

Entrée en vigueur de la nouvelle directive sur la passation de marchés de défense et de sécurité



Le 20 août 2009, la nouvelle directive sur les procédures de passation de marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité (2009/81/CE) a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne. Les États membres disposent à présent d'un délai de deux ans pour la transposer dans leur droit interne. Le marché européen des équipements de défense devient enfin réalité !¹

La défense et la sécurité ayant été jusqu'à présent exclues du marché intérieur, la mise en œuvre de la directive représente toutefois un défi. La Commission suivra donc de très près le processus de transposition et mettra au point une stratégie de contrôle strict.

Principales dispositions de la directive

La directive 2009/81/CE est taillée sur mesure pour tenir compte des particularités des marchés publics de défense et de sécurité: la «procédure négociée avec publication d'un avis de marché» peut être utilisée sans restriction. Cette procédure procure aux pouvoirs adjudicateurs la souplesse nécessaire pour des passations de marchés complexes, parce qu'elle leur permet de négocier avec les soumissionnaires l'adaptation des offres aux exigences qu'ils ont fixées dans l'avis de marché. La directive contient en outre des dispositions spécifiques sur la sécurité d'approvisionnement et la sécurité de l'information, particulièrement importantes dans un domaine où travaux, fournitures et services sont souvent de caractère sensible. D'autres dispositions importantes portent sur les exclusions sectorielles, la sous-traitance et les voies de recours.

Avec tous ces éléments, la directive 2009/81/CE est un instrument qui peut vraiment faire une différence. Elle harmonisera le patchwork réglementaire qui régit actuellement les marchés européens de défense et de sécurité et instaurera enfin les principes du marché intérieur dans ces secteurs. Tout en favorisant la transparence et l'ouverture, elle rendra les procédures de passation de marchés publics plus efficaces et améliorera les conditions d'accès au marché des sociétés d'autres États membres. En définitive, tout cela profitera aux contribuables, aux entreprises et plus encore aux forces armées européennes, qui bénéficieront d'un meilleur rapport qualité-prix.

Mise en œuvre: un processus d'apprentissage pour tous les acteurs

Pour donner son plein potentiel, la nouvelle directive doit toutefois être mise en œuvre correctement. C'est là une tâche particulièrement difficile pour des secteurs largement demeurés, jusqu'à présent, en dehors du marché intérieur. La plupart des autorités compétentes pour les secteurs de la défense et de la sécurité, mais aussi les sociétés qui y opèrent ne sont pas habituées à appliquer des règles communautaires. De leur côté, les services de la Commission ne sont pas toujours totalement au fait des spécificités des questions de défense et de sécurité. Tous les acteurs concernés devront donc en passer par un important processus d'apprentissage.

Ce n'est pas le seul défi à relever: pour certaines parties, la directive 2009/81/CE est identique à la directive existante sur les passations de marchés publics (2004/18/CE); la transposition de ces parties ne devrait donc pas poser de problème. Ses principales dispositions sont toutefois nouvelles, et on ne dispose d'aucune expérience sur la manière de les transposer et encore moins de les appliquer. Plus important encore, les dispositions en question reposent sur un équilibre entre les intérêts des États membres en matière de sécurité et les principes du marché intérieur. Dès lors que la défense et la sécurité restent des domaines de souveraineté nationale, dans lesquels l'intégration européenne est au mieux rudimentaire, cet équilibre est inévitablement fragile.

Sécurité de l'information et sécurité d'approvisionnement: de possibles pierres d'achoppement

La question de la sécurité de l'information illustre parfaitement ce fragile équilibre: les pouvoirs adjudicateurs sont légalement tenus de n'attribuer les contrats sensibles qu'à des prestataires ayant la capacité de protéger les informations classifiées. La preuve d'une telle capacité est fournie sous la forme d'une habilitation de sécurité délivrée par les autorités nationales de l'État membre dans lequel la société concernée est établie. D'une manière générale, les États membres reconnaissent les habilitations de sécurité délivrées par leurs pairs, et nombre d'entre eux ont ancré ce principe dans des accords bilatéraux. Toutefois, dès lors qu'il n'existe toujours pas de régime paneuropéen en matière de «sécurité de l'information», cette reconnaissance n'est pas automatique entre tous les États membres, ce qui peut constituer un handicap pour certains prestataires étrangers.

Un problème similaire existe en ce qui concerne la sécurité d'approvisionnement: une société ne peut fournir d'équipements de défense à un autre État membre que si ses propres autorités nationales lui ont délivré la licence d'exportation nécessaire. Même si les licences aux fins d'exportation à l'intérieur de l'UE ne sont quasiment jamais refusées, rien ne garantit que tel sera toujours le cas (par exemple, pour des livraisons supplémentaires en période de crise). La nouvelle directive sur les transferts intracommunautaires de produits liés à la défense (2009/43/CE) améliore grandement la situation. Toutefois, cette directive ne créant toujours pas de zone sans obligation de licence («license-free zone»), le problème ne peut être totalement résolu.

¹ Voir également l'article intitulé «La défense et la sécurité font leur entrée sur le marché unique suite à l'adoption d'une nouvelle directive», Single Market News n° 53, 2009-1.

Ces difficultés montrent bien que, même si des sauvegardes sont nécessaires pour garantir la sécurité d'approvisionnement et la sécurité de l'information, il convient de suivre le processus de transposition de très près pour éviter toute interprétation excessive. À défaut, les sociétés risquent d'être en butte à des discriminations fondées sur la nationalité.

Une concurrence à l'échelle de l'UE pour les sous-traitants

D'autres problèmes spécifiquement sectoriels pourraient se poser en ce qui concerne les compensations et la sous-traitance. De nombreux États membres exigent en effet des compensations économiques de la part de leurs fournisseurs étrangers en contrepartie de l'achat d'équipements de défense. Ces compensations, si elles peuvent prendre différentes formes, ont pour but ultime de contraindre systématiquement les fournisseurs étrangers à générer un certain volume d'activité pour les sociétés locales du pays acheteur. Dès lors qu'elles sont généralement synonymes de discrimination fondée sur la nationalité, la Commission devra, durant le processus de transposition, s'intéresser aux législations respectives des États membres en la matière, afin de rendre celles-ci compatibles avec le droit européen en général et la nouvelle directive en particulier.

Parallèlement, la directive 2009/81/CE offre d'autres solutions, non discriminantes, que les compensations. Par exemple, de nombreux États membres ne disposent que d'une industrie de défense limitée, constituée de petites et moyennes entreprises dont l'activité consiste à fournir des composants et des sous-systèmes à de gros intégrateurs de systèmes (étrangers). Ces États membres recourent souvent aux compensations pour imposer leurs PME locales comme sous-traitants dans la production des équipements qu'ils achètent à l'étranger. Ils justifient cette pratique comme étant le seul moyen de contrebalancer la tendance des grands fabricants à organiser leur chaîne d'approvisionnement sur une base purement nationale.

La directive 2009/81/CE traite ce problème en prévoyant que les avis de marché peuvent contenir des exigences stipulant qu'une

certaine partie du marché principal doit être confiée à des sous-traitants dans le cadre d'une mise en concurrence ou que certains contrats de sous-traitance doivent être attribués dans le cadre d'une mise en concurrence. Ces dispositions permettront aux pouvoirs adjudicateurs d'instiller de la concurrence paneuropéenne dans la chaîne d'approvisionnement de leurs fournisseurs étrangers, mais non d'imposer leurs propres PME locales comme sous-traitants. En conséquence, les PME seront confrontées à une plus grande concurrence transfrontalière pour les marchés attribués à domicile, mais verront s'ouvrir de nouvelles opportunités commerciales pour les contrats de sous-traitance attribués à l'étranger.

Ces dispositions sur la sous-traitance sont le résultat d'une approche totalement inédite. Elles sont de la plus haute importance, parce qu'elles garantiront que le marché européen de la défense deviendra réalité à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement. Parallèlement, elles restent politiquement sensibles, parce que les enjeux économiques sont très élevés. Pour toutes ces raisons, il est crucial que la Commission suive de près leur mise en œuvre par les États membres.

Transposition: une phase délicate

Les exemples ci-dessus montrent bien combien sera délicate la prochaine phase d'action de la Commission dans le domaine de la passation des marchés publics de défense. Une transposition correcte de la nouvelle directive est fondamentale, et un large éventail de mesures est prévu pour soutenir les États membres dans leurs efforts. Pour sa part, la Commission doit commencer à se préparer à l'entrée en application imminente des nouvelles règles: ses enquêteurs doivent être sensibilisés aux particularités des secteurs de la défense et de la sécurité dans la perspective d'éventuelles infractions; un système de contrôle actif doit en outre être mis en place, afin de satisfaire aux exigences fixées par la directive en matière de transparence et d'établissement de rapports. Tout cela prendra beaucoup de temps et d'énergie, mais les bénéfices attendus sont suffisamment importants pour que le jeu en vaille la chandelle.

Info

Burkard Schmitt

Tél. +32 22991719 - Fax +32 22960962

burkard.schmitt@ec.europa.eu

