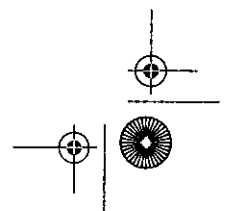
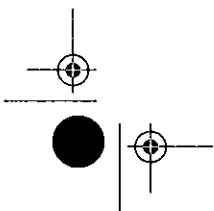
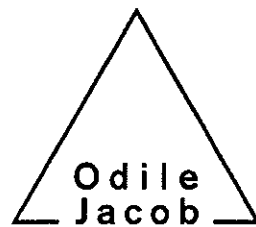


Fondation pour
la Recherche Stratégique

Annuaire stratégique et militaire 2005



L'OUVERTURE DES MARCHÉS PUBLICS DE DÉFENSE EN EUROPE : VERS UN RÉGIME INTERGOUVERNEMENTAL VOLONTAIRE ?

HÉLÈNE MASSON*

L'objectif des principaux maîtres d'œuvre européens (BAE Systems, Thales, EADS) de se positionner sur le marché américain de la défense, est symptomatique de la faiblesse des budgets de défense et des investissements technologiques en Europe ainsi que du cloisonnement des marchés publics de défense. Le niveau de financement de la défense américaine et la part consacrée à la R&D sont en effet sans commune mesure avec ceux des États européens. C'est ainsi que la requête budgétaire 2006 pour la défense s'élève à 419,3 milliards de dollars, soit 4,8 % de plus qu'en 2005. Les dépenses de R&D atteignent quant à elles 69,4 milliards de dollars. Les efforts entrepris par les groupes européens sont à la hauteur des perspectives de croissance outre-Atlantique, et ce, en dépit de nombreux obstacles juridiques et réglementaires en matière d'investissement étranger et de transfert de technologies.

Si la constitution d'acteurs industriels de premier plan se poursuit avec la création de Thyssenkrupp Marine Systems née de la fusion des chantiers navals HDW et du conglomérat industriel Thyssenkrupp, ou encore avec la création de SAFRAN, résultat du rapprochement de l'équipementier en télécommunications Sagem et du motoriste SNECMA, la création d'un marché européen décloisonné et attractif peine à émerger. La démarche d'harmonisation des réglementations nationales applicables aux contrats de défense, entreprise par les principaux

* Chargée de recherche, Fondation pour la Recherche Stratégique.



États producteurs d'armement dans le cadre de structures *ad hoc*, marque le pas. Il semble cependant que les propositions de la Commission européenne visant à réglementer les marchés publics de défense aient suscité quelques soubresauts étatiques et permis de relancer l'idée d'un régime intergouvernemental, à défaut de s'entendre sur l'établissement d'un régime communautaire. Jusqu'à présent, les États se sont toujours retranchés derrière l'article 296 du traité instituant les Communautés européennes (TCE) pour justifier l'absence d'ouverture de leur marché domestique aux industriels non nationaux. Les partisans d'une ouverture maîtrisée des marchés de défense concentrent ainsi leur critique sur cet article et sur l'interprétation qui en est faite par quelques États membres.

L'article 296 sous le feu des projecteurs

Principales dispositions

L'article 296 du TCE dispose :

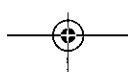
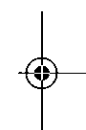
Article 296 du traité instituant les Communautés européennes (version consolidée 24 décembre 2002)

« 1. Les dispositions du présent traité 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 commun 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. »



Cet article constitue une dérogation aux règles du marché commun. Il donne aux États membres la possibilité d'exclure le domaine de la production ou du commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre du champ communautaire. « Il s'agit d'un régime qui joue à l'initiative des États membres, c'est une protection pour les États membres, ce n'est pas une protection pour les entreprises¹. »

Le premier paragraphe porte sur la protection des informations classifiées (a) et s'oppose au principe selon lequel le traité s'applique à l'ensemble des marchandises, armes, munitions et matériels de guerre inclus (b). Cet article peut être invoqué pour les opérations où la sécurité de l'État serait en jeu. Sa portée générale confère aux États membres une discrétion large dans l'appréciation des besoins participant de la protection des intérêts essentiels de leur sécurité. Cependant, il ne doit pas y avoir altération de la concurrence pour des « produits non destinés à des fins spécifiquement militaires », c'est-à-dire des produits duaux. Selon le paragraphe 2, les dispositions de l'article 296 CE s'appliquent à une liste de matériels militaires fixée et votée par le Conseil en 1958. La décision du Conseil n'a pas été publiée et la liste n'a jamais été mise à jour ou modifiée. En l'absence d'une définition juridique claire des « armes, munitions et matériels de guerre », les parties se réfèrent à la liste de 1958. Or son obsolescence ne permet pas d'en faire une base de référence appropriée.

Vue des États membres : une interprétation extensive

- *La règle plutôt que l'exception*

Le recours à cette dérogation est devenu la règle plutôt que l'exception. Au sein de l'UE, les questions défense et armement relèvent de procédures de décision et d'instruments juridiques spécifiques, permettant aux États membres de garder la mainmise sur ces

1. DAJ, *L'article 296 du traité instituant la Communauté européenne*, n° 20, février 2000, p. 10.



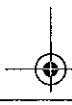
domaines et d'en exclure la Commission européenne. La création d'un régime dérogatoire concernant les équipements militaires dans le traité sur les Communautés européennes (TCE) illustre ainsi la volonté des principaux États producteurs d'armements de s'affranchir des règles de droit communautaire et de préserver leur autonomie de décision en matière de politique d'armement, plus particulièrement dans le domaine de l'acquisition d'équipements de défense, de l'exportation et de la politique industrielle.

Pendant les années 1990, les États membres réalisent la plupart des acquisitions d'équipements de défense sans mise en concurrence, privilégiant leurs fournisseurs nationaux. Chaque transfert d'un bien d'armement vers un autre État membre ou vers un pays tiers est soumis à une autorisation préalable des autorités nationales de contrôle. Les États s'exonèrent des droits à l'importation lors d'achats d'équipements de défense à des pays tiers et n'hésitent pas à invoquer l'article 296 pour éviter de notifier à la Commission européenne les concentrations à l'œuvre au sein de leur industrie domestique de défense. La majorité des contrats de défense sont passés selon des règles strictement nationales, qui diffèrent d'un État à l'autre. Ces règles sont particulièrement hétérogènes, notamment au niveau des modalités de publication et de mise en concurrence. Ce manque d'homogénéité constitue un obstacle majeur pour les fournisseurs non nationaux et limite l'ouverture des marchés. Les tentatives intergouvernementales pour remédier à ces obstacles n'ont pas donné de résultats satisfaisants du fait de leur caractère juridiquement non contraignant.

- *Des tentatives prudentes d'harmonisation dans le contexte du mouvement de concentration des industriels de la défense*

Dans le cadre du GAEO (commission III²), les États ont tenté d'établir des positions communes sur des principes censés faciliter

2. Groupe armement de l'Europe occidentale. Commission III - Ouverture des marchés nationaux d'armement à la concurrence européenne et maintien d'une base industrielle et technologique de défense.





l'ouverture à la concurrence internationale des marchés européens d'équipements de défense (EDEM : *European Defence Equipment Market*). Une première démarche a consisté en la publication d'un bulletin mensuel d'information sur les commandes d'équipements prévues par les États membres, destiné aux industriels et aux organismes nationaux d'acquisitions³. Une seconde initiative a concerné l'établissement de critères de mise en concurrence dans le cadre de l'attribution des contrats. Une liste de règles communes a été élaborée. Les principales règles concernent la non-discrimination et l'égalité de traitement, la transparence et l'objectivité des critères de sélection et d'attribution et la publicité des projets d'achats. Comme il ne s'agit pas de règles contraignantes dont l'application est soumise à contrôle, les États se sont montrés particulièrement prudents dans la mise en œuvre de ces principes et dans la diffusion d'informations.

Dans la droite ligne des réflexions menées au sein du GAEO, les ministres de la Défense de la France, du Royaume-Uni, de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne et de la Suède se sont accordés sur l'importance d'harmoniser leurs réglementations nationales dans un certain nombre de domaines. L'objectif est de réduire les obstacles au bon fonctionnement des groupes transnationaux de défense. Les négociations multilatérales débouchent sur la signature à Farnborough en juillet 1998 d'une lettre d'intention (*Letter of Intent*) dite LoI, suivie le 27 juillet 2000 d'un accord-cadre juridiquement contraignant, ayant valeur de traité international. Six domaines sont concernés : la sécurité d'approvisionnement, les procédures applicables aux transferts et aux exportations, la sécurité de l'information, la R&T de défense, le traitement des informations techniques, l'harmonisation des besoins militaires et des procédures

3. Ces derniers devaient annoncer les contrats supérieurs à un million d'euros, en excluant les équipements déjà compris dans le champ d'application des marchés publics communautaires, les armes nucléaires, les systèmes de propulsion nucléaire, les navires de guerre, les agents antitoxiques et radioactifs, ainsi que les équipements cryptographiques. Chaque bulletin comprend une présentation des futurs achats, les appels d'offres, les contrats passés sans mise en concurrence et dans le cadre d'un appel d'offre concurrentiel, et les opportunités pour les fournisseurs de deuxième rang.





d'acquisition. Mais, en pratique, les avancées concrètes demeurent limitées⁴.

Dans le contexte de la consolidation des industries de défense européennes, on constate cependant une ouverture progressive de certains marchés domestiques à la concurrence internationale, au premier rang desquels figure le marché britannique. C'est ainsi que, depuis 1998, le Royaume-Uni systématise le recours à la mise en concurrence au niveau international pour ses programmes nationaux d'équipements, en dehors des domaines jugés trop sensibles⁵ (terrorisme, nucléaire, défense contre les attaques radiologiques et bactériologiques). La France, en vertu du nouveau principe d'« autonomie compétitive » établi en 2004, considère que sa politique d'acquisition s'articule désormais autour de deux objectifs :

— garantir la meilleure efficacité économique des achats et des investissements réalisés par le ministère de la Défense par la mise en concurrence, le recours aux mécanismes du marché, l'utilisation de critères d'évaluation quantifiant le retour sur investissement attendu ;

— assurer un accès pérenne aux capacités industrielles et technologiques qui conditionnent la satisfaction à long terme des besoins des forces armées en veillant au développement et au maintien d'une BITD autonome aux plans national et/ou européen⁶.

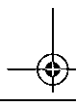
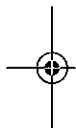
La France a institué une réglementation propre aux marchés publics de la défense par le décret 2004-16 du 7 janvier 2004, lequel se cale sur l'article 296 TCE. Le texte s'attache à fixer un certain nombre de règles telles que la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures⁷. La procédure de

4. Création d'une licence globale de projet afin de simplifier les procédures d'exportation ; simplification du processus d'habilitation des personnels ; échanges d'informations classifiées au moyen de certificats de courrier multivoyage, notification de projets en matière de R&T.

5. *Defence industrial Policy*, Paper n° 5, The Ministry of Defence Policy Papers, october 2002, 22 pages.

6. *Pour une autonomie compétitive en Europe. La politique d'acquisition du ministère de la Défense*, 2004, 13 pages, p. 6.

7. Voir le dossier « Les marchés publics de la Défense nationale », in *Contrats publics*, n° 32, avril 2004, pp. 40-63.





passation nominale est le marché négocié avec publicité et mise en concurrence. Pour des cas spécifiques, le marché peut être négocié sans publicité, mais avec mise en concurrence⁸ ou négocié sans publicité et sans mise en concurrence⁹ pour les études ou les programmes menés en coopération, par exemple. Ce décret ouvre la voie à l'ouverture progressive du marché français des équipements de défense.

*Vue de la CJCE : une interprétation restrictive
du champ d'application de l'article 296*

Le constat d'un usage abusif de l'article 296 peut, le cas échéant, aboutir à une saisine de la Cour de justice par la Commission ou un État membre.

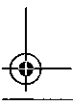
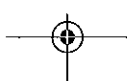
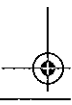


8. Article 2.II. Ils peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence dans les cas :

- a) de marchés de travaux, fournitures et services pour lesquels l'urgence n'est pas compatible avec les délais d'un avis d'appel public à la concurrence, notamment ceux que la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant ;
- b) conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement dans des domaines technologiques dont la diffusion doit être protégée ;
- c) dont la nature ne permet pas une fixation préalable du prix ou une définition précise des caractéristiques.

9. Article 2.III. Ils peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans les cas :

- a) de marchés complémentaires ;
- b) de marchés qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire ;
- c) de marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits de propriété intellectuelle, à des nécessités techniques, à des investissements préalables importants, à des installations spéciales, à la sécurité des approvisionnements, à un savoir-faire particulier ou à la nécessité de développer une technologie innovante à l'origine de laquelle se trouve ce prestataire ;
- d) de marchés attribués à l'auteur de la solution retenue à la suite de plusieurs marchés de définition passés conformément à l'article 73 du code des marchés publics ;
- e) de marchés passés dans le cadre d'un programme mené en coopération internationale, lorsqu'ont été définies les prestations à réaliser par chaque État.



• *Article 298 du TCE*

« Si des mesures prises dans les cas prévus aux articles 296 et 297 ont pour effet de fausser les conditions de la concurrence dans le marché commun, 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 226 et 227, la Commission ou tout État membre peut saisir directement la Cour de justice, s'il estime qu'un autre État membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus aux articles 296 et 297. La Cour de justice statue à huis clos. »

C'est dans le cadre de deux arrêts du 17 octobre 1995, arrêts « Werner » et « Leifer¹⁰ », relatifs au régime juridique applicable aux biens et technologies à double usage, que la CJCE a limité l'interprétation extensive de l'article 296. Elle a reconnu que la politique d'exportation des biens à double usage relevait de la politique commerciale commune tout en reconnaissant aux États membres, à titre exceptionnel, le droit d'adopter unilatéralement des mesures nationales restrictives quand ces exportations risquent d'affecter leur sécurité publique. La Cour juge que l'article 296 concerne « des hypothèses exceptionnelles déterminées. En raison de leur caractère limité, ces dispositions ne se prêtent pas à une interprétation extensive » et qu'il appartient aux États de « fournir la preuve que ces exonérations ne dépassent pas les limites des dites hypothèses ». La jurisprudence Leifer-Werner est à l'origine de la révision du règlement sur les biens et technologies à double usage¹¹.

Le 16 septembre 1999, la Cour, saisie par la Commission européenne¹² dans l'affaire « Commission contre royaume d'Espagne »,

10. Arrêts *Werner et Leifer*, CJCE, C-70/94 et C-83/94, 17 octobre 1995. Recueil de jurisprudence 1995 p. I-03189.

11. Dernier rectificatif au règlement (CE) n° 149/2033 du Conseil du 27 janvier 2003 portant modification et mise à jour du règlement (CE) n° 1334/2000 instituant un régime communautaire des contrôles des exportations de biens et technologies à double usage, *JOCE* n° L 30, 5 février 2003.

12. La Commission a déclenché cette procédure contre l'Espagne en raison de l'exonération de la TVA pour l'importation et l'acquisition intracommunautaires d'armement, de munitions et de matériels à usage exclusivement militaire en violation de l'article 2.2 de la sixième directive TVA.



a rendu¹³ un arrêt en manquement. La Cour a estimé que l'Espagne n'avait pas apporté la preuve que les mesures adoptées pouvaient compromettre la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et que l'article 296 ne pouvait s'appliquer¹⁴.

La Commission a lancé une procédure en 2001 contre douze États membres qui invoquaient l'article 296 en matière fiscale, pour importer des biens militaires en suspension des droits de douane. Elle a finalement abandonné ses poursuites en échange d'une négociation avec les États membres d'un règlement communautaire instaurant un régime juridique établissant un principe général accompagné de dérogations. Ce texte est entré en vigueur début 2003.

*Vue de la Commission européenne :
de nouveaux domaines d'action*

La jurisprudence de la CJCE a conforté la Commission européenne dans une lecture restrictive du champ d'application de l'article 296. Cette dernière s'est toujours efforcée d'en réduire la portée. En effet, sur le fondement de l'article 296, le secteur de l'armement échappe aux directives communautaires sur la passation des marchés publics, le contrôle des concentrations et les aides d'État.

• *Contrôle des concentrations*

Concernant les règles en matière de concurrence, il est admis qu'en cas de fusions/acquisitions touchant à des productions strictement militaires, il n'y a pas de notification¹⁵. L'exception

13. Arrêt Commission contre royaume d'Espagne, aff. C-414/97. Recueil de jurisprudence 1999 p. I-05585. Dans son arrêt la Cour rappelle la jurisprudence du 15 mai 1986, arrêt Johnston (222/84).

14. Voir Dominique Vincentelli-Meria, « Vers une normalisation de l'application de l'article 296 du TCE dans le secteur des industries d'armement. Les interprétations de la Commission européenne et de la Cour de justice », in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 445, février 2001, pp. 96-101.

15. Ces opérations de concentration de dimension communautaire doivent normalement faire l'objet d'une notification à la Commission dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle.

s'applique et la Commission n'exerce pas de contrôle. En revanche, quand il s'agit de produits « non destinés à des fins spécifiquement militaires » ou de fusions qui touchent à la fois des éléments civils et des éléments militaires, la notification doit être pratiquée pour la partie de la concentration qui concerne les activités civiles. Tout refus de notification par un État doit être motivé.

- *Aides d'État*

Quand un État membre prend, en faveur d'activités de production ou de commerce d'armements militaires identifiés comme tels par le Conseil, une mesure d'aide sur la base de considérations liées à la nécessité de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité nationale, les règles de la concurrence ne sont pas applicables à une telle aide d'État, de sorte que la Commission ne peut recourir à la procédure d'examen prévue à l'article 88 CE. Si elle estime que la mesure en cause risque de provoquer des distorsions de concurrence, elle procède à un examen de celle-ci avec l'État membre concerné. La Commission ne peut adresser à ce dernier une décision ou une directive finale. Toutefois, elle a la possibilité de saisir directement la Cour d'un recours en manquement si elle considère qu'il a été fait un usage abusif de l'article 296 CE.

- *Passation des marchés publics*

Concernant les marchés publics, il apparaît dans la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, article 10, que la réglementation communautaire en matière de marchés publics s'applique aux marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296. L'article 14 spécifie que la directive ne s'applique pas aux marchés publics dits « secrets » ou « exigeant des mesures particulières de sécurité ». Les États membres ont donc la possibilité de déroger à celles-ci dans les cas et sous les conditions spécifiquement prévus à cet effet. Ils ne sont pas tenus de respecter les grands principes des marchés publics : obligation



de mise en concurrence, transparence (publication au *JOUE*), égalité de traitement et non-discrimination. Cette dérogation ne concerne pas les biens civils ni les biens non destinés à des fins spécifiquement militaires, même s'ils sont achetés par les ministères de la Défense nationaux.

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services – JOUE du 30 avril 2004 L. 134/114¹⁶

« Article 14. Marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité.

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de cet État membre l'exige. »

• *Les deux propositions du Livre vert sur les marchés publics de défense*

Depuis dix ans, à travers la publication de plusieurs communications¹⁷, la Commission européenne a fait part de sa volonté d'appliquer la méthode communautaire dans certains domaines clés de l'armement, et plus particulièrement celui de l'harmonisation des règles de passation des marchés d'armements. Dès 1998, dans le cadre d'une communication sur les marchés publics¹⁸, la Commission soulignait que les règles qui seraient

16. Délai maximal de transposition pour le 31 janvier 2006, certaines dispositions feront l'objet d'une prochaine réforme du code des marchés publics et de la loi 91-03 du 3 janvier 1991 et son décret d'application.

17. Plan d'action pour les industries liées à la défense, COM (97) 583 final ; La politique industrielle dans une Europe élargie, COM (2002) 714 final, Bruxelles, 11 décembre 2002, 42 p. ; Défense européenne – Questions liées à l'industrie et au marché. Vers une politique communautaire en matière d'équipements de défense, 11 mars 2003, COM (2003) 113 final, 21 pages.

18. *Les marchés publics dans l'UE*, COM (98) 143, Bruxelles, mars 1998, 34 pages.

applicables aux marchés publics dans le domaine des équipements de défense devraient prévoir des procédures d'appel à la concurrence dans la mesure du possible et devraient garantir la sécurité de l'approvisionnement. La Commission différenciait alors trois cas de figure pour les marchés publics relatifs aux équipements de défense :

- « les produits destinés aux forces armées mais pas à usage militaire, et qui ne sont donc pas couverts par l'article 296 du traité CE (marchés déclarés secrets, protection des intérêts essentiels, sécurité nationale, etc.). Les règles communautaires relatives aux marchés publics seraient applicables ;
- « les produits destinés aux forces armées et à usage militaire, mais qui ne constituent pas des "équipements de défense hautement sensibles". La Commission proposait d'élaborer un ensemble de règles assez souples respectant les principes de transparence et de non-discrimination et inspirées des règles communautaires ;
- « les équipements hautement sensibles qui relèvent du champ d'application de l'article 296 du traité CE. Ces produits pourraient être exemptés de l'application des règles précitées lorsque la sécurité ou la protection d'intérêts nationaux essentiels de l'État membre en question l'exigent. Un mécanisme de notification devrait être instauré à cet effet afin d'assurer un certain niveau de contrôle et de transparence¹⁹. »

Or la Commission s'est toujours heurtée à la réticence des principaux États membres producteurs d'armement, soucieux de préserver leur liberté d'action dans un domaine considéré comme stratégique. Cette opposition étatique ne l'a pourtant pas dissuadée de publier le 23 septembre 2004 un nouveau texte sur les marchés publics de défense, sous la forme d'un *Livre vert*. Sans remettre en cause l'existence de l'article 296, le texte propose d'en restreindre l'utilisation. La Commission européenne entend ainsi contribuer à la construction progressive d'un marché européen pour les équipements de défense, plus transparent et plus ouvert, à même de renforcer la position concurrentielle des industries de la défense européenne, et visant à l'optimisation des dépenses de défense.

19. *Les marchés publics dans l'UE, op. cit.*, p. 26.



L'ouverture des marchés publics de défense • 205

Le commissaire chargé du Marché intérieur, Frits Bolkestein, déclarait ainsi : « La réglementation générale des marchés publics ne peut s'appliquer aux marchés de l'armement. Cependant, il est rare que les marchés de fournitures de chaussures ou de produits alimentaires posent des problèmes en matière de sécurité nationale. C'est probablement le cas d'une grande partie des équipements militaires à l'exception des secteurs manifestement sensibles. Nous étudions les moyens de faire profiter ces marchés des avantages d'une plus grande ouverture. » Plus récemment, le commissaire Verheugen soulignait : « *We must also accept that in the long run, competitiveness cannot be served by protectionism. What was true in so many other sectors of the economy, is also true of the European defence industry whose long-term survival will not be served by systematic recourse Article 296 of the EC Treaty : a consolidation and restructuring both on the supply and on the demand side are necessary in Europe* ».

Constatant les limites du cadre juridique existant, constitué de la directive 2004/18/CE relative aux marchés publics et de l'article 296 du traité, et sa nécessaire amélioration, la Commission propose deux instruments, non exclusifs l'un de l'autre :

— un instrument non législatif : une communication interprétative sur l'usage de l'article 296 se limitant à clarifier les principes et les règles du cadre juridique existant ;

— un instrument législatif : une directive spécifique aux marchés de défense visant à établir des règles spécifiques dans le domaine de la défense, s'appliquant aux contrats qui tombent dans le champ d'application *ratione materiae* de l'article 296 du traité CE, mais pour lesquels le recours à l'exception n'est pas justifié (conditions définies par la jurisprudence de la Cour).



La directive sur les marchés défense : fin de non-recevoir des États membres

*Convergence sur le constat,
divergences sur les actions proposées*

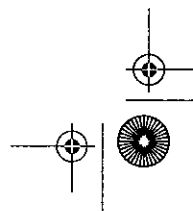
- *Convergence sur le constat*

Les États membres ont émis un avis sur les propositions du *Livre vert* dans le cadre d'un processus de consultation. Leurs réponses témoignent d'une convergence de vue avec la Commission sur le constat du cloisonnement des marchés de défense, de leurs spécificités par rapport aux autres secteurs, et de l'imperfection du cadre juridique existant. S'ils paraissent aller dans le sens de la Commission sur la nécessité d'harmoniser les pratiques d'acquisition et de les rendre plus transparentes et plus ouvertes, renforçant ainsi la BITD, les principaux États producteurs d'armement se montrent plus réservés concernant la proposition d'une communication interprétative, voire hostiles, dès qu'il s'agit d'aborder la question de la rédaction par la Commission européenne d'une directive spécifique aux marchés de défense.

- *Divergences sur les propositions d'action*

Pour la France, une communication interprétative ne ferait que reprendre le droit existant sans accroître l'efficacité des dépenses de défense et sans renforcer la BITD²⁰. Cet instrument ne serait donc pas adapté à l'objectif recherché. De même, une directive ne permettrait d'atteindre cet objectif qu'à condition qu'elle soit précédée d'une convergence préalable des politiques d'acquisition des États. Cette convergence ne pourrait être obtenue, selon la France, qu'à travers un instrument de nature politique. Le cas échéant,

20. Voir Annexe 2.





L'ouverture des marchés publics de défense • 207

l'application d'un éventuel instrument spécifique devra être sans préjudice de la possibilité pour les États d'invoquer dans les conditions prévues l'article 296 CE. Une restriction de son champ d'application n'est donc pas à l'ordre du jour.

Le Royaume-Uni n'est pas opposé à une communication interprétative, susceptible de mieux expliciter le cadre réglementaire et de préciser les principes dégagés par la jurisprudence de la CJCE²¹. En revanche, les autorités britanniques rejoignent la France sur le non à toute nouvelle directive même si cette dernière ne concerne pas les produits couverts par l'article 296. Espagnols et Italiens ne se montrent guère plus enthousiastes. Dans sa réponse, l'Allemagne souligne que le ministère de la Défense recourt de manière marginale à l'article 296 dans le cadre de ses achats de matériels militaires. L'harmonisation des conditions de concurrence passe avant tout par une privatisation des industries de défense en Europe.

Les États proposent, en lieu et place d'une directive communautaire, l'élaboration d'un outil intergouvernemental.

*Proposition de création d'un régime intergouvernemental
volontaire ou comment neutraliser l'action
de la Commission européenne...*

- *Sous la forme d'un code de conduite assorti de normes
et d'un système de notification*

En effet, on trouve exposé dans les réponses au *Livre vert* une proposition de création d'un outil intergouvernemental, volontaire et expérimental, de rationalisation des marchés. Un code de conduite apparaît comme l'instrument le plus à même de faire converger les pratiques d'acquisition tout en tenant compte des spécificités de l'armement et sans préjudice de l'article 296. La France et le Royaume-Uni ont tout deux proposé en annexe de leur avis sur le *Livre vert* un certain nombre de principes et de modalités gouver-

21. Voir Annexe 3.





nant ce futur code de conduite, et auxquels les États se conformeront sur une base volontaire :

- appels à proposition ouverts à la compétition aux fournisseurs établis dans les États signataires ;
- compétitions recherchées tout au long de la chaîne d'approvisionnement (sous-traitance) ;
- transparence des critères d'admissibilité et égalité de traitement.

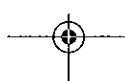
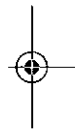
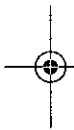
Si la France insiste sur la sécurité d'approvisionnement, dans la droite ligne de sa politique d'acquisition dite d'« autonomie compétitive », tout en acceptant l'idée d'une « dépendance mutuelle », le Royaume-Uni prône l'ouverture des marchés à la concurrence internationale et continue de s'opposer à toute idée de préférence européenne.

• *L'exemple du code de conduite sur les exportations d'armement ou les limites d'une « déclaration politique »*

Les États prennent pour exemple le code de conduite sur les exportations d'armement adopté le 8 juin 1998²². Ce dernier a ouvert la voie à une approche politique concertée des exportations d'armes par l'intermédiaire de l'établissement de normes communes relatives à la promotion des principes de transparence et de responsabilité de la part des États exportateurs, et à l'harmonisation des politiques d'exportation de matériels de guerre. Si ce code représente une véritable avancée vers la définition de pratiques communes, il laisse toutefois à l'État exportateur le monopole de la décision finale. Déclaration politique, ce code n'a pas d'effet contraignant et ne permet pas de recours juridique en cas de non-respect de leur engagement par les États membres.

Dans ce contexte, l'association des industriels européens du secteur aéronautique et de la défense (ASD-Aerospace and Defence Industries Association of Europe) soutient l'idée du code de conduite tout en considérant cette solution comme incomplète.

22. Décision du Conseil de l'Union européenne, 8675/2/98 Rév. 2, 8 juin 1998.



Outre ce code, pourrait venir s'ajouter, sur le moyen terme, une « directive défense », visant à réguler les biens et services de défense pour lesquels le recours à l'exception n'est pas justifié, comme le propose la Commission européenne. Selon l'ASD :

However, we recognise that while a Code's coverage of defence markets can be wide, it does not offer a complete solution in two important respects : it is not legally binding and it does not clarify the interpretation of art. 296. Industry would therefore see opportunity for action in the medium term, and in the light of the performance of the Code, to agree on a consensual basis between Member States and the Community institutions both a new understanding of Art.296 as it applies to defence procurement and a Defence Directive on the lines described in Section II.2 of the Green Paper²³.

L'Agence européenne de défense (AED) comme cadre privilégié

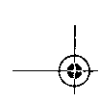
- *L'EDEM, projet phare de la direction
Industrie et Marché*

Un mois après la publication du *Livre vert*, le comité directeur de l'Agence européenne de Défense, présidé par J. Solana, a décidé que la création d'un marché européen des équipements de défense faisait partie d'un des quatre projets phares du programme de travail 2005 de l'Agence²⁴. La direction Industrie et Marché de l'AED s'est ainsi vu confier la mission d'explorer les propositions contenues dans le *Livre vert* et d'envisager de nouvelles initiatives lancées dans le cadre de l'AED.

À travers la lecture des réponses au *Livre vert*, nous constatons que les États membres s'accordent pour faire de la nouvelle Agence européenne de défense le cadre privilégié de mise en œuvre du futur code de conduite sur les marchés défense. La France propose ainsi que les États signataires du code de conduite informent

23. Consultation « Green Paper on Defence Procurement », ASD, 21 janvier 2005, 13 pages, p. 8.

24. Voir Annexe 4.



l'Agence du déroulement de leurs procédures d'acquisition et de leurs résultats, lui communiquent pour diffusion des documents explicitant leurs procédures de passation de marchés et justifient leur choix de la procédure retenue. L'Agence publiera régulièrement des statistiques sur les données recueillies. Le Royaume-Uni propose également le pilotage de cette initiative par l'AED en tant que forum privilégié pour les consultations entre États membres :

By using reporting arrangements developed by the Member States and the EDA, in a monitoring and guarding role, a non regulated approach could provide a good first, and relatively swift, step towards the opening up of the defence equipment market in Europe. We recommended that the work to develop such arrangements should be taken forward by the EDA, consulting with the member States²⁵.

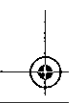
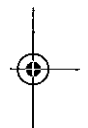
C'est au cours de la troisième réunion du Comité directeur de l'Agence²⁶, le 2 mars 2005, que l'Agence a présenté ses commentaires sur les propositions faites par la Commission. En cas de rédaction d'une communication, l'AED se montre prête à coopérer et à offrir son expertise. Concernant la directive, sa position reflète celle d'une majorité d'États membres, le constat de l'inadaptation de cet instrument législatif, tout en laissant la porte ouverte sur le long terme à une directive communautaire sur les segments du marché de la défense non concernés par l'article 296²⁷. S'appuyant le cas échéant sur les travaux réalisés dans le cadre de la LoI, le comité directeur décide de lancer un programme de travail sur l'EDEM.

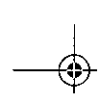
D'ici à mai 2005, l'Agence devra présenter un plan d'action au comité directeur. À échéance, fin 2005, elle devra définir les grandes lignes du contenu d'un régime intergouvernemental volontaire s'appliquant aux contrats pour lesquels les États ont recours à l'article 296. Si l'Allemagne ne s'est pas opposée à cette

25. « A European Defence Equipment Market (EDEM) – a non-paper by the United Kingdom », UK Government response to the commission green paper on defence procurement, 15 février 2005.

26. Voir Annexe 5.

27. Decision n° 2005/02/EDA of 2 march 2005 of the EDA STEERING BOARD in NADS formation on EDA input to the Commission's consultation process on the green paper.





décision, cet État membre a souligné sa préférence pour le lancement d'un programme d'action européen non piloté par l'AED et destiné à limiter les aides d'État et à encourager les privatisations. Selon le directeur de l'Agence, Nick Witney : « Notre premier pas devrait être, collectivement, d'envisager la rédaction d'un "code de conduite", c'est-à-dire l'établissement d'un système intergouvernemental, sur une base de volontariat, pour un marché concurrentiel des acquisitions dans le domaine de l'armement. [...] Les ministres de la Défense pourraient prendre leur décision à la fin de l'année. Les pays qui ont une base industrielle de défense solide soutiennent cette idée, les pays sans industrie n'ont pas réellement d'opinion et ceux qui ont le plus de mal à accepter cette idée sont les pays qui ont une industrie, peut-être, la moins efficace²⁸. »

Quid du lien AED/Commission ?

Dans le cadre de l'AED, la Commission européenne est membre sans droit de vote du comité directeur. Elle peut participer, au nom de la Communauté, à des projets ou à des programmes de l'Agence.

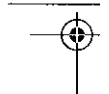
Sur la question des marchés publics de défense, Nick Witney a indiqué que l'AED travaillait en collaboration très étroite avec la Commission, en dépit des réticences exprimées par un certain nombre d'États membres, « De nombreux gouvernements s'inquiètent de voir la Commission européenne réglementer ce domaine à travers des directives et préfèrent un tel système intergouvernemental²⁹. » Il a déclaré toutefois que « ce que les États membres sont disposés à faire rapidement sur une base volontaire n'est pas incompatible avec ce que la Commission pourrait faire en termes de directive sur des marchés publics de la défense³⁰. »

28. Nick Witney : « Il faut ouvrir le marché européen des équipements militaires », *Les Échos*, 17 mars 2005, p. 21.

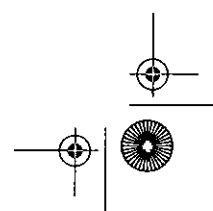
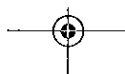
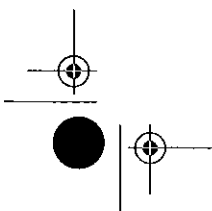
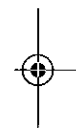
29. Nick Witney, *op. cit.*, *Les Échos*, 17 mars 2005, p. 21.

30. « Défense : La nouvelle Agence européenne se concentrera sur la coordination des dépenses nationales », *Europe Information*, 23 avril 2005.





Or de l'établissement d'un lien fort entre l'Agence européenne de défense et la Commission européenne dépendra la formalisation, à terme, d'une véritable politique industrielle européenne pour le secteur de la défense, œuvrant à la fois pour une ouverture des marchés d'armement et pour la préservation sur le sol européen de capacités technologiques et industrielles nécessaires à l'élaboration des systèmes d'armements les plus stratégiques.





ANNEXE 1 :
LIVRE VERT – QUESTIONS POSÉES
PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

1. Estimez-vous utile/nécessaire/suffisant d'expliciter le cadre réglementaire actuel selon les modalités présentées ?

2. Y a-t-il d'autres aspects du régime communautaire en question qui mériteraient d'être clarifiés ?

3. Les règles des directives existantes vous paraissent-elles adaptées/inadaptées aux spécificités des marchés de défense ? Précisez pourquoi.

4. Une directive spécifique serait-elle un instrument utile/nécessaire pour mettre en place un marché européen des équipements de défense et renforcer la base industrielle et technologique de défense européenne ?

5. Quelle est votre opinion concernant l'utilisation de cette éventuelle directive pour les acquisitions effectuées par d'autres organismes, telles que l'Agence européenne de défense ?

6. Procédures : la procédure négociée avec publicité préalable vous semble-t-elle être adaptée aux spécificités des marchés de défense ? Quelles sont les situations qui devraient permettre le recours à la procédure négociée sans publicité ?

7. Champ d'application : quel serait le moyen le plus approprié pour définir le champ d'application ? Une définition générique et dans ce cas laquelle ? Une nouvelle liste et dans ce cas laquelle ? Une utilisation combinée d'une définition et d'une liste ?

8. Exemptions : la définition d'une catégorie de biens qui seraient exclus de manière manifeste de la directive vous semble-t-elle utile/nécessaire ?

9. Publication : un système centralisé de publication vous semblerait-il approprié ? Si oui, selon quelles modalités ?

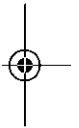
10. Critères de sélection : quels critères vous sembleraient devoir être pris en compte en plus de ceux déjà prévus dans les directives actuelles afin de tenir compte des particularités du secteur de la défense ? La confidentialité, la sécurité des approvisionnements, etc. ? Et de quelle manière les définir ?

11. Comment considérez-vous devoir être traitée la pratique des compensations ?





102802AAC_ASM_MEP_OK Page 214 Lundi, 8. août 2005 10:57 10





ANNEXE 2 : PROPOSITION FRANÇAISE (RÉPONSE AU *LIVRE VERT*)

Propositions d'éléments constitutifs d'un code de conduite

Ce code, qui serait mis en œuvre par l'Agence européenne de défense, est un outil expérimental qui rechercherait les objectifs suivants :

- augmenter globalement l'efficacité de la dépense de défense relative à l'acquisition d'équipement de défense,
- contribuer au renforcement de la BITD européenne et de sa compétitivité.

Pour remplir ces objectifs, il viserait, tout en satisfaisant aux obligations de confidentialité, à :

- inciter au décloisonnement des marchés,
- inciter à promouvoir des solutions européennes,
- se donner des garanties mutuelles de sécurité d'approvisionnement et de libre accès aux technologies critiques.

L'identification des difficultés par l'expérience acquise et la convergence des pratiques des États parties prenantes au code devraient permettre d'envisager à terme la définition d'un instrument réglementaire européen. Au nombre des difficultés, l'exclusion des matériels de guerre de l'accord sur les marchés publics dans le cadre de l'OMC permet à chaque État de prendre des mesures particulières d'accès à son marché et de commerce de ces matériels. La disparité de ces mesures entraîne des distorsions de concurrence particulièrement au détriment des sociétés européennes, qui se voient par ailleurs restreindre l'accès au marché de certains États tiers à l'Union européenne.



Il pourrait être établi selon les principes et modalités suivants :

Principes généraux

1. Le code rassemble tous les États membres de l'Agence, hormis ceux qui déclarent ne pas en faire partie (régime *opt out*).
2. Les États signataires conviennent du domaine, expérimental, d'application du code.
3. Les États signataires mènent leur processus d'acquisition et leur politique d'exportation des matériels de guerre selon leur droit positif et s'engagent à le faire évoluer à la lumière de l'expérience acquise, dans les limites du droit communautaire et en particulier de l'exception prévue par l'article 296 CE.
4. L'Agence recherche selon des modalités à définir les conditions d'un partenariat avec la Commission pour exploiter les données recueillies dans le cadre de ce code de conduite.
5. Les États signataires s'engagent à autoriser la fourniture d'articles et services de défense à tout État partie prenante à ce code qui en exprimerait la demande auprès de ses fournisseurs pour répondre aux besoins de ses forces, dans les limites de son domaine d'application.

Principe de liberté d'accès

1. Dans le domaine considéré, les États conviennent que tous leurs appels à propositions ouverts à la compétition le sont aux fournisseurs établis dans les États signataires, et reconnus comme membres de l'EDEM.
2. La compétition est recherchée tout au long de la chaîne contractuelle, et notamment, en ce qui concerne la sous-traitance, suivant les modalités définies dans un plan d'acquisition qui est partie intégrante du contrat avec le maître d'œuvre.
3. Les États signataires s'engagent à mettre à court terme leur droit positif en accord avec ces principes.

Principe de transparence et d'égalité de traitement

1. Les États signataires informent l'Agence du déroulement de leurs procédures d'acquisition et de leurs résultats.
2. Les États signataires facilitent l'accès à leur réglementation nationale et à la compréhension de leurs processus d'acquisition, en particulier par la communication à l'Agence, pour diffusion, de leurs référen-



Annexe 2 : Proposition française • 217

tiels réglementaires, de la description de leurs procédures de passation des marchés et ainsi que des voies de recours.

3. La sélection doit être menée sur la base de critères d'admissibilité clairement définis et communiqués par avance aux soumissionnaires, en particulier ceux relatifs à la satisfaction de la sécurité d'approvisionnement.

Principe de justification

1. Au-delà d'un seuil à définir, les États indiquent à l'Agence après passation du marché les raisons ayant présidé au choix de la procédure retenue.

2. Dans les cas particuliers suivants, les États s'engagent à justifier auprès de l'Agence leurs choix :

- d'absence de mise en concurrence,
- de limitation à certains fournisseurs par suite d'impératifs de sécurité nationale,
- de recours aux compensations.

3. Le chef de l'Agence peut demander des explications complémentaires sur les justifications fournies par un État membre.

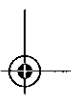
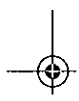
Principe d'évaluation

L'Agence publie de manière régulière des statistiques commentées concernant les données recueillies, en nombre et en montants :

- actes passés dans l'EDEM et ceux passés hors EDEM,
- actes ayant fait l'objet d'une publication par rapport au total des acquisitions.



102802AAC_ASM_MEP_OK Page 218 Lundi, 8. août 2005 10:57 10





ANNEXE 3 : PROPOSITION BRITANNIQUE (RÉPONSE AU LIVRE VERT)

A european defence equipment market (edem). .
a non-paper by the United Kingdom

Introduction

1. The European Commission's communication on defence equipment policy issued in March 2003³¹ set out its interest in creating a more efficient defence market in Europe. This led, *inter alla*, to the Commission's consultative Green Paper³² on Defence Procurement published in September 2004, which has the aim of opening the debate on the desirability of adapting the rules for awarding defence contracts in Europe in order to open up the market to all Member States. As part of this debate, the paper assesses how the Commission might clarify in a Communication the existing legal framework and case law surrounding defence procurement. It also poses the question as to whether the Commission should propose a Directive to co-ordinate defence procurement procedures in cases where Article 296 of the Treaty is not applicable. The Commission envisages that such a proposal, if implemented, would be linked with new, flexible EU-wide regulations, which would take into account the specific nature of the defence sector. The consultative process with Member States and other interested bodies is currently underway.

2. At the same time, the European Defence Agency (EDA) is in the process of being established, with the aim of being operational by the end of 2004. The EDA aims to develop defence capabilities in the field of crisis management, to promote and enhance European armaments co-operation, strengthen the European defence industrial and technological base and create a competitive European defence equipment market (EDEM).

3. The UK supports these initiatives. They have the potential to deliver improvements in co-operative practices, reduce market distortions,

31. « Towards a European Union Defence Equipment Policy » COM (2003) 113 dated 11 March 2003.

32. « Green Paper on Defence Procurement » issued on 23 September 2004.





which is a key aim of the UK's Defence Industrial Policy, and produce greater market access and improve transparency. This paper does not address the specific ideas raised in the Green Paper. Rather, it considers the relative merits of the various ways of creating a viable EDEM, focusing particularly on the options of a fully regulated market and a non-regulated marketplace, and exploring possible means of implementing the latter approach. It is intended as a contribution to the wider debate opened by the publication of the Green Paper. But this is not to ignore, or discount the potential benefits of, other options that may exist between the two ends of the regulated/non-regulated spectrum.

A European Defence Equipment Market

4. Currently we do not have an EDEM. We simply have a group of national markets that do not have any policies that govern behaviours between them (with the exception of some provisions of the Letter of Intent (Loi) Framework Agreement that recognise certain interdependencies). In creating an EDEM we need to consider the various ways of constructing a market and, in particular, decide whether a set of regulatory procedures, enforced under Community law, is preferable to voluntary or self-regulation by Member States.

What type of Market ?

5. As set out in the Green Paper, a *fully regulated market* could comprise of a body of regulations, perhaps based on specific Defence Procurement Directives, agreed by Member States and applied by the European Commission. This approach would lay down certain common mandatory procedures and rules, the application of which would necessarily enjoy some national discretion (e.g. national contracting terms) and some exclusions (e.g. nuclear or black programmes). It might have a number of other consequences, for instance, modifying the 1958 list of military equipment that is annexed to Article 296.

6. The regulated approach has a number of attractions. First, through the use of European law, it would enhance transparency, non-discrimination and equal treatment, and offer the potential to create a level playing field for defence companies competing for business within the wider EU. It might also encourage the harmonisation of procurement practices and contract terms, where this is beneficial, which may pro-

Annexe 3 : Proposition britannique • 221

vide the conditions for more effective equipment co-operation within the EDEM.

7. But a fully regulated marketplace also has a number of disadvantages. In particular, it would require the negotiation and agreement, by the 25 Member States, of a series of binding rules and procedures. Such negotiations would, by dint of their subject matter, be complex and protracted and, in view of previous reluctance by member States to follow Community regulation in this area, may not succeed in developing truly useful improvements to defence procurement practice. Previous experience indicates that regulation would take at least seven years to implement. Such an approach would not therefore enhance near or medium term improvements to the efficiency of the European defence equipment market.

8. An alternative is to use a *non-regulated marketplace*. But this approach does not mean that we continue with existing practice and procedure : there is plenty of evidence to show that there is a stark need for Europe to improve significantly its efforts to set up a clear and European-wide defence market. Against this background, a non-regulated marketplace would require Member States to commit to the concept of transparency and openness, and to accept and apply, *voluntarily*, a set of rules to improve market access and create a level playing field for competition. Member States would also need to accept oversight of their equipment procurement decisions by an independent third party. The EDA seems well placed to undertake this work.

9. Under a non-regulated EDEM, Member States would open the generality of their procurements above certain thresholds to international competition. They would then report to the nominated independent body promptly after announcement of contractor selection on the management of each competition and the selection criteria employed. The nominated body would be entitled to express a view as to whether the letter and spirit of the market rules had been respected, and to publish periodic reports on behaviours exhibited. Although the non-regulated approach has no effect in law, nor gives any entitlement to appeal by unsuccessful bidders, it would encourage good practice amongst the Member States through publication and peer pressure.

10. The non-regulated option offers many of the benefits of a regulated market. It has the potential to increase transparency, open up national markets, and create more efficient defence markets. Moreover, it also offers the advantage of significantly earlier implementation and, by dispensing with need for Commission regulations, avoids the potential for confrontation over Commission competence in the area of



defence procurement (although as the Green Paper suggests there may still need to be discussion about the precise scope of Community and Member State competence). In terms of disadvantages, the non-regulated approach might risk non-compliance, if it is ineffectively introduced and monitored. The challenge will therefore be in ensuring that all Member States robustly support the scheme from the outset, and that they recognise the possibility of having to turn to regulation should the non-regulated approach prove unsuccessful.

11. The UK believes that a non-regulated EDEM offers a pragmatic, practical and relatively swift first step towards delivering the sought after improvements to transparency and market access. Successful governance could be achieved through a voluntary Code of Conduct agreed by Member States. Such a code is analogous to the EU Code of Conduct on Arms Exports, where Member States have agreed a set of criteria to which they each intend to adhere in the award of export licences. Each country publicly reports on its observance of the criteria. But, there is nothing that legally binds them to follow the criteria, and they may give reasons as to why, in particular cases, they have elected to depart from them.

Code of Conduct on Defence Procurement – What Might it Look Like ?

12. The EDEM would comprise those Member States that agree to abide by its guiding rules and principles, as set out in the voluntary Code. It is envisaged that the Code might be drawn up by the Member States, in conjunction with the EDA, and that its subsequent implementation and use could be monitored by the nominated body, again the EDA appears well placed to do this. The Code would cover :

a. *Market Scope* : Member States will be expected to exercise responsible discretion as to what is included in the voluntary market. It should cover all defence equipment, except that which Member States exclude on specific national security grounds, and of course, those goods already covered by the EC Public Procurement Regulations. But this should not be based on political convenience. Programmes excluded for national security reasons (such as nuclear and very highly classified programmes, etc) might be generically listed for monitoring purposes, summarising the amount of national expenditure, and whether it is related to R&D or production. Other than for those programmes in the categories above, which would be the subject of blanket exemption from the Code, an intention

Annexe 3 : Proposition britannique • 223

not to apply the Code of Conduct to a defence equipment procurement should be a matter for consultation orchestrated through the EDA.

b. *The Scope of International Competition* : in line with existing WEAG rules, a minimum requirement would be that invitations to tender for business should be made available to industry in the EDEM nations. More importantly, equality of information for all potential industrial participants must be ensured in the EDEM perimeter, and proposals from all such participants must be considered eligible and treated fairly. These conditions must apply throughout the supply chain, unless the customer State specifies that, for national security reasons, it requires a specific sub-system to be delivered nationally. Again, this should be the subject of consultation or a letter of explanation.

It should be a matter for each customer State to decide whether it wishes to invite tenders from companies outside of the EDEM or the EU. However, to enable monitoring of procurement process, Member States should report such decisions.

Notions of *juste retour and offset* have no place in an efficient internal market. However, in defence markets worldwide, there is an important link between defence investment and national economic return : in some countries this can be characterised as protectionism favouring national industry and technology. In the UK, the mechanism is offset-based. The UK welcomes imported technology solutions providing that new development and product build might be conducted indigenously, and encourages overseas companies to invest in the UK to form part of the national competitive industrial base and/or deliver the offset obligations of the parent company. The UK's market model is therefore founded more on economic considerations than on factors relating to the Defence Technological Industrial Base (DTIB) (see Security of Supply' below). However, it will be important to recognise that these elements are not entirely separable in the context of EDEM. For example, dismantling economic barriers to cross-border competition would stimulate a rationalisation of the supply base. This has effects on the DTIB that would require responsible management. For instance, the de-localisation within EDEM of certain activities from the territory of one customer State should not then cause that State to favour acquisition of comparable products from a non-EDEM based supplier who is offering in-country offset.

c. *Security of Supply* : The UK believes that the principal objective of defence equipment procurement should be the supply of the best military capability. Although security of supply is a key issue, the UK does not consider it essential that a single country needs to develop and sus-



tain within its borders all of the technologies needed for the delivery of military capability. Indeed, for each country to do so is in contrast to the growing recognition that European industry needs to rationalise to compete in the global market. Moreover, industry is already rationalising to the extent that multi-national companies (which have footprints stretching over many countries) are becoming ever more commonplace. In such circumstances, it now seems inappropriate for Member States to insist on ownership of a company being a relevant consideration in procurement decisions. Rather, we should develop specific agreements with the companies concerned that satisfactorily assure security of supply for the customer State.

d. *State Aid* : State aid prevents the level playing field necessary for an effective marketplace. Currently, it is possible for Member States to use Article 296 to allow levels of State Aid in the defence sector that might not otherwise be permissible. We therefore believe that the Code of Conduct should include an undertaking that Member States should report all instances of State Aid that come under the scope of Article 296, setting out their reasons for so doing in a letter of explanation submitted to fellow Member States through the independent body monitoring the Code. However, this arrangement is not intended to alter the basis of funding for defence research, which is permitted at rates higher than international trade agreements in the civil sector would otherwise allow.

e. *DTIB* : The creation of an effective EDEM could prompt further rationalisation of industrial capacity and hence specialisation of the industrial capability in any one nation. Although the capabilities within Europe's borders might not decrease, and arguably could increase due to greater pooling of demand, it is likely that it would be necessary to develop a defence industrial policy to take into account the changing dynamic. This fresh focus on the European DTIB would again appear to fall to the Agency, following on from its task « *to identify... policies and measures aimed at strengthening the European defence and technological based* ».

Conclusion

13. The creation of an effective EDEM will deliver significant benefits to Member States and European defence capability and presents the opportunity to develop further the global competitiveness of the Euro-



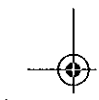
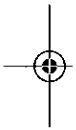
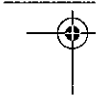


Annexe 3 : Proposition britannique • 225

pean defence industry. It should be taken forward as a matter of priority. Although the use of centrally developed regulation offers certain benefits, this approach is hampered by its complex legal characteristics, and the time it would take to negotiate and implement, at which time changed circumstance might render the regulations less beneficial. Accordingly, a less radical but more pragmatic approach is recommended, based on the creation of a voluntary Code of Conduct. This form of internal governance would be designed to stimulate cross-border competition and trade. By using reporting arrangements developed by the Member States and the EDA, and by using an independent body, such as the EDA, in a monitoring and guarding role, a nonregulated approach could provide a good first, and relatively swift, step towards the opening up of the defence equipment market in Europe.

14. We recommend that the work to develop such arrangements should be taken forward by the EDA, consulting with the Member States.





ANNEXE 4 : L'AGENCE EUROPÉENNE DE DÉFENSE (AED)

L'Agence européenne de défense (AED) a été créée sur la base d'une action commune en date du 12 juillet 2004³³. L'AED s'est vu confier pour mission de travailler dans les quatre domaines suivants :

- développement des capacités de défense dans le domaine de la gestion des crises ;
- promotion et amélioration de la coopération européenne dans le domaine de l'armement ;
- renforcement de la BITD et création d'un marché européen des équipements de défense qui soit concurrentiel sur le plan international, en élaborant des politiques et stratégies adéquates, en consultation avec la Commission et l'industrie le cas échéant ; en s'efforçant de développer et d'harmoniser, à l'échelle de l'Union européenne, les règles et réglementations pertinentes (en particulier grâce à l'application, à l'échelle de l'Union européenne, des règles pertinentes de l'accord-cadre LoI) ;
- accroissement de l'efficacité de la recherche et technologie (R&T) européenne dans le domaine de la défense, en particulier.

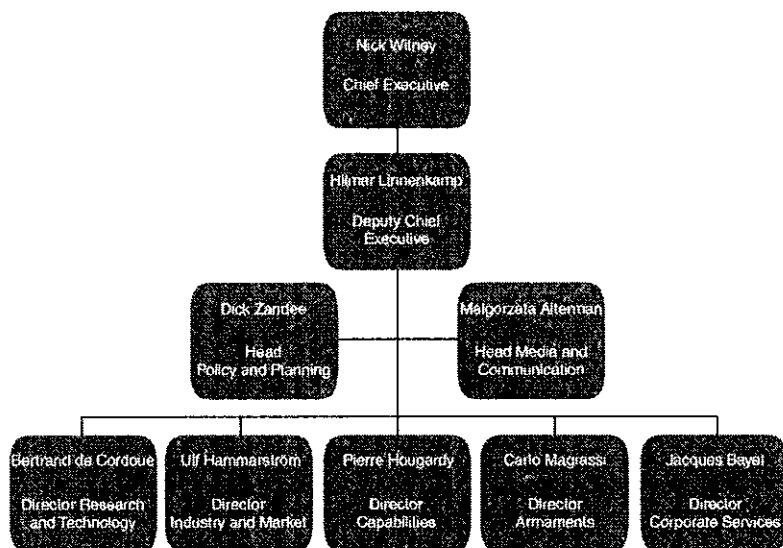
L'Agence exerce ses activités sous l'autorité et le contrôle politique du Conseil. Le chef de l'Agence est le SG/HR pour la PESC. Il est responsable de l'organisation générale et du fonctionnement de l'Agence et assure que les orientations données par le Conseil, ainsi que les décisions arrêtées par le comité directeur, sont mises en œuvre par le directeur, qui lui fait rapport.

Un comité directeur, composé d'un représentant de chaque État membre participant, habilité à engager son gouvernement, et d'un représentant de la Commission, constitue l'organe de décision de l'Agence. Il agit dans le cadre des orientations données par le Conseil. Il se réunit au

33. Action commune 2004/551/PESC du conseil, du 12 juillet 2004, concernant la création de l'Agence européenne de défense, 17 juillet 2004, L245/17.

niveau des ministres de la Défense des États membres participants, ou de leurs représentants. Le comité directeur peut se réunir dans des formations spécifiques (par exemple, au niveau des directeurs nationaux de la recherche en matière de défense, des directeurs nationaux de l'armement, des responsables de la planification de défense ou des directeurs politiques de défense). Le chef de l'Agence convoque et préside les réunions du comité directeur.

Le directeur ainsi que son adjoint sont désignés par le comité directeur sur proposition du chef de l'Agence pour une durée de trois ans. Ils agissent sous l'autorité du chef de l'Agence et dans le respect des décisions prises par le comité directeur. Le directeur prend toutes les mesures nécessaires pour garantir l'efficacité et l'efficacité du travail de l'Agence. Il est chargé de superviser et de coordonner les unités fonctionnelles, afin d'assurer la cohérence générale de leurs travaux. Il est le chef du personnel de l'Agence.



Le HR PESC Javier Solana est le chef de l'Agence et le président du comité directeur (*steering board*). Ce dernier a procédé à la nomination du Britannique Nick Witney au poste de directeur et de l'Allemand Hilmar Linnenkamp au poste d'adjoint le 30 juillet 2004. Le 13 octobre 2004, ce fut le tour des cinq postes de directeurs de branche de l'Agence d'être pourvus :

Annexe 4 : L'Agence européenne de défense • 229

- Direction Capacités : major-général Pierre Hougardy (Belge)
- Direction R&T : Bertrand de Cordoue (Français)
- Direction Armement : brigadier-général Carlo Magrassi (Italien)
- Direction Industrie et marché : M Ulf Hammarström (Suédois)
- Direction Corporate Services : Jacques Bayet (Français)

Le 18 février 2005 le Finlandais Eero Lavonen a été nommé président du comité directeur dans sa formation des directeurs nationaux d'armement (DNA). Depuis le 15 avril 2005, l'Allemand Dirk Ellinger préside quant à lui le comité directeur dans sa formation des directeurs nationaux de R&T.

Actuellement, l'effectif de l'Agence est de l'ordre de 25 personnes. Il devrait passer à 77 d'ici à la fin de l'année 2005. L'AED s'est installée dans un nouveau bâtiment situé à proximité de la place Louise, à Bruxelles.

La première réunion du comité directeur s'est tenue le 17 septembre 2004 (2^e réunion : 22 novembre 2004 ; 3^e réunion : 2 mars 2005 ; 4^e réunion : 22 avril 2005).

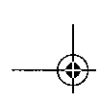
L'Agence dispose d'une dotation budgétaire totale de 20 millions d'euros pour l'année 2005, dont l'essentiel sera affecté aux frais de personnel et aux nouveaux locaux et dont environ 3 millions iront au développement d'outils communs, en particulier pour l'analyse opérationnelle, pour des études de préféabilité, pour examiner certaines technologies émergentes et, enfin pour lancer des études ponctuelles d'intérêt général. À l'automne 2005, les États membres devraient adopter un budget sur trois ans pour l'Agence.

Le comité directeur a adopté le 22 novembre 2004 le programme de travail 2005. Il comprend quatre projets phares menés par les quatre grandes directions opérationnelles :

- création d'un marché européen des équipements de défense ;
- interopérabilité des fonctions de commandement, contrôle, communications et renseignements (C3) entre les forces européennes ;
- développement d'une nouvelle génération européenne de véhicules blindés ;
- lancement d'un projet *ad hoc* de démonstration de technologie d'avions sans pilote (drones).

L'Agence devrait conduire un certain nombre de projets dans les domaines suivants :

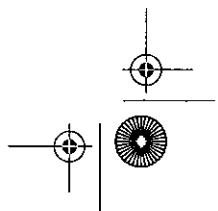
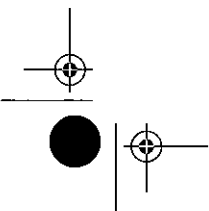
- *UAVs/ISTAR*.
- *Advanced European Jet Pilot Training*.



- *Command, Control and Communication.*
- *Defence Test and Evaluation Base Rationalisation.*
- *Armoured Fighting Vehicles.*
- *COTS/MOTS (European market in Commercial/Military Off-the-Shelf equipment, including feasibility study of an « electronic market place »).*

Elle devrait également à terme se pencher sur les domaines suivants :

- *Naval Defence Technological and Industrial Base (DTIB).*
- *Air-to-Air Refuelling.*
- *A400M.*
- *CBRN.*
- *Maritime surveillance.*



ANNEXE 5 :
DECISION No. 2005/01/EDA OF 2 MARCH 2005
OF THE EDA STEERING BOARD IN NADS FORMATION
ON EDA WORK ON THE EUROPEAN DEFENCE
EQUIPMENT MARKET (EDEM)

1. At its meeting of 2 March 2005, the Steering Board in NADs formation has decided as follows (bearing in mind Agency's efforts to promote consolidation of the demand side of the EDEM by harmonisation of requirements and fostering collaborations).

2. The Agency should pursue a programme of work on EDEM issues, drawing as appropriate on LoI work, as follows :

a) scope the feasibility and modalities for collecting data on participating Member States (pMS) invocation (and non-invocation) of Article 296 in their defence procurements ;

b) identify the features required by an intergovernmental regime for encouraging competition in defence procurement in the Article 296 area on a fair and transparent basis, and outline the processes/procedures that would need to be adopted. (Necessary special provisions and exceptions required for reasons of national security would also be identified) ;

c) consider the scope for limited introduction of such a regime, on a pilot basis ;

d) develop proposals for providing assurance that companies competing under such a regime did not enjoy some unfair advantage or « helping hand » ;

e) develop proposals for achievement of mutual confidence on security of supply between pMS through concrete actions and measures, thereby permitting mutual dependencies ;

f) develop proposals for achievement of mutual confidence on safeguarding of information between pMS ;

g) collect data on use of off-set by pMS and underlying policies, and assess its impact on competition, and on defence industrial restructuring ;

h) develop proposals on how to promote EDEM-wide awareness of specialist capabilities which pMS believe should be recognised and developed within a European DTIB, including in particular small and medium-sized enterprises (SMEs).



3. A plan for action on 2 a) should be presented to the May Steering Board. The rest of the work programme should be taken forward so as to provide, before the end of 2005, the basis for a Steering Board decision on whether or not to proceed with a voluntary, non-binding intergovernmental regime.

4. The EDA should also provide the Commission with the maximum support possible as they pursue their work following their Green Paper.

