nous sommes partis dans les wagons de tête de la transposition. Il faudra s'assurer que nous sommes bien suivis.

S'agissant de mes réflexions, je souhaiterais dire, ce sera ma première série de considérations, que ces directives vont dans la bonne direction et marquent dans certains domaines une amélioration par rapport à la situation présente. Mais elles ne sont pas constitutives, à elles seules, d'une Europe de la défense et peuvent même présenter un risque. J'y reviendrai.

Le rapporteur, M. Josselin de Rohan, a rencontré la plus grande partie des industriels et tous sont unanimes : la directive TIC – transferts intracommunautaires – va leur faciliter la vie. Il faudra être attentif à ce que l'administration mette en place les procédures adéquates, notamment en matière de systèmes informatiques.

La directive MPDS va harmoniser les procédures de passation des marchés publics. On peut penser que nos industriels vont avoir de nouvelles opportunités sur les marchés européens. Je suis frappé par le fait que leurs exportations dans l'Union européenne portent sur moins de 20 % du total de leurs exportations. Jusqu'à présent, certains Etats faisaient un usage abusif de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui autorise, pour des motifs tenant aux intérêts essentiels de la sécurité, de se dispenser de toute

procédure d'appels d'offre pour l'achat d'armements. Le fait de limiter le recours à cet article devrait favoriser la mise en concurrence au sein de l'espace économique européen. Il vaut mieux pour nos industriels de se retrouver en concurrence, même si cela est avec des industriels américains, que face à des marchés fermés. Cela est un progrès et tous les industriels de la défense européens devraient, en principe, en bénéficier.

Par ailleurs, la mise en concurrence a des effets sur les prix. Dans une période où les budgets de défense sont contraints, le fait d'exercer une pression à la baisse sur ces prix n'est pas en soi une mauvaise chose.

Néanmoins, ces directives sont insuffisantes et leur transposition ne va pas sans risques. En l'absence de clause de préférence communautaire, comme l'avait affirmé votre prédécesseur, le ministre Hervé Morin au sommet de Gand, l'ouverture des marchés de défense à la concurrence risque de déboucher sur un dilemme – soit une fermeture aux seuls producteurs nationaux – soit une ouverture à l'ensemble de la concurrence internationale. Or il n'y a aucune raison d'ouvrir notre marché national, en l'absence de réciprocité. C'est le cas du marché américain, qui nous reste fermé, comme on a pu le constater avec l'appel d'offres sur les avions ravitailleurs dits MRTT fabriqués par Airbus.

Il faut donc prendre garde à ce que l'ouverture reste maîtrisée. Ce qui est difficile quand on sait que la Commission européenne a une vision libre-échangiste, consistant à ouvrir d'abord et à contrôler ensuite. Or, en matière d'équipements de défense, où les investissements se font dans le temps long et la nature des marchés est oligopolistique, quand vient l'heure de constater les effets c'est souvent pour enregistrer les actes de décès des industriels. On dit que nos voisins britanniques s'en sont mordu les doigts et qu'ils sont semble-t-il revenus de la théorie de la *best value for money* qui s'est traduite par la disparition de pans entiers de leur industrie de défense.

Le fait est que, faute d'une clause de préférence communautaire, nous aurons bel et bien une dissymétrie de protection entre le marché nord américain et le marché européen. Ce n'est plus la « forteresse Europe », c'est la passoire Europe.

Le second risque est l'absence de réciprocité entre Européens. Si par exemple nous ouvrons notre marché des véhicules blindés aux producteurs européens, mais que les autres Etats ne font pas de même, nous serons les dindons de la farce. C'est un risque qu'il ne faut pas négliger.

Le troisième risque était qu'une rédaction un peu imprécise n'ouvre la porte à des faux-nez européens, ou à de mauvais européens qui feraient fabriquer hors d'Europe l'essentiel de leur production. Grâce à l'amendement du président de Rohan ce risque paraît désormais conjuré.

Ces directives feront-elles avancer l'Europe de la défense ? Peut-être, mais à pas comptés. Nous disons toujours que c'est la faute des autres. Mais nous-mêmes ne sommes pas exempts de reproches et en matière de restructurations, nous avons cherché des solutions uniquement en rapprochant des industriels nationaux. Nous avons signé des accords particuliers avec les

Britanniques, mais elle n'est pas équivalente à la coopération structurée prévue dans le cadre du Traité de Lisbonne.

Pour que l'équation reliant la mise en place d'un marché européen de la défense au renforcement d'une base industrielle et de technologie européenne soit vérifiée, il eût fallu mettre en place une clause de préférence communautaire.

Une telle clause a des avantages mais aussi des inconvénients. Elle suppose d'accepter quelquefois d'acheter plus cher au sein de l'espace où elle s'applique, au profit des industriels qui en bénéficient. Cet inconvénient est paru inacceptable à tous les pays européens qui n'ont pas d'industrie de défense, et même à certains d'entre eux, je pense aux Anglais et aux Suédois, qui ont une industrie de défense.

A supposer même que nous eussions réussi à imposer une telle clause à nos amis et voisins européens, cela ne serait pas suffisant pour contribuer à renforcer la politique européenne de sécurité et de défense commune.

Encore faudrait-il que :

- les efforts en matière de défense soient identiques ou équivalents dans tous les pays de l'Union, et que cet effort ne repose pas de façon disproportionnée sur la France et la Grande-Bretagne ;

- qu'il y ait une harmonisation des besoins afin qu'on ne fabrique pas trois avions de combat et dix-sept programmes de blindés ;

- qu'il y ait une harmonisation des calendriers et des doctrines d'emploi ;

Nous en sommes loin.

Dans ces conditions les directives du paquet défense n'ont que peu de chances d'atteindre les objectifs qu'elles se sont elles mêmes fixées, en tous cas ceux qui apparaissent dans leur exposé des motifs.

Dans le meilleur des cas, ces directives augmenteront la concurrence entre producteurs européens et contribueront à une pression à la baisse sur le coût des équipements, ce qui n'est pas rien.

Dans le pire des cas, elles affaibliront les BITD nationales au profit d'une BITD transatlantique. Cela sonnerait le glas de l'Europe de la défense, ce que personne ne souhaite.

M. Alain Juppé, ministre de la défense - vous le savez, ce projet de loi transpose deux directives complémentaires : l'une simplifie les conditions des transferts de produits liés à la défense entre Etats membres de l'Union européenne et l'autre coordonne les procédures de passation des marchés de défense et de sécurité.

Elles poursuivent le même objectif d'accroissement de la sécurité des approvisionnements dans le cadre d'un marché européen de la défense.

Dans ce contexte, la transposition dans un texte commun répond au double objectif de lisibilité du droit et de limitation de l'inflation législative.

Sur les transferts intracommunautaires des biens de défense je dirai que la construction de l'Europe de la défense passe par des échanges plus fluides et des modalités de contrôle étatique harmonisées.

Pour les entreprises, il s'agit de réduire les incertitudes juridiques liées à l'actuelle hétérogénéité des régimes nationaux, dans le domaine des procédures de contrôle, des champs d'application et des délais d'autorisation.

Pour les Etats membres, il s'agit de garantir la sécurité d'un approvisionnement d'origine européenne pour faire face à leurs besoins opérationnels.

S'agissant des transferts intracommunautaires, la règle de base sera celle d'une liberté encadrée du commerce et de l'industrie. Le cadre juridique, harmonisé, reposera toujours sur un dispositif de contrôle. Celui-ci sera désormais fondé sur trois types de licences de transfert.

Il n'y aura donc plus d'autorisations d'importation et de transit dans le cadre intracommunautaire.

Un mécanisme de certification pour les entreprises fiables qui le souhaiteront et l'instauration d'un contrôle *a posteriori*, que rendra possible l'harmonisation des procédures de transferts intracommunautaires, seront institués.

L'occasion était également donnée de rénover le dispositif de contrôle des importations et des exportations qui repose sur des principes datant de 1939.

L'actuel système de double autorisation – agrément préalable pour négocier et signer un contrat d'une part, autorisation d'exportation d'autre part – sera remplacé par une licence unique, qui fusionne les deux autorisations actuelles.

Il sera créé une licence générale d'exportation, utilisable à destination de pays jugés suffisamment sûrs et limitativement désignés par un arrêté.

Un dispositif de contrôle *a posteriori* sera développé, avec la mise en place d'un comité ministériel du contrôle, qui impliquera plusieurs services du ministère de la défense dans les opérations de contrôle des entreprises sur pièce et sur place. C'est le sens des amendements gouvernementaux qui vous sont aujourd'hui présentés.

Ils introduisent, d'une part, la notion d'habilitation pour les agents du ministère de la défense en charge du contrôle, d'autre part, les obligations des entreprises pour permettre l'accès de ces personnels habilités et enfin, une demande d'avis du ministre de la défense pour prendre en compte les informations, préalablement à tout acte de poursuite envisagé.

Parallèlement, un haut niveau de sécurité sera maintenu, car toute autorisation pourra être suspendue, modifiée, abrogée ou retirée, notamment dans le cas d'un brusque changement du contexte international.

Sur les marchés de défense et de sécurité, en introduisant un instrument juridique adapté aux spécificités des marchés publics de défense ou de sécurité, la

directive a pour effet d'ouvrir ces marchés à la concurrence européenne, de manière maîtrisée.

En particulier, chacun des Etats membres continuera de pouvoir recourir à l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lorsque les dispositions issues de la directive ne seront pas suffisantes pour assurer la protection de ses intérêts essentiels de sécurité.

Les mesures législatives ont pour objet de transposer les dispositions de la directive, mais aussi d'utiliser toutes les marges de manœuvre qu'elle offre, dans le but d'accroître l'efficacité des marchés passés dans les domaines de la sécurité ou de la défense.

Les dispositions sur les marchés de défense et de sécurité appellent deux remarques. Tout d'abord sur la recherche et le développement, vous évoquez la nécessité de ne pas soumettre les programmes de recherche et développement (R&D) de défense au libre jeu de la concurrence, et vous avez raison.

D'ailleurs, les marchés de services de R&D pour lesquels le service acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation sont exclus du champ d'application de la directive. Il en va de même pour les marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de R&D mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne.

Ces marchés pourront donc être passés selon des modalités librement définies par les services acheteurs, au besoin sans publicité ni mise en concurrence, ce qui permettra de mener une politique industrielle visant à développer et maintenir des compétences nationales dans des secteurs stratégiques.

S'agissant de la préférence communautaire, je rappelle que celle-ci a été évoquée lors des négociations à Bruxelles mais n'a pas été explicitement retenue par nos partenaires européens.

Toutefois, il existe *de facto*, une sorte de préférence communautaire. Nous avons, en effet, obtenu que la directive précise dans son considérant 18 que les services acheteurs européens ne sont pas tenus d'ouvrir leurs marchés à des opérateurs de pays tiers.

Mais s'ils souhaitent le faire, ils ne peuvent pas éliminer les opérateurs des pays tiers à l'Union européenne sur la seule base de leur nationalité. En revanche, ces opérateurs peuvent être exclus sur le fondement d'exigences relatives à la sécurité d'information, par exemple, ou encore à la sécurité d'approvisionnement, et ce d'autant plus que la localisation de leurs activités hors de l'Union européenne les rendraient impropre à satisfaire ces exigences.

Ce sont d'ailleurs ces critères que vous reprenez dans votre amendement. Autant vous le dire tout de suite, le Gouvernement sera favorable à l'adoption de votre amendement.

En réponse à M. Reiner, que je remercie de tout ce qu'il a dit, en particulier vis-à-vis des services de l'Etat, je dirai sur le point particulier de l'impact de ces directives sur la BITDE que, comme nous tous ici, je crois dans le

libre échange, à condition qu'il soit régulé. Le libre jeu du marché ne suffira pas pour construire la BITDE. Il y faut un peu de volontarisme. Nous avons en France des bijoux industriels. Je viens de visiter une filiale du groupe Safran, l'entreprise Turboméca, qui fabrique à elle seule 46 % des turbines d'hélicoptères dans le monde. C'est impressionnant. Nous avons bien sûr des sociétés mondialement connues comme EADS, DCNS, NEXTER, THALES, sans oublier évidemment DASSAULT. Comment restructurer ces entreprises à l'échelle européenne. C'est difficile. Et avec qui ? Les Anglais ont BAE. Mais nous savons tous que BAE est autant américain que britannique. Du côté allemand c'est compliqué. De même du côté italien.

M. Josselin de Rohan, président – Je vous propose de passer à l'examen des articles.

L'article 1er, composé de 108 alinéas, fixe le nouveau régime de contrôle des exportations, qu'il s'agisse des transferts intracommunautaires ou du « grand export », car le gouvernement a choisi de dupliquer le système de la directive pour toutes les destinations, même hors Union européenne.

Le système actuel repose sur une autorisation à double niveau : d'abord une autorisation préalable, puis une autorisation d'exportation une fois le contrat signé.

Inspiré du modèle britannique, le nouveau régime proposera une autorisation unique, appelée « licence », qui pourra prendre la forme d'une licence générale, globale ou individuelle.

La licence générale est une autorisation, par arrêté, d'effectuer librement les transferts, les moins sensibles, vers certains états « sûrs » (comme ceux de l'Union européenne, de l'Amérique du nord, l'Australie...) à la seule condition de s'enregistrer auprès de l'administration, mais sans autorisation individuelle. Naturellement, pour les exportations sensibles, l'autorisation individuelle restera nécessaire et pourra être assortie, comme aujourd'hui, de conditions d'utilisation et de réserves. En outre, compte tenu de sa sensibilité, le secteur spatial restera soumis à autorisation préalable. Le Premier ministre sera toujours chargé de la délivrance de ces autorisations.

De nouvelles obligations pèseront sur les entreprises, en termes d'organisation interne et de déclarations ; elles pourront être contrôlées sur pièces et sur place ; pour importer des produits en vertu d'une licence générale les entreprises devront être certifiées.

Cet article 1er, rédigé aux termes d'une réelle concertation, ne présente pas de difficultés et je vous propose de l'adopter en l'état.

La commission adopte l'article 1er sans modifications.

M. Josselin de Rohan, président – Initialement, l'article 2 comportait surtout des coordinations dans le code de la défense. Mais le Gouvernement propose de l'étoffer avec l'amendement n° COM-1 qui définit les pouvoirs de contrôle des agents de l'État au sein des entreprises exportatrices d'armement.

M. Alain Juppé, ministre de la défense. – Cet amendement a pour but de rationaliser l'organisation de l'ensemble du dispositif de contrôle a posteriori

des entreprises titulaires de licences d'exportation ou de licences de transferts instaurées par le présent projet de loi, ainsi que des entreprises titulaires d'autorisations de fabrication et de commerce.

La référence au contrôle général des armées est supprimée, dès lors qu'il n'aura plus l'exclusivité du contrôle a posteriori effectué par le ministère de la défense. Des agents du ministère de la défense habilités dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat exerceront désormais cette mission.

Les décrets sont en préparation et je tiens à rassurer M. Daniel Reiner : ils respecteront bien le cadre général fixé par la loi, et votre commission pourra en contrôler le contenu.

Ces agents pourront constater, sans préjudice du rôle joué par les agents des douanes, l'ensemble des infractions mentionnées dans le titre III du livre III de la deuxième partie législative du code de la défense.

Les obligations des entreprises faisant l'objet de tels contrôles sont définies afin d'assurer l'efficacité du dispositif. Les agents habilités seront tenus au secret professionnel. Une procédure de demande d'avis du ministre de la défense par le procureur de la République est instituée.

M. Daniel Reiner – Pourquoi supprimer la mention expresse, dans votre amendement, du contrôle général des armées ? N'est ce pas le contrôle général qui sera chargé d'exercer le contrôle au sein des entreprises ?

M. Alain Juppé, ministre de la défense – En effet, ce contrôle a posteriori sera exercé par plusieurs agents habilités, au sein desquels figureront en particulier le contrôle général des armées et la direction générale de l'armement.

M. Josselin de Rohan, président – Je propose dans ce cas, à la suite de l'observation de Daniel Reiner, de maintenir la mention expresse du contrôle général des armées dans le texte de la commission.

La commission adopte l'amendement du Gouvernement ainsi modifié, ainsi que l'article 2 ainsi modifié.

CHAPITRE I^{ER} (Dispositions relatives au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés et à la transposition de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté)			
Article 2			
Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
Le Gouvernement	1	Pouvoirs de contrôle des agents habilités au sein des entreprises exportatrices d'armement	Adopté avec modification

M. Josselin de Rohan, président – L'article 3 instaure des sanctions pénales en cas de violation des obligations prévues à l'article 1er. Le quantum des peines est élevé : emprisonnement de cinq années maximum et amende de

soixante quinze milles euros pour les peines les plus lourdes. Une entreprise qui ne tiendra pas correctement à jour ses registres d'exportation, ou qui aura violé un engagement de non réexportation, sera donc passible de lourdes sanctions pénales.

Sur cet article nous sommes saisis de deux amendements.

M. Alain Juppé, ministre de la défense – L'amendement n°COM-2 est une mise en cohérence du code de la défense par rapport à la nouvelle rédaction proposée pour l'article 2.

La commission adopte l'amendement n°COM-2.

M. Josselin de Rohan, président – L'amendement n°COM-4 est rédactionnel, il s'agit de rectifier deux erreurs matérielles.

La commission adopte l'amendement n°COM-4 et l'article 3 ainsi modifié.

Article 3			
Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
Le Gouvernement	2	Amendement de coordination	Adopté
M. de ROHAN, rapporteur	4	Amendement de coordination	Adopté

M. Josselin de Rohan, président – L'article 4 supprime certaines formalités douanières devenues contradictoires avec la simplification introduite par le nouveau régime de transferts intracommunautaires.

Le Gouvernement présente un amendement n°COM-3, de coordination avec le dispositif introduit à l'article 2.

La commission adopte l'amendement n°COM-3 et l'article 4 ainsi modifié.

Article 4			
Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
Le Gouvernement	3	Amendement de coordination	Adopté

M. Josselin de Rohan, président – Le chapitre II du projet de loi transpose la directive « marchés publics » dans ses dispositions qui modifient l’ordonnancement juridique de valeur législative.

La plus grosse partie de la transposition sera effectuée par voie réglementaire. Un décret est actuellement en cours d’élaboration par le Gouvernement.

J’en viens à l’article 5. L’ordonnance de 2005 prévoit un régime spécifique, dérogatoire au droit commun des marchés publics, pour un ensemble de personnes publiques ou privées. Il s’agit notamment pour ce qui nous concerne du CEA, du CNES et de l’ONERA, étant entendu que des entités civiles, telles que la Banque de France, l’Autorité de marché, ou encore les entités en charge de réseau telles que ERDF, GRDF ou RTE peuvent également passer des marchés de défense ou de sécurité.

Le projet de loi prévoit d’apporter les modifications suivantes à l’ordonnance de 2005. En particulier, il ouvre la possibilité par un nouvel article 37-2, aux pouvoirs adjudicateurs de fermer les appels d’offre aux opérateurs économiques de pays non membres de l’Union.

Cet article 37-2 est au cœur du dispositif prévu par le projet de loi, puisqu’il instaure de façon implicite pour les marchés de défense et de sécurité une sorte de mécanisme de préférence communautaire.

La France n’a pas obtenu que soit insérée dans le dispositif de la directive une clause de préférence communautaire, similaire au Buy American Act et en vertu de laquelle, lorsqu’ils décident d’ouvrir une compétition pour l’acquisition d’équipements militaires, les autorités d’un État membre restreignent l’offre aux opérateurs économiques de l’Union européenne.

Par ailleurs, la directive MPDS ne donne aucune définition des opérateurs économiques européens et, en l’absence d’une telle définition, il est impossible d’exclure des opérateurs sur la base de leur nationalité. On peut même penser que toute tentative de définition, par le législateur national de ce qu’est un « opérateur économique européen » serait vraisemblablement, dans le silence de la directive à ce sujet, censurée par la Cour de justice de l’Union européenne.

En revanche, la France a obtenu que soit inséré dans l’exposé des motifs un considérant 18, qui dispose notamment que : « dans le contexte spécifique des marchés de la défense et de la sécurité, les États membres conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés. »

Rappelons que selon une jurisprudence constante, le « préambule d’un acte communautaire n’a pas de valeur juridique contraignante »

Ce considérant n’est pas à proprement parler une « préférence communautaire » si on entend par là une clause donnant un avantage automatique à un approvisionnement dans le marché intérieur européen, au détriment du marché mondial.

Néanmoins, le considérant 18 est une invitation, à valeur politique, faite aux États-membres, à considérer que le principe régissant le marché européen des équipements de défense est que les États européens ouvrent leurs offres, préférentiellement, aux opérateurs économiques de l'espace européen et que, s'agissant des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union, ils décident souverainement d'ouvrir ou non. Juridiquement rien n'est changé par rapport à la situation actuelle. Politiquement, oui.

C'est donc en quelque sorte l'esprit de ce considérant qu'a voulu transposer la nouvelle rédaction prévue pour l'article 37-2 de l'ordonnance de 2005.

Ce nouvel article prévoit en effet que :

« Art. 37-2.- Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut autoriser des opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne ou de ressortissants de la Confédération suisse ou d'un État partie à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité.»

Il doit être rapproché du nouvel article 38 de l'ordonnance qui prévoit que : « Les dispositions de l'article 37-1 et 37-2 sont applicables aux personnes soumises au code des marchés publics.»

Cela signifie que cet article pourra être invoqué par tout pouvoir adjudicateur soumis ou décidant de recourir au code des marchés publics, en particulier l'État, et pour ce qui nous concerne plus particulièrement en matière d'équipements de défense : la DGA.

Dans le silence des textes, le droit positif français autorise actuellement les pouvoirs adjudicateurs de notre pays à recourir, pour les équipements de défense et de sécurité, à des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union autant qu'ils le souhaitent et pour les équipements qu'ils souhaitent. La souveraineté joue à plein et il n'est nullement nécessaire d'invoquer l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui, par construction, ne concerne que les opérateurs économiques des États membres.

Par ailleurs, le commerce des armes étant exclu de l'Accord sur les marchés publics, aucun opérateur économique d'un pays tiers ne pourrait se prévaloir du fait qu'il n'a pas été admis à une offre concernant un marché de défense ou de sécurité français, sauf à ce qu'il existe un traité particulier le prévoyant entre son pays et le nôtre.

Cette possibilité d'écarter de l'offre des candidats de pays tiers lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à des procédures de gré à gré ou de procédure négociée ne semble guère contestable devant le juge national.

En revanche, lorsque les pouvoirs adjudicateurs lancent des appels d'offre sur la base du code des marchés publics, un opérateur d'un pays tiers à l'Union pourrait vraisemblablement invoquer, devant le juge national, le principe d'égalité à l'appui d'un recours contre un refus de concourir fondé exclusivement sur la nationalité.

Si le pouvoir exécutif avait souhaité écarter ce risque, il eût suffi qu'il inscrive que les pouvoirs adjudicateurs peuvent « exclure », et non autoriser, les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union. Sous le contrôle du juge constitutionnel, la loi peut en effet écarter le principe d'égalité pour des raisons d'intérêt général. C'est ainsi qu'un critère de nationalité est posé pour admettre les candidats à la fonction publique.

Le fait au contraire d'écrire que les pouvoirs adjudicateurs « peuvent autoriser » ne prend dès lors tout son sens que si on admet la préexistence d'un principe implicite suivant lequel les marchés de défense ou de sécurité sont, en droit français, fermés aux opérateurs économiques de pays tiers à l'Union et que, par dérogation à ce principe, les pouvoirs et entités adjudicateurs peuvent autoriser de tels opérateurs à concourir.

Dans ces conditions, je considère qu'il serait préférable de modifier la rédaction de l'article 37-2.

Je vous propose donc un amendement n°COM-5 qui poursuit un double objet.

En premier lieu, la nouvelle rédaction prévue pour l'article 37-2 - qui est devenu entre le moment du dépôt du texte et aujourd'hui le 37-3 du fait de l'intervention d'une loi du 5 janvier 2011 - pose explicitement le principe d'une préférence communautaire spécifique aux pouvoirs adjudicateurs français, sans aller jusqu'à conférer d'automatisme à ce mécanisme.

C'est le I du texte prévu pour le 37-3 : « les marchés de défense ou de sécurité (...) sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne (...) ». Les pouvoirs adjudicateurs pourront y déroger, chaque fois qu'ils le souhaiteront.

C'est le II.- du texte proposé pour ce même 37-3 : « un pouvoir adjudicateur (...) peut toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union (...) à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité. »

Le III.- du texte proposé par le 37-3 restreint le champ de la possibilité d'ouvrir à des opérateurs étrangers, en demandant à ce que la décision d'ouvrir soit fondée, notamment, sur les motivations invoquées par la directive, à savoir : impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État ; intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne. Mais aussi, les objectifs de développement durable et les exigences de réciprocité.

En second lieu, l'amendement a pour objet d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs français à prendre en compte, dans le respect de la directive, l'implantation géographique des opérateurs économiques, aussi bien au niveau du dépôt de l'offre – c'est le texte proposé pour l'article 37-4 de l'ordonnance - qu'à celui de son acceptation – article 37-5 - afin d'éviter les faux-nez et ce que l'on pourrait appeler les mauvais européens.

La rédaction proposée in fine pour l'article 38, reprend par coordination, la nouvelle numérotation des articles. Rappelons que c'est cet article 38 qui va

permettre d'étendre ce dispositif à l'ensemble des acheteurs publics, autres que ceux visés par l'ordonnance de 2005, et en particulier la DGA.

M. Alain Juppé, ministre de la défense – Je considère que le texte proposé par le rapporteur est meilleur que le texte initial du Gouvernement.

La commission adopte l'amendement n° COM-5 et l'article 5 ainsi modifié.

CHAPITRE II (Dispositions relatives à la transposition de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.)			
Article 5			
Auteur	N°	Objet	Sort de l'amendement
M. de ROHAN, rapporteur	5	Affirmation explicite d'une préférence communautaire et définition des conditions permettant d'y déroger. Prise en compte de l'implantation territoriale lors de la présentation et de l'exécution de l'offre.	Adopté

M. Josselin de Rohan, président – L'article 6 introduit certaines spécificités pour les recours contre les marchés de défense, dans le cas de référés précontractuels et de référés contractuels. Ces souplesses sont prévues par la directive, en raison de la nature particulière de ces marchés : un vice de forme ou de publicité, par exemple, ne doit pas conduire à interrompre certains marchés particulièrement stratégiques. Le juge pourra donc prononcer d'autres sanctions que la seule annulation, comme l'astreinte par exemple.

La commission adopte l'article 6 sans modification.

M. Josselin de Rohan, président – Le chapitre 3 est relatif à l'application pratique et territoriale du texte. Il introduit des dispositions transitoires pour les agréments ou autorisations délivrées avant l'entrée en vigueur de la loi, ainsi que pour les licences individuelles comme globales.

L'article 7 permet le maintien en vigueur des agréments préalables et autorisations d'exportation de matériels de guerre délivrés avant l'entrée en vigueur de la loi, grâce à un système d'équivalence automatique.

La commission adopte l'article 7 sans modification.

M. Josselin de Rohan, président – L'article 8 maintient le système actuel d'autorisation pour une période transitoire, nécessaire à la rénovation du système informatique de délivrance des autorisations, période pouvant s'étendre au plus tard jusqu'au 31 décembre 2014.

Ainsi, jusqu'à cette date à déterminer dans les décrets d'application, le dispositif de double autorisation, agrément préalable puis autorisation d'exportation, perdurera, et les simplifications apportées par le projet de loi ne feront pas pleinement sentir leurs effets bénéfiques.

On ne peut que regretter vivement que le système d'information actuel, SIEX, qui a englouti ces 5 dernières années des dizaines de millions d'euros, n'offre pas la souplesse nécessaire pour mettre en œuvre le nouveau système d'autorisation. J'espère que l'administration est pleinement mobilisée pour trouver au plus vite un successeur à SIEX, qui fait l'unanimité contre lui...

Il nous a été indiqué lors des auditions que nous avons menées que selon toute vraisemblance, le nouveau système devrait être opérationnel fin 2013. J'engage le gouvernement à accentuer la pression sur ses services pour accélérer le plus possible le calendrier.

M. Alain Juppé, ministre de la défense. – Je prends bonne note de votre demande ; il n'est pas toujours facile de mettre d'accord plusieurs administrations...

La commission adopte l'article 8 sans modification.

M. Josselin de Rohan, président – Les articles 9 et 10 fixent les modalités d'application de la loi, sa date d'entrée en vigueur et son champ d'application territorial.

La commission adopte les articles 9 et 10 puis adopte l'ensemble du projet de loi ainsi modifié.

ANNEXE I - PRINCIPALES MESURES PROTECTIONNISTES AMÉRICAINES

Le Buy American Act – Balance of Payment Program

Source : Délégation Générale de l'Armement

1. Introduction

Les marchés du Département de la défense comme les autres marchés publics du gouvernement américain sont soumis à des réglementations restrictives qui ont pour but de protéger les intérêts socio-économiques américains et pour effet de limiter la participation des sociétés étrangères. Ces mesures protectionnistes peuvent être prises par le Président des Etats-Unis sous recommandation de l'International Trade Commission, par le Congrès sous forme de lois ou encore par le Département de la défense directement à travers des Directives ou pour des besoins de sécurité nationale.

Les principales restrictions directes à l'accès des entreprises étrangères aux marchés publics américains sont liées aux dispositions de deux lois destinées à **favoriser les offres américaines par rapport aux offres étrangères** :

- le *Buy American Act* pour les marchés publics de fourniture et de construction (mais pas de service)
- le *Balance of Payment Program* (cf. §3), qui s'adresse exclusivement aux marchés publics portant sur des biens destinés à être utilisés à l'étranger

Le département de la défense est également concerné par l'application de ces lois. En outre, il peut limiter l'accès aux marchés de défense aux exportateurs étrangers au nom de la sécurité nationale dans le cadre du *National Security Act 1947* et du *Defense Production Act de 1950*¹. Le DoD peut ainsi imposer des sources américaines pour certains produits ou activités, notamment dans le cadre des *Defense Appropriation Act*, lois de finance annuelles votées par le Congrès.

A cela s'ajoute un arsenal de textes visant à soutenir les industries américaines et donc à handicaper la concurrence : le *Small Business Act 1953*, qui impose à l'administration de réserver aux PME/PMI 23% de ses marchés publics fédéraux directs et 35% des contrats de sous-traitance de ses maîtres d'œuvre industriels.

Pour les fournitures de défense, la France dispose d'une exemption au *Buy American Act* et au *Balance of Payments Program* par le biais d'un *Memorandum of Understanding* (MoU) bilatéral sur les achats réciproques en date du 22 mai 1978. On notera que ce MoU ne l'exempte toutefois pas des mesures imposées par les autres lois, du type *Appropriation Acts*.

D'autres mesures indirectes viennent gêner les importations ou freiner les investissements étrangers aux États-Unis, qui sont autant de mesures dissuasives pour l'industriel étranger (normes, standards, réglementations complexes, contraintes de sécurité particulièrement drastiques, ...)

L'ensemble de ces réglementations est transposé pour le département de la défense dans le *Defense Federal Acquisition Regulation Supplement* (DFARS).

¹ Cette loi donne l'autorité au président de restreindre l'accès de certains marchés aux seuls fournisseurs américains, dans le but de maintenir la sécurité d'approvisionnement sur certains composants critiques (Title 50 / Title I).

2. Le *Buy American Act* (DFARS Part 5.100)

2.1 Objectif général

Le *Buy American Act*, adopté en 1933 en pleine crise économique, se trouve codifié aux sections 10a à 10d du titre 41 de l'*United States Code (USC)*. Il est mis en œuvre dans la sous-partie 25 du *Federal Acquisition Regulation (FAR)*. Il s'agit d'une « loi sur la préférence nationale » s'appliquant aux marchés de l'Administration fédérale américaine non-couverts par un accord commercial international et d'une certaine valeur déterminée en raison de la nature du marché public.

Pour les entreprises françaises, les marchés publics soumis à l'application du *Buy American Act* sont ceux dont la valeur est comprise entre les sommes suivantes :

- ♦ Seuil plancher de 2.500 dollars en deçà duquel les achats sont considérés comme des micro-achats.
- ♦ Seuils plafonds de 193.000 dollars pour les marchés publics de fournitures et de 7 407 000¹ dollars pour les marchés publics de construction, au-delà desquels les marchés publics sont soumis à l'application de l'Accord sur les Marchés Publics de l'OMC.

Le mécanisme du *Buy American Act* vise à établir un traitement préférentiel à l'égard des produits cultivés, extraits ou fabriqués aux États-Unis. Il n'empêche pas les entreprises proposant des produits étrangers de soumissionner, mais pénalise les offres proposant des produits étrangers.

De cette manière, ce texte favorise l'industrie américaine dans l'attribution des marchés publics en pénalisant, lors de leur évaluation par le Gouvernement fédéral américain, les offres proposant des produits étrangers. D'application générale lors de son adoption par le Congrès en 1933, son champ d'application est désormais limité par les accords internationaux imposant des principes de non-discrimination dans l'attribution des marchés publics. Les entreprises françaises pourront être pénalisées pour les marchés publics non couverts par l'AMP, c'est-à-dire les marchés publics dont la valeur est comprise entre 2 500 et 193 000 dollars pour les marchés de fournitures et 7 407 000 pour les marchés de construction.

Le *Buy American Act* s'applique aux biens qu'ils soient l'objet de marchés publics de fournitures ou de construction. Ainsi, les marchés publics de services ne sont pas pris en compte par cette législation et ne sont donc pas soumis à ces restrictions. Toutefois, si un contrat de fourniture de services prévoit également la fourniture de biens, le *Buy American Act* trouve alors à s'appliquer.

Il crée des préférences de prix favorisant les « produits finaux nationaux » provenant d'entreprises américaines dans les marchés publics fédéraux. La définition de l'origine des produits devient dès lors un élément clef de la législation *Buy American* (2.2) dans la mesure où les produits d'origine américaine bénéficieront d'une revalorisation par rapport aux produits étrangers (2.3). L'application du *Buy American Act* admet, cependant, des exceptions (2.4) dans certains cas particuliers.

¹ Seuils définis pour les années 2006-2007 selon la déclaration de l'US *Trade Representative* consultable à l'adresse suivante : http://www.mitc.com/PDF_and_Microsoft_Office_Files/2006-01-06.pdf.

2.2 Définition du produit américain

Le Congrès américain, en restreignant l'accès des entreprises étrangères aux marchés publics américains, n'a pas choisi de limiter directement la possibilité pour celles-ci de soumissionner, mais plutôt de pénaliser les offres proposant des produits étrangers, que ces offres émanent de soumissionnaires américains ou étrangers. Les conditions suivantes doivent être réunies afin de qualifier un produit de produit américain au sens du *Buy American Act*¹:

- Les produits bruts doivent être extraits ou produits aux États-Unis ;
- Les produits finis doivent remplir **les deux** conditions suivantes :

⇒ Le coût de leurs composants nationaux doit être supérieur à 50 % du coût de l'ensemble de leurs composants. Seuls les composants directement intégrés dans le produit final sont pris en compte dans ce calcul. Ainsi, la partie emballage du produit n'est pas comprise dans le calcul², de même que les essais éventuels effectués au moment de la livraison³. Le fait d'envoyer à l'étranger de l'acier produit aux États-Unis pour être moulé puis renvoyé aux États-Unis pour y être assemblé dans le produit final ne permettrait pas à ce composant d'être considéré comme d'origine américaine au sens du *Buy American Act*, l'acier américain ayant subi une transformation n'étant pas considéré comme directement intégré dans le produit final⁴. Un produit composé de 100% de matériaux étrangers peut cependant être qualifié comme étant d'origine américaine si tous ses composants ainsi que le produit final ont été fabriqués aux États-Unis⁵. Dans le calcul du coût des composants, il est tenu compte des frais de transport ainsi que des droits de douane, ce qui augmente d'autant la part des composants d'origine étrangère⁶.

⇒ Ils doivent être fabriqués aux États-Unis. L'assemblage des composants doit être fait aux États-Unis et le fait de désassembler à l'étranger un produit pour le réassembler aux États-Unis est considéré comme un détournement de la loi⁷.

2.3 La pénalisation des produits étrangers

Les offres proposant un produit étranger, tel que défini ci-dessus, sont pénalisées au moment de leur évaluation par l'application d'un taux de surcoût théorique. Cette pénalisation est appliquée à l'offre étrangère la plus basse (ou aux offres étrangères les plus basses) si l'offre américaine n'est pas la plus basse. Les taux de majoration appliqués, droits de douane inclus, sont les suivants :

- de 6% sur le coût de l'offre étrangère en règle générale ;
- dans le cas d'un marché public de fournitures, la majoration atteindra 12% si le soumissionnaire américain est une petite entreprise (« *small business* »).

¹ FAR 25.101. (Federal Acquisition Regulation)

² 48 Comp. Gen. 729 (1965).

³ Patterson Pump Co., B-200165, 80-2 CPD §453 at 7 (Dec. 31, 1980).

⁴ Yohar Supply Co., 66 Comp. Gen. 251 (1987).

⁵ Voir Hamilton Watch co., B-179939, 74-1 CPD §306 (June 6, 1974) : selon cette décision, un fournisseur qui sous-traite la production des composants de son produit n'a pas besoin d'exiger de son sous-traitant l'utilisation de matériaux d'origine américaine à partir du moment où le lieu de production des composants se situe aux États-Unis.

⁶ FAR 25.101.

⁷ Bell Helicopter Textron, B-195268(1), 79-2 CPD §431 (Dec. 21, 1979).

L'offre domestique est jugée raisonnable si elle ne dépasse pas l'offre étrangère majorée (prix + surcoût)¹. Il faut que le coût de l'offre du produit américain soit qualifié de déraisonnable par rapport à celui du produit étranger pour que l'offre ne soit pas retenue.

2.4 Exceptions au *Buy American Act*

Le *Buy American Act* est de portée générale, mais prévoit que ses dispositions ne s'appliqueront pas dans les cas suivants :

- Le marché public porte sur un produit destiné à être utilisé en dehors du sol américain.
- Le produit d'origine nationale que désire acquérir le Gouvernement américain n'est pas fabriqué en quantité ou en qualité suffisantes et à un prix raisonnable². Une liste de ces produits « indisponibles », non limitative et fluctuante, figure dans le FAR³.
- Le responsable de l'agence contractante estime que l'application du *Buy American Act* ne serait pas conforme à l'intérêt public⁴.
- Le marché public porte sur un produit destiné à la revente⁵.
- Le marché porte sur un micro-achat dont la valeur est inférieure ou égale à 2.500 dollars⁶.

C'est au nom de l'intérêt public que les pays signataires d'accords internationaux, sur le commerce (Canada, GATT, Israël,...) ou sur le domaine défense se voient exemptés de tout ou partie des dispositions du *Buy American Act*. **Tous les pays signataires de MoU sur les achats réciproques de défense, comme la France, sont ainsi exemptés du *Buy American Act*** (voir point 5 ci-après).

2.5 Application du *Buy American Act* par le département de la Défense

Les exigences en matière d'approvisionnement d'origine nationale des marchés publics de la défense sont régies par le *Buy American Act* et les dispositions d'application relatives à la défense, le *Defense Federal Acquisition Regulations System*⁷ (DFARS).

Le DFARS prévoit sa propre application des dispositions du *Buy American Act*⁸. **Ainsi, l'offre étrangère la plus basse se trouvant en concurrence avec une offre américaine n'est pas majorée de 6 à 12% conformément aux prescriptions du Chapitre 1 du FAR, mais de 50%⁹.**

Les exceptions à l'application du *Buy American Act* diffèrent également¹⁰ de même que la liste des produits non-disponibles sur le sol américain¹¹.

Une partie importante des réglementations du DFARS est consacrée au respect du *Memorandum of Understanding (MoU)* conclu entre le Département de la Défense et la *Small Business Administration* (SBA), qui réserve des marchés pour les petites entreprises.

¹ FAR 25.105.

² 41 USC §10a.

³ FAR 25.104, dont la liste actuelle est reproduite en Annexe II.

⁴ 41 USC §10a.

⁵ FAR 25.103.

⁶ 41 USC §428.

⁷ Cf. CFR, Titre 48, Chapitre 2.

⁸ DFARS, 225.1 et 225.2, consultables sur le site <http://www.acq.osd.mil/dpap/dars/dfars/index.htm>.

⁹ DFARS 225.105.

¹⁰ DFARS 225.103.

¹¹ DFARS 225.104.

3. *Balance of Payment Program*

Alors que le *Buy American Act* ne concerne que les marchés publics portant sur des produits destinés à être utilisés sur le sol américain, le *Balance of Payments Program* s'applique aux marchés publics de fournitures et de construction portant sur des biens destinés à être utilisés à l'étranger.

Cette loi a été adoptée dans les années 1960 afin de lutter contre le déficit de la balance commerciale des États-Unis en favorisant l'achat de produits américains pour la construction des installations militaires à l'étranger. Elle était présentée au départ, comme une mesure transitoire ; mais est demeurée en vigueur jusqu'en 2001. Désormais, elle ne s'applique que dans le cadre de la passation de marchés par le **Département de la Défense**¹.

Ce texte pose le principe selon lequel le Département de la Défense doit retenir une offre proposant des produits américains dans le cadre des passations de marchés publics livrés ou exécutés à l'étranger². A l'instar du *Buy American Act*, elle ne s'adresse qu'aux marchés publics de fournitures et de construction ce qui exclut par conséquent les marchés publics de services.

L'origine des produits est déterminée selon les mêmes critères que ceux retenus dans le *Buy American Act*. Le *Balance of Payments Program* reprend également le système de majoration du coût de l'offre de produits étrangers la plus basse, la majoration est similaire à celle appliquée pour le *Buy American Act* dans le cadre des marchés publics passés par le Département de la Défense, à savoir de 50%. Le prix de l'offre nationale, transport compris, doit dépasser de plus de 50% celui de l'offre étrangère la plus intéressante pour être qualifié de « déraisonnable ».

Le DFARS prévoit toutefois les exceptions suivantes à l'application du *Balance of Payments Program*³:

- Il s'agit des mêmes produits que ceux exemptés de l'application du *Buy American Act* et dont la liste figure dans le FAR⁴ auxquels s'ajoutent ceux exemptés par le Département de la Défense⁵, à savoir les produits pétroliers, les pièces de rechanges de véhicules de machine d'équipements ou de systèmes dont l'acquisition ne peut se faire qu'auprès de l'industriel étranger ayant fabriqué ou fourni le produit d'origine, le gaz industriel ou une marque de médicament précisée par le *Defense Medical Materiel Board*.
- Le coût du contrat de marché public est inférieur au seuil des achats mineurs (100 000 dollars) pour lesquels existe une procédure d'acquisition simplifiée ;
- L'acquisition est couverte par l'Accord sur les Marchés Publics de l'OMC, c'est-à-dire d'une valeur supérieure à 193 000 dollars pour les marchés publics de fournitures et 7 407 000 dollars pour les marchés publics de construction.
- L'acquisition de produits ou de matériaux de construction étrangers est exigée par un traité ou un accord entre gouvernements.
- Le produit est destiné à la revente.
- Le responsable de la passation du marché public considère que :

⇒ les produits concernés sont périssables et risquent d'être endommagés durant le transport depuis les États-Unis ;

¹ Cf. DFARS 225.75

² Cf. DFARS 225.7500.

³ Cf. DFARS 225.7501.

⁴ FAR 25. 104, dont la liste actuelle est reproduite en Annexe II. Il s'agit de la même liste de produits exemptés de

l'application du *Buy American Act*.

⁵ DFARS 225.7501 et 225.104.

- ⇒ les produits ou les matériaux de construction concernés, du fait de leur nature ou pour des considérations pratiques, ne peuvent s'acquérir que dans la zone géographique concernée (c'est le cas par exemple des livres, de la glace ou des matériaux volumineux de faible valeur ajoutée comme le sable, le gravier, la pierre, la brique, etc.) ;
- ⇒ un matériau de construction particulier n'est pas disponible ;
- ⇒ le coût de l'offre domestique excéderait de 50% celui de l'offre étrangère ;
- ⇒ l'usage d'un matériau particulier de construction est impossible.

• Le directeur de l'agence contractante considère qu'il est contraire à l'intérêt public d'appliquer les restrictions imposées par le *Balance and Payments Program*.

4. Autres mesures protectionnistes dans le cadre des « *Appropriation Acts* »

Certains monopoles d'acquisition sont propres au Département de la Défense. Les *Defense Appropriations Act Restrictions* sont des amendements aux lois de finances qui **interdisent au Département de la Défense l'acquisition de produits étrangers**.

La liste des produits et des services dont l'acquisition est ainsi réglementée s'allonge d'année en année¹:

- **Les exceptions dues à l'« amendement Berry »**

- ⇒ les denrées alimentaires ;
 - ⇒ les vêtements et autres articles à base de laine, soie, coton, tissu synthétique ;
 - ⇒ les objets faits de métaux spéciaux dont les couverts en acier inoxydable ;
 - ⇒ les instruments de mesure et les outils manuels ;
 - les véhicules de transport de passagers (autobus) ;
 - les antidotes contre les armes chimiques ;
 - les systèmes de coupure d'aération pour les navires:
 - les ancres et chaînes de mouillage d'au plus quatre pouces de diamètre ;
 - les billes et roulements à billes ;
 - les hélices pour bateaux ;
 - les plaques en carbone, alliage ou acier cuirassé ;
 - les calculateurs (supercomputers) ;
 - la construction ou la réparation de navires dans les chantiers navals étrangers (amendement Byrnes-Tollefson) ;
 - les constructions militaires outre-mer ;
 - les services fournis par des ingénieurs-architectes outre-mer ;
 - **les activités de recherche et de développement ;**
- ⇒ sauf si aucune entreprise américaine n'est capable de fournir le même service à un prix inférieur

- **les activités de recherche, développement, test et évaluation pour le programme de défense anti-missile balistique**

⇒ sauf si les travaux sont réalisés aux États-Unis, qu'une participation financière de l'entreprise ou du gouvernement étranger est prévue, et qu'elle ne touche qu'au domaine des défenses anti-missiles balistiques,

¹ La liste de l'ensemble des produits ainsi soumis à des restrictions figure dans le DFARS 225.70. Cette liste, sujette à de fréquentes modifications, peut être consultée à l'adresse suivante : <http://www.acq.osd.mil/dpap/paic/domesticPreferenceRest.htm>.

⇒ sauf si aucune entreprise américaine n'est capable de fournir le même service à un prix égal ou inférieur.

A ces restrictions relatives à certains produits ou services s'ajoutent des restrictions adoptées pour des raisons politiques, à savoir la protection et la conservation des bases industrielles de défense. Dans ce cadre, les activités de construction d'arbres à transmission pour navires, de périscopes, d'engrenages, de fibres de carbone base-poly-acrylonitrile notamment sont soumises à restriction¹.

5. Exemptions pour la France : le MoU sur les achats réciproques

Le Département de la Défense américain a signé 21 différents *Memoranda of Understanding* (avec des pays membres de l'O.T.A.N. et Israël). Le texte liant actuellement la France et les États-Unis est le *Memorandum* du 22 mai 1978 amendé.

Ces accords bilatéraux exonèrent les offres provenant de soumissionnaires de ces pays, ou proposant des produits provenant de ceux-ci, de l'application du *Buy American Act* et du *Balance of Payments Program*².

Cette exonération profite à l'ensemble des offres portant sur du matériel militaire, à moins :

- que cela ne soit contraire à l'intérêt de la défense nationale ou de la sécurité du territoire américain;
- que l'exclusion des offres étrangères ne soit nécessaire au maintien d'une industrie américaine nécessaire en cas de mobilisation industrielle;
- que le Congrès américain n'ait voté une loi prévoyant qu'un certain type de produit doit être exclu de l'accord.

Cette possibilité de neutraliser les effets du *Memorandum of Understanding* par voie législative est sans doute la principale faiblesse de ces accords. Il n'en constitue pas moins une faille dans le dispositif protectionniste américain.

C'est en raison de cette exception que les entreprises françaises ne sont pas exonérées des mesures restrictives votées périodiquement par le Congrès américain interdisant au Département de la Défense d'acquérir certains types de produits étrangers (voir point 4). Les deux exemples suivants le montrent :

- **L'affaire Gallet** : dans cette affaire, la marine américaine (*Navy*) avait résilié pour convenance le 16 juin 1996 un contrat portant sur la fourniture de casques, attribué à la société C.G.F. Helmets, Inc., filiale de la société française Gallet S.A., suite à la plainte d'un concurrent (*Specialty Plastics Products of Pennsylvania, Inc.*) déposée devant le *General Accounting Office*, au motif que le contrat impliquait la fourniture de tissus synthétiques, en violation de l'amendement Berry (cf. ci-dessus).

- **L'affaire Zodiac** : dans cette affaire, un concurrent de Zodiac s'est appuyé sur l'amendement Byrnes-Tollefson (cf. ci-dessus) qui concerne pourtant les navires d'un certain tonnage pour faire prononcer la résiliation d'un contrat attribué à l'entreprise Zodiac portant sur des canots pneumatiques.

L'Amendement McCain, voté dans la *National Defense Authorization Act 1997*, donnait la possibilité au *Secretary of Defense* d'exonérer les pays signataires de ce type de *Memoranda* de l'application de certains textes interdisant au Département de la Défense d'acquérir un certain nombre de produits étrangers.

¹ DFARS 225.7102 et 225.7103.

² Article I, point 6.a. du Memorandum.

³ Ces exceptions sont prévues dans l'annexe I article II point B. de l'accord.

Ces dispositions ont été remises en cause et leur portée limitée par les défenseurs du protectionnisme américain au sein du Congrès dans le cadre des lois fiscales suivantes.

Les exonérations générales (*blanket waiver*) prévues initialement ont fait place à une **procédure d'exonération individuelle**, qui doit faire l'objet d'une autorisation spécifique pour chaque type de produit et sur demande express du pays de provenance. Le sous-secrétaire pour les acquisitions et la technologie doit alors attester que la concurrence étrangère n'affecte pas les fabricants américains, que le produit américain du même type ne fait pas l'objet d'une discrimination dans le pays concerné, et que l'application de la restriction entraverait les programmes de coopération ou les achats croisés avec ce pays.

Cette exonération est alors valable uniquement douze mois. **Le DFARS¹ prévoit ces dispositions uniquement pour trois types d'équipements** : les véhicules de transport de passagers (autobus) ; les antidotes contre les armes chimiques ; les systèmes de coupure d'aération pour les navires.

Sous le couvert de cette détermination, le responsable des contrats peut lever la restriction *Buy American*, en s'appuyant sur l'une des considérations suivantes : délais et coûts déraisonnables de l'offre américaine, seule source américaine, effet adverse pour une société américaine, intérêt national des États-Unis, qualité non satisfaisante des produits américains.

La Grande Bretagne a obtenu une telle exemption en 2004 pour les vannes pour circuit d'air. La France n'a jusqu'à présent jamais fait une telle requête.

¹ DFARS 225.7004-4 , DFARS 225.7005-3, DFARS 225.70006-3

ANNEXE II - PRÉSENTATION DE LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS LES AUTRES ETATS

Présentation de l'avancée des travaux de transposition de la directive européenne sur les marchés publics de défense et de sécurité (2009/81/CE) chez nos principaux partenaires européens

Source : Délégation Générale de l'Armement

Les Etats Membres n'ont pas encore achevé leurs travaux, rendant les comparaisons encore hasardeuses. Certains seront probablement en retard.

Royaume-Uni

Le ministère de la Défense (MoD) réalise, depuis le 13 décembre 2010 et jusqu'au 7 mars 2011, sa seconde consultation publique relative à la transposition de la directive 2009/81/CE. La transposition conduirait à la publication d'un texte spécifique : *The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011 (DSPCR)*. Bien que le MoD souligne qu'il conserve son droit à utiliser l'article 346 TFUE qui permet de s'exclure de la directive lorsque les intérêts essentiels de l'Etat sont en jeu, il prévoirait de limiter son utilisation aux cas exceptionnels.

Environ 55% des contrats du MoD sont aujourd'hui passés dans des conditions « hors directive » si cette dernière devait déjà être en vigueur ; ce ratio est encore plus important si on ne considère que les contrats d'armement. La transposition de la nouvelle directive permettra de réduire ce pourcentage. Il est toutefois difficile de préciser quel sera ce nouveau pourcentage et le MoD ne donne aucune indication sur ce sujet. Comparer ce chiffre à la situation française n'est pas possible car, pour les Britanniques, il inclut les marchés en dessous des seuils européens alors qu'en France au-dessous des seuils, on applique encore le Code des marchés publics.

Au stade actuel des travaux, on peut noter les différences suivantes par rapport à la France :

- Le MoD prévoirait d'utiliser principalement les « considérants » de la directive MPDS pour l'élaboration de guides. Il en est ainsi de la *Recherche et Développement* ; à noter cependant que la précision concernant les démonstrateurs ne serait pas reprise alors qu'elle permet d'établir une frontière claire entre la R&D et la suite du cycle de vie.
- Les dispositions du code, donc en particulier pour les recours, ne seraient pas applicables en-dessous des seuils.
- Le filtre sur les opérateurs tiers à l'Europe resterait fondé sur les méthodes du code britannique actuel. Celui-ci repose sur la définition de l'opérateur économique qui est nécessairement européen et implanté dans un Etat européen, sans plus de précision. Le cas des opérateurs non européens n'est simplement pas envisagé dans le texte. Les droits de recours prévus dans la directive ne s'appliquent qu'aux opérateurs économiques, donc européens. Le dispositif britannique permet un filtre sur les candidats. L'opérateur doit être implanté en Europe. Le MoD ne sait pas encore s'il va ou non prolonger ce filtre aux sous contractants.

Pour protéger ses intérêts industriels, le MoD prévoit d'utiliser l'article 346 TFUE bien que ceci ne soit pas prévu par la directive. Cette interprétation, qui pourrait se heurter à la vision de la CJUE, est à géométrie variable et pourrait justifier la passation de marchés sans publicité aux industriels nationaux travaillant dans un secteur stratégique, même pour des marchés en dehors de ce secteur.

Suède

Le code suédois comprend actuellement un chapitre 15 relatif aux achats réalisés dans le champ du 346TFUE. Le texte transposant la directive le complètera par une loi séparée.

Les pratiques suédoises en matière de sous-traitance seront affectées par la directive. Elles se rapprocheraient des nôtres. D'autre part, le FMV dit ne pas faire de distinction entre les opérateurs économiques UE ou tiers à l'UE. Il est donc probable que les marchés publics suédois resteront relativement ouverts aux opérateurs tiers.

Pour le FMV, les acheteurs auront besoin d'un guide concernant la mise en œuvre de la sécurité d'approvisionnement dans le périmètre de la directive, mais aussi hors directive, c'est à dire dans le 346 TFUE, notamment parce que l'article 39(2)d permet de rejeter un opérateur qui se serait rendu coupable de faute grave notamment en matière de la sécurité d'approvisionnement. Un tel guide pourrait aussi être utile aux acheteurs français.

Allemagne

L'Allemagne transposera vraisemblablement la directive par des amendements à une loi existante (GWB) et par une réglementation du gouvernement. Les modifications au niveau législatif concerneront principalement les recours, comme c'est le cas en France. Les exigences européennes ne seront cependant reprises que pour les marchés supérieurs aux seuils. Contrairement à la France, les recours relatifs aux marchés sous les seuils seront régis par des pratiques purement nationales. Les autres dispositions de la directive devraient être transposées dans un texte de niveau réglementaire distinct de ceux qui régissent les marchés civils. Contrairement à la France, celui-ci ne comprendrait pas de renvoi vers des articles applicables aux marchés civils : la recherche de l'efficacité opérationnelle au bénéfice de l'activité du pouvoir adjudicateur semble avoir prévalu. Le ministère pilote est celui de l'économie.

L'Allemagne a jusqu'à présent assimilé l'article 346TFUE à la liste de 1958. Ceci ne peut plus être le cas aujourd'hui : seule la notion d'intérêt essentiel de sécurité permet maintenant de distinguer les deux cadres juridiques. Elle aura donc une difficulté dans ce domaine.

Il n'est pas prévu aujourd'hui de dispositif spécifique concernant la maîtrise de l'accès au marché par les opérateurs d'États tiers, mais le considérant 18 de la directive fait l'objet de discussions internes.

Le BMVg est réservé sur les guides produits par la Commission qui reflètent une position dure. Il s'inquiète notamment de la situation des organisations internationales (OCCAR...), lorsque celles-ci agissent au nom et pour le compte des États membres, bien que ces achats soient couverts par des exceptions.

Italie

L'Italie a annoncé en Comité Consultatif des Marchés Publics, que le Parlement avait donné son autorisation pour une transposition par décret gouvernemental. Après première lecture au Conseil des ministres, le texte est soumis au Parlement et au Conseil d'Etat pour approbation définitive en Juillet. Il y aurait toujours des discussions concernant l'outil transposant : des modifications du Code ou une loi spécifique (option la plus vraisemblable).

Il n'est pas prévu pas de dispositif spécifique concernant la maîtrise de l'accès au marché par les opérateurs d'États tiers, les instruments proposés par la directive en matière de sécurité d'approvisionnement ou d'information apparaîtraient suffisants. Si tel n'était pas le cas, l'article 346TFUE sera utilisé.

Espagne

L'Espagne prévoit de transposer la directive dans une loi spécifique. Son actuel code des marchés publics exige que les opérateurs économiques d'un pays tiers démontrent la réciprocité de l'accès au marché entre l'Espagne et ce pays tiers (article 44). Ce principe devrait être reconduit pour la transposition de la directive 2009/81/CE.

**ANNEXE III -
LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES
DANS LE CADRE DE L'EXAMEN DU PROJET DE LOI**

Par la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées :

- M. Alain JUPPE, Ministre d'État, de la Défense et des Anciens combattants
- M. Laurent COLLET-BILLON, Délégué général à l'Armement
- M. Gilles BRIATTA, Secrétaire général aux affaires européennes
- MM. Eric TRAPPIER, Gilbert FONT et Didier BRUGERE, CIDEF

A huis-clos :

Ministère de la défense :

- M. Jean-Paul BODIN, directeur adjoint du cabinet du Ministre, et Mme Monique LIEBERT-CHAMPAGNE, directrice des affaires juridiques
- M. Nicolas RIGAUD, adjoint au directeur de la Délégation aux affaires stratégiques

Ministère de l'économie :

- Mme Catherine BERGEAL, directrice des affaires juridiques

Premier Ministre :

- Mme Marion PARADAS, directrice des affaires internationales, stratégiques et technologiques du Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale, et Mme Catherine MUNSCH, adjointe au sous-directeur d'exportation de matériels de guerre

Industriels :

- M. Patrick BOISSIER, président de la DCNS
- M. Philippe BURTIN, président directeur général de Nexter
- M. Charles EDELSTENNE, président de Dassault
- M. Louis GALLOIS, président exécutif de EADS
- M. Serge PEREZ, vice-président de Renault Truck Défense
- M. Luc VIGNERON, président de THALES

Associations :

- M. Nicolas VERCKEN, responsable de plaidoyer Conflits, et Mme Julie LADOUSSE, OXFAM

Contribution écrite reçue :

- CCFD (Comité Catholique contre la Faim et pour le Développement)

ANNEXE IV – AUDITIONS PUBLIQUES

Audition de M. Alain Juppé, ministre d'État, ministre de la défense et des anciens combattants

M. Josselin de Rohan, président. - La deuxième partie de votre audition sera consacrée aux enjeux de la transposition des deux directives européennes dites du « paquet défense » par un projet de loi que le Gouvernement a déposé en première lecture sur le bureau du Sénat, et que nous devrions être en mesure de rapporter devant la commission le 15 février prochain pour un examen en Séance publique le 10 mars. Je ne reviens pas sur la présentation de ces deux directives avec lesquelles, mes chers collègues, vous êtes désormais familiers.

Le texte qui nous est soumis doit trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessaire mise en concurrence des industriels de défense - au sein de l'espace européen - afin de réduire le coût d'achat de nos armements et d'accroître la compétitivité de notre base industrielle et, d'autre part, éviter d'ouvrir cette concurrence à tous les vents, en particulier aux opérateurs économiques des Etats non membres de l'espace européen, qui continuent à cadencier leur propre marché. La concurrence oui. La naïveté non. De ce point de vue l'équilibre proposé par le texte du Gouvernement est sans doute perfectible et je pense qu'il est nécessaire que nous œuvrions tous dans le sens d'une meilleure rédaction.

M. Alain Juppé, ministre de la défense. - Le marché européen des produits liés à la défense est aujourd'hui fragmenté en vingt sept régimes nationaux, dont les procédures, les champs d'application et les délais d'obtention des licences d'exportation sont très hétérogènes. Pour les entreprises comme pour les administrations, cette mosaïque de régimes occasionne des délais et des coûts. C'est un obstacle à la construction d'un marché européen pour les équipements de défense, à l'heure où l'Europe doit plus que jamais être en mesure de développer ses capacités militaires.

Ce projet de loi a pour premier objectif de transposer la directive sur les transferts intracommunautaires de produits liés à la défense pour simplifier les procédures et fluidifier les échanges, au profit des forces armées et des entreprises de ce secteur. Aujourd'hui, les importations comme les exportations des matériels de guerre et matériels assimilés sont soumises à un principe général de prohibition : quiconque souhaite vendre ou acheter des armes à l'étranger doit disposer d'autorisations d'importation des matériels de guerre (AIMG), d'agrément préalable et d'autorisations d'exportation de matériels de guerre (AEMG). La relation entre les entreprises et les autorités de contrôle est trop souvent marquée par la suspicion.

Nous proposons donc de simplifier considérablement les procédures de contrôle a priori grâce à trois types de licence - générale, globale, individuelle - correspondant au degré de sensibilité des opérations. La licence générale permettra de transférer librement à l'ensemble de nos partenaires européens, sous certaines conditions, les matériels figurant sur une liste fixée par un arrêté du

Premier ministre. Elle devrait conduire à une réduction de moitié des autorisations individuelles.

Afin que l'ensemble de nos exportations bénéficie de cette dynamique, nous avons profité de la transposition de la directive pour moderniser notre système de contrôle des exportations - dont les principes remontent à 1939 - et le rapprocher de ceux de la plupart de nos partenaires. Nous proposons donc la création d'une licence dite unique : il s'agit de remplacer par une seule autorisation les deux étapes de l'agrément préalable, pour la négociation et la signature du contrat, puis de l'autorisation d'exportation, pour le passage de frontière des matériels. Des licences générales d'exportation seraient délivrées au profit de pays alliés ou assimilés non membres de l'Union européenne.

Toutes les parties prenantes devront s'adapter à ce nouveau mode de contrôle : aux entreprises de s'organiser différemment pour bénéficier des transferts effectués dans le cadre des licences générales de nos partenaires ; à l'Etat de créer un mécanisme de certification des entreprises rigoureux et d'organiser un contrôle a posteriori solide, sur pièces et sur place. Des sanctions pénales ont été prévues, ainsi que la possibilité de suspendre, d'abroger ou de retirer les licences, mais aussi la certification.

Le deuxième objectif de ce texte est de transposer la directive relative à la coordination des procédures de passation de marchés des travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, pour contribuer à la construction d'un marché européen de l'armement. Jusqu'à présent, certains marchés de défense ou de sécurité étaient passés en application du code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005. D'autres - marchés secrets ou portant sur des armes, munitions et matériels de guerre - échappaient à cette réglementation générale et obéissaient à une réglementation « défense » particulière ; l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) permet d'écarter toutes les règles de mise en concurrence pour la protection du secret et des intérêts essentiels de sécurité nationale. La directive du 13 juillet 2009 relative aux marchés de défense et de sécurité a pour objet d'empêcher tout recours abusif à cet article. Une fois transposée et appliquée de manière harmonieuse sur le territoire de l'Union, elle ouvrira les marchés européens de défense à la concurrence communautaire, dans le but de développer une base industrielle et technologique de défense européenne. Naturellement, chaque État conserve la faculté de recourir à l'article 346.

L'essentiel de la transposition de cette directive se fera par décret. Le projet de loi, qui soumet l'ensemble des marchés passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité aux règles issues du marché intérieur, rassemble quelques dispositions législatives très techniques. Il modifie d'abord l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés non soumis au code des marchés publics afin de la mettre en cohérence avec le code des marchés publics, de prendre en compte la définition communautaire de la sous-traitance et d'instituer un dispositif permettant de fermer certains marchés aux opérateurs économiques non ressortissants de l'Union Européenne. Il modifie également le code de justice

administrative pour y insérer les dispositions particulières relatives aux recours prévues par la directive.

Ce texte peut sans aucun doute être amélioré. Comme vous, je souhaite trouver le juste équilibre entre les nécessités de la concurrence et la protection de notre industrie, en particulier vis-à-vis d'entreprises implantées dans des États non membres de l'espace européen. Je vous ferai même quelques suggestions. La préférence communautaire pour les marchés de défense et de sécurité pourrait être clairement affirmée, comme y autorise la directive. Dès lors, au moment de la rédaction des appels d'offres pour chaque marché, l'autorité adjudicatrice pourrait définir si ce marché est restreint à la concurrence communautaire ou ouvert à une concurrence internationale. La directive fournit certains critères : les impératifs de sécurité, d'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, le développement de la base industrielle et technologique de défense européenne, le développement durable et la réciprocité.

A la réception des candidatures, peut-être faut-il autoriser l'autorité adjudicatrice d'écarter un candidat implanté hors du territoire de l'Union européenne, dont les capacités techniques ne seraient pas suffisantes pour exécuter le marché et assurer la maintenance, la modernisation ou l'adaptation des fournitures. Ces capacités techniques peuvent être appréciées au regard de l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont dispose le candidat.

Enfin, à la réception des offres, l'autorité adjudicatrice pourrait avoir intérêt à écarter une offre au motif que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie du marché, maintenir ou moderniser les produits acquis ne seraient pas localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne.

M. Robert del Picchia. - Risquons-nous de nous trouver en infraction vis-à-vis des règles de l'OMC ?

M. Alain Juppé, ministre de la défense. - Non.

M. Josselin de Rohan, président. - La directive prévoit explicitement que les règles de l'OMC ne s'appliquent pas dans ce domaine.

Ce projet de loi vise à encourager le développement d'une industrie européenne de défense. Mais tous les États membres jouent-ils le jeu ? La Suède appelle de ses vœux une coopération renforcée, mais vient d'acheter quinze hélicoptères américains, écartant l'offre d'Eurocopter ; la Pologne, aussitôt entrée dans l'Union, a acheté des F16 ! Les directives du paquet défense suffiront-elles à renforcer la base industrielle et technologique commune ?

Je m'inquiète des compensations industrielles, appelées offsets. La directive limite fortement les compensations entre pays européens, sans aller jusqu'à les prohiber complètement. Or les pays européens n'ayant pas d'industrie de défense ont intérêt à commercer avec les États-Unis, qui leur promettent d'implanter la totalité de la production sur leur territoire. Je pense en particulier à l'affaire du Joint Strike Fighter. Avez-vous pris en compte ce risque ?

L'harmonisation du régime de contrôle des exportations d'armement en Europe et sa simplification pour le « grand export » sont très attendues de nos industriels. En diminuant par deux le nombre d'autorisations et en réduisant leurs délais de traitement, cette réforme devrait améliorer la compétitivité d'un secteur qui comprend près de 350 entreprises et dont 50 000 emplois sont directement liés à l'export. Mais les simplifications risquent de rester virtuelles si l'administration n'est pas prête à les appliquer. Or le nouveau système informatique ne sera prêt qu'en 2014. Quelles solutions sont envisagées dans l'intervalle ?

Pourquoi ne pas avoir délégué à une structure administrative la délivrance des autorisations non sensibles - plus de la moitié - et en ne faisant remonter aux services du Premier ministre que les dossiers délicats ? C'est le modèle allemand, que préconisait le rapport de notre collègue Yves Fromion.

M. Alain Juppé, ministre de la défense. - Sans volonté politique, l'ouverture des marchés ne suffira pas à renforcer la base industrielle et technologique de défense européenne. Il faut relancer l'Europe de la défense, en prenant appui sur des coopérations bilatérales, par exemple franco-britannique. Ce texte introduit d'ailleurs dans notre droit les notions de réciprocité des échanges et de préférence communautaire.

S'agissant des offsets, je suis perplexe : la directive ne les mentionne pas explicitement, mais mes services juridiques m'assurent qu'elle les exclut en fait en interdisant à l'autorité adjudicatrice d'imposer une sous-traitance de la production sur son territoire ; en outre, la jurisprudence de la Cour de justice les proscrirait. Il faut reconnaître que ces compensations existent dans la pratique. Mais pour les empêcher, ce texte n'est pas le véhicule idoine.

S'agissant du contrôle, l'ancien mode de traitement administratif des demandes d'autorisation d'exportation a montré ses limites. La licence unique et le nouveau système d'information, qui devrait être opérationnel dès 2013, allègeront la procédure. En outre, nous étendons le champ de la procédure « en continu », qui permet de traiter des dossiers peu sensibles en une vingtaine de jours, par voie dématérialisée : cette procédure, employée pour 13 % des demandes au premier semestre 2010, l'a été pour 30 % d'entre elles au dernier trimestre, et notre objectif est d'atteindre une proportion de 40 ou 50 % en 2011.

M. Daniel Reiner. - Une fois n'est pas coutume, la France fait preuve de plus célérité qu'aucun autre pays dans la transposition de directives européennes. Puisse-t-elle ne pas être naïve ! L'application de ce texte, qui sera suivi de quatorze décrets et six arrêtés, devra faire l'objet d'un examen attentif. On voit à peu près ce que l'article 346 recouvre dans le cas français : il s'agit du nucléaire ou d'autres éléments de souveraineté. Mais que recouvrira-t-il ailleurs ? Ne soyons pas plus restrictifs que d'autres.

Nous passons d'un contrôle a priori à un contrôle a posteriori, mais le projet de loi ne dit rien des nouvelles procédures, qui devront être définies par décret. Aujourd'hui, le contrôle est assuré par la Direction générale de l'armement (DGA) et le Contrôle général des armées. Qu'en sera-t-il demain ? Les entreprises déplorent les délais de traitement des dossiers, mais souvenons-nous que le

principe général de prohibition demeure, et qu'un contrôle strict reste indispensable. Aucun retour en arrière n'est tolérable.

M. Alain Juppé, ministre de la défense. - Nous ne faisons que respecter le délai de transposition des directives, dont une grande partie s'effectuera par décret. Le diable est dans les décrets, me direz-vous... Nous tirerons tout le parti possible de la directive pour que nos entreprises soient convenablement protégées. La France est souvent bien vertueuse, plus que d'autres, dans la transposition des textes européens...

Je partage votre souci de maintenir un contrôle rigoureux. Un comité ministériel de contrôle placé auprès du ministre de la Défense et présidé par un membre du Contrôle général des armées sera chargé d'approuver les procédures de contrôle sur pièces, d'établir le programme des contrôles sur place, de proposer les évolutions réglementaires nécessaires, de veiller à la coopération des services concernés, etc. Le Contrôle général jouera un rôle d'animateur. Cette réforme fera l'objet d'un texte que je tiendrai à votre disposition dès qu'il sera au point.

M. Jacques Berthou. - Comment empêcher qu'un pays membre de l'Union européenne ne sous-traite sa production à un pays non membre, dont le marché nous resterait fermé ?

M. Alain Juppé, ministre de la défense. - L'amendement que je vous ai suggéré autoriserait dans ce cas l'autorité adjudicatrice à rejeter l'offre.

M. Jacques Gautier. - La jurisprudence de la Cour de Luxembourg ne suffit pas à empêcher les offsets, car aucune entreprise désireuse de s'implanter sur un marché ne peut se risquer à attaquer une autorité adjudicatrice, même si elle s'estime lésée.

M. Alain Juppé, ministre de la défense. - Il faut un cadre réglementaire renforcé. La Commission européenne y travaille.

M. Josselin de Rohan, président. - Notre collègue a raison : une entreprise française qui porterait plainte contre une autorité adjudicatrice auprès de la Cour serait comme un producteur de porc attaquant en justice un supermarché : elle serait « déréférencée » et exclue de fait du marché ! C'est donc le syndicat professionnel qui doit porter plainte.

M. Alain Juppé, ministre de la défense. - Sans doute est-ce la bonne méthode. Un mot enfin : le Gouvernement déposera un amendement précisant les modalités de visite et de constatation des infractions par la DGA.

M. Josselin de Rohan, président. - Monsieur le Ministre d'Etat, nous vous remercions.

Audition de M. Laurent Collet-Billon, délégué général à l'armement

M. Josselin de Rohan, président - Nous accueillons le délégué général pour l'armement, M. Laurent Collet-Billon afin de nous éclairer sur les enjeux de la transposition des deux directives européennes dites du « paquet défense » par un projet de loi que le Gouvernement a déposé en première lecture sur le bureau du Sénat, et que nous devrions être en mesure de rapporter devant la commission le 15 février prochain pour un examen en Séance publique à une date qui n'a pas encore été fixée mais qui aura lieu très vraisemblablement début mars.

Je ne reviens pas sur la présentation de ces deux directives puisque notre commission a été éclairée le 6 octobre dernier par une communication de notre collègue Daniel Reiner sur cette question, puis par l'audition le 13 octobre de notre collègue député, Yves Fromion, auteur d'un rapport sur la question.

Le « paquet défense » repose sur l'équation suivante :

- afin de renforcer la politique européenne de défense et de sécurité, il est nécessaire de développer une base industrielle et de technologie de défense européenne, j'ajouterai autonome ;

- afin de renforcer cette « BITDE », il est nécessaire de réaliser un authentique « marché européen des équipements de défense » ;

- pour réaliser ce marché unique de l'armement il est nécessaire, d'une part, de faciliter les échanges intracommunautaires d'équipements de défense, c'est l'objet de la directive dite « transfert intracommunautaire » (TIC) et, d'autre part, d'harmoniser les procédures d'appel d'offres sur des équipements de défense, chaque fois que les Etats européens renonceront à se prévaloir de l'article 346 du Traité de Lisbonne dont l'application permettra toujours de passer commande de gré à gré à leurs fournisseurs nationaux dans l'objectif de sauvegarder les intérêts supérieurs de leur sécurité. C'est l'objet de la seconde directive dite « marchés publics de défense et de sécurité » (MPDS).

A ce stade de notre compréhension du sujet, la transposition par le projet de loi de la directive TIC, bien qu'étant d'une grande technicité, ne soulève pas de difficultés majeures. Elle substitue au principe général de la prohibition de l'exportation et de l'importation des équipements de défense, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie encadré par un mécanisme complexe de certifications pour l'importation et de licences pour le transfert au sein du marché et de licences d'exportation, au-delà du marché européen.

En revanche, la transposition de la directive « marchés publics de défense » inquiète nos industriels.

Et c'est précisément sur cette question que je voudrais que vous nous fassiez part, M. le délégué général, de vos analyses et de votre connaissance approfondie du sujet.

Tout d'abord sur le champ d'application de cette directive : est-ce qu'elle vise bien les armes, les munitions et les services et travaux qui les accompagnent ou bien se cantonne-t-elle aux « équipements de défense » notion plus vague et dont nous avons du mal à vrai dire à cerner les contours ?

Ensuite, est-ce que la DGA est susceptible d'entrer dans le champ d'application de cette transposition ou bien fait-elle l'objet d'une transposition spécifique, par voie réglementaire, dans le code des marchés publics.

Enfin, que craignent vraiment les industriels français ?

Je comprends qu'il nous faut trouver un point d'équilibre entre les intérêts de l'Etat français, ce qui suppose de mettre en concurrence ces industriels afin de faire baisser les prix des équipements. Mais en même temps, il ne faut pas ouvrir la concurrence au point d'ouvrir le marché européen à tous les vents de la concurrence internationale, ce qui aurait des effets dévastateurs sur notre base industrielle. On ne peut pas à la fois vouloir l'Europe et la démanteler.

Bref, il appartient au législateur de ne pas succomber aux sirènes de nos industriels qui n'ont pas nécessairement tous une vision enthousiaste de la concurrence lorsqu'elle s'applique à eux, mais en même temps éviter, comme le rappelait le Président de la République dans ses vœux aux français, que l'Europe en général et la France en particulier soit le seul lieu où la naïveté industrielle ait cours. Protéger notre industrie, demander la réciprocité dans les négociations commerciales, militer pour une préférence communautaire, n'a rien d'anormal.

Le point d'équilibre proposé par le texte du Gouvernement est peut être, à cet égard, perfectible ? Je vous cède la parole.

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - Permettez-moi de vous remercier Monsieur le Président, pour l'opportunité qui m'est donnée de m'exprimer sur ce sujet majeur de la transposition des directives du paquet défense. Ce sujet est fondamental car il fondera durablement les conditions d'acquisition des équipements de défense pour nos forces, donc notre capacité à maîtriser notre sécurité d'approvisionnement, mais aussi l'environnement dans lequel notre BITD, française ou européenne, pourra développer des activités compétitives sur les marchés européens comme sur le marché mondial.

Vous le savez, les textes issues de ce processus de transposition fixeront le cadre de notre action auquel nous devons nous conformer strictement pour de nombreuses années.

En conséquence, des questions telles que la maîtrise de l'ouverture des marchés de défense européens et mondiaux, ou même plus prosaïquement l'homogénéité des interprétations des directives parmi les Etats membres doivent être considérées avec la plus grande attention.

A la lumière de ces enjeux, j'insisterai avant tout sur la transposition de la directive européenne relative aux marchés de défense et de sécurité, « MPDS ».

La transposition de la directive relative aux transferts intracommunautaires de produits de défense (TIC) ne pose pas en soi de problèmes philosophiques, même si des questions pratiques restent à résoudre.

Je ne reviendrai pas sur l'historique de la directive MPDS et notre action pour son adoption dans le paquet défense lors de la Présidence française de l'Union européenne.

Je rappellerai simplement que le ministère de la défense, et en particulier la DGA, a soutenu ce projet comme une opportunité de construction de l'Europe de la défense à un moment clé : le consensus des Etats membres était accessible, la dynamique créée par la présidence française du conseil de l'UE était forte. Le ministère de la Défense et la DGA en particulier ont ainsi participé très activement à l'élaboration de la directive. Nous nous étions fixés des objectifs précis sur le contenu souhaité pour cette directive. La grande compétence de l'équipe de négociation interministérielle a conduit à ce que l'essentiel des objectifs fixés ait été atteint.

Je citerai quelques points essentiels de cette directive qui satisfont nos objectifs.

En premier lieu, le champ de la directive a été rédigé de façon la plus large possible. Il comprend les armes, munitions et matériels de guerre et les prestations de sécurité, mais il comprend aussi, à notre demande, tout ce qui est maintenance, soutien, moyens d'essais, démantèlement des armements. Ainsi la directive pourra être utilisée pour des prestations aujourd'hui non considérées comme des armements comme, par exemple, la maintenance des moyens d'essais et moyens de soutien.

En second lieu, les exceptions au champ de cette directive ont été reprises de celles de la directive générale sur les marchés publics tout en les élargissant ; les principales exceptions retenues sont, d'une part, les marchés de recherche dont le champ s'étendra jusqu'aux démonstrateurs, ce qui couvre le périmètre actuel des études amonts gérées par la DGA dont je vous rappelle qu'elles constituent le seul véritable outil de mise en œuvre d'une politique industrielle de défense effective (de l'ordre de 700 millions d'euros par an). Autres exceptions, les projets en coopération, sous réserve qu'ils soient fondés sur une part de recherche, pourront bénéficier d'une exception sur la totalité du cycle de vie, dès lors qu'il y aura un simple engagement international. Ce point est essentiel pour la mise en œuvre des projets que nous envisageons avec les britanniques.

Sur un plan plus technique de la passation des marchés, la directive intègre notre expérience des marchés publics de défense, comme par exemple la procédure négociée, mieux adaptée à l'acquisition de systèmes complexes, qui devient la procédure de droit commun. Les marchés pourront être négociés sans mise en concurrence sur la base de raisons techniques, comme pour notre décret défense. Enfin, la directive consacre la liberté des maîtres d'œuvres dans le choix de leurs sous-traitants et fournisseurs. Néanmoins le pouvoir adjudicateur pourra refuser un sous-traitant ou un fournisseur sur la base de critères de sélection qualitatifs.

En synthèse, cette directive est satisfaisante, et elle a également satisfait l'ensemble de nos partenaires européens. Elle porte les principes essentiels qui doivent nous permettre d'homogénéiser les cadres juridiques pour les marchés de défense entre pays membres, ce qui est impératif pour le développement de la

BITD européenne. Nous devons maintenant nous soucier que la transposition de cette directive n'introduise pas de régression sur ces principes. Nos textes ne doivent pas présenter de failles.

Avant d'aller plus loin, je voudrais revenir sur l'exception de l'article 346 du TFUE et surtout sur son utilisation, présente et future. La plupart des Etats membres utilisent très largement cette exception afin d'acheter les matériels de défense comme bon leur semble. Cette exception au droit européen vaut aussi pour les recours, pour les délais de paiement, pour toutes les directives européennes. La France est le seul Etat membre de l'Europe qui a réglementé la passation des marchés de défense avec le décret 2004-16 du 7 janvier 2004. Ce décret met en place un régime de concurrence modérée avec comme procédure principale la procédure négociée avec une publicité au seul BOAMP. Ainsi la concurrence est la base, mais peut être réduite au périmètre national en cas de secret de défense ou de nécessité spécifique de sécurité d'approvisionnement.

De plus, nous nous sommes imposé le même régime de délais de paiement et le même régime de recours que pour les marchés civils relevant du champ de la directive générale.

Chez nos partenaires, l'absence de texte européen adapté aux achats d'armement a fait que l'usage de l'article 346 du traité TFUE s'est considérablement développé en Europe.

Cette situation devrait disparaître avec la directive et de facto, l'usage de l'exception devrait se restreindre puisqu'il sera difficile de justifier de l'impossibilité d'utiliser la nouvelle directive dans de nombreux marchés d'armement.

C'est sur cette approche que repose la nouvelle directive : sans changer le texte de l'article 346 du traité, elle en limite l'usage en offrant une alternative à utiliser préférentiellement. Néanmoins, en pratique, c'est bien la jurisprudence de la CJUE qui déterminera à l'avenir le champ de cette exception. La mise en place de cette jurisprudence prendra sans doute un certain temps.

Pour ce qui concerne la France, j'estime que resteront notamment dans l'exception tous les marchés relevant des réels domaines de souveraineté nationale que sont les domaines nucléaire, la cryptographie mais aussi probablement la guerre électronique et la réduction de signatures. Dans ces domaines, nous n'hésiterons pas à recourir à l'article 346.

En synthèse, la directive assainit la situation au niveau européen en limitant et encadrant le recours à l'article 346, donc au bénéfice de la compétition intra-européenne.

Quelques mots sur les offsets ou compensations économiques.

Nous ne pratiquons pas les offsets et nous sommes l'un des rares pays à ne pas les pratiquer. La directive, sans jamais les citer, les proscriit en interdisant la sous-traitance nationale imposée par le pouvoir adjudicateur.

De plus les offsets n'étant jamais nécessaires du point de vue des intérêts essentiels de sécurité, ils devraient être proscriits aussi dans le champ des exceptions de la directive.

Les offsets sont une entrave à la capacité d'exportation de nos PME qui, contrairement aux grands groupes, ne disposent pas des moyens permettant de prendre en compte cette pratique. La lutte contre les offsets, qui d'une manière générale perturbent le marché européen des armements constitue dorénavant l'un des objectifs essentiels que la Commission s'est fixé, et qu'il faut soutenir.

Nos entreprises, pénalisées par les offsets pratiqués par les autres Etats membres ont tout à gagner à la disparition de ces pratiques. La directive devrait contribuer à fortement réduire les offsets en Europe.

Ma principale préoccupation sur le projet de loi est le dispositif législatif permettant de contrôler l'ouverture de nos marchés aux industriels des pays tiers à l'Union européenne.

L'article 37.2 de l'ordonnance 2005-649 pose le principe de la fermeture de nos marchés de défense et de sécurité aux opérateurs tiers à l'Union européenne, sauf si le pouvoir adjudicateur en décide autrement.

Cet article est nécessaire, toutefois il n'est pas suffisant.

En effet, une entreprise qui a son seul siège social en Europe est considérée comme européenne et donc l'article 37.2 est insuffisant pour empêcher qu'un marché attribué à une entreprise européenne ne soit en grande partie, comme cela se voit quelques fois, sous-traité dans un pays tiers.

Il faudra donc être en mesure d'éliminer, si nécessaire, pas seulement des candidatures mais aussi des offres : celles qui seraient réalisées, voire conçues, dans des pays tiers, éventuellement par l'intermédiaire de sous-traitants.

Nous aurons besoin d'un dispositif législatif pour éviter cela. Faute de quoi, un candidat respectant les critères de candidature pourrait contourner ces derniers en proposant dans un deuxième temps une offre fondée sur des prestations, dont nous n'aurons absolument aucune maîtrise.

Sans ce type de précaution législative, nos entreprises seront soumises à une concurrence déloyale extra-européenne. Cette concurrence déloyale évincerait notre industrie de ses principaux marchés actuels, ce qui lui interdirait toute compétitivité et crédibilité sur le marché mondial. Elle serait probablement accompagnée d'importants contentieux. Nos principaux partenaires européens s'en sortiront mieux en disposant d'ores et déjà d'un code leur permettant de défendre leurs intérêts essentiels, tout en bénéficiant à la marge de notre manque de protection. Cela m'amène donc à attirer votre attention sur l'importance de la formulation des textes qui vous seront présentés.

Nous regardons de très près les conséquences des textes qui pourraient être adoptés. Un gros travail d'analyse est ainsi mené en ce moment pour calibrer des textes qui seraient à la fois inattaquables par la Commission, car respectueux de la ligne de la directive, et juridiquement solide pour constituer une base efficace pour garantir la préservation de nos intérêts.

Au final, la marge de manœuvre est étroite et l'équilibre fragile.

Que font nos partenaires ?

Comme nous l'avions fait pendant la négociation de la directive, nous avons évidemment noué des contacts avec nos principaux partenaires européens sur la transposition.

Pour ce qui concerne l'ouverture aux opérateurs tiers, il faut souligner que les codes britannique, italien et espagnol prévoient déjà pour les achats hors armement, des dispositions restrictives vis-à-vis des opérateurs tiers ou de pays non parties à l'Accord sur les Marchés Publics, accord établi dans le cadre de l'OMC. Ces pays prévoient de poursuivre dans la même voie. Le Royaume-Uni est particulièrement bien outillé avec une part de droit coutumier non écrit.

Concernant les véhicules législatifs et réglementaires, les bases de la transposition de la directive sur les marchés publics de défense et de sécurité sont d'ordre législatif. Toutefois, de nombreux points sont de nature réglementaire et feront l'objet d'une troisième partie du code des marchés publics. Mes services travaillent avec les ministères de l'Économie et de l'Intérieur sur le projet de décret. Nous avons l'espoir et la volonté d'aboutir d'ici l'échéance du 21 août 2011.

En conclusion, je soulignerai que la directive est une excellente chose pour développer la BITD européenne.

Notre transposition ne doit pas être en retrait et ne doit pas modifier l'équilibre entre ouverture des marchés et protection des intérêts de sécurité au risque d'être lourdement dommageable. Nos partenaires se dotent de l'arsenal pour préserver leurs intérêts essentiels dans le respect de la directive. L'équilibre des textes est très fragile et exige les plus grandes précautions.

Enfin, avant de répondre à vos questions, je soulignerai deux points qu'il convient de garder à l'esprit.

Le premier est que la défense ne sera jamais un marché libre, du simple fait du contrôle des exportations et des aides diverses pratiquées par certains pays.

Le second est que croire à l'ouverture réciproque et sincère des marchés au niveau mondial est une vision naïve - collectivement en France nous sommes d'ailleurs les derniers à la croire - que nous ne pouvons plus nous permettre dans le contexte de guerre économique actuel, pour reprendre les propos récents d'un ministre.

M. Josselin de Rohan, président - Pouvez-vous nous en dire plus sur les compensations industrielles qui sont parfois demandées et consenties pour l'obtention d'un marché, ce que l'on appelle les « offsets ». Nos industriels nous disent que le fait d'interdire les compensations au sein de l'espace européen favorisera paradoxalement les industriels américains. Est-ce vrai ? Par ailleurs, l'établissement d'une jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne prendra du temps et son résultat est aléatoire.

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - La directive les proscrit très clairement. Ceci étant, c'est aux industriels que reviendra le soin de faire valoir leur bon droit auprès de la CJUE. Les organisations interprofessionnelles, et en particulier le CIDEF, devraient se doter d'un service

juridique musclé, dont ils ne disposent pas aujourd'hui, pour être en mesure d'initier des actions en justice devant la CJUE chaque fois qu'ils estimeront que les intérêts collectifs de leurs mandants, et pas seulement les plus gros, ne sont pas respectés. Il est évident que tous les industriels n'auront pas les moyens d'attaquer en justice, tout comme un industriel particulier hésitera à prendre le risque d'attaquer de peur de se faire mal voir. L'action collective par des organisations professionnelles mandatées est donc indispensable.

Si vous me permettez l'expression, l'esprit « Rugby » est à développer parmi les industriels français. Ils sont de ce point de vue très en retard sur les Britanniques.

M. Daniel Reiner - pourquoi la directive n'a-t-elle pas mis en place une préférence communautaire ? Est-ce que ça s'oppose à des règles non écrites. Le marché de l'armement est pourtant hors organisation mondiale du commerce.

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - Nous avons poussé à l'instauration d'une telle clause tout au long de l'année 2008. Les négociations extrêmement complexes entre les vingt-six Etats membres - sans le Danemark - et la Commission ont conduit à ce que cette préférence n'apparaisse pas aussi clairement que nous l'aurions souhaité. Cependant, le considérant 18 de l'exposé des motifs de la directive laisse penser que c'est quasi-acquis. On voulait donc profiter de la transposition de la directive pour l'inscrire dans notre corpus juridique et réglementaire. C'est donc pour cela que le projet de loi qui vous est présenté va plus loin que le texte stricto sensu de la directive.

M. Daniel Reiner - Pourquoi aller au-delà de ce qu'exigeait la transposition en ajoutant un article 37-2 dans l'ordonnance de 2005 qui paraît poser un problème à peu près à tout le monde ? Je voudrais savoir pourquoi on a permis aux pouvoirs adjudicateurs précisément de sortir de l'Union européenne pour y trouver des fournisseurs ? Que font les autres pays européens ?

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - Il faudra poser la question à ceux qui ont écrit cette partie-là du projet de loi. Le fameux considérant 18 dit précisément qu'il appartient aux pays tiers de laisser leurs pouvoirs adjudicateurs libres ou non d'aller chercher des fournisseurs en dehors de l'Union européenne.

M. Daniel Reiner - Je peux le comprendre pour les Anglais. Mais pourquoi nous Français le faisons ?

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - La situation nous a déjà conduits à acheter des matériels sur étagère aux Etats-Unis. Il faut qu'on puisse continuer à le faire. Jusqu'à présent nous achetions 80 % de notre matériel dans le cadre du décret défense. Dès qu'il y avait un secret de défense, je dis bien un secret de défense et je ne parle pas du secret-défense, il était possible de limiter l'acquisition aux compétiteurs nationaux. Demain, avec la transposition de la directive, le décret défense tombe. Il n'y en aura plus. A partir de là, si je n'ai pas quelque chose dans la loi qui me permet de limiter la compétition au moins aux pays européens, je serais obligé d'ouvrir la compétition à l'ensemble des pays du monde en application de l'article premier du code des marchés publics qui dit qu'il y a ouverture totale des marchés à la concurrence mondiale.

Le code des marchés publics ne prend absolument pas en compte les particularités des marchés de défense.

M. Jean-Louis Carrère - Nous n'avions pas compris que c'était protecteur pour vous. On avait même plutôt compris l'inverse.

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - Cela vient du fait que l'article 37-2 est rédigé d'une façon négative. C'est un problème que vous pourrez poser aux services juridiques concernés. Mais le but est celui-là : la règle de base est que je consulte au niveau européen et que je peux ouvrir aux pays tiers si je veux.

M. Jean-Louis Carrère - Je comprends de ce que vous dites qu'on peut améliorer l'article 37-2.

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - Effectivement on peut sans doute l'améliorer. Plus les textes seront clairs, plus efficace sera notre action pour les mettre en œuvre. Au fond, nous sommes victimes du fait qu'il n'y a pas de code spécifique des marchés publics de la défense et que nous sommes dans un code qui a été élaboré pour le commerce d'objets qui n'ont rien à voir avec le commerce des armes.

M. Josselin de Rohan, président - Le problème vient aussi du fait que l'essentiel de la transposition se fait par décret et que nous n'avons pas le projet de décret de transposition. Il serait utile que la commission puisse disposer du projet de décret.

M. Daniel Reiner - La France semble en pointe dans une transposition fidèle de la directive. C'est bien. On sera bien vu et nos armées pourront avoir des armements à des prix intéressants. Mais dans le même temps on sait bien que d'autres pays ne sont pas prêts à ça. Dans la pratique, la grande majorité des pays fait utilisation de l'article 346 du traité de Rome, n'ouvre pas ses marchés et les garde au profit des opérateurs nationaux. Je ne sais pas quelle est la proportion, mais c'est colossal. La question qui se pose maintenant, c'est quelle attitude va avoir les différents pays vis-à-vis de l'article 346. Comment vont-ils l'appliquer et comment va-t-on s'adapter à ce que font les autres ? Il ne faut pas que nous soyons les dindons de la farce.

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - Je n'ai pas de réponse à cela. Il faudra être vigilant et contribuer à ce que la CJUE établisse la jurisprudence adéquate. Il y a un dispositif législatif et réglementaire. Il faut que tout le monde l'applique. Il ne faut pas hésiter à faire du droit et à attaquer en justice les contrevenants. Le fait est que le marché européen des armements est très émietté et que les principaux producteurs sont en fait les six pays de la LOI (Letter Of Intent). Là encore, il reviendra aux industriels nationaux qu'ils s'organisent à l'intérieur du CIDEF pour avoir une compétence juridique suffisante afin de développer et faire respecter la jurisprudence sur ce sujet.

M. Jean-Pierre Chevènement - Avant les choses étaient claires. Il y avait le marché commun, dans le cadre du traité de Rome, et les marchés de défense, qui étaient clairement exclus de ce marché commun, en application de l'article 296, qui est devenu maintenant l'article 346 du traité de Lisbonne. En 2007, il y a eu une communication de la commission qui a donné naissance aux directives de

2009 et à ce que l'on appelle le paquet défense. Tout cela va dans le sens d'une dérive que je n'ose qualifier de libérale qui est en fait une dérive démissionnaire qui va dans le sens d'une ouverture totale de nos marchés de défense, y compris pour les pays tiers. On dit que ça nous arrange et que cela correspond aux trois cercles concentriques de souveraineté définis par le Livre blanc. Mais qui fixe les limites de ces trois cercles de souveraineté ? Qui nous assure que ce ne sont pas les entreprises américaines et chinoises qui n'en bénéficieront pas ? Nous quittons donc le terrain stable de l'article 346 pour entrer dans les sables mouvants des procédures de la CJUE et des juridictions nationales, que nous ne pourrions pas maîtriser. Nous serons sous l'empire du droit européen, et c'est la Cour de Justice de l'Union européenne qui décidera en dernier ressort. Sans doute avez-vous autour de vous d'éminents juristes qui peuvent se flatter de pouvoir influencer la Cour de justice. Moi personnellement, j'éprouve un doute profond. Vous ne maîtrisez jamais une procédure judiciaire. Vous ne savez jamais comment cela va retomber et en définitive, je crains que nous nous laissions aller sur une pente extrêmement glissante, et qu'au final nous ne pourrions plus protéger notre base industrielle de défense, ce qui est une pente sur laquelle le Parlement français n'est pas prêt à se laisser aller. Malheureusement la voix du Parlement pèse beaucoup moins lourd que la pression des lobbies européens, de la Commission et de l'Otan.

M. Laurent Collet-Billon, délégué général pour l'armement - Il est vrai que l'intervention de la Commission de Bruxelles sur la défense va s'accroissant. La France a voulu le paquet Défense lors de la présidence française du conseil de l'union européenne. Les directives ont été votées et approuvées par tous les Etats. Il nous appartient désormais de les transposer sans se fixer de nouvelles limites que les directives n'imposent pas.

D'une manière générale en matière de Défense en Europe, je pense que la coopération avec le Royaume-Uni est la voie primordiale qui nous permettra de progresser significativement. C'est le moyen le plus efficace de peser sur les marchés de la défense européenne. Je vous rappelle que France et Royaume-Uni pèsent à eux deux près de 50% des budgets et 70% de l'effort de recherche et technologie de défense. Idéalement, il faudrait que nous soyons capables de mettre en place un corpus juridique commun.

Quant au cadre juridique, la jurisprudence que développera la CJUE est effectivement déterminante.

M. Jean-Pierre Chevènement - Vous nous parlez de l'Etat des choses. Mais l'Etat des choses ne tombe pas du ciel. Il est ce qu'il est parce nous avons accepté que la Commission s'arroge des pouvoirs qui, aux termes du Traité de Rome, n'étaient pas les siens. Peu à peu, nous nous sommes laissés acculés à ce paquet défense sur la base d'une communication de la Commission qui, comme toutes les communications prises avant la crise financière va dans le sens d'une libéralisation excessive, comme pour les marchés financiers. Tout cela est de la même veine. Alors je ne sais pas ce que l'on doit penser de la présidence française de 2008, comme on en dit toujours beaucoup de bien, on finit par le croire, mais au vu du paquet défense le résultat est qu'on s'interroge, qu'on s'interroge fortement.

Audition des représentants du Conseil des industries de défense françaises (CIDEF) : M. Eric Trappier, président de la commission européenne, M. Gilbert Font, président de la commission des affaires administratives et M. Didier Brugère, vice-président de la commission de la défense

Lors d'une première séance tenue dans la matinée, la commission auditionne des représentants du Conseil des industries de défense françaises (CIDEF) : M. Eric Trappier, président de la commission européenne, M. Gilbert Font, président de la commission des affaires administratives, et M. Didier Brugère, vice-président de la commission de la défense, sur le projet de loi n° 70 (2010-2011) portant sur le contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité (paquet défense).

M. Josselin de Rohan - Nous accueillons aujourd'hui des représentants du Conseil des industries de défense française (CIDEF). Nous sommes heureux de pouvoir vous entendre sur la transposition des deux directives européennes dites du « paquet défense » par un projet de loi que le Gouvernement a déposé en première lecture sur le Bureau du Sénat, et que nous examinerons en commission le 15 février prochain pour un examen en séance publique le 10 mars. Le texte qui nous est soumis comprend deux chapitres correspondant aux deux directives.

Le premier concerne principalement les transferts intracommunautaires d'armements. Il ne semble pas soulever de problème particulier. L'harmonisation du régime de contrôle des exportations en Europe et sa simplification pour le « grand export » vont améliorer les procédures et réduire les délais de traitement, ce dont les industriels que vous représentez devraient être satisfaits. Mais ce serait bien que vous nous disiez vous-même ce qu'ils en pensent.

Pour le deuxième chapitre, qui correspond aux marchés publics de défense, nous avons quelques interrogations. Il nous faut trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessaire mise en concurrence des industriels de défense - au sein de l'espace européen - afin de réduire le coût d'achat de nos armements et d'accroître la compétitivité de notre Base industrielle et, d'autre part, les risques d'une concurrence à tous les vents, en particulier aux opérateurs économiques des États non-membres de l'espace européen, qui continuent bien souvent, quant à eux, à cadenasser leur propre marché. La concurrence oui. La naïveté non. De ce point de vue, l'équilibre proposé par le texte du Gouvernement est sans doute perfectible et je pense qu'il est nécessaire que le Sénat œuvre dans le sens d'une meilleure rédaction.

J'ajoute qu'au sein même de l'Union européenne, nous avons très peu de visibilité sur le champ d'application que les vingt-six autres États membres donneront au nouveau régime de la directive par rapport à celui, qui continuera d'exister, de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui permet de ne pas ouvrir à la concurrence. Il ne faudrait pas que certains de

nos partenaires « protègent » leurs industries nationales derrière cette disposition tandis que la France, bonne élève de la classe européenne, limite à la portion congrue les achats sans mise en concurrence. Il nous appartient donc de veiller à l'application du principe de réciprocité et vous avez sans doute, en tant que porte-parole des différentes industries, un rôle particulier à jouer.

Nous sommes impatients d'avoir votre éclairage. Je vous cède donc la parole.

M. Eric Trappier, président de la commission européenne du CIDEF - Je voudrais tout d'abord rappeler brièvement la genèse de la directive et le contexte politique dans lequel elle s'inscrit.

A partir d'analyses menées entre 2001 et 2004, la Commission européenne a conclu que les directives applicables aux marchés publics ne proposaient pas de réponses adaptées aux spécificités des secteurs de la défense et de la sécurité. En effet, les procédures d'achat dans ces secteurs industriels complexes doivent être flexibles et prendre en compte les questions liées à la sécurité des approvisionnements et des informations.

Selon la Commission, cette inadéquation des procédures a abouti à une utilisation « extensive » de l'article 346 du traité de l'Union par certains États. C'est dans ce contexte que la Commission a publié, en septembre 2004, un Livre vert sur les marchés publics de défense dans lequel elle identifiait deux instruments possibles pour améliorer la transparence dans la problématique des passations de marchés dans les pays de l'Union européenne : une communication interprétative et une directive visant à coordonner les procédures de passation des marchés de défense. Le Livre vert définissait de façon sommaire ce que pourrait être le contenu d'une telle directive, notamment son champ d'application, les possibilités de recourir à l'article 346, le rôle de l'Agence européenne de défense, les exemptions, les procédures, les critères de sélection, la publicité, les compensations directes et indirectes, etc...

Un tel travail mérite d'être loué. Cependant les industriels ont souligné que le champ d'application de l'article 346 ne devait pas être par trop réduit, au point d'entamer la souveraineté des États et de réduire la capacité des sociétés de défense européennes à affronter la concurrence internationale dont, en particulier, celle des Etats-Unis. Une action de lobbying a donc été menée au niveau européen afin que le projet de directive prenne en compte d'autres considérants que ceux du seul marché. Les représentants de l'industrie de défense française ont exprimé leurs plus vives réserves sur le fait que la mise en œuvre de la directive ne pourrait intervenir tant que la Politique européenne de sécurité commune (PESC) n'aurait pas fait de progrès plus sensibles. La Commission a rédigé un projet de directive à la fin 2007 qui a conduit l'industrie de défense européenne à proposer un certain nombre de modifications.

La rédaction finale de ce texte est donc le résultat de longs débats et de divers compromis qui se sont inscrits dans un contexte où existe une divergence d'intérêts entre, d'une part, les différentes catégories d'industriels selon leur taille ou leur position dans la chaîne d'acquisition -grands groupes , équipementiers, PME, maîtres d'œuvre, fournisseurs- et, d'autre part, entre les États membres eux-mêmes dont les politiques d'acquisition diffèrent sensiblement. A cela s'ajoutent

les divergences d'intérêts entre les États possédant une industrie de défense et ceux qui n'en possèdent pas.

L'action des professionnels a été positive. Elle a permis notamment d'introduire le considérant 18 dans la directive afin de disposer d'une référence juridique rappelant que l'accès aux marchés de défense et de sécurité demeure dans le champ de la souveraineté des États membres, ce qui leur permet d'autoriser ou non des opérateurs économiques de pays tiers à participer à une procédure de passation de marché organisée par eux. L'ouverture est une possibilité, non une obligation.

L'action de la profession a également permis d'obtenir l'exclusion des marchés de recherche et technologie (R&T), dans son acception française, du champ d'application de la directive. Le fait de pouvoir lancer des études sans mise en compétition permet de préserver la possibilité de mener une politique industrielle visant à développer et maintenir des compétences jugées critiques ou sensibles par les États. De même ont été obtenues la conservation de l'exclusion des marchés en coopération du champ de la directive, l'institution de la procédure négociée comme procédure de droit commun et enfin l'incitation à plus de transparence dans l'attribution des sous-contrats, ce qui devrait réduire drastiquement les demandes de compensations ou offsets.

En revanche, d'autres demandes n'ont pas abouti, telles que la préférence communautaire, ni même sa version dégradée de la valeur ajoutée européenne. De même nous n'avons pas réussi à faire inscrire la notion de réciprocité dans le texte de la directive, l'action du CIDEF n'ayant pas été soutenue par ses partenaires européens à l'exception de l'Allemagne et de l'Espagne. Il en est allé de même de l'extension de la procédure négociée sans publicité préalable aux développements en spirale ou aux contrats de production à la suite des contrats de développement initiaux ; la non-communication par les États d'informations sur leur projets de contrats en coopération, en particulier concernant le coût global, la part de R&D, le partage de coûts entre États, les quantités commandées par État, puisque ces contrats en coopération n'entrent pas dans le champ de cette directive. Enfin, contrairement à ce que souhaitent les industriels français, les contrats du type FMS (Foreign Military Sales -vente d'État à l'État) n'entrent pas dans le champ de la directive. Du reste, lorsque cette directive a été adoptée, les associations d'industriels américains se sont félicitées de cette directive dans la mesure où elle ne construisait pas la « forteresse Europe ». Cela ne manque pas de sel quand on sait qu'il existe aux États-Unis des textes fermant le marché des biens de défense aux industriels non américains.

En ce qui concerne la transposition, il est, selon nous, important de veiller à ce que la loi permette d'appliquer toutes les marges de manœuvre offertes par la directive, et qu'elle ne soit donc pas plus rigoureuse que ce que l'Europe propose. C'est par exemple le cas de la possibilité, écrite dans la directive, de consulter ou non des pays tiers. Nous serions surpris que la France impose une compétition ouverte à des opérateurs de pays non européens, sauf si elle le souhaite expressément. Imposer une telle obligation reviendrait à ouvrir le marché européen à tous les vents de la concurrence mondiale et handicaperait la compétitivité de nos industriels.

Il serait du reste intéressant de regarder comment les autres pays européens transposent cette directive et de vérifier qu'on ne transpose pas en France de façon plus rigoureuse qu'ailleurs. Il faut veiller à la façon dont le Royaume-Uni va transposer la directive car il faut replacer l'ensemble de ces textes dans la volonté politique de la France et du Royaume-Uni de développer une stratégie commune en matière de défense à partir du traité de Londres signé en 2010. Il est donc particulièrement important d'harmoniser les circuits d'acquisition entre nos deux pays.

M. Josselin de Rohan, président - A ce sujet, avez-vous des informations sur la manière dont les Britanniques ont l'intention de transposer, sachant que certaines de leurs industries sont anglo-américaines ?

M. Eric Trappier, président de la commission européenne du CIDEF - Il y a là un paradoxe. Les Britanniques n'ont pas encore transposé mais le projet de transposition fait référence à la Defence Industrial Strategy (DIS) adoptée en 2005 dans laquelle se trouve une définition de la Base industrielle et de technologie (BITD) britannique. Deuxième point, leur projet ménage une grande flexibilité au profit des pouvoirs adjudicateurs puisque des éléments de cette directive peuvent faire l'objet d'une interprétation par le ministère de la défense britannique. Enfin, ce projet met en valeur le rôle et la capacité du ministère de la défense à faire des choix qui soient en cohérence avec les « best policy options » du Royaume-Uni. Les Britanniques reviennent sur la politique ultralibérale suivie jusqu'à présent et entendent maintenant développer le cœur industriel de la défense.

Il faut aussi regarder le cas des sanctions, et ne pas reproduire ce que nous avons fait avec l'intégration en droit français de la convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Cette intégration a été beaucoup plus rigoureuse que dans d'autre pays et se traduit par des sanctions pénales pour les industriels français pouvant aller jusqu'aux présidents des sociétés alors que dans d'autres pays européens la possibilité de considérer des circonstances atténuantes existe, si des procédures de prévention de la corruption ont été mises en place au sein des sociétés. Il ne faut pas oublier que des transpositions différentes induisent des pratiques différentes et donc une rupture de concurrence.

Enfin, mon dernier point concerne la volonté annoncée par la Commission européenne de continuer à s'intéresser au secteur de la défense dans le cadre de ce qui pourrait être un « Paquet défense II ». La Commission a en effet la capacité de le faire à travers les questions qu'elle aborde dans la Communication 764 de décembre 2007. Notre inquiétude concerne le champ d'application éventuel de cette nouvelle directive, qui pourrait recouvrir les actions en matière de recherche et développement (R&D) et/ou de recherche et technologies (R&T), le contrôle des investissements dans les industries stratégiques et le traitement des informations classifiées. A titre de comparaison, la Defence Advanced Research Projects Agency (DARPA) déverse des sommes énormes sur les industriels américains, à côté desquelles les 700 millions d'euros versé par l'Etat français au titre de la R&T font pâle figure. Si nous devons être en compétition avec eux, les industriels alimentés par la DARPA auraient

toujours un temps d'avance sur les industriels européens, d'autant que les budgets de R&T sont ridiculement faibles comparés aux budgets US.

M. Josselin de Rohan, président - En matière de R&D, deux pays seulement en Europe font des efforts dans ce domaine : le Royaume-Uni et la France. Si on applique les règles libérales de la Commission, est-ce que ces deux pays seront tenus de mettre ces budgets et les résultats de leurs recherches à la disposition des vingt-sept en lançant des appels d'offre de façon systématique, chaque fois qu'ils feront réaliser des études ?

M. Eric Trappier, président de la commission européenne du CIDEF - Ce « paquet défense II » pourrait en effet aboutir à ce résultat. Il serait préférable de penser à la façon d'intéresser les autres Etats membres à participer aux programmes à venir en fonction de leurs compétences respectives. Mais cela implique en préalable que ces Etats participent financièrement à l'effort de défense européen.

Les discussions sur ce « paquet II » sont dans une phase préparatoire. Nous essayons d'alerter les pouvoirs publics très en amont et nous restons prêts à accompagner cette évolution.

Je passe maintenant la parole à M Gilbert Font qui va vous donner l'éclairage juridique de cette question.

M. Gilbert Font, président de la commission des affaires administratives du CIDEF - Je voudrais apporter quelques éléments juridiques sur ce texte. De façon générale, le projet de loi de transposition de la directive « Marchés publics de défense et de sécurité » ne suscite pas de remarques particulières de la part de la profession, à l'exception de l'article 37-2. En effet, les rédacteurs ont tenté de transcrire le principe édicté par la directive de laisser les États membres libres d'ouvrir ou non leur marché de défense et sécurité aux opérateurs économiques de pays tiers. Mais la rédaction actuelle nous paraît sévère et risque de mettre en difficulté les adjudicateurs publics.

Que permet la directive ? Trois points nous paraissent très importants.

Tout d'abord, les obligations d'ouverture des marchés de défense et sécurité imposées par la directive visent, comme le souligne le considérant 2, l'établissement progressif d'un marché européen des équipements de défense et de sécurité, indispensable à la consolidation de la Base industrielle et technologique de défense européenne. Cet objectif s'étend également à la sous-traitance au sein de l'Union européenne, comme le précise le considérant 40-4.

Le deuxième point est le considérant 18, qui rappelle que les marchés de défense sont hors de l'accord sur les marchés publics (AMP) et donc que les États membres conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs adjudicataires peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés. Ce considérant rappelle la liberté des États membres. Il est donc important qu'il puisse être d'une façon ou d'une autre retranscrit dans notre loi.

Le troisième point, souligné dans les articles 41 et 42, établit clairement qu'il est possible de ne pas retenir un industriel ne disposant pas, sur le territoire

de l'Union, des capacités techniques et ou professionnelles pour exécuter le marché et assurer par la suite la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures, ou faire face aux situations de crise.

Malheureusement, le projet de transposition actuel ne permet pas à l'acheteur public qui ne souhaiterait pas ouvrir un marché donné aux opérateurs économiques de pays tiers d'éviter que ceux-ci y participent via la création de filiales en Europe ou d'accords industriels.

La rédaction actuelle de l'article 37-2 dans le projet de loi fait donc courir des risques à notre industrie.

Le premier de ces risques est que des groupes industriels dont la majeure partie des activités est située en dehors de l'Union créent des filiales immatriculées dans l'Union dans le seul but de bénéficier d'un accès facilité aux marchés de défense et de sécurité des États membres. Il s'agit de ce qu'on appelle les « faux-nez ». C'est par exemple ce que font les entreprises russes en Estonie.

Le deuxième risque est que des sociétés implantées de longue date sur le territoire européen cherchent à développer une activité de défense en « important » dans ce but les connaissances technologiques de groupes industriels étrangers à l'Union, alors que de telles connaissances sont déjà disponibles dans d'autres sociétés européennes. Ce cas peut être notamment rencontré avec des États récemment entrés dans l'Union et qui voudraient faire monter en gamme leur industrie. Cela reviendrait à permettre l'émergence de nouveaux compétiteurs en Europe, alors que, depuis plus de dix ans, des efforts ont été entrepris tant par les États que par les entreprises pour restructurer les industries de défense européennes. Cela serait fâcheux pour la Base industrielle et technologique de défense européenne que nous prônons.

L'article 37-2, tel que rédigé, transcrit la notion « d'opérateur économique d'un pays tiers », utilisée dans la directive, par « opérateur économique non-ressortissant de l'UE ». Cette apparente synonymie est en réalité malheureuse car la définition, politiquement claire, d'acteur tiers à l'Union, telle qu'elle apparaît dans l'exposé des motifs de la directive, devient source de contentieux possibles une fois traduite en droit français. Elle signifie bien que les sociétés installées hors de l'Union n'ont pas accès « de droit » aux marchés de défense et sécurité, mais toute société enregistrée dans un pays d'Europe (« ressortissant de l'UE »), fût-ce une simple boîte aux lettres, ne peut se voir opposer un refus de participer à une procédure de passation d'un marché public entrant dans le champ de la directive.

Cette analyse semble partagée par la plupart des acteurs qui se sont penchés sur la transcription de la directive, en particulier au niveau du ministère de la défense, qui considère que l'article 37-2 actuel va l'empêcher de mettre en œuvre sa politique d'acquisition, notamment pour les acquisitions qu'il ne souhaite pas acquérir hors d'Europe. Au-delà, l'ensemble des ministères concernés reconnaît les risques inhérents à la rédaction de cet article.

La transcription de la directive pourrait s'appuyer sur deux principes simples. Le premier serait celui de la préférence communautaire. La directive ouvre la possibilité d'une préférence communautaire au nom du renforcement de

la Base industrielle et technologique de défense européenne pour les marchés publics de défense et de sécurité (considérant 2) et prend acte de ce que l'Accord sur les Marchés Publics de l'OMC ne fait pas obstacle à une telle préférence (considérant 18).

Le second serait celui de la prise en compte des exigences de réciprocité. A l'OMC, l'Union européenne doit défendre ses intérêts en exigeant la réciprocité de ses partenaires. La directive souligne d'ailleurs l'importance de négociations internationales débouchant sur des marchés ouverts et équitables et l'obtention d'avantages mutuels, ainsi que la nécessité d'une concurrence ouverte et loyale assise sur des règles internationalement reconnues (considérant 18).

Afin de ne pas exagérément contraindre le pouvoir d'appréciation de l'État, puisque la réciprocité n'est qu'un des éléments de la décision, il paraît raisonnable de faire figurer dans la loi une obligation de prise en compte du principe de la préférence communautaire et des exigences de la réciprocité, qui constitue une obligation de moyen et non de résultat.

Il est intéressant de regarder comment les États de nos principaux compétiteurs répondent à ces préoccupations.

Les États-Unis n'autorisent des sociétés à candidater que si elles prouvent qu'elles apportent une véritable valeur ajoutée technologique sur leur territoire dans le domaine considéré. Ils exigent, en outre, que le lien des sociétés candidates avec leur société mère soit uniquement capitalistique et qu'il n'y ait aucune subordination vis-à-vis de leur société-mère dans leurs actes de gestion. C'est la règle dite des « proxy boards », que l'on pourrait traduire par « conseils d'administration proches de l'Etat client ».

Les Britanniques, quant à eux, ont défini la notion de BITD britannique dans leur Defence Industrial Strategy, sur des bases de création de valeur ajoutée, d'emploi, de génération de propriété intellectuelle et de technologie sur le territoire britannique, avec comme objectif général de garantir la sécurité nationale et la possibilité souveraine de projeter leurs forces armées dans le monde entier.

M. Josselin de Rohan, président - Je reviens sur les proxy boards. Un exemple m'avait été donné ainsi qu'à notre collègue Daniel Reiner à propos d'une filiale américaine installée en Espagne dont le conseil d'administration est intégralement américain, seul le manager est espagnol. Cela signifie que ces entreprises refusent de jouer le jeu à l'intérieur de l'Union européenne que leurs autorités imposent aux entreprises européennes de jouer à l'intérieur des Etats-Unis.

M. Gilbert Font, président de la commission des affaires administratives du CIDEF - Ce sujet des proxy boards est loin d'être anecdotique, il est suivi, observé et surveillé de près par l'administration américaine.

A la lumière de ces deux exemples, il nous paraît nécessaire de revenir à la formulation d'origine utilisée dans la directive, celle d'« opérateur économique d'un pays tiers », d'acception très large, et de le définir comme étant soit un opérateur économique immatriculé, soit un opérateur économique lié à une société immatriculée, dans un pays non européen. Il est également impératif que

le pouvoir adjudicateur puisse exiger qu'une société candidate soit capable de traiter sur le territoire de l'Union, l'ensemble du cycle de vie d'un produit, qu'elle ait des capacités techniques installées, prouvées, qu'elle puisse réagir à toute situation de crise. Il nous paraît important que les termes qui figurent dans la directive à l'article 42-1 h soient au moins rappelés.

Pour conclure, compte tenu des contraintes qui découlent du traité sur l'Organisation mondiale du commerce, il faut veiller à un alignement rigoureux de la loi sur la directive afin de limiter les risques de contentieux susceptibles de naître du rejet d'une candidature ou d'une offre par le client public. Il faut, en résumé, « toute la directive mais seulement la directive ».

M. Josselin de Rohan, président - Mon point de vue sur cette transposition est qu'il n'est pas nécessaire de faire du zèle. En face de nous, nous avons le « Buy American Act ». Nous sommes fondés moralement à demander la réciprocité à ceux qui ne pratiquent pas les mêmes règles que nous.

M. Eric Trappier, président de la commission européenne du CIDEF - Il est nécessaire de garder à l'esprit que notre but n'est pas de remettre en cause la directive. Au contraire, nous souhaiterions qu'elle soit un peu plus contraignante, afin d'obtenir une Europe puissante et non soumise à d'autres.

Aujourd'hui, nous nous situons dans le champ français, et nous souhaiterions que le législateur reste le plus proche possible de la directive, tout en sachant qu'une partie de l'administration pourrait craindre des recours contentieux. Pour notre part, nous avons fait une étude juridique afin de bien vérifier que nous n'allions pas contre le texte de la directive européenne.

M. Daniel Reiner - Nous partageons l'essentiel de ce que vous avez exprimé, et je me réjouis que nous ayons pu le faire partager à l'ensemble de ceux qui sont partie prenante à ce texte. Ce n'était pas évident au début, il y avait des interprétations juridiques qui amenaient à penser que nous n'allions pas changer les choses. Quand on reprend le texte, on est surpris de voir que, dans l'exposé des motifs, on précise qu'on peut fermer les marchés à quelqu'un qui n'est pas ressortissant de l'Union européenne, tandis que, dans l'article 37-2, on peut l'autoriser. On a tenté de nous expliquer que cela avait la même signification, mais nous n'en sommes pas persuadés.

Sur ce qui fâche, l'article 37-2, nous allons nous efforcer de trouver une rédaction satisfaisante pour tous.

Je voudrais saluer le fait que c'est la première fois que nous disposons d'un texte de transposition avec une étude d'impact aussi fouillée, et les parlementaires s'en réjouissent. On ne l'a pas assez dit, donc je voudrais le souligner ici. Je voudrais avoir votre opinion à ce sujet car, au fond, ce texte est fait pour améliorer et ouvrir le marché des produits de défense en Europe, la France a une industrie de défense forte, donc a plus à gagner que des pays qui n'en ont pas. Est-ce que vous, industriels, en prolongeant cette étude d'impact, avez tenté d'imaginer l'avenir ? D'une manière générale, le marché d'exportation à l'intérieur de l'Union en matière d'armement est assez limité. Quelle dynamique cette transposition pourrait-elle créer pour l'industrie française ?

Par ailleurs, avez-vous des besoins à exprimer sur le périmètre de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ? On sait que cet article n'a pas la même signification en France et dans d'autres pays européens, qui l'utilisent largement. Il semblerait qu'actuellement 80 % du marché des équipements de défense relève de l'article 346. En ce qui nous concerne, quels sont les messages qu'il faudrait faire passer à ceux qui décideront de recourir ou non à l'article 346 ?

Enfin, selon l'étude d'impact, en matière de transfert intra-communautaire, les choses vont être simplifiées et les procédures améliorées. Avez-vous des demandes particulières à faire valoir pour que cette simplification soit effective ?

M. Didier Brugère, vice-président de la commission de la défense du CIDEF - Sur votre première question relative à la vision prospective de l'industrie sur ces marchés européens de défense, il est incontestable que nos industriels ont intérêt à un élargissement du marché au niveau européen. Nous ne pouvons que nous émouvoir de voir un certain nombre de pays européens acheter prioritairement aux États-Unis. C'est pourquoi nous avons suivi avec grand intérêt cette directive. Je voudrais rappeler qu'avant elle, un code de bonne conduite avait été mis en place par l'Agence européenne de défense. Ce code préfigurait certains éléments que nous retrouvons dans la directive, notamment en matière de transparence et de publicité des opérations. Si elle est transposée de façon homogène dans tous les pays, la directive va introduire plus de transparence, des pratiques communes et, dans ces conditions, sera un outil fédérateur. Même si elle n'empêche pas les achats chez ses principaux concurrents, elle va dans le sens de la construction européenne.

Concernant le périmètre de l'article 346 TFUE, cet article reste, de notre point de vue, le gardien de la souveraineté des États. Cette souveraineté reste essentielle tant qu'il n'existe pas de véritable politique européenne en ce domaine. Il ne nous semble pas souhaitable qu'une liste trop précise soit établie afin de délimiter le champ d'application de cet article. Des menaces nouvelles émergent, qui n'étaient pas connues il y a vingt ans, telles que les cybermenaces. Il faut pouvoir les prendre en compte et donc ne pas s'enfermer dans une liste exhaustive. D'ailleurs, il ne faut pas non plus que les domaines évoqués pour le « premier cercle » dans le Livre blanc soient considérés comme constituant le périmètre de l'article 346 TFUE.

Enfin, concernant les transferts intra-communautaires (TIC), beaucoup de nos sociétés ont une dimension européenne et appellent de leurs vœux une simplification des TIC, ne serait-ce que pour leur permettre d'optimiser leur propre outil industriel. Là encore, cette directive est un progrès si elle est appliquée de manière homogène par les différents pays, et si elle est l'occasion de poursuivre la simplification des procédures. Le système des licences générales est en train de se mettre en place et devrait être adapté à un grand nombre de cas.

Nous pensons qu'en complément de ces licences générales, il pourrait être intéressant de retenir la proposition numéro trois du rapport du député Yves Fromion, concernant la gestion déléguée, car il y a un certain nombre d'affaires d'importance secondaire qui, si elles n'étaient pas traitées à un niveau

interministériel, pourraient permettre d'obtenir l'autorisation beaucoup plus rapidement.

Sur le plan pratique, il s'agit de processus complexes d'autorisations, cela nécessite des systèmes d'information performants permettant de faire le lien entre la gestion de ces procédures par les industriels et la gestion par les différents services concernés de l'État. Aujourd'hui le système qui existe ne remplit pas complètement nos souhaits dans ce domaine. Il serait souhaitable qu'il soit amélioré.

M. Josselin de Rohan, président - Est-ce que vous pensez que l'Agence européenne de la défense a encore un sens ?

M. Eric Trappier, président de la commission européenne du CIDEF - Nous avons fondé beaucoup d'espoir dans l'Agence européenne de la défense (AED). Nous sommes déçus du résultat. En tant qu'industriels, nous attendions des programmes, des démonstrateurs, des études. Dans tous ces domaines, le volume a été très limité. Mais il ne faut pas en vouloir à l'AED, car elle n'est que l'émanation des vingt-six pays qui la composent, et il est bien difficile d'aboutir à une harmonisation de la définition des besoins à vingt-six dans le domaine de la défense. Certes, sur les principes, tout le monde se rejoint. Mais les déclinaisons pratiques aboutissent à de réelles divergences et sont difficiles à trancher.

On a beaucoup critiqué la Letter of Intent (LoI), car elle ne concernait que six pays. Or ce n'était déjà pas facile à six. A vingt-six c'est impossible. Faudrait-il revenir à six pays pour essayer de faire un noyau dur des pays producteurs dans le domaine de la défense ? Ce n'est pas à moi de le dire.

Par ailleurs, depuis la création de l'AED, des éléments nouveaux sont apparus qui ont passablement modifié le contexte de l'Europe de la défense. Je pense en particulier à la réintégration de la France dans le commandement intégré de l'OTAN et au traité franco-britannique. La donne a changé. Dans ces conditions, il serait bon que l'AED soit un facilitateur des programmes communs, identifiant la cartographie des compétences et des besoins pour faciliter l'émergence des programmes communs possibles. Or, outre certaines études, son budget ne lui permet pratiquement pas de lancer des programmes. Cela correspond aux souhaits de certains pays qui ne sont guère favorables à un lancement de programmes par l'agence.

M. Josselin de Rohan, président - Je vous remercie pour votre contribution dont nous tiendrons le plus grand compte.

M. Daniel Reiner - Monsieur le Président, j'ai reçu à propos de ce texte une lettre du Comité Catholique contre la Faim et pour le Développement (CCFD). Lors de nos auditions, nous avons rencontré les industriels, les ministères, les juristes, ... ne serait-il pas bienvenu de recevoir aussi des associations de ce type, qui mesurent la transparence en matière de commerce d'armes dans le monde, afin d'équilibrer les contributions ?

M. Josselin de Rohan, président - Plusieurs ONG nous ont en effet saisi à ce propos. Certaines ONG voudraient qu'on introduise dans le projet de loi des dispositions qui condamnent la vente d'armes, ce qui n'est évidemment pas son objet.

J'ai écrit au délégué général du CCFD pour lui dire que la simplification proposée par ce texte pour les exportations ne devait pas affaiblir les légitimes exigences de contrôle et de maîtrise d'un matériel particulièrement sensible, et que plusieurs dispositions tendaient notamment à assurer un contrôle effectif de la non-réexportation des armements vers des zones de conflit. Des sanctions pénales lourdes sont prévues en cas de manquement à ces obligations. Au-delà de ces assurances, je ne vois pas d'inconvénient à ce qu'elles expriment leur position comme elles l'ont fait au travers de ces différents courriers.

Mme Michelle Demessine - Même si on ne partage pas leur point de vue, il me semble important de les écouter, afin d'entrer dans un dialogue avec cette partie de l'opinion publique. A titre personnel, je trouve dommage qu'on ne puisse pas entendre davantage les ONG qui sont sur le terrain. Je vous avais sollicité sur cette question à propos des ONG qui se trouvent en Afghanistan, mais je n'ai pas eu de réponse positive. Peut-être est-ce une tradition dans cette commission de ne pas entendre les ONG ? C'est d'autant plus dommage que nos collègues de l'Assemblée nationale les entendent.

M. Josselin de Rohan, président - Je ne peux pas vous laisser dire qu'il y a une tradition ici de ne pas entendre les ONG ! D'ailleurs, OXFAM va être reçu, mais nous ne pouvons pas ouvrir un forum sur le désarmement à partir de ce projet de loi.

M. André Vantomme - Cela n'aurait en effet pas de sens de faire un forum. Néanmoins, les ONG sont souvent des interlocuteurs compétents. Avec notre collègue Christian Cambon, nous les recevons régulièrement à propos de l'aide publique au développement, ce sont des interlocuteurs informés et pertinents.

M. Josselin de Rohan, président - Sur les questions d'aide publique au développement, c'est dans la lignée de leur vocation et des actions qu'elles exercent sur le terrain. Sur les questions soulevées par le projet de loi de transposition du paquet défense, la problématique est différente. Cependant nous ne leur fermons pas la porte, et OXFAM sera reçu. La réponse que j'ai faite au CCFD l'a été naturellement faite au nom de la commission.

Audition de M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes

Lors d'une seconde séance tenue dans l'après-midi, la commission auditionne M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes, sur le paquet défense.

M. Josselin de Rohan, président - Nous sommes heureux de pouvoir vous entendre aujourd'hui sur la transposition des deux directives européennes dites du « paquet défense » par un projet de loi que le Gouvernement a déposé en première lecture sur le bureau du Sénat, et que nous devrions examiner en commission le 15 février prochain pour un examen en Séance publique le 10 mars.

Vous avez été aux premières loges de la négociation de ces directives, sous présidence française de l'Union européenne, et nous sommes naturellement très intéressés d'avoir aujourd'hui votre éclairage sur les enjeux de leur transposition, non seulement en France, mais également peut être dans les autres États membres.

Le texte qui nous est soumis comprend deux volets. Le premier, qui concerne principalement les transferts intracommunautaires d'armements, ne nous semble pas poser de problème de principes. L'harmonisation du régime de contrôle des exportations en Europe et sa simplification pour le "grand export", sont attendues de nos industriels. En diminuant potentiellement par deux le nombre d'autorisations et en réduisant leurs délais de traitement, cette réforme devrait améliorer la compétitivité d'un secteur qui comprend près de 350 entreprises et dont environ 50.000 emplois sont directement liés à l'export.

Sur tous ces sujets, la France me semble continuer à être très active pour faire converger les interprétations entre les États membres, sur des sujets tels que la certification par exemple, ou encore le contenu des licences générales.

Pour le deuxième volet, qui correspond aux marchés publics de défense, nous avons quelques interrogations. Il nous faut trouver un équilibre entre la nécessaire mise en concurrence des industriels de défense - la concurrence est stimulante - et les risques d'une concurrence trop élargie, en particulier si elle est ouverte aux opérateurs économiques des États non membres de l'espace européen, qui continuent bien souvent quant à eux à ne pas ouvrir leurs marchés.

De ce point de vue l'équilibre proposé par le texte du Gouvernement est sans doute perfectible et je pense qu'il est nécessaire que le Sénat œuvre dans le sens d'une meilleure rédaction.

J'ajoute qu'au sein même de l'Union européenne, nous avons très peu de visibilité sur le champ d'application que les 26 autres États membres donneront au nouveau régime de la directive par rapport à celui, qui continuera d'exister, de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui permet de ne pas ouvrir à la concurrence.

Il ne faudrait pas que certains de nos partenaires « protègent » leurs industries nationales derrière cette disposition tandis que la France, bonne élève de la classe européenne, aurait une interprétation trop restrictive de l'article 346.

Sur tous ces sujets nous sommes impatients d'avoir votre éclairage, aussi, je vous cède la parole.

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Je voudrais tout d'abord rappeler les origines du « Paquet défense », que j'ai vu se préparer lorsque j'étais à la tête de la direction de la coopération européenne au Quai d'Orsay. C'est une initiative à l'origine largement française, la France estimant nécessaire de disposer d'une législation communautaire pour favoriser le développement d'une concurrence plus loyale au sein de l'Union européenne.

Il s'agissait tout d'abord de simplifier le régime des autorisations d'exportations, morcelé entre 27 systèmes distincts, alors même que de plus en plus d'entreprises atteignaient une dimension transnationale. Le système antique des licences finissait par constituer un désavantage comparatif. Il s'agissait également de limiter l'utilisation massive par certains États membres de l'article 346 permettant de soustraire des achats d'armement à la concurrence. C'est ensuite en tant que secrétaire général des affaires européennes que j'ai eu à connaître de la négociation de ces deux directives. Sur la première, relative à la circulation des biens de défense, l'inquiétude était de ne pas transférer au niveau européen une compétence juridique sur le système de contrôle des exportations, qui devait rester de la compétence des États membres. Cette crainte, partagée tant par le ministère de la défense que par les industriels, a été écartée. Le système de licences proposé par la directive reste en effet sous contrôle des États membres. Aucune compétence n'a été transférée par ce texte au niveau communautaire. A tout instant, les États ont juridiquement le contrôle sur ce qui se fait dans le domaine de l'import et de l'export d'armements sur leur territoire. Les services juridiques du Conseil comme de la Commission, ont, du reste, affirmé que le texte ne donnait à l'Europe aucune compétence en matière de contrôle des exportations.

Pour la directive sur les marchés publics de défense, l'objectif - consensuel- était d'introduire plus de transparence dans les marchés passés par les autres États membres, tout en gardant naturellement la possibilité d'exclusion des marchés sensibles et tout en continuant à exclure tout programme de recherche cofinancé avec d'autres États européens, ainsi que ses phases ultérieures. Enfin, il s'agissait de prévoir de larges possibilités de sélection des soumissionnaires, sur le fondement d'exigences relatives à la sécurité d'approvisionnement, en particulier sur la base de la localisation des activités hors de l'Union européenne. Cette feuille de route a été intégralement respectée lors des négociations sous présidence française de l'Union européenne. A la fin des négociations toutefois, une partie des intervenants français a demandé d'inscrire plus clairement dans la directive une clause de préférence communautaire. Cette demande, formulée en fin de négociation, et soutenue par plusieurs parlementaires européens, n'a pas pu rencontrer l'assentiment de nos partenaires européens, dans la mesure où la grande majorité d'entre eux ne sont pas producteurs d'armement et n'ont pas de réflexe immédiat d'achat européen -certains d'entre eux ayant au contraire pour

habitude d'acheter américain-. Il faut noter à cet égard que, depuis 2008, la situation a évolué ; la Pologne est en particulier aujourd'hui plus réceptive au principe d'une défense européenne forte qu'elle ne l'était probablement à l'époque.

Sans aller jusqu'à la nette affirmation d'une préférence communautaire, la directive sur les marchés publics de défense contient toutefois, grâce à l'action déterminée et efficace des représentants français lors des négociations, de nombreux critères et conditions permettant d'écarter des soumissionnaires ne répondant pas aux exigences de sécurité et de fiabilité propres à ces marchés.

Tout d'abord, certains marchés peuvent être exclus de la mise en concurrence en vertu de l'article 13 de la directive : marchés sensibles, marchés entre gouvernements, marchés de recherche et de développement dès lors qu'ils concernent deux États membres, marchés de renseignements...

La directive permet également d'exclure de la participation à un marché des opérateurs économiques, sur des critères assez larges, comme par exemple celui défini dans son article 39.2.e), s'il est établi par quelque preuve que ce soit, y compris par des sources de données protégées, qu'un opérateur n'apporte pas de garantie suffisante de fiabilité pour la sécurité des États membres. Cette clause offre une large marge d'interprétation.

La directive contient également des conditions strictes d'exécution du marché (article 20) telles que la sécurité de l'information (article 22) ou la sécurité d'approvisionnement (article 23). Formulées en termes larges, ces conditions s'appliquent à tous y compris aux sous-traitants. La transposition par voie réglementaire de ces dispositions dans le corpus juridique français donnera une certaine latitude au pouvoir adjudicateur : en particulier, au titre de la sécurité d'approvisionnement, les articles 23 et l'article 42 h) de la directive prévoient que les critères de sélection peuvent inclure les sources d'approvisionnement, avec une indication de la localisation de la production, tant du soumissionnaire que de ses sous-traitants. Un doute sur ses capacités techniques à fournir, en cas d'accroissement des besoins ou en cas de crise, pourra ainsi conduire à écarter un soumissionnaire.

Les critères d'attribution des marchés (articles 47a et 47b), enfin, offrent là aussi une certaine liberté puisque, loin d'être le premier critère, le prix ne vient au contraire qu'en second, la définition de l'offre économiquement la plus avantageuse pouvant se fonder « par exemple » -terme qui ouvre encore le champ des possibles- sur la qualité, la valeur technique, le coût d'utilisation sur tout le cycle de vie, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité -tous critères favorisant, de fait, les soumissionnaires européens-.

Lors de son adoption, la directive fut d'ailleurs perçue comme pleinement satisfaisante par la majorité des intervenants français en raison notamment des nombreuses marges de manœuvres qu'elle ouvrait au pouvoir adjudicateur.

S'agissant de la clause de préférence communautaire et de l'exigence de la réciprocité dans l'ouverture des marchés, c'est finalement grâce au Parlement européen, qu'a pu être renforcée, dans le considérant 18, une formulation permettant tout à la fois de rappeler l'exclusion des marchés de défense du champ

de l'organisation mondiale du commerce (OMC) mais aussi, dans son deuxième alinéa, de rappeler la possibilité pour un État membre de conserver le pouvoir de décider l'ouverture ou non de leurs marchés de défense aux agents économiques des pays tiers. Cette formulation consacre en quelque sorte une certaine préférence communautaire même si, figurant dans un considérant à caractère non normatif, c'est une victoire politique. En quelque sorte, on a résolu le problème en affirmant qu'il est résolu, les États membres ayant déjà le droit d'exclure une entreprise non communautaire.

Dans ce contexte, nous avons jugé préférable de transposer aussi le considérant 18 dans le projet de loi soumis à l'examen du Sénat, dans son article 37-2.

Mais j'attire votre attention sur le risque juridique qui s'attacherait à introduire dans le droit français des critères d'exclusion ne figurant pas explicitement dans les articles de la directive. La jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne considère par exemple qu'une base légale écrite dans la directive est nécessaire pour pouvoir restreindre les marchés aux seules entreprises communautaires. Or, et on peut le regretter, la directive ne définit pas ce qu'est l'entreprise communautaire. Dès lors, la jurisprudence de la Cour retiendra la définition la plus large, c'est-à-dire toute entreprise établie dans l'U.E. Une telle clause ne figurant pas dans la directive, il ne serait pas judicieux de l'introduire dans le droit français. De la même façon, une transposition dans le droit français qui aurait pour effet de pouvoir interdire des sous-traitants non communautaires serait juridiquement fragile -ne serait-ce que parce qu'elle pourrait conduire à disqualifier certaines offres provenant d'autres États membres. Il est préférable de se fonder sur les nombreux critères énumérés dans les articles de la directive pour exclure certains soumissionnaires. Cette démarche est la seule à même d'assurer la sécurité juridique des marchés. Le gestionnaire d'un marché public doit être sûr de la conformité du droit national par rapport au droit communautaire et qu'il ne prend pas le risque d'une annulation par le juge -qui est en premier lieu un juge national.

L'article 37-2 du projet de loi tel qu'il est rédigé actuellement me semble remplir pleinement ce critère de sécurité juridique. Il laisse une grande marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, sans pour autant violer ni la directive, ni le traité. Je voudrais terminer en rendant hommage au ministère de la défense, qui a effectué tout au long des négociations des deux directives un remarquable travail de persuasion et de conviction, qui a porté tous ses fruits.

M. Josselin de Rohan, président - Merci pour votre exposé très clair qui nous offre de nouveaux repères. Nous craignons que la Commission européenne ne considère que c'est à elle qu'il revient d'autoriser ou non l'ouverture d'un marché à des tiers non européens : qu'en est-il à votre avis ? L'absence de caractère normatif d'un considérant conduira nécessairement la Cour de justice à en écarter l'application. Confirmez-vous cette analyse ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - En effet, les dispositions du considérant 18 ne sont pas normatives. Un justiciable ne pourra s'en prévaloir devant la Cour de justice. Ce considérant s'apparente donc plutôt à une victoire politique. Néanmoins, ce considérant affirme que la directive

ne change rien au pouvoir préexistant des Etats d'interdire des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union, et c'est un élément important. Si le projet de loi de transposition fonde les pouvoirs des entités adjudicatrices pour écarter de tels opérateurs sur les nombreuses possibilités contenues par la directive, la Commission ne pourra que souscrire au dispositif français de transposition. C'est ce que m'ont confirmé de nombreux contacts informels avec ses services.

M. André Dulait - Qu'est-ce qui interdirait de transposer en droit français le considérant 18 ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Rien ne l'interdit, c'est même ce que le Gouvernement vous propose. Mais en cas de contradiction entre un considérant et les articles de la directive, la Cour de justice fera toujours prévaloir le texte même de la directive. Il ne faut jamais l'oublier.

L'article 37-2 du projet de loi propose bien une transcription de ce considérant 18. Du point de vue juridique, la formulation positive ou négative de la phrase (« peut autoriser » plutôt que « peut interdire ») n'a pas d'impact réel. Mais de mon point de vue, l'exclusion d'une entreprise d'un marché sera d'autant plus solide qu'elle se fondera sur les nombreux autres critères fixés par la directive. D'autant qu'il y a justement de nombreux cas d'exclusion possible dans la directive.

M. Josselin de Rohan, président - Comment se prémunir contre les « faux nez », c'est-à-dire les sociétés « boîtes aux lettres », domiciliées dans un Etat membre mais n'y ayant pas d'activité réelle et cachant en réalité des entreprises de pays tiers appartenant d'ailleurs la plupart du temps à des Etats qui n'ouvrent pas leurs marchés de défense à la concurrence européenne ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Si nous avons pu écrire dans cette directive que l'entreprise soumissionnaire devait être une authentique entreprise européenne, nous n'aurions pas eu de problèmes. On l'a du reste fait dans d'autres secteurs, par exemple celui des transports. Mais il n'y a pas eu, dans le cas des marchés de défense, de majorité qualifiée d'Etats membres pour le souhaiter. C'est pourquoi, à la place d'une définition précise de l'opérateur économique européen nous avons eu le considérant 18, sans autre précision. Permettez-moi néanmoins d'insister sur le fait que d'autres critères introduits dans la directive par les négociateurs français permettent, en fait, de produire le même effet. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur dispose d'un critère de sécurité d'approvisionnement, qui inclut la localisation géographique des chaînes de montage, ou encore d'un critère de la « fiabilité » d'un soumissionnaire, il a la possibilité de choisir réellement l'entreprise contractante.

M. Jean Besson - La Pologne dispose de la quatrième armée en Europe et avait jusqu'à présent un tropisme américain pour ses achats d'armements. Vous parlez d'une évolution. Elle serait bienvenue. Pouvez-vous préciser ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - L'évolution politique de la Pologne ne fait aucun doute à cet égard. Le choc résultant du refus de déployer un radar d'alerte avancée dans le cadre de la défense anti-missile a certainement joué un rôle dans cette évolution. Il reste naturellement beaucoup de chemin à parcourir, mais la volonté politique de la

Pologne de renforcer la politique européenne de défense et la base industrielle de défense européenne ne fait désormais plus aucun doute. C'est un grand changement.

M. Josselin de Rohan, président - Les compensations exigées dans le cadre de certains marchés de défense présentent un caractère anticoncurrentiel. Sont-elles réellement condamnées par la directive ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Les compensations, ou « offsets », sont interdites, ce qui a d'ailleurs fait grand bruit lors de la négociation de la directive, le sujet divisant à vrai dire les industriels à l'époque. Il y a même eu, si je me souviens bien, un « lobbying » de certains industriels européens pour ajouter des dispositions à ce sujet en fin de négociation, mais sans succès. Les industriels français étaient eux-mêmes probablement divisés sur la question. Le fait est qu'effectivement on ne peut pas s'en servir, ce qui était, me semble-t-il, le souhait majoritaire de l'industrie française.

M. Josselin de Rohan, président - On peut craindre que nos concurrents américains utilisent les compensations qu'ils offrent aux acheteurs européens de leurs armements comme un argument de vente supplémentaire... Pour ce qui est de la transposition de la directive dans les autres Etats membres, pouvez-vous nous éclairer sur les orientations retenues ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Nous avons peu de visibilité sur l'état de la transposition chez nos partenaires européens. La direction générale de l'armement a toutefois eu des contacts très utiles avec l'Allemagne et la Grande-Bretagne. Premier constat : le débat sur la préférence communautaire ne semble pas vraiment exister dans d'autres Etats que la France. Au Royaume-Uni, le droit de recours des entreprises de pays tiers hors UE écartées d'un marché semble moins large qu'en droit français. En Allemagne, la transposition se passe, d'après mes informations, sans polémique particulière. Ces deux pays semblent considérer que la directive présente un potentiel d'interprétation suffisant pour qu'il n'y ait pas de problème.

M. Josselin de Rohan, président - Avez-vous des éléments sur l'état de la transposition en Italie ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Pas pour l'instant. Je voudrais un instant revenir sur l'une des motivations des rédacteurs de la directive. Le ministère de la défense avait de vraies raisons de pousser à l'élaboration de normes communautaires, dans la mesure où certains Etats membres abusaient manifestement de l'utilisation de l'article 346 du traité qui permet de soustraire un marché de la concurrence. Tôt ou tard, la Cour de justice aurait sanctionné ces violations manifestes et on pouvait craindre, à l'inverse, que le champ d'application de l'article 346 ne soit alors réduit à l'excès par la Cour. L'idée d'anticiper ce mouvement de réduction en établissant une directive sur les marchés publics de défense était une excellente idée.

M. Josselin de Rohan, président - Quelles sont les chances de voir un jour émerger réellement un marché européen de la défense ?

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - L'existence de la directive va forcément encourager les juristes de tous les ministères à s'y référer et à justifier de plus en plus précisément pourquoi ils n'ont pas recours à la transparence et à la procédure négociée qui deviennent en quelque sorte la norme. Le texte est là. Les pouvoirs adjudicateurs ne pourront plus dire : « c'est le 346 comme d'habitude ». En outre, le rapprochement historique franco-britannique en matière de défense va accélérer et accompagner le mouvement d'eupéanisation des industries de défense, dans un contexte économique et budgétaire qui rend cette dynamique indispensable. J'ajoute que la Commission veillera certainement mieux à ce qu'il n'y ait plus de recours abusif en Europe à l'article 346. La France y a tout intérêt puisqu'elle en fait quant à elle une application raisonnable. Tout cela devrait conduire à une ouverture raisonnable des marchés.

M. Josselin de Rohan, président - L'expérience de l'A400M a montré la voie en matière de coopération transnationale. Il faut espérer que cette dynamique se poursuive.

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Le transnational avait des avantages stratégiques et politiques mais avait, à tort ou à raison, la réputation de coûter plus cher que de réaliser les programmes tout seul. La coopération franco-britannique nous fait entrer dans une ère nouvelle, celle d'une coopération se déroulant dans un contexte budgétaire très contraint, tout en faisant des avancées technologiques et sans perdre en compétence. On ne fera pas la coopération franco-britannique comme on a fait les autres coopérations.

M. Josselin de Rohan, président - Les industriels européens craignent la concurrence américaine, d'autant qu'il n'y a pas d'équivalent en Europe du « buy American Act ». La disproportion des moyens consacrés à la recherche et au développement de part et d'autre de l'Atlantique constitue un handicap majeur. Les règles américaines sont telles qu'il est même difficile de vendre un avion de transport aux américains, puisqu'il faut disposer sur le sol américain de filiales totalement contrôlées par des ressortissants américains, c'est la règle dite des « proxy boards », en plus de déployer sa production sur place... La situation est différente en Europe, je pense en particulier à une entreprise espagnole qui est un cheval de Troie américain...

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - Toutes ces craintes, pour légitimes qu'elles soient, n'ont rien à voir avec la directive, qui contient les bons outils pour exclure des ressortissants non communautaires si ceux-ci violent les dispositions de bon sens telles que la sécurité d'information, la sécurité d'approvisionnement ou si leur fiabilité est mise en défaut en ce qui concerne la sécurité nationale... Je rappelle que les petits Etats membres non producteurs d'armements n'ont pas souhaité inclure dans la directive de clause de réciprocité ; il n'était pas possible de les y contraindre.

M. Josselin de Rohan, président - Il me semble toutefois indispensable de lever les ambiguïtés actuelles sur la possibilité d'exclusion d'un marché public français d'entreprises « faux nez » de ressortissants non communautaires. Nos industriels ne sont pas convaincus que la directive leur offre assez de garanties à cet égard.

M. Gilles Briatta, secrétaire général aux affaires européennes - La transposition est un exercice forcément contraint puisqu'il faut rester dans le cadre de la directive, sauf à introduire un important facteur d'insécurité juridique. On ne peut exclure les faux-nez en introduisant dans le texte une définition de l'entreprise communautaire que la directive ne contient pas. Il est indispensable d'utiliser les critères de la directive, que tout juge, national ou européen, fera primer, en cas de discordance, sur les dispositions du projet de loi. La transposition nationale doit donner à notre ministère de la défense et à nos industriels la sécurité juridique dont ils ont besoin.

TABLEAU COMPARATIF

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
Code de la défense	Projet de loi relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité	Projet de loi relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité
	CHAPITRE 1ER	CHAPITRE 1ER
	Dispositions relatives au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés et à la transposition de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté	Dispositions relatives au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés et à la transposition de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté
	Article 1er	Article 1er
<i>Art. L. 2332-8</i> – La surveillance technique des travaux confiés à l'industrie par le ministère de la défense demeure dans les attributions des services de fabrication ou de construction de ce ministère.	I. – Il est inséré après l'article L. 2332-8 du code de la défense, un article L. 2332-8-1 ainsi rédigé :	Sans modification
	« <i>Art. L. 2332-8-1.</i> - Les canons d'arme de guerre fabriqués en France sont soumis à des épreuves constatées par l'application d'un poinçon. »	
	II. – Le chapitre V du titre III du livre III de la deuxième partie législative du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :	

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>—</p> <p>DEUXIÈME PARTIE</p> <p>Régimes juridiques de défense</p>		
<p>LIVRE III</p> <p>Régimes juridiques de défense d'application permanente</p>		
<p>TITRE III</p> <p>Matériels de guerre, armes et munitions</p>		
<p>CHAPITRE V</p> <p>Importations et exportations</p>	<p>« CHAPITRE V</p> <p>« Importations et exportations - Transferts au sein de l'Union européenne</p> <p>« SECTION 1</p> <p>« Autorisations d'importation et dérogations</p>	
<p><i>Art. L. 2335-1</i> – L'importation des matériels des 1^{re}, 2^e, 3^e, 4^e, 5^e et 6^e catégories est prohibée. Des dérogations à cette prohibition peuvent être établies par décret. Dans ce cas, l'importation est subordonnée à l'obtention d'une autorisation d'importation délivrée dans des conditions définies par l'autorité administrative.</p>	<p>« <i>Art L. 2335-1. - I. -</i> L'importation sans autorisation préalable des matériels des 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}, 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} catégories mentionnés à l'article L. 2331-1 provenant des États non membres de l'Union européenne est prohibée.</p>	
<p>Aucun des matériels des 1^{re} ou 4^e catégories d'origine étrangère dont l'importation en France serait prohibée ne peut figurer dans une vente publique à moins d'avoir été au préalable rendu impropre à son usage normal.</p>	<p>« Un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à cette prohibition et les conditions dans lesquelles une autorisation d'importation peut être délivrée.</p>	
	<p>« II. – Aucun des matériels des première ou quatrième catégories mentionnés à l'article L. 2331-1 dont l'importation en France est prohibée ne peut figurer dans une vente publique à moins d'avoir été au préalable rendu impropre à son usage normal.</p>	
	<p>« III. - Aucun importateur des</p>	

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. L. 2335-2</i> – Il n'est accepté aucune commande en vue de l'exportation des matériels désignés à l'article L. 2335-3 sans agrément préalable donné dans des conditions fixées par l'autorité administrative. Il n'est pas non plus, sans le même agrément, procédé, aux fins de cession ou de livraison ultérieures à l'étranger, à aucune présentation ni à aucun essai de ceux de ces matériels désignés ci-dessus, qui sont définis par ladite autorité. Il en est de même pour la cession des licences commerciales de fabrication et de tous les documents nécessaires pour l'exécution des fabrications. Les prescriptions du présent article ne font pas obstacle à l'application, s'il y a lieu, des dispositions du chapitre 1er du livre IV</p>	<p>matériels appartenant aux quatre premières catégories mentionnées à l'article L. 2331-1 ne peut obtenir une autorisation d'importation s'il n'est pas déjà titulaire de l'autorisation prévue au I de l'article L. 2332-1.</p> <p>« Les personnes non titulaires de cette autorisation peuvent, à titre exceptionnel, demander à bénéficier d'une autorisation d'importation des matériels des quatre premières catégories dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.</p> <p>« IV. - L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, suspendre, modifier, abroger ou retirer les autorisations d'importation qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans l'autorisation.</p> <p>« SOUS-SECTION 2</p> <p>« Autorisations d'exportation et dérogations</p> <p>« <i>Art. L. 2335-2.</i> - L'exportation sans autorisation préalable de matériels de guerre et matériels assimilés vers des États non membres de l'Union européenne est prohibée.</p> <p>« L'autorité administrative définit la liste de ces matériels de guerre et matériels assimilés soumis à autorisation préalable, ainsi que les dérogations à cette autorisation.</p>	

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>du code pénal.</p>	<p>« Art. L. 2335-3. - I. - L'autorisation préalable d'exportation, dénommée licence d'exportation, est accordée par l'autorité administrative, sous l'une des formes suivantes :</p> <p>« 1° Des arrêtés dénommés « licences générales d'exportation », comportant des listes de matériels autorisant directement tout exportateur établi en France remplissant certaines conditions définies par l'autorité administrative, à expédier ces matériels vers une ou plusieurs catégories de destinataires situés dans un État non membre de l'Union européenne ;</p> <p>« 2° Des licences globales d'exportation, faisant l'objet d'une notification, autorisant, à sa demande, un exportateur établi en France à expédier des matériels de guerre et matériels assimilés spécifiques à un ou plusieurs destinataires identifiés, situés dans un État non membre de l'Union européenne, pour une durée déterminée, sans limite de quantité ni de montant ;</p> <p>« 3° Des licences individuelles d'exportation, faisant l'objet d'une notification, autorisant, à sa demande, un exportateur établi en France à expédier, en une ou plusieurs fois, un ou plusieurs matériels de guerre et matériels assimilés à un destinataire situé dans un État non membre de l'Union européenne.</p> <p>« Les licences d'exportation peuvent comporter des conditions ou des restrictions concernant l'utilisation finale de ces matériels.</p> <p>« II. - Les licences générales d'exportation autorisent tout exportateur établi en France à effectuer des exportations de matériels de guerre et matériels assimilés, y compris toutes les opérations commerciales préalables.</p> <p>« III. - Les licences globales et les licences individuelles d'exportation autorisent un exportateur établi en France à procéder à l'exportation de matériels de guerre et matériels</p>	

Textes en vigueur

—

Texte du projet de loi

—

**Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique**

—

Art. L. 2335-4 – Tous les canons d'armes de guerre destinés au commerce extérieur sont soumis à des épreuves constatées par l'application d'un poinçon. Ces canons reçoivent, en outre, une marque dite d'exportation. Le régime et le tarif des épreuves et des marques sont déterminés par décret s'il y a lieu.

assimilés y compris toutes les opérations commerciales préalables.

« IV. - Les opérations préalables mentionnées au II et au III comprennent la communication d'informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, l'acceptation d'une commande ou la signature d'un contrat.

« À la demande de l'exportateur ou lorsque l'autorité administrative l'estime nécessaire, compte tenu de l'opération d'exportation, l'autorisation peut être limitée à la communication d'informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, à l'acceptation d'une commande ou à la signature d'un contrat.

« V. - Aucun exportateur des matériels appartenant aux quatre premières catégories mentionnées à l'article L. 2331-1 ne peut utiliser une licence générale d'exportation ou obtenir une licence globale ou individuelle d'exportation s'il n'est pas déjà titulaire de l'autorisation prévue au I de l'article L. 2332-1.

« Les personnes non titulaires de cette autorisation peuvent, à titre exceptionnel, demander à bénéficier d'une licence générale, globale ou individuelle d'exportation des matériels des quatre premières catégories.

« VI. - Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« *Art. L. 2335-4.* - L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par un décret en Conseil d'État, suspendre, modifier, abroger ou retirer les licences d'exportation qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans la licence.

« SOUS-SECTION 3

« **Obligations des exportateurs et des**

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

importateurs

« Art. L. 2335-5. - Les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés informent le ministre de la défense, dans un délai fixé par voie réglementaire, de leur intention d'utiliser une licence générale d'exportation pour la première fois.

« Les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés informent les destinataires des conditions dont est assortie la licence d'exportation, ainsi que, le cas échéant, des restrictions dont elle fait l'objet concernant l'utilisation finale de ces matériels ou leur réexportation. Ces conditions et restrictions doivent être reproduites dans le contrat ou dans tout acte liant les parties.

« Art. L. 2335-6. - Les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés tiennent, dans des conditions déterminées par l'autorité administrative, un registre des exportations qu'ils ont effectuées.

« Le registre des exportations, ainsi que l'ensemble des documents commerciaux nécessaires à leur réalisation, sont conservés pendant dix ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle l'exportation a eu lieu.

« Les exportateurs sont également tenus de transmettre à l'administration un compte rendu des prises de commande et des exportations effectuées. Les importateurs sont tenus de transmettre à l'administration un compte rendu des importations effectuées. L'autorité administrative définit le contenu de ce document, la périodicité de sa transmission et la liste des catégories de matériels concernées par cette obligation.

« L'autorité administrative définit en outre les obligations spécifiques qui s'appliquent aux exportateurs sollicitant une licence globale d'exportation.

« Sans préjudice des compétences du ministre chargé des douanes, le ministre de la défense

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

exerce le contrôle du respect des obligations définies ci-dessus.

« Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« *Art. L. 2335-7.* - Lors du dépôt d'une demande de licence d'exportation, les exportateurs de matériels de guerre et matériels assimilés qu'ils ont reçus au titre d'une licence de transfert publiée ou notifiée par un autre État membre de l'Union Européenne et faisant l'objet de restrictions à l'exportation, déclarent à l'autorité administrative qu'ils ont respecté ces restrictions ou, le cas échéant, qu'ils ont obtenu l'accord de cet État membre. Les modalités de cette déclaration sont fixées par l'autorité administrative.

« SECTION 2

« **Transferts de produits liés à la défense au sein de l'Union européenne**

« SOUS-SECTION 1

« **Définitions**

« *Art. L. 2335-8.* - On entend par « transfert » toute transmission ou mouvement de produits liés à la défense d'un fournisseur situé en France vers un destinataire situé dans un autre État membre de l'Union européenne ou d'un fournisseur situé dans un autre État membre vers un destinataire situé en France.

« On entend par « fournisseur » la personne physique ou morale établie en France responsable d'un transfert.

« On entend par « destinataire » la personne physique ou morale établie en France ou sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne et qui est responsable de la réception d'un transfert.

« On entend par « licence de transfert » une autorisation publiée ou notifiée par l'autorité administrative et permettant à un fournisseur établi en

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

France de transférer des produits liés à la défense à un destinataire situé dans un État membre de l'Union européenne.

« SOUS-SECTION 2

« Autorisations de transfert et dérogations

« *Art. L. 2335-9.* - Le transfert de produits liés à la défense effectué depuis la France vers les autres États membres de l'Union européenne est soumis à autorisation préalable mentionnée à l'article L. 2335-10.

« L'autorité ministérielle compétente définit la liste des produits liés à la défense soumis à autorisation préalable conformément à l'annexe de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté.

« *Art. L. 2335-10.* - I. - L'autorisation préalable de transfert, dénommée licence de transfert, est accordée par l'autorité administrative en tenant compte notamment de la sensibilité de l'opération ou de la catégorie d'opérations, sous l'une des formes suivantes :

« 1° Des arrêtés dénommés « licences générales de transfert », comportant des listes de produits autorisant directement tout fournisseur établi en France à effectuer le transfert de ces produits, vers une ou plusieurs catégories de destinataires situés dans un autre État membre de l'Union européenne ;

« 2° Des licences globales de transfert, faisant l'objet d'une notification, autorisant, à sa demande, un fournisseur établi en France, à effectuer des transferts de produits liés à la défense spécifiques à un ou plusieurs destinataires identifiés, situés dans un autre État membre de l'Union européenne, pour une durée déterminée sans limite de quantité ni de montant ;

« 3° Des licences individuelles

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

**Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique**

de transfert, faisant l'objet d'une notification, autorisant à la demande d'un fournisseur établi en France à effectuer le transfert en une ou plusieurs expéditions, d'un ou plusieurs produits liés à la défense, à un destinataire situé dans un autre État membre de l'Union européenne .

« Les licences de transfert peuvent comporter des conditions ou des restrictions concernant l'utilisation finale de ces produits ou leur exportation hors du territoire de l'Union européenne.

« II. - Les licences générales de transfert autorisent tout fournisseur à effectuer des transferts de produits liés à la défense y compris toutes les opérations commerciales préalables.

« III. - Les licences globales et les licences individuelles de transfert autorisent un fournisseur à procéder au transfert de produits liés à la défense, y compris toutes les opérations commerciales préalables.

« IV. - Les opérations préalables mentionnées au II et au III comprennent la communication d'informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, l'acceptation d'une commande ou la signature d'un contrat.

« À la demande du fournisseur, ou lorsque l'autorité administrative l'estime nécessaire compte tenu de la nature des informations en cause, l'autorisation peut être limitée à la communication de certaines informations dans le cadre de la négociation d'un contrat, à l'acceptation d'une commande ou à la signature d'un contrat.

« V. - Les licences de transfert publiées ou notifiées par un État membre de l'Union européenne autorisent l'entrée ou le passage par le territoire national, sous réserve de l'application de dispositions nécessitées par les exigences de la protection de la sécurité publique, de l'ordre public ou de la sécurité des transports.

« VI. - Aucun fournisseur des matériels appartenant aux

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

quatre premières catégories mentionnées à l'article L. 2331-1 ne peut utiliser une licence générale de transfert ou obtenir une licence globale ou individuelle de transfert s'il n'est pas déjà titulaire de l'autorisation prévue au I de l'article L. 2332-1.

« Les personnes non titulaires de cette autorisation peuvent, à titre exceptionnel, demander à bénéficier d'une licence générale, globale ou individuelle de transfert des matériels des quatre premières catégories.

« VII. - Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« *Art. L. 2335-11.* - L'autorité administrative peut accorder des dérogations à l'obligation d'autorisation préalable mentionnée à l'article L. 2335-10 lorsque :

« 1° Le fournisseur ou le destinataire est une institution publique ou fait partie des forces armées ;

« 2° Les livraisons sont effectuées par l'Union européenne, l'Organisation du traité de l'atlantique nord, l'Agence internationale de l'énergie atomique ou d'autres organisations intergouvernementales aux fins d'exécution de leur mission ;

« 3° Le transfert est nécessaire pour la mise en oeuvre d'un programme de coopération en matière d'armements entre États membres de l'Union européenne ;

« 4° Le transfert est lié à l'aide humanitaire en cas de catastrophe ou réalisé en tant que don dans le contexte d'une situation d'urgence ;

« 5° Le transfert est nécessaire dans le cadre d'opérations de réparation, d'entretien, d'exposition ou de démonstration.

« *Art. L. 2335-12.* - L'autorité administrative peut à tout moment, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, suspendre, modifier, abroger ou retirer les licences de transfert qu'elle a délivrées, pour des raisons de respect des engagements

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité, d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans la licence.

« SOUS-SECTION 3

« **Obligations des fournisseurs et des destinataires**

« *Art.* L. 2335-13. - Les fournisseurs de produits liés à la défense informent le ministre de la défense, dans un délai fixé par voie réglementaire, de leur intention d'utiliser une licence générale de transfert pour la première fois. L'autorité administrative peut exiger des informations supplémentaires sur les produits dont le transfert est envisagé.

« Les fournisseurs de produits liés à la défense informent les destinataires des conditions dont est assortie la licence de transfert, ainsi que, le cas échéant, des restrictions dont elle fait l'objet concernant l'utilisation finale de ces produits ou leur exportation hors du territoire de l'Union européenne. Ces conditions et restrictions doivent être reproduites dans le contrat ou dans tout acte liant les parties.

« *Art.* L. 2335-14. - Les fournisseurs de produits liés à la défense tiennent, dans des conditions déterminées par l'autorité administrative, un registre des transferts qu'ils ont effectués.

« Le registre des transferts, ainsi que l'ensemble des documents commerciaux nécessaires à leur réalisation, sont conservés pendant dix ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle le transfert a eu lieu.

« Les fournisseurs et les destinataires sont également tenus de transmettre à l'administration un compte rendu des prises de commande et des transferts effectués et reçus. L'autorité administrative définit le contenu de ce document, la périodicité de sa

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

transmission et la liste des catégories de produits concernées par cette obligation.

« Sans préjudice des compétences du ministre chargé des douanes, le ministre de la défense exerce le contrôle du respect des obligations définies ci-dessus.

« Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État. Celui-ci fixe, en particulier, les informations qui doivent figurer dans le registre mentionné au premier alinéa du présent article.

« *Art. L. 2335-15.* - Lorsque le transfert d'un produit en provenance d'un autre État membre de l'Union européenne est conditionné par cet État à la production d'une déclaration d'utilisation, le destinataire atteste que le produit lié à la défense qu'il acquiert doit être intégré dans ses propres produits et qu'il ne peut être ni transféré, ni exporté en l'état à partir du territoire français, sauf dans un but d'entretien ou de réparation.

« SOUS-SECTION 4

« **Certification**

« *Art. L. 2335-16.* - Les entreprises souhaitant être destinataires de produits liés à la défense transférés au titre des licences générales des autres États membres de l'Union européenne, sollicitent, auprès de l'autorité administrative, une certification attestant de leur fiabilité, notamment de leur capacité à appliquer les restrictions mentionnées au cinquième alinéa de l'article L. 2335-10.

« Les critères de certification sont définis par décret en Conseil d'État.

« SOUS-SECTION 5

« **Transferts soumis à une procédure spécifique**

« *Art. L. 2335-17.* - I. - Pour le contrôle de l'acquisition et de la

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

détention d'armes, de munitions et de leurs éléments, le transfert de certaines armes, munitions et leurs éléments acquis à titre personnel figurant sur une liste fixée par décret en Conseil d'État, ainsi que des armes, munitions et leurs éléments non considérés comme matériels de guerre figurant sur la même liste, est soumis à une autorisation préalable spécifique.

« Des dérogations à cette autorisation préalable peuvent être établies par l'autorité administrative.

« II. - L'autorité administrative peut à tout moment, suspendre, modifier, abroger ou retirer les autorisations préalables qu'elle a délivrées pour des raisons de respect des engagements internationaux de la France, de protection des intérêts essentiels de sécurité d'ordre public ou de sécurité publique, ou pour non respect des conditions spécifiées dans l'autorisation préalable.

« III. - Les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.

« *Art. L. 2335-18.* - I. - Est soumis à une autorisation préalable le transfert effectué depuis la France vers les autres États membres de l'Union européenne des matériels suivants :

« 1° Les satellites de détection ou d'observation, leurs équipements d'observation et de prises de vue, ainsi que leurs stations au sol d'exploitation, conçus ou modifiés pour un usage militaire ou auxquels leurs caractéristiques confèrent des capacités militaires ;

« 2° Les véhicules spatiaux, les autres satellites, leurs stations au sol d'exploitation, leurs équipements spécialement conçus ou modifiés pour un usage militaire ;

« 3° Les moteurs et système de propulsion spécialement conçus ou modifiés pour les matériels des 1° et 2° ;

« 4° Les fusées et les lanceurs spatiaux à capacité balistique militaire, leurs équipements et composants ainsi

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. L. 2331-1</i> – Les matériels de guerre, armes et munitions et éléments désignés par les dispositions du présent titre et relatives au régime des matériels de guerre, armes et munitions sont classés dans les catégories ci-après :</p> <p>(...)</p> <p>III. – Les matériels, appartenant ou non aux précédentes catégories, qui sont soumis à des restrictions ou à une</p>	<p>que les moyens spécialisés de production, d'essai et de lancement ;</p> <p>« 5° Les parties, composants, accessoires et matériels spécifiques d'environnement, y compris les équipements de maintenance, des matériels mentionnés aux 1°, 2° et 3° ;</p> <p>« 6° Les outillages spécialisés de fabrication des matériels mentionnés aux 1°, 2°, 3° et 4°.</p> <p>« L'autorisation est refusée lorsque le transfert est de nature à compromettre les intérêts essentiels de la sécurité.</p> <p>« II. - Les dispositions des articles L. 2335-12, L. 2335-13, L. 2335-14 et L. 2335-15 sont applicables aux transferts régis par le I.</p> <p>« III. - Un décret en Conseil d'État détermine les conditions et la procédure de délivrance de cette autorisation, ainsi que les éventuelles dérogations à cette obligation d'autorisation.</p> <p>« SOUS-SECTION 6</p> <p>« Dispositions communes</p> <p>« <i>Art. L. 2335-19.</i> - Les contestations en douane portant sur la prohibition d'importation, d'exportation ou de transfert, prévue au présent chapitre, peuvent être soumises à un comité siégeant auprès du ministre de la défense et tranchées par lui. L'organisation et le fonctionnement de ce comité sont déterminés par décret. »</p> <p>Article 2</p> <p>I. – Le III de l'article L. 2331-1 du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>« III. - Les matériels appartenant ou non aux précédentes catégories, qui sont soumis à des restrictions ou à une</p>	<p>Article 2</p> <p>I. – Non modifié</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>procédure spéciale pour l'importation ou l'exportation sont définis aux articles L. 2335- 1 et L. 2335- 3.</p>	<p>procédure spéciale pour l'importation ou l'exportation hors du territoire de l'Union européenne, ou le transfert au sein de l'Union européenne, sont définis au chapitre V du présent titre. »</p>	
<p>Les armes de toute espèce qui peuvent tirer des munitions utilisables dans des armes classées matériel de guerre, et les munitions de toute espèce qui peuvent être tirées dans des armes classées matériel de guerre sont considérées comme des matériels de guerre.</p>		
<p>Un décret énumère les matériels ou éléments de chaque catégorie et les opérations industrielles y afférentes rentrant dans le champ d' application du présent titre.</p>		
<p><i>Art. L. 2332-4</i> – Le contrôle est exercé sur place et sur pièces, suivant leurs attributions respectives, par les représentants des ministères intéressés et, notamment, en ce qui concerne le ministère de la défense, par des agents relevant du contrôle général des armées.</p>	<p>II. - Le premier alinéa de l'article L. 2332-9 du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes : « Les titulaires des autorisations mentionnées au I de l'article L. 2332-1 et des licences mentionnées aux sections 1 et 2 du chapitre V du présent titre sont tenus : »</p>	<p><i>II. – A l'article L. 2332-4 du code de la défense, le mot «représentants» est remplacé par les mots «agents habilités».</i></p>
<p><i>Art. L. 2332-9</i> – Les titulaires des autorisations prévues au I de l'article L. 2332-1 sont tenus :</p>		
<p>1° (...)</p>		
<p><i>Art. L. 2339-1</i> – Toute infraction aux prescriptions du présent titre peut être constatée par les agents des contributions indirectes et des douanes et par les autorités de police judiciaire qui en dressent procès-verbal.</p>		
<p>Ces infractions peuvent également être constatées par les agents relevant du contrôle général des armées qui possèdent, à cet effet, les attributions d'officier de police judiciaire et dont les procès-verbaux sont adressés au ministre de la défense.</p>		<p><i>III. – Le second alinéa de l'article L. 2339-1 du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :</i></p>
		<p><i>« Les agents du ministère de la défense habilités dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat peuvent également constater les infractions aux dispositions du présent titre ainsi qu'aux dispositions réglementaires prises pour leur application.</i></p>
		<p><i>« Les titulaires des autorisations et des licences définies dans le présent titre sont tenus de laisser pénétrer, dans toutes les parties de leurs locaux, les agents habilités de l'Etat.</i></p>
		<p><i>« Ils sont tenus de fournir les renseignements verbaux ou écrits et les comptes rendus demandés par ces mêmes agents.</i></p>

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

« Ils sont également tenus de n'apporter aucune entrave aux investigations nécessaires à l'exécution des missions des agents habilités. Ces investigations peuvent comporter, outre l'examen des lieux, des matériels et du système d'information, les recensements et les vérifications des comptabilités ou registres de toute espèce paraissant utiles.

« Les agents habilités de l'Etat qui ont connaissance à titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application du présent titre sont tenus au secret professionnel sous les peines définies à l'article 226-13 du code pénal.

« Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, les agents des douanes et les agents habilités du ministère de la défense mentionnés au présent article peuvent se communiquer spontanément tous les renseignements et documents détenus ou recueillis dans le cadre de leurs missions respectives.

« En cas d'infraction aux dispositions du présent titre, les services compétents du ministère de la défense adressent au procureur de la République les procès-verbaux des constatations effectuées. Une expédition est également transmise au ministre de la défense.

« Préalablement à tout acte de poursuite envisagé sur le fondement des dispositions du présent titre, le procureur de la République doit demander l'avis du ministre de la défense, par tout moyen dont il est fait mention dans la procédure, hormis en ce qui concerne les port, le transport et l'usage mentionnés au chapitre VIII du présent titre. Cet avis est donné dans un délai d'un mois, sauf cas d'urgence. La dénonciation ou l'avis figure au dossier de la procédure, à peine de nullité, sauf si cet avis n'a pas été formulé dans le délai précité ou en cas d'urgence.

« IV. – Les articles L. 2332-7 et L. 2332-9 du code de la défense, et le deuxième alinéa de l'article L. 2332-3

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. L. 2352-1</i> – La production, l'importation, l'exportation, le commerce, l'emploi, le transport et, la conservation et la destruction des produits explosifs sont subordonnés à un agrément technique et aux autorisations et contrôles nécessités par les exigences de la sécurité publique et de la défense nationale.</p>	<p>III. - Le premier alinéa de l'article L. 2352-1 du code de la défense est remplacé par les dispositions suivantes :</p>	<p><i>du code de la défense sont abrogés.</i> « V. – Le premier alinéa ... (le reste sans modification)</p>
<p>Les conditions dans lesquelles l'agrément technique et les autorisations sont accordés et les opérations de contrôle effectuées sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.</p>	<p>« La production, l'importation et l'exportation hors du territoire de l'Union européenne, le transfert entre États membres de l'Union européenne, le commerce, l'emploi, le transport et la conservation des produits explosifs sont subordonnés à un agrément technique et aux autorisations et contrôles nécessités par les exigences de la sécurité publique et de la défense nationale. »</p>	<p>Article 3</p>
<p><i>Art. L. 2339-3</i> – I.-Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros :</p>	<p>Article 3</p>	<p>Article 3</p>
<p>1° Le fait de contrevenir aux dispositions des II et III de l'article L. 2332-1, des articles L. 2332-6 et L. 2332-9, du premier alinéa de l'article L. 2332-10 et des articles L. 2335-2 et L. 2336-2 du présent titre ; (...)</p>	<p>I. –Au deuxième alinéa de l'article L. 2339-3 du code de la défense, les mots : « et des articles L. 2335-2 et L. 2336-2 du présent titre » sont remplacés par les mots : « et de l'article L. 2336-2 du présent titre ».</p>	<p>I. – Au deuxième alinéa de l'article L. 2339-3 du code de la défense, les mots « des articles L. 2332-6 et L. 2332-9, du premier alinéa de l'article L. 2332-10 et des articles L. 2335-2 et L. 2336-2 du présent titre ; » sont remplacés par les mots : « des articles L. 2332-6, du premier alinéa de l'article L. 2332-10 et des articles L. 2336-2 et L. 2339-1 du présent titre ».</p>
<p>CHAPITRE IX</p>	<p>II. - La section 5 du chapitre IX du titre III du livre III de la deuxième partie du code de la défense est modifiée ainsi qu'il suit :</p>	<p>II. – Alinéa sans modification</p>
<p>Dispositions pénales</p>	<p>1° L'intitulé de la section 5 est remplacé par l'intitulé suivant : « Section 5 - Sanctions pénales des importations, exportations et transferts » ;</p>	<p>1° Non modifié</p>
<p>Sanctions pénales des importations</p>	<p>2° L'article L. 2339-11 est modifié comme suit :</p>	<p>2° Alinéa sans modification</p>
<p><i>Art. L. 2339-11</i> – Est puni d'une amende de 3 750 euros et d'un emprisonnement de deux ans l'usage,</p>		

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>par une personne non qualifiée, du poinçon mentionné dans l'article L. 2335-4.</p>	<p>a) Au premier alinéa, les mots : « dans l'article L. 2535-4 » sont remplacés par les mots : « dans l'article L. 2332-8-1 » ;</p>	<p>a) Non modifié</p>
<p>Les contrefaçons d'un poinçon d'épreuve ou du poinçon d'exportation et l'usage frauduleux des poinçons contrefaisants sont punis d'une amende de 3 750 euros et d'un emprisonnement de cinq ans.</p>	<p>b) Au second alinéa, les mots : « ou du poinçonnage d'exportation » sont supprimés ;</p>	<p>b)) Au second alinéa, les mots : « ou du <i>poinçon</i> d'exportation » sont supprimés ;</p>
	<p>3° Après l'article L.2339-11 sont insérés les articles suivants :</p>	<p>3° Alinéa sans modification</p>
	<p>« Art. L. 2339-11-1. - Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 € :</p>	<p>« Art. L.2339-11-1 – Non modifié</p>
	<p>« 1° Sans préjudice de l'application du code des douanes, le fait de contrevenir aux dispositions des articles L. 2335-2, L. 2335-3, L. 2335-9 et L. 2335-10 et au I de l'article L. 2335-18 ;</p>	
	<p>« 2° Le fait de ne pas tenir ou de ne pas conserver durant le délai prévu le registre des exportations prévu à l'article L. 2335-6 et le registre des transferts effectués, mentionné à l'article L. 2335-14 ;</p>	
	<p>« 3° Le fait de ne pas présenter les registres des exportations ou les registres de transferts et aux agents visés à l'article L. 2339-1, à leur première demande ;</p>	
	<p>« 4° Le fait d'omettre, de manière répétée et significative, de renseigner une ou plusieurs des informations obligatoires des registres prévus aux articles L. 2335-6 et L. 2335-14.</p>	
	<p>« Art. L. 2339-11-2. - Est puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45 000 € :</p>	<p>« Art. L. 2339-11-2 – Alinéa sans modification</p>
	<p>« 1° Le fait de ne pas reproduire les mentions obligatoires prescrites au troisième alinéa de l'article L. 2335-5 ou au deuxième alinéa de l'article L. 2335-13 ;</p>	<p>« 1° Le fait de ne pas reproduire les mentions obligatoires prescrites au <i>deuxième</i> alinéa de l'article L. 2335-5 ou au deuxième alinéa de l'article L. 2335-13 ;</p>
	<p>« 2° Le fait pour le destinataire de transférer ou d'exporter des matériels non intégrés dans ses produits en violation de l'engagement prévu à l'article L. 2335-15 ;</p>	<p>« 2° Non modifié</p>
	<p>« 3° Le fait d'obtenir la licence</p>	<p>« 3° Non modifié</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p style="text-align: center;">—</p> <p style="text-align: center;">Code des douanes</p> <p><i>Art. 2 ter</i> – 1. S'effectuent selon les dispositions du présent code les importations et les exportations en provenance ou à destination d'un autre Etat membre de la Communauté</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p>d'exportation mentionnée à l'article L. 2335-7 à la suite d'une déclaration mensongère ou frauduleuse selon laquelle les restrictions à l'exportation de produits liés à la défense, reçus au titre d'une licence de transfert d'un État membre de l'Union européenne, ont été respectées ou levées par l'État membre d'origine ;</p> <p>« 4° Le fait pour un destinataire d'omettre ou de refuser de répondre aux demandes qui lui sont adressées par les agents mentionnés à l'article L. 2339-1 concernant les utilisateurs finaux et l'utilisation finale de tous les produits exportés, transférés ou reçus par l'entreprise au titre d'une licence de transfert d'un autre État membre de l'Union européenne.</p> <p>« <i>Art. L. 2339-11-3.</i> - Est puni d'une amende de 15 000 € :</p> <p>« 1° Le fait pour un fournisseur ou un exportateur de ne pas informer le ministre de la défense, dans le délai fixé, y compris par négligence, de son intention d'utiliser une licence générale d'exportation ou une licence générale de transfert pour la première fois ;</p> <p>« 2° Le fait de ne pas transmettre à l'autorité administrative la déclaration des matériels exportés mentionnée à l'article L. 2335-6 et la déclaration des matériels transférés mentionnée à l'article L. 2335-14.</p> <p>« <i>Art. L. 2339-11-4.</i> - Pour les infractions prévues aux articles L. 2339-11-1 et L. 2339-11-2, les personnes morales encourent :</p> <p>« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;</p> <p>« 2° Les peines mentionnées aux 2°, 4°, 5°, 8° et 9° de l'article 131-39 du code pénal. »</p> <p style="text-align: center;">Article 4</p> <p>I. – L'article 2 <i>ter</i> du code des douanes est abrogé.</p>	<p style="text-align: center;">—</p> <p>« 4° Non modifié</p> <p>« <i>Art. L. 2339-11-3.</i> – Non modifié</p> <p>« <i>Art. L. 2339-11-4.</i> – Non modifié</p> <p style="text-align: center;">Article 4</p> <p>I. – Non modifié</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>européenne, sous tous régimes, y compris le transit en France, des matériels de guerre et des matériels assimilés, ainsi que des poudres et substances explosives destinées à des fins militaires, ayant le statut de marchandises communautaires, et régis, respectivement, par les dispositions du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions et celles de la loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives.</p>		
<p>2. Par dérogation aux dispositions de l'article 215, les personnes qui détiennent ou transportent les biens définis au 1 ci-dessus doivent, à première réquisition des agents des douanes, produire soit les documents attestant que ces marchandises ont été régulièrement importées dans le territoire douanier, soit tout autre document justifiant de leur origine, émanant de personnes ou de sociétés régulièrement établies à l'intérieur du territoire douanier.</p>		
<p>3. Ceux qui ont détenu, transporté, vendu, cédé ou échangé lesdits biens et ceux qui ont établi les justifications d'origine sont également tenus de présenter les documents visés au 2 ci-dessus à toute réquisition des agents des douanes, formulée dans un délai de trois ans soit à compter du jour où les marchandises ont cessé d'être entre leurs mains, soit à partir de la délivrance des justifications d'origine.</p>		
<p><i>Art. 38 – (...)</i></p>		
<p>4. Au titre des dispositions dérogatoires prévues à l'article 2 bis, les dispositions du présent article sont applicables aux marchandises relevant des articles 2,3,4,5 et 19 de la loi n° 92-1477 du 31 décembre 1992 relative aux produits soumis à certaines restrictions de circulation et à la complémentarité entre les services de police, de gendarmerie et de douane aux substances classifiées en catégorie 1 par l'annexe I du règlement (CE) n° 273/2004 du Parlement européen et du</p>	<p>II. - À la première phrase du point 4 de l'article 38 du code des douanes, après les mots : « les dispositions du présent article sont applicables », sont ajoutés les mots : « aux produits liés à la défense dont le transfert est soumis à l'autorisation préalable prévue à l'article L. 2335-10 du code de la défense, aux produits chimiques du tableau 1 annexé à la Convention de Paris et mentionnés à l'article L. 2342-8 du code de la défense, aux matériels mentionnés à</p>	<p>II. – Non modifié</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>Conseil du 11 février 2004 relatif aux précurseurs de drogues, aux marchandises visées à l'article L. 5132-9 du code de la santé publique, aux médicaments à usage humain visés à l'article L. 5124-13 du code de la santé publique, aux micro-organismes et aux toxines mentionnés à l'article L. 5139-1 du code de la santé publique, aux médicaments à usage vétérinaire mentionnés à l'article L.5142-7 du code de la santé publique, aux marchandises présentées sous une marque contrefaisante ou incorporant un dessin ou modèle tel que mentionné à l'article L. 513-4 du code de la propriété intellectuelle et tel que visé par l'article 19 du règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil, du 12 décembre 2001, sur les dessins ou modèles communautaires, ainsi qu'aux produits sanguins labiles et aux pâtes plasmatiques mentionnés au 1° et au 2° de l'article L. 1221-8 du même code, au sang, ses composants et ses produits dérivés à des fins scientifiques mentionnés à l'article L. 1221-12, aux organes, tissus et leurs dérivés, cellules, gamètes et tissus germinaux issus du corps humain ainsi qu'aux préparations de thérapie cellulaire et aux échantillons biologiques mentionnés aux articles L. 1235-1, L. 1243-1, L.2141-11-1 et L. 1245-5 dudit code, aux tissus ou cellules embryonnaires ou foetaux mentionnés à l'article L. 2151-6 du même code, aux sources artificielles et naturelles de radionucléides définies à l'article L. 1333-1 du code de la santé publique et relevant des articles L. 1333-2 et L. 1333-4 du même code et aux déchets définis à l'article L. 541-1-1 du code de l'environnement dont l'importation, l'exportation ou le transit sont régis par les articles L. 541-40 à L. 541-42-2 du même code, ainsi que par les décisions des autorités communautaires prises en application de ce règlement. Les dispositions du présent article s'appliquent également aux objets de toute nature comportant des images ou des représentations d'un mineur à</p>	<p>l'article L. 2335-18 du code de la défense ainsi qu'aux produits explosifs destinés à des fins militaires régis par l'article L. 2352-1 du code de la défense, ».</p>	

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
caractère pornographique visées par l'article 227-23 du code pénal.		
(...)		
<i>Art. 95 – (...)</i>		
4. Le directeur général des douanes et droits indirects détermine par arrêté la forme des déclarations applicables aux opérations mentionnées à l'article 2 ter ainsi que la forme des déclarations autres que celles prévues par les règlements communautaires en vigueur. Il fixe également les énonciations qu'elles doivent contenir et les documents qui doivent y être annexés.	III. - Au 4 de l'article 95 du code des douanes, les mots : « la forme des déclarations applicables aux opérations mentionnées à l'article 2 ter ainsi que » sont supprimés.	III. – Non modifié
<i>Art. 419 – 1.</i> Les marchandises visées aux articles 2 ter, 215, 215 bis et 215 ter sont réputées avoir été importées en contrebande à défaut soit de justification d'origine, soit de présentation de l'un des documents prévus par ces mêmes articles ou si les documents présentés sont faux, inexacts, incomplets ou non applicables.	IV. - Au 1 de l'article 419 du code des douanes, les mots : « 2 ter, » sont supprimés.	IV. – Non modifié
2. Elles sont saisies en quelque lieu qu'elles se trouvent et les personnes visées aux 2 et 3 de l'article 2 ter, aux 1 et 2 de l'article 215, à l'article 215 bis et à l'article 215 ter sont poursuivies et punies conformément aux dispositions de l'article 414 ci-dessus.	V. - Au 2 de l'article 419 du code des douanes, les mots : « et les personnes visées aux 2 et 3 de l'article 2 ter » sont supprimés.	V. – Non modifié
(...)		
Code de la défense		
<i>Art. L. 2332-7 –</i> Les personnels mentionnés par l'article L. 2332-4, ainsi que les autres fonctionnaires officiers ou agents de l'Etat, qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application du présent titre sont tenus au secret professionnel sous les peines définies par l'article 226-13 du code pénal.	VI. - L'article L. 2332-7 du code de la défense est complété par l'alinéa suivant :	VI. – <i>Alinéa supprimé</i>
	« Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les agents des douanes et les agents mentionnés à l'article L. 2332-4 peuvent se communiquer spontanément tous les renseignements et documents détenus ou recueillis dans le cadre de leurs missions respectives. »	<i>Alinéa supprimé</i>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p align="center">—</p> <p>Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.</p>	<p align="center">CHAPITRE II</p> <p align="center">Dispositions relatives à la transposition de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.</p>	<p align="center">CHAPITRE II</p> <p align="center">Dispositions relatives à la transposition de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.</p>
<p><i>Art. 2</i> – Les marchés de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.</p>	<p align="center">Article 5</p> <p>L'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics est modifiée ainsi qu'il suit :</p> <p>1° À l'article 2 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) Il est ajouté les dispositions suivantes :</p> <p>« II. - Les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité sont les marchés et accords-cadres ayant pour objet :</p> <p>« 1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires, ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;</p> <p>« 2° La fourniture d'équipements</p>	<p align="center">Article 5</p> <p>Alinéa sans modification</p> <p>1° Non modifié</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. 3 – (...)</i> II. – Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles prévues par le code des marchés publics.</p>	<p>destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;</p> <p>« 3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement ; le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;</p> <p>« 4° Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires, ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;</p> <p>« 5° Des travaux, fournitures ou services mentionnés aux 1° à 4°, et des travaux, fournitures ou services qui n'y sont pas mentionnés, lorsque la passation d'un marché unique est justifiée pour des raisons objectives. »</p>	2° Non modifié
<p><i>Art. 4 – Les entités adjudicatrices soumises à la présente ordonnance sont : (...)</i></p>	<p>2° Au II de l'article 3, après les mots : « les règles », sont insérés les mots : « de passation ou d'exécution » ;</p> <p>3° À l'article 4 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) Il est ajouté les dispositions suivantes :</p> <p>« II. - Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les entités adjudicatrices d'appliquer</p>	3° Non modifié

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. 7</i> – Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou par les entités adjudicatrices définies à l'article 4 qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité instituant la Communauté européenne ;</p> <p>2° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de l'ordonnance ;</p> <p>3° Marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices sous réserve des dispositions du 2° du présent article.</p> <p>Sont également exclus les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par des banques centrales ;</p> <p>4° Marchés de services de recherche et de développement entièrement financés par un ou plusieurs</p>	<p>volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics. » ;</p> <p>4° L'article 7 est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>« <i>Art. 7.</i> - I. - Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, quel que soit leur objet, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>« 1° Marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;</p> <p>« 2° Marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;</p> <p>« 3° Marchés passés au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ;</p> <p>« 4° Marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris</p>	<p>4° Non modifié</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>pouvoirs adjudicateurs, ou une ou plusieurs entités adjudicatrices, pour autant que ceux-ci n'acquiescent pas la propriété exclusive des résultats pour leur usage ;</p> <p>5° Marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige ;</p> <p>6° Marchés passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale ;</p> <p>7° Marchés passés selon des règles de passation particulières et en vertu d'un accord international relatif au stationnement de troupes ;</p> <p>8° Marchés passés selon des règles de passation particulières et en vertu d'un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;</p> <p>9° Marchés qui ont pour objet l'achat d'oeuvres d'art, d'objets d'antiquité et de collection et marchés ayant pour objet l'achat d'objets d'art ;</p> <p>10° Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;</p> <p>11° Marchés de services concernant les contrats de travail.</p>	<p>un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers ;</p> <p>« 5° Marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;</p> <p>« 6° Marchés de service concernant les contrats de travail.</p> <p>« II. - Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés, autres que les marchés de défense ou de sécurité, qui présentent les caractéristiques suivantes :</p> <p>« 1° Marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec un contrat d'acquisition ou de location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application de</p>	

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

l'ordonnance ;

« 2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;

« 3° Marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige ;

« 4° Marchés qui ont pour objet l'achat d'oeuvres d'art, d'objets d'antiquité et de collection et marchés ayant pour objet l'achat d'objets d'art.

« III. - Les dispositions de la présente ordonnance ne sont pas applicables aux marchés de défense ou de sécurité qui présentent les caractéristiques suivantes :

« 1° Marchés de services financiers à l'exception des services d'assurance ;

« 2° Marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;

« La recherche et développement est définie comme l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques, et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication ; les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;

« 3° Marchés portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre,

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

**Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique**

lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État l'exige ;

« 4° Marchés pour lesquels l'application de la présente ordonnance ou du code des marchés publics obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'État ;

« 5° Marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement ;

« 6° Marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'État et un autre État membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° du II de l'article 2 ; lorsque seuls participent au programme des personnes relevant d'États membres, l'État notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque État membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;

« 7° Marchés passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne, et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;

« 8° Marchés ayant pour objet des travaux, fournitures ou services mentionnés au II de l'article 2, et des travaux, fournitures ou services n'entrant pas dans le champ de la présente ordonnance, lorsque la passation d'un marché global est justifiée pour des raisons objectives. » ;

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. 8</i> – Ne peuvent soumissionner à un marché passé par un pouvoir adjudicateur défini à l'article 3 ou par une entité adjudicatrice définie à l'article 4 :</p> <p>1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par les articles 445-1 et 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts ;</p> <p>(...)</p>	<p>5° À l'article 8 :</p> <p>a) Le 1° est remplacé par les dispositions suivantes :</p> <p>« 1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 226-13, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 413-9 à 413-12, 421-1 à 421-2-3, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 433-2, par le huitième alinéa de l'article 434-9, par le deuxième alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par les articles 445-1 et 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du code général des impôts, par les articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-9, L. 2339-11-1 à L.2339-11-3 du code de la défense »</p> <p>b) Après le 4°, il est inséré les dispositions suivantes :</p> <p>« 5° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes qui ont été sanctionnées par la résiliation de leur marché ou qui, par une décision de justice, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans, pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en doute ;</p> <p>« 6° Pour les marchés de défense ou de sécurité, les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen, et le cas échéant par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État. » ;</p> <p>6° Il est créé un article 37-1</p>	<p>5° Non modifié</p> <p>6° Il est créé un article 37-2</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p>sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat, lorsqu'ils achètent un véhicule à moteur au sens du 1° de l'article L. 110-1 du code de la route, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie.</p> <p>Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'économie détermine les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation du véhicule à moteur qu'il convient de prendre en compte ainsi que la méthodologie à appliquer s'il est envisagé de traduire ces incidences en valeur monétaire.</p>	<p>rédigé ainsi qu'il suit :</p> <p>« Art. 37-1. - I. - Pour les marchés de défense ou de sécurité, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter un opérateur économique proposé par le candidat ou le titulaire comme sous-contractant, pour l'un des motifs prévus à l'article 8 ou au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements.</p> <p>« Le sous-contractant est l'opérateur économique avec lequel le titulaire du marché conclut, aux fins de la réalisation de celui-ci, un contrat de sous-traitance au sens de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ou un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.</p> <p>« II. - Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. » ;</p> <p>7° Il est créé un article 37-2 rédigé ainsi qu'il suit :</p> <p>« Art. 37-2. - I. - Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut autoriser des opérateurs économiques n'ayant pas la qualité de ressortissant de l'Union européenne ou de ressortissants de la Confédération suisse ou d'un État partie à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité.</p> <p>« II. - Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. » ;</p>	<p>rédigé ainsi qu'il suit :</p> <p>« Art. 37-2 – I. Pour ...</p> <p>(le reste sans modification)</p> <p>7° Il est créé un article 37-3 rédigé ainsi qu'il suit :</p> <p>« Art. 37-3. – I. – Les marchés de défense ou de sécurité, exclus ou exemptés de l'Accord sur les Marchés Publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du Commerce, sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne ou d'un État partie à l'Espace économique européen.</p> <p>« II. – Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut toutefois autoriser, au cas par cas, des opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à une procédure de passation de marchés de défense ou de sécurité.</p> <p>« III. – La possibilité mentionnée au II prend notamment en compte les</p>

Textes en vigueur

Texte du projet de loi

Texte élaboré par la commission en
vue de l'examen en séance publique

impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable et les exigences de réciprocité.

« IV. – Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article. »

8° Il est créé un article 37-4 rédigé ainsi qu'il suit :

« Art. 37-4. – I. – Dans le cadre des marchés de défense ou de sécurité, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques, au regard, notamment, de l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose, pour exécuter le marché, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché, lorsque cette implantation se trouve hors du territoire de l'Union européenne.

« II. – En outre, afin de prendre en compte les objectifs de développement durable, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent ne pas accepter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques suffisantes au regard, notamment, des exigences environnementales préalablement définies.

« III. – Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article.

9° Il est créé un article 37-5 rédigé ainsi qu'il suit :

« Art. 37-5. – Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut imposer, notamment dans un marché de défense ou de sécurité, au titre des conditions d'exécution, que les

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. 38</i> – Les interdictions de soumissionner énumérées à l'article 8 et qui ne figurent pas dans le code des marchés publics sont applicables aux personnes soumissionnant à des marchés relevant du code des marchés publics.</p>	<p>8° À l'article 38 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) Sont ajoutées les dispositions suivantes :</p> <p>« II. - Les dispositions des articles 37-1 et 37-2 sont applicables aux personnes soumises au code des marchés publics. »</p>	<p><i>moyens utilisés pour exécuter tout ou partie du marché, maintenir ou moderniser les produits acquis, soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne ou des États parties à l'Espace économique européen, afin, notamment, d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements ».</i></p> <p>10° À l'article 38 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé d'un « I » ;</p> <p>b) Sont ajoutées les dispositions suivantes :</p> <p>« II. - Les dispositions des articles 37-2, 37-3, 37-4 et 37-5 sont applicables aux personnes soumises au code des marchés publics. »</p>
<p>Code de justice administrative</p>	<p>Article 6</p>	<p>Article 6</p>
<p><i>Art. L. 551-2</i> – Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages.</p> <p>Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.</p>	<p>Le code de justice administrative est modifié ainsi qu'il suit :</p> <p>1° À l'article L. 551-2 :</p> <p>a) Le premier alinéa est précédé d'un : « I » ;</p> <p>b) Sont ajoutées les dispositions suivantes :</p> <p>« II. - Toutefois, les dispositions du I ne sont pas applicables aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin</p>	<p>Sans modification</p>

Textes en vigueur	Texte du projet de loi	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique
<p><i>Art. L. 551-19</i> – Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.</p> <p>Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public.</p>	<p>2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.</p> <p>« Pour ces contrats, il est fait application des dispositions des articles L. 551-6 et L. 551-7. » ;</p> <p>2° Le second alinéa de l'article L. 551-19 est remplacés par les dispositions suivantes :</p> <p>« Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'État. »</p>	<p>CHAPITRE III</p> <p>Dispositions diverses et transitoires</p> <p>Article 7</p> <p>Sans modification</p>
	<p>CHAPITRE III</p> <p>Dispositions diverses et transitoires</p> <p>Article 7</p> <p>I. – Les agréments préalables délivrés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi conservent leur validité jusqu'à leur terme.</p> <p>II. - Les autorisations d'exportation de matériels de guerre et matériels assimilés concernant l'exportation vers des États membres de l'Union européenne et délivrées jusqu'à la date d'entrée en vigueur mentionnée au I de l'article 8 de la présente loi sont réputées valoir licences individuelles et globales de transfert ou autorisation de transfert au sens de l'article L. 2335-18 jusqu'à l'expiration de leur durée de</p>	

Textes en vigueur —	Texte du projet de loi —	Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique —
	<p>validité s'agissant des autorisations individuelles, et cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la présente loi s'agissant des autorisations globales.</p> <p style="text-align: center;">Article 8</p> <p>I. - À titre transitoire, jusqu'à une date déterminée dans les décrets d'application et au plus tard le 31 décembre 2014 :</p> <p>1° Les opérations mentionnées au premier alinéa du IV de l'article L. 2335-3 sont soumises au régime de l'agrément préalable dans les conditions fixées par l'article L. 2335-2 du code de la défense dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi ;</p> <p>2° Les opérations mentionnées au premier alinéa du IV de l'article L. 2335-10 sont soumises au régime de l'agrément préalable dans les conditions fixées par l'article L. 2335-2 du code de la défense dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente loi.</p> <p>II. - Les agréments préalables délivrés dans cette période conservent leur validité jusqu'à leur terme.</p> <p>III. - Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'État.</p>	<p style="text-align: center;">Article 8</p> <p>Sans modification</p>
	<p style="text-align: center;">Article 9</p> <p>I. - Sous réserve des dispositions de l'article 8, les articles 1^{er} à 4 et l'article 7 entrent en vigueur le 30 juin 2012.</p> <p>II. - L'article 5 entre en vigueur le 21 août 2011.</p> <p>III. - Les dispositions de l'article 6 sont applicables aux contrats pour lesquels une consultation est engagée à compter du 21 août 2011.</p>	<p style="text-align: center;">Article 9</p> <p>Sans modification</p> <p style="text-align: center;">Article 10</p>

Textes en vigueur

—

Texte du projet de loi

—

Article 10

Les articles 1^{er} à 3, 7 et 8 ainsi que le I de l'article 9 de la présente loi sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République.

Texte élaboré par la commission en vue de l'examen en séance publique

—

Sans modification