

Le marché de défense : concept et réalité

Hélène Masson et Cédric Paulin

(29 novembre 2005)

« Au cours de l'histoire et des changements de structure qui s'y manifestent, les marchés naissent, évoluent ou meurent »¹.

Un certain nombre de commentateurs et acteurs du marché de l'armement tendent à définir ce dernier comme un marché en voie de banalisation, *via* sa libéralisation². Si la frontière entre les facteurs politiques et les facteurs économiques de ce marché est effectivement en train de se déplacer, l'apparition d'un marché de la défense concurrentiel reste pourtant encore très improbable.

I. Marché de défense : paradoxe et efficience

Du point de vue de la théorie du marché appliquée de manière générale, nous sommes face à « *la construction de nouvelles formes de marché pour les produits existants [et face à] l'apparition de marchés nouveaux pour des types de produits et services qui échappaient aux logiques marchandes* »³ : qu'en est-il pour la défense⁴ ? Dans cette reconstruction, l'équilibre théorique entre l'offre et la demande fonctionne déjà pour les domaines de l'aéronautique et du spatial, et se dessine sous la même forme pour les secteurs navals et terrestres : quelles sont les conditions de réussite de ce nouvel équilibre ?

¹ Benjamin Coriat et Olivier Weinstein, « [La construction sociale des marchés](#) », *La lettre de la régulation*, septembre 2005, n° 53, p. 4.

² Frédérique Sachwald, « Banalisation et restructuration des industries de défense », *Les notes de l'Ifri*, n° 15, 1999, 63 p.

³ Benjamin Coriat et Olivier Weinstein, « [La construction sociale des marchés](#) », *op. cit.*, p. 1.

⁴ Nous raisonnerons principalement ici à partir des grands maîtres d'œuvre.

1. Configuration de marché : vers un monopole bilatéral

La demande publique d'armement vise à garantir l'indépendance d'un pays, si possible par une autonomie et une sécurité d'approvisionnement. Les doctrines politiques et militaires définies par le gouvernement et les états-majors déterminent cette demande d'armement. Par ailleurs, l'exportation peut aussi être utilisée par ces mêmes acteurs en vue d'établir des relations politiques et stratégiques particulières. Pour cette raison, le régime juridique de la production et du commerce d'armement est généralement la prohibition sauf exception, caractéristique institutionnelle du marché de la défense qui s'ajoute au fait que 90 % des commandes sont d'origine étatique.

Prolongement de la politique de défense, l'industrie de défense obéit en outre à des critères de rentabilité, de plan de charge, de taille critique et d'économie d'échelle. La logique de l'industrie de défense n'est plus strictement celle des États. De là, chaque acteur, États et entreprises, s'insère dans une situation de marché de manière antagonique.

Demande \ Offre	Nombreuses entreprises	Quelques entreprises	Une seule entreprise
Nombreux acheteurs	Marché de concurrence	Oligopole voire duopole	Monopole Intérêt de l'offreur
Un seul acheteur	Monopsonie Intérêt de la demande	Monopsonie contrarié	Monopole bilatéral

L'intérêt d'une entreprise étant d'être la seule sur le marché de l'offre et de faire face à de nombreux acheteurs (d'autant plus que les commandes publiques se restreignent), et inversement l'intérêt de la demande étant d'être unifiée et de faire face à plusieurs entreprises (pour faire jouer la concurrence et garantir son approvisionnement), le compromis peut aller vers un marché de la concurrence ou bien vers un monopole bilatéral. La seconde option semble en fait favorisée.

En effet, chacun, entreprises et États, agit d'abord, plus facilement et plus directement dans sa sphère de compétence : l'entreprise dans sa sphère économique, donc en relation avec d'autres entreprises ; l'État dans sa sphère politique, donc en relation avec d'autres États.

Ainsi, l'intérêt des États le plus simple à mettre d'abord en œuvre est d'unifier leur demande, de coordonner leur politique d'acquisition, que ce soit par des structures durables (NAMSA, GEIP, GAEO, OCCAR, AED) ou par le biais de coopérations par programmes. La difficulté à franchir est celle de la détermination commune d'une doctrine politique et militaire (cf. PESC, PESD, les missions dites de Petersberg), ainsi que des relations avec les pays tiers (cf. le *Code de conduite de l'Union européenne en matière d'exportations d'armements*) : cette détermination commune est le socle théorique fondamental qui légitime une demande publique commune d'armement.

D'autre part, l'intérêt de chaque entreprise est de dominer l'offre par intégration des concurrents ou consolidation. La libéralisation conduit alors à la concentration : la grande vague de restructurations européennes, entre 1998 et 2001 a vu une première réduction du nombre d'entreprises dans les secteurs de l'aéronautique et du spatial. Les premières restructurations engagées dans le domaine terrestre, notamment à l'initiative de la Grande-Bretagne ces dernières années, puis celle dans l'industrie navale avec des initiatives d'électroniciens⁵, va aussi vers une plus grande concentration, c'est-à-dire une réduction de la concurrence. S'il s'agit d'organiser la rareté, chaque entreprise a tendance à vouloir le faire elle-même. La concurrence existe ainsi dans l'organisation de la rareté mais disparaît dès lors que cette dernière est acquise.

La tendance des deux logiques va donc vers un monopole bilatéral, plutôt que vers un marché de la concurrence. En Europe, pour le secteur aéronautique et spatial, cet équilibre fonctionne ; pour les secteurs terrestre et naval, il semble aussi être la voie choisie. Comment l'efficacité de ce type de marché est-elle finalement permise ?

2. Conditions de réussite de ce nouvel équilibre

Si des explications en terme de complexe militaro-industriel ou de mode de régulation administré ont fonctionné, et ont diversement évolué pour expliquer le fonctionnement actuel du marché de la défense, les privatisations et restructurations de la décennie 1990 les ont tout de même historiquement datées⁶. D'autre part, l'analyse en terme de biens collectifs offre, elle, un cadre d'analyse toujours valable, pour peu qu'elle s'adjoigne une théorie des contrats axée sur une amélioration de la révélation de l'information entre les contractants.

⁵ L'urgence est-elle de restructurer l'industrie navale européenne ou plutôt de restructurer l'industrie électronique militaire ? Sagem s'est tournée vers Snecma. Dans le cadre de l'éventuel rapprochement entre DCN et Thales, les prétentions d'EADS puis d'Alcatel montrent bien qu'un agenda de restructurations chez les électroniciens de défense ou visant le marché de la défense existe bel et bien. De manière encore très implicite, on perçoit l'organisation d'un marché de la sécurité se connectant avec celui de la défense. Des prochaines notes de la FRS reviendront sur ces aspects.

⁶ A tout le moins, l'eupéanisation est un facteur déstabilisateur du CMI, avec l'émergence de relations entre États, entre entreprises d'origine nationale différente, avec des institutions plurinationales (Commission européenne, OCCAR, AED). En ce qui concerne la régulation administrée, Jean-Paul Hébert avait souligné lui-même son entrée en crise et la difficulté à lui substituer un nouveau cadre théorique d'analyse (Jean-Paul Hébert, « Fin de la régulation administrée du système de production d'armement », *in* Roland de Penanros (dir.), *Reconversion des industries d'armement. Crise, adaptation sectorielle et développement régional*, Paris, la Documentation française, 1995, pp. 161-176). La libéralisation pure et simple n'était en tout cas pas, pour Jean-Paul Hébert, l'horizon des marchés de la défense (*cf.* ses articles ultérieurs sur <http://www.ehess.fr/cirpes/index.html> et Jean-Paul Hébert, « Armement, le choc de l'Europe », *in* Ramsès 1999, Paris, Dunod, p. 232).

Traditionnellement les biens de défense sont classés comme biens collectifs purs, du fait de leur non-rivalité et de leur non-exclusion⁷.

	Exclusion	Non-exclusion
Rivalité	Biens privés (voiture)	Biens collectifs mixtes (parc public)
Non-rivalité	Biens collectifs mixtes (autoroute à péage, musée)	Biens collectifs purs (défense nationale, justice)

Le caractère pur du bien collectif « défense nationale » apparaît cependant contestable du fait de la segmentation possible entre la fourniture du service de défense, relevant de la mission régaliennne de l'État, et la fourniture des équipements de défense, c'est-à-dire leur production elle-même. L'évaluation de l'efficacité passe par une analyse au cas par cas, et donc des modes de contractualisation adaptés tenant compte du degré de criticité et de valeur stratégique du bien (ce qui induit des possibilités ou impossibilités d'exportation), de sa disponibilité souhaitée, des investissements nécessaires et du retour sur investissement possible, des droits de propriété, etc.⁸

La théorie des biens collectifs appliquée à la défense évoluerait ainsi vers un tryptique :

- biens collectifs purs (avec la production nucléaire militaire par exemple) ;
- biens collectifs mixtes (systèmes de communication, marchés de MCO, de formation, services de transport militaire) ;
- biens privés (avions de chasse, véhicules terrestres, navires).

L'évolution des contrats, vers une gestion capacitaire davantage que patrimoniale, notamment avec des « partenariats publics privés », des financements d'origine privée, des locations et des contrats de service sur le long terme, permettrait de retrouver une adéquation équilibrée entre la demande et l'offre⁹. Le nouveau mode de régulation, en tout état de cause, doit mettre l'accent sur le partage des risques et donc le partage de

⁷ La non-rivalité désigne le fait que la consommation du bien par une personne ne réduit pas les possibilités de consommation par une autre. La non-exclusion désigne le fait que le propriétaire d'un bien n'est pas en capacité d'en empêcher l'accès à un tiers qui refuserait d'en payer l'usage (cf. Renaud Bellais, « La défense entre missions et satisfaction : nouvelle "géographie" des frontières du marché », in Renaud Bellais (dir.), *Economie et Défense. Nouvelles frontières entre États et marchés*, Paris, Descartes & Cie, 2005, pp. 45-66).

⁸ Un service de transport militaire permanent n'est pas nécessairement utile aux Armées, pourvu que sa disponibilité soit assurée, contractuellement, à des moments précis.

⁹ Martial Foucault, « Défense et contractualisation : quels partenariats ? », in Renaud Bellais (dir.), *Economie et Défense. Nouvelles frontières entre États et marchés*, Paris, Descartes & Cie, 2005, pp. 67-86. Soulignons que si la concurrence existe au moment du choix du contractant industriel, elle ne s'en trouve pas accrue sur le long terme puisque les contrats sont valables sur plusieurs années, voire plus d'une décennie du fait de la prise en compte du cycle de vie et des coûts de possession (exemple français : 7 ans pour l'automoteur Caesar, 9 ans pour la location des deux avions de transport à long rayon d'action A340-200).

l'information, en particulier sur la disponibilité demandée et offerte, en qualité et quantité (*cf.* les contrats de maintien en condition opérationnelle et étalés sur le cycle de vie)¹⁰. De ces partages et échanges construits – « *la définition de l'objet de l'échange ne va pas de soi, elle doit être construite* »¹¹ –, dépendent la satisfaction de la mission régaliennne et l'implication effective des entreprises. Les incertitudes qui subsistent, majeures, sont le périmètre de ce nouveau mode de régulation ou la « qualification » du produit ou de la prestation, sa durabilité, ses résultats financiers et, *in fine*, les performances opérationnelles. Se justifie alors pleinement l'émergence de structures administratives dédiées à ce type de contractualisation¹².

Enfin, dernière condition implicite de réussite d'un marché de défense et explication du paradoxe d'un monopole bilatéral au niveau européen, la relation transatlantique en matière d'armement apparaît fondamentale. Il s'agit de trouver la juste insertion d'un marché intérieur dans un marché global international dominé par la demande et surtout l'offre américaine. La crainte d'un surcroît d'importations d'origine américaine ainsi que celle de la conduite des restructurations européennes par des entreprises américaines amènent les États européens à favoriser des entreprises atteignant une taille critique, et devenant de fait des entreprises monopolistiques au niveau européen. Des re-configurations de marché intérieur sont prévisibles à l'orée de la comparaison entre les États-Unis et l'Union européenne : le secteur naval américain est constitué de quatre industriels (pour six chantiers), tandis que le secteur naval européen, dont la restructuration a débuté en 2004, compte vingt-et-un industriels (pour 23 chantiers)¹³. Le secteur terrestre européen comprend une dizaine d'industriels, avec une prédominance de BAE Systems' Land and Armaments, division de BAE Systems, et d'European Land Combat Systems, division de General Dynamics. A l'échelle mondiale, du point de vue européen, la tendance est alors à la création de duopoles. Ces champions européens et non plus nationaux ont parallèlement avantage à voir la demande européenne se coordonner et harmoniser ses commandes afin de lisser au mieux leur plan de charge¹⁴.

¹⁰ Jean-Michel Oudot, « [La réduction des risques présents dans l'approvisionnement de défense : une approche par les contrats](#) », *Chronique Ecadienne*, n° 3, octobre 2004, 4 p.

¹¹ Benjamin Coriat et Olivier Weinstein, « [La construction sociale des marchés](#) », *op. cit.*, p. 2.

¹² En France, le décret n° 2004-1551 du 30 décembre 2004 modifié a ainsi institué un organisme expert au sein du ministère de la Défense pour évaluer les contrats de partenariats et leur opportunité (*cf.* Ministère de la Défense, *Projet de loi de finances pour 2006. Budget de la Défense*, Paris, DICOD, 2005, pp. 35-38).

¹³ DCN, *Rapport d'activité 2003*, 2004, p. 25. Le nombre d'industriels intervenant sur les chantiers européens peut être ramené à une dizaine si l'on prend seulement en compte les maîtres d'œuvre.

¹⁴ C'est ainsi qu'il faut comprendre la demande pressante des industries aéronautiques européennes déjà restructurées à l'égard des gouvernements européens en faveur d'une plus grande harmonisation en 2003 (Philippe Camus, Rainer Hertrich, Denis Ranque et Mike Turner, « Défense européenne : il est grand temps d'agir ! », *Le Monde*, 29 avril 2003), et inversement la demande actuelle tout aussi pressante du ministre de la Défense, Michèle Alliot-Marie, à l'égard de DCN et Thales pour fusionner dans l'optique de

La globalisation des marchés de la défense obéit ainsi encore beaucoup à des pratiques de protection.

II. « Les marchés publics de défense » : le poids des logiques nationales et de l'approche intergouvernementale¹⁵

Aujourd'hui, la majorité des contrats de défense sont passés selon des règles strictement nationales. Ces règles particulièrement hétérogènes, notamment au niveau des modalités de publication et de mise en concurrence, constituent un obstacle majeur pour les fournisseurs non nationaux et limitent l'ouverture des marchés. Jusqu'à présent, aucune des tentatives inter-gouvernementales pour remédier à ces obstacles n'a donné de résultats satisfaisants du fait de leur caractère juridiquement non contraignant. Il apparaît toutefois que les propositions de la Commission européenne visant à réglementer les marchés publics de défense aient incité indirectement les États à s'entendre sur un régime intergouvernemental, « le code de conduite sur les marchés de défense ».

1. L'article 296 ou l'établissement d'un régime dérogatoire aux règles du marché commun

Si les principaux États producteurs d'armement ouvrent progressivement leur marché domestique à la concurrence internationale, ces derniers continuent à se retrancher derrière l'article 296 du traité instituant les Communautés européennes (TCE) pour justifier la limitation de cette ouverture aux industriels non nationaux.

restructurations européennes dans le domaine naval (alors que la demande européenne tend déjà à s'harmoniser). Le secteur terrestre reste encore en retrait, seule l'Agence européenne de défense semblant prendre l'initiative à défaut des gouvernements et industriels (britanniques exceptés), échaudés par l'échec de coopérations et l'inexistence de grand programme commun (cf. Laetitia Blandin, Antonin Tisseron et Cyrus Hodes, « [Quelle évolution du marché de la défense en Europe ? Le cas du secteur terrestre et aéroterrestre](#) », *Les notes de l'Institut Thomas More*, n° 5, 15 octobre 2005, p. 8, et Agence européenne de Défense). « [European Defence Agency Ministers Call for More Cooperation on New Armoured Fighting Vehicles](#) », Bruxelles, 23 mai 2005.

¹⁵ Hélène Masson, « L'ouverture des marchés publics de défense en Europe : vers un régime intergouvernemental volontaire ? », in *Annuaire stratégiques et militaire 2005*, Paris, Odile Jacob, pp.193-232.

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. »

En effet, cet article constitue une dérogation aux règles du marché commun. Il confère 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. Or, le recours à cette dérogation est devenu la règle plutôt que l'exception. Cet état de fait illustre la volonté des principaux États producteurs d'armements de s'affranchir des directives communautaires relatives à la passation des marchés publics, au contrôle des concentrations et aux aides d'État, et ce, afin de préserver leur autonomie de décision en matière de politique d'armement.

De même, l'article 14 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 établit que la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'applique pas aux marchés publics dits « secrets » ou « exigeant des mesures particulières de sécurité ». Dès lors, les États membres ne sont pas tenus de respecter les principes relatifs à l'obligation de mise en concurrence, à la transparence (publication au *JOUE*), à l'égalité de traitement et à la non-discrimination.

2. Les ambitions de la Commission européenne

Malgré le rôle limité dévolu à la Commission européenne sur les questions d'armements, cette dernière s'attache depuis dix ans à démontrer, à travers la publication de communications¹⁶, l'intérêt d'appliquer la méthode communautaire dans certains domaines clef de l'armement, et plus particulièrement celui de l'harmonisation des règles de passation des marchés d'armements. Dès 1998, la Commission soulignait¹⁷ que les règles qui seraient applicables à ces derniers devraient prévoir des procédures d'appel à la concurrence dans la mesure du possible et devraient garantir

¹⁶ *Plan d'action pour les industries liées à la défense*, COM (97) 583 finale ; *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.

¹⁷ *Les marchés publics dans l'UE*, COM (98) 143, Bruxelles, mars 1998, 34 pages.

la sécurité d'approvisionnement. Elle reconnaissait toutefois les particularités et les spécificités du secteur.

« Définition des caractéristiques propres du secteur lié à la défense », décembre 1996 :

- Les conditions d'exploitation de l'industrie et la demande pour ses produits tiennent compte de considérations d'ordre politique, stratégique et de sécurité ;
- 90 % de la production communautaire sont concentrés dans 5 États membres (France, Royaume-Uni, Allemagne, Italie, Suède) ;
- Les États sont clients et dans de nombreux cas propriétaires des industries de défense ;
- Valeur technologique à long terme du secteur ;
- Confidentialité des informations ;
- Coûts de recherche et de développement très importants, d'où l'importance des aides d'État ;
- Constat d'une synergie croissante entre les technologies civiles et militaires ;
- Rappel de l'adoption par le Conseil de critères communs à appliquer dans le domaine des exportations d'armes, et ce dans le but d'harmoniser les politiques des États membres dans ce domaine.

La Commission se heurte inexorablement à une fin de non recevoir des principaux États membres producteurs d'armement, soucieux de préserver leur liberté d'action dans un domaine considéré comme stratégique. Et la publication d'une nouvelle communication en 2003 « Vers une politique communautaire en matière d'équipements de défense » et d'un « Livre Vert sur les marchés publics de défense » en septembre 2004 n'a pas fondamentalement changé la donne. Sans remettre en cause l'existence de l'article 296, le *Livre vert* suggère d'en restreindre son utilisation. La Commission européenne propose ainsi 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).

Ce volontarisme de la Commission détermine les États membres à reprendre l'initiative et à repositionner le débat au sein de l'Agence européenne de défense (AED).

3. L'Agence européenne de défense et le nouveau « code de bonne conduite sur les marchés de défense »

La question de la « rationalisation du marché européen des équipements de défense » a fait l'objet de nombreuses initiatives intergouvernementales

depuis le début des années 1990, à travers le GEIP¹⁸, puis le GAEO (Commission III)¹⁹ et plus récemment la LoI²⁰. Comme il ne s'agit pas de règles contraignantes dont l'application est soumise à contrôle, les États se sont montrés particulièrement prudents dans l'application des principes votés. Les avis sur les propositions du *Livre Vert* illustrent une nouvelle fois leur prudence voire leurs réserves quant à la rédaction par la Commission européenne d'une directive spécifique aux marchés de défense. En lieu et place d'un outil communautaire, les États s'accordent sur un instrument de nature politique non contraignant, le « code de conduite sur les marchés de défense », mieux 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.

Adopté le 21 novembre 2005 par les ministres de la Défense des États membres de l'UE, ce code établit un certain nombre de principes et de modalités auxquels les États se conformeront sur une base volontaire :

- diffusion aux partenaires des informations sur les appels d'offres et sur l'attribution du marché (pour les contrats supérieurs à un million d'euros), par l'intermédiaire d'un portail internet dédié ;
- diffusion des référentiels réglementaires nationaux et des processus de passation de marchés ;
- création d'un système de vérification et de contrôle ;
- transparence des critères d'admissibilité (prix, pertinence de l'offre, sécurité d'approvisionnement, etc.) et égalité de traitement ;
- compétition recherchée tout au long de la chaîne contractuelle (sous-traitance).

¹⁸ Groupe européen indépendant des programmes. Les ministres de la Défense du GEIP ont signé un accord non contraignant, le *Coherent Policy Document* (CPD), dans le but d'établir des principes devant faciliter l'ouverture à la concurrence internationale des marchés européens d'équipements de défense (EDEM : *European Defence Equipment Market*).

¹⁹ 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 »). Les initiatives portaient sur 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'acquisitions, et sur l'établissement de critères de mise en concurrence dans le cadre de l'attribution des contrats. Une liste de règles communes a été élaborée (non-discrimination et égalité de traitement, transparence et objectivité des critères de sélection et d'attribution et publicité des projets d'achats).

²⁰ 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 d'acquisition.

Le texte retient un certain nombre d'exceptions : « *all defence procurement opportunities of € 1 m or more where the conditions for application of Art. 296 are met, except for procurement of research and technology; collaborative procurements; and procurements of nuclear weapons and nuclear propulsion systems, chemical, bacteriological and radiological goods and services, and cryptographic equipment* ».

Les États membres font de l'AED le cadre privilégié de mise en œuvre et de suivi du nouveau code de conduite, qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2006²¹. Ni traité ni engagement formel, ce type d'accord politique est souvent ignoré ou adapté a minima par les États. La mise en pratique de ces principes et modalités d'action dépendra pour une grande part de l'acceptation par les principaux États européens producteurs d'armement de l'idée d'« interdépendance positive ».

Les opinions exprimées ici n'engagent que la responsabilité de leurs auteurs.

²¹ Les 24 États participants à l'Agence européenne de défense (sauf le Danemark) ont jusqu'au 30 avril 2006 pour faire part de leur adhésion ou non au code

Annexe

The Code of Conduct on Defence Procurement of the EU Member States Participating in the European Defence Agency Brussels, November 21, 2005

The European Defence Agency's participating Member States (pMS) have agreed on the need for decisive progress towards creation of an internationally competitive European Defence Equipment Market, as a key means to strengthen the European Defence Technological and Industrial Base.

A significant proportion of their defence procurement takes place outside EU internal market rules, on the basis of Article 296 of the Treaty establishing the European Community. The pMS have therefore decided, without prejudice to their rights and obligations under the Treaties, to establish a voluntary, non-binding intergovernmental regime aimed at encouraging application of competition in this segment of Defence procurement, on a reciprocal basis between those subscribing to the regime.

Member States who choose to subscribe to the Regime ("subscribing Member States", or sMS) will undertake to open up to suppliers having a technological and/or industrial base in each others' territories, all defence procurement opportunities of € 1 m or more where the conditions for application of Art. 296 are met, except for procurement of research and technology; collaborative procurements; and procurements of nuclear weapons and nuclear propulsion systems, chemical, bacteriological and radiological goods and services, and cryptographic equipment.

Within the scope of the regime thus defined, it is recognised that sMS may exceptionally need to proceed with specific procurements without competition, in cases of pressing operational urgency; for follow-on work or supplementary goods and services; or for extraordinary and compelling reasons of national security. In such exceptional cases sMS will, once the procurement route has been confirmed, provide an explanation to the EDA, in its capacity as monitor of the regime on behalf of sMS. Data will also be provided to the Agency on collaborative procurements.

The key principles of this regime will be as follows:

- a. **A voluntary, non-binding approach.** No legal commitment is involved or implied. The regime will operate on the basis of sovereign Member States voluntarily choosing to align their policies and practices, on a reciprocal basis, in this area. Those who elect to join the regime, and follow this Code, will be free to cancel their participation in the regime at any time. No sanction is envisaged for any non-observance of this Code by any sMS, beyond the requirement to account to the other members of the regime. In all cases, the final authority for contract award remains with sMS national authorities.*
- b. **Fair and equal treatment of suppliers.** We wish to maximise opportunities for all suppliers based on each others' territories to compete in our competitions. This will require transparency and equality of information; arrangements will be made for all relevant new defence procurement opportunities offered by sMS to be notified on one single portal, which will provide advance notification of Invitations To Tender to be issued under the regime, and links to national websites or other directions to where full documentation can be obtained. A brief "vade mecum" will also familiarise suppliers with national defence procurement authorities and procedures. The notification will briefly describe the requirement, the procedures and timescales for the competition and the*

award criteria. A standard-format announcement will also be posted on contract award. In the conduct of the competition itself, fair and equal treatment will be assured in:

- **selection criteria.** All companies will be evaluated on the basis of transparent and objective standards, such as possession of security clearance, required know-how and previous experience;
 - **specifications and statements of requirements.** These will be formulated as far as possible in terms of function and performance. International standards will, wherever possible, be included in the technical specifications rather than national ones or detailed and specific company-linked requirements;
 - **award criteria.** These will be made clear from the outset. The fundamental criterion for the selection of the contractor will be the most economically advantageous solution for the particular requirement, taking into account inter alia considerations of costs (both acquisition and life cycle), compliance, quality and security of supply and offsets;
 - **debriefing.** All unsuccessful bidders who so request will be given feedback after the contract is awarded.
- c. **Mutual transparency and accountability.** Each SMS will wish regularly to review comprehensive data which demonstrates how the regime is in practice impacting on defence procurement practices and outcomes. The regime will embody certain classes of exception; when exceptions are invoked or when other irregular events occur, SMS will wish to have an explanation - and the opportunity, if need be, to debate the circumstances in the Agency Steering Board. The EDA will be the instrument to achieve this mutual transparency and accountability. Whilst no SMS will wish the EDA to assume the role of independent investigator of its affairs, we recognise that mutual visibility and reassurance about how each SMS is operating the Code will require an effective EDA monitoring and reporting system with regular reports to the Steering Board. We will therefore ensure that the Agency receives the necessary cooperation from national staffs to provide the insight into the operation of the regime that we will require. SMS will also inform the Agency of any use of Art. 296 in relation to the award of state aid or in mergers and acquisitions issues.
- d. **Mutual support.** The privilege of improved opportunity to sell into each other's defence markets implies a reciprocal obligation to do everything possible to ensure supply. In defence procurement, this is not merely a commercial matter – it involves the role of governments as well as industries.

We recognise that fully-effective operation of the regime will depend on strong mutual confidence and interdependence. SMS intending to place contracts on suppliers elsewhere in Europe are entitled to expect that the latter are and remain dependable and competitive sources of supply. Uncertainty on this point may count against them in competition. Each SMS government will therefore do everything possible, consistent with national legislation and international obligations, to assist and expedite each others' contracted defence requirements, particularly in urgent operational circumstances, and will work to increase the level of mutual confidence amongst the SMS, in particular by improving the predictability and dependability of its regulations and policies. All SMS will support efforts to simplify amongst them intra-community transfers and transits of defence goods and technologies.

- e. **Mutual benefit.** We recognise, too, that this regime will not prosper unless all SMS find benefit in subscribing to it. An important part of this is the expansion of opportunities for small- and medium-sized companies from across Europe to sell into a continental-scale market. In defence procurement, the customers for such companies may be a prime contractor rather than the end-user. We will

therefore seek to ensure that fair competition and the benefits of the regime are driven down the supply-chain. We accordingly see a Code of Best Practice in the Supply Chain, to be agreed with industry, as an integral part of the regime. Its principal tenets will be to promote transparency and fair competition at the sub-contract level. Prime contractors will be expected to evaluate and select suppliers on a fair and equitable basis. Implementation will be supported by arrangements for bench-marking, reporting and monitoring.

We are confident that mutual transparency and accountability will support over time the growth of confidence and ever-more effective operation of the regime. Experience will also enable us to identify improvements to these initial arrangements, and to consider adaptation and possible expansion of the regime. We will therefore keep its operations under continuous review, based on the EDA-led monitoring and reporting arrangements, and pursue progressively closer alignment of our policies and practices over time.