

ARTICLE

DROIT DE L'ARMEMENT : RÉFORME DU RÉGIME DES EXPORTATIONS ET DES MARCHÉS PUBLICS DE DÉFENSE SOUS L'IMPULSION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

| 11/07/11 |

La Loi n°2011-702 du 22 juin 2011 modifie substantiellement la réglementation française en matière d'exportation [et d'importation] de matériels de guerre (1.), ainsi que le régime juridique des marchés publics de défense (2.).

Cette réforme consiste principalement à transposer deux directives communautaires², mais contient une ambition plus large, dans la mesure où elle refonde le dispositif général de contrôle des exportations des matériels de guerre que ce soit au sein de l'Union Européenne ou hors de celle-ci.

1. Un nouveau système de contrôle des exportations fondé sur l'octroi de licences

En l'état actuel du droit, la réglementation en matière d'exportation de matériels de guerre se caractérise par un régime juridique unique pour les transferts de matériels, que ce soit au sein de l'Union Européenne ou à l'égard des pays tiers. Ce régime repose sur un principe du double niveau d'autorisation, agrément préalable (AP) et autorisation d'exportation de matériels de guerre (AEMG). Le premier autorise une entreprise à négocier un contrat, puis le cas échéant à signer celui-ci. La seconde permet à la même entreprise de procéder à l'opération d'exportation à l'étranger.

A l'issue d'une période de transition (au 31 décembre 2014 au plus tard), ce régime de double autorisation sera supplanté, au niveau européen, par un système de licences de transferts et, hors Union Européenne, par un système de licences d'exportations.

Il est à noter que ce régime de licences n'est pas tout à fait étranger au droit français, un tel mécanisme se retrouvant déjà dans le cadre de la réglementation relative au contrôle des exportations des biens et technologies à double usage.

1.1. Octroi de licences de transferts pour le marché intracommunautaire

En vertu du principe de liberté encadrée du commerce et de l'industrie, la vente de matériels de défense bénéficiera au sein de l'Union Européenne d'un cadre harmonisé, faisant appel à trois types de licences de transfert accordés aux industriels commercialisant des matériels de guerre et assimilés:

Licence générale : pour une liste de produits définis préalablement par arrêté, les industriels éligibles pourront demander à se prévaloir de cette licence en adressant à l'administration une déclaration d'enregistrement pour la première utilisation de la licence générale concernée (dit « primo-enregistrement »). Ceux-ci recevront dans le délai d'un mois un numéro d'enregistrement devant accompagner toutes leurs expéditions de matériels effectuées;

Licence globale : dans le cadre d'opérations complexes, les industriels pourront demander l'octroi de cette licence pour le transfert de produits spécifiques à des destinataires identifiés, pour une durée déterminée mais sans limite de quantité ; et

Licence individuelle: qui sera délivrée aux industriels pour des opérations déterminées et pour les produits les plus sensibles.

Ce système moins contraignant obligera l'administration à effectuer un contrôle a posteriori renforcé des entreprises. L'objet de ce contrôle, inédit en France à cette échelle, sera de s'assurer qu'en contrepartie de l'utilisation de licences générales, les entreprises titulaires respectent une liste limitative d'obligations dont le contrôle sera réalisé a posteriori par le ministère de la Défense, sans préjudice des compétences du ministère chargé des Douanes. Il s'agira, par exemple, de s'assurer que les produits transférés via les licences générales correspondront à ceux inscrits dans l'une des licences publiées par arrêté ou encore que les destinataires des produits liés à la défense auront qualité pour les recevoir (forces armées et autorités adjudicatrices des Etats membres ou entreprises certifiées). L'administration s'assurera de ce respect au vu notamment du registre des opérations tenu obligatoirement par l'entreprise pour une durée minimale de 10 ans.

En outre, les entreprises qui souhaiteront recevoir des matériels militaires par le biais des licences générales publiées par les autres Etats membres devront se soumettre à un processus de certification obligatoire. Le certificat délivré et notifié à un industriel par un Etat membre, sera reconnu par tous les autres Etats membres. La liste des entreprises certifiées de chaque Etat membre devrait être mise en ligne sur le site de la Commission Européenne.

Enfin, ce nouveau régime fondé sur la libre circulation a justifié la suppression des autorisations d'importation pour tout transfert provenant d'un autre Etat membre de l'Union Européenne ainsi que des autorisations de transit pour les passages par le territoire national des biens en provenance d'un Etat membre. Il a également induit la suppression de la déclaration en douane et de l'attestation de passage en douane aux frontières françaises pour les produits originaires de l'Union Européenne.

1.2. Octroi de licences d'exportation pour les pays tiers

La création de licences d'exportation est un choix du Gouvernement français, qui ne découle pas des obligations de la





Directive TIC. A l'instar de la mise en place de licences générales de transfert, la création de licences générales d'exportation devrait permettre de réduire le nombre d'autorisations individuelles et donc d'accroître la réactivité commerciale des entreprises. Ces licences s'appliqueraient aux opérations les moins sensibles : pour certains composants, ou encore dans le cadre d'expositions ou de salons.

Les licences générales d'exportation seront soumises aux mêmes exigences de contrôle a posteriori que les licences générales de transfert ainsi qu'à des sanctions pénales identiques. Néanmoins, elles présenteront des spécificités fortes :

Les licences générales d'exportation comporteront une liste de destinations autorisées ou interdites, à l'inverse des licences générales de transfert, qui reposeront sur le principe de non-discrimination ; et
Elles porteront sur une gamme de matériels plus réduite que les licences générales de transfert;

Le Gouvernement envisage de réserver l'usage des licences générales d'exportation à des sociétés qui apportent des garanties d'organisation et de fonctionnement des procédures de contrôle interne, comparables aux exigences de la certification retenue par la directive TIC. Un système de « qualification » pour les exportations via les licences générales d'exportation devrait donc également être instauré.

Pour toutes les autres opérations spécifiques ou pour les produits / destinations sensibles qui nécessitent un examen approfondi de l'administration, seront mis en place, des licences d'exportation globales et individuelles suivant les mêmes principes que ceux édictés, au niveau communautaire pour les licences de transfert.

2. Ouverture des marchés publics de défense aux pays de l'Union Européenne et fermeture aux pays tiers

La loi vient transposer la Directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 dite « marchés publics de défense et de sécurité » (MPDS) dont l'objet est d'ouvrir le plus possible les marchés publics aux candidats des autres Etats membres de l'Union tout en préservant la spécificité des marchés de défense et sécurité. Ainsi, la possibilité de recourir à la procédure négociée avec publication préalable devient la norme au détriment de la procédure d'appel d'offres qui n'était pas adaptée. De plus, de nouveaux critères de sélection qualitatifs sont introduits par exemple celui de la capacité du soumissionnaire à assurer la sécurité des informations qui lui sont communiquées ou encore la sécurité d'approvisionnement de ses clients. En outre, apparaissent de nouvelles interdictions de soumissionner liées aux activités terroristes, à la violation du secret professionnel et à l'atteinte au secret de la défense nationale.

Par ailleurs, la loi vient introduire une clause de préférence communautaire souple (c'est-à-dire non automatique) pour permettre la fermeture des marchés de défense aux opérateurs économiques des pays tiers à l'UE. Ce n'est que par dérogation à ce principe, que les pouvoirs adjudicateurs pourront autoriser, au cas par cas, et dans certaines conditions (impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat ou encore « obtention d'avantages mutuels ») ces opérateurs économiques à candidater.

Reste à savoir si ces réformes seront les premières pierres d'une « Europe de la défense », véritable serpent de mer depuis maintenant quelques décennies.

Dominique de Comblès de Nayves - Associé

Cyril Delcombel - Avocat
