

LES ENTITÉS ÉLIGIBLES AU FONDS EUROPÉEN DE DÉFENSE

PREMIERS RETOURS D'EXPÉRIENCE ET QUESTIONS OUVERTES

Alain ALEXIS

Commission européenne

RÉSUMÉ

En proposant la mise en place d'un Fonds européen de défense, la Commission européenne a voulu, pour la première fois depuis 1957, mobiliser des fonds communautaires pour soutenir le développement de capacités militaires nécessaires à la sécurité de l'Europe et contribuer à son autonomie stratégique. Cette initiative, lancée avant l'invasion de l'Ukraine, prend une dimension nouvelle avec la guerre en Europe et la volonté des États membres, rappelée lors du dernier Conseil européen de Versailles, de se doter des capacités propres à assurer leur défense. Il est clair également que ce renforcement des capacités européennes contribue à la sécurité globale dans le cadre de l'OTAN. Les dispositions du Fonds européen de défense répondent à cet impératif en permettant à des entreprises installées en Europe mais contrôlées par des pays tiers, de bénéficier des soutiens communautaires sous réserve de certaines conditions, en particulier le respect des intérêts de sécurité de l'Union et l'absence de contrôle sur les résultats de la part de pays tiers. Les résultats des appels à propositions pour les deux premières années du Fonds démontrent que la participation d'entreprises contrôlées par des pays tiers est effectivement possible mais doit faire l'objet d'un contrôle strict de la part de la Commission.

SOMMAIRE

Introduction	2
Les dispositions générales applicables aux entités éligibles	4
Les entités juridiques contrôlées par des pays tiers ou par des entités de pays tiers	10
Conclusion	18

INTRODUCTION

L'adoption du règlement 2018/1092 du Parlement européen et du Conseil du 18 juillet 2018 qui établit le programme européen de développement industriel dans le domaine de la défense (PEDID) visant à soutenir la compétitivité et la capacité d'innovation de l'industrie de la défense de l'Union¹, suivi par le Fonds européen de la défense (FED) pour la période 2021/2027², a marqué une nouvelle étape significative dans l'approche européenne en matière de défense.

Le contexte politique de l'initiative de la Commission est rappelé de façon très claire dès le premier considérant du règlement FED : « Le contexte géopolitique de l'Union a évolué de façon spectaculaire au cours de la dernière décennie. La situation dans les régions voisines de l'Europe est instable et l'Union est confrontée à un environnement complexe et difficile, qui voit à la fois l'émergence de nouvelles menaces, telles que les attaques hybrides et les cyberattaques, et le retour de dangers plus conventionnels. Étant donné ce contexte, les citoyens européens et leurs dirigeants politiques s'accordent à dire que nous devons faire plus, collectivement, dans le domaine de la défense. » Ce constat établi au premier trimestre 2021 conserve toute sa pertinence en 2022 comme rappelé par la Commission dans sa Communication du 15 février 2022 relative à la défense de l'Europe³.

Il convient de rappeler que le règlement FED ne relève pas directement de la « politique de défense ». Celui-ci est fondé juridiquement sur les articles 173, 188, 182, 183 et 188 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui portent respectivement sur la compétitivité de l'industrie européenne et la politique de recherche⁴. Le règlement est donc en pleine conformité avec les dispositions du traité sur l'Union européenne (TEU), en particulier son article 41 qui précise notamment que « les dépenses administratives entraînées pour les institutions par la mise en œuvre du présent chapitre (en l'occurrence la politique étrangère et de sécurité commune) sont à la charge du budget de l'Union. Les dépenses opérationnelles entraînées par la mise en œuvre du présent chapitre sont également à la charge du budget de l'Union, à l'exception des dépenses afférentes à des opérations ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense et des cas où le Conseil en décide autrement à l'unanimité ».

L'article 41 TEU est très clair et établit un principe général important : les dépenses opérationnelles entraînées par la mise en œuvre notamment de la politique étrangère et de sécurité commune sont à la charge du budget communautaire. Ce principe général connaît une exception qui, comme toute exception, doit être interprétée de façon restrictive : les dépenses afférentes à des opérations ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense sont exclues. Au cas d'espèce, il est constant que le financement

1. JO L 200 du 708.2019, p. 30.

2. JO L 170 du 12.05.2021, p. 149.

3. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Commission contribution to European defence, page 1, COM (2022) 60 final.

4. Le règlement PEDID qui ne portait que sur les soutiens aux actions de développement avait pour seule base juridique l'article 173 TFEU.

communautaire prévu par le FED vise des actions de recherche et de développement et non des opérations militaires⁵.

L'article 3 du règlement FED précise d'emblée que l'objectif est de « renforcer la compétitivité, l'efficacité et la capacité d'innovation de la base industrielle et technologique de défense européenne dans l'ensemble de l'Union, ce qui contribue à l'autonomie stratégique et à la liberté d'action de l'Union⁶... ». L'objectif politique ne saurait toutefois se limiter à la compétitivité de l'industrie européenne mais prend nécessairement en considération l'autonomie stratégique et la liberté d'action de l'Union.

La volonté de contribuer à l'autonomie stratégique est notamment illustrée par le lien direct établi par les co-législateurs avec les priorités en matière de capacités de défense dont les États membres sont convenus d'un commun accord dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune. On note dans le même sens que les priorités régionales et internationales ne peuvent être prises en considération que si elles « servent les intérêts de l'Union en matière de sécurité et de défense⁷ ». L'article 3.2 du règlement FED souligne par ailleurs qu'il convient d'éviter les doubles emplois « inutiles », impliquant que certains doubles emplois peuvent être considérés utiles, en particulier quand ils concourent à l'autonomie stratégique.

Dans ce cadre, la question des entités admises à participer au programme prend toute son importance. S'agissant d'un programme communautaire financé avec le budget de l'Union, l'octroi de soutiens financiers à des entreprises « non européennes » est-il cohérent avec les objectifs poursuivis ? On rappellera que dans sa proposition de règlement établissant le PEDID, la Commission avait proposé une approche stricte, excluant les entreprises contrôlées par des pays tiers ou par des entités de pays tiers, sans possibilité de dérogations⁸. Cette approche stricte n'a pas été retenue par les co-législateurs qui ont introduit la possibilité de dérogations ciblées sous contrôle de la Commission. Les premières années de mise en place du programme montrent que si les dispositions retenues sont complexes, elles permettent néanmoins à des entreprises contrôlées par des pays tiers ou des entités de pays tiers de participer.

D'une façon plus générale, la mise en place d'un nouveau programme communautaire dans un domaine aussi sensible que celui des industries de défense soulève inévitablement une multitude de questions qu'il n'est pas possible de traiter dans le cadre de la présente publication. L'objectif est ici uniquement d'aborder les aspects qui paraissent les plus pertinents à la lumière des deux premières années d'expérience. Dans une première partie, il apparaît utile de revenir sur les entités susceptibles de bénéficier du FED, avant d'aborder dans une seconde partie, de façon plus détaillée, la question des entités contrôlées par des pays tiers ou des entités de pays tiers.

5. Voir notamment en ce sens l'analyse exhaustive de Frédéric Mauro : « Analyse de la base légale du programme européen de développement industriel dans le domaine de la défense », https://8d217603-baaf-4f6f-a66b-4b4f13862147.filesusr.com/ugd/18246a_2b3662e3c40449c9a95d6f57599de283.pdf.

6. Article 3.1 du règlement 2021/697.

7. Article 3.2.b) du règlement 2021/697.

8. Voir en particulier considérant 13 et article 7 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil (COM (2017) 294 final).

Remarques préliminaires

Les conditions relatives aux entités éligibles relèvent principalement des critères d'éligibilité définis dans le règlement établissant le FED. Toutefois, l'importance du règlement 2018/1046 du Parlement européen et du Conseil du 18 juillet 2018 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (ci-après règlement financier) ne doit pas être sous-estimée. Les dispositions de ce règlement, même non reprises dans le règlement FED doivent également être pleinement respectées⁹.

La vérification de tous les critères d'éligibilité relève de la seule compétence de la Commission, y compris en cas de gestion indirecte prévue à l'article 8 du règlement FED. L'article 9.4.c) du règlement FED prévoit notamment que la Commission communique au Comité des États membres, prévu à l'article 34 du règlement FED, le nom des entités contrôlées par des pays tiers et déclarées éligibles par la Commission, mais il ne s'agit que d'une simple information.

De même, si l'article 26 du règlement FED prévoit l'intervention d'experts indépendants pour assister la Commission, cette assistance se limite à l'examen des critères d'attribution et des dispositions en matière d'éthique, et ne porte en aucun cas sur les critères d'éligibilité. On rappellera également que la nature et l'étendue du soutien apporté par les experts pour l'appréciation des critères d'évaluation sont définies par la Commission. En particulier, le règlement n'impose pas que tous les critères d'attribution soient évalués par les experts. La Commission peut donc limiter le soutien des experts à certains critères et évaluer elle-même les autres critères.

LES DISPOSITIONS GÉNÉRALES APPLICABLES AUX ENTITÉS ÉLIGIBLES

De la notion d'entreprise à la notion d'entité juridique

Le règlement PEDID avait retenu la notion d'entreprise définie comme « toute entité, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement, qui exerce une activité économique et qui est établie dans l'État membre dans lequel elle est constituée conformément au droit national dudit État membre¹⁰ ». Cette notion se fonde sur une longue jurisprudence de la Cour de Justice en matière de concurrence, qui retient comme critère essentiel l'existence d'une activité économique¹¹. Dans ce cadre, le statut juridique de l'entité en cause est indifférent, de même que la recherche ou non d'un profit. Il en résulte qu'une entité, publique ou privée, qui n'a pas vocation générale à réaliser des activités

9. L'importance des critères d'éligibilité doit être soulignée puisque, en cas de contentieux, une éventuelle violation peut être invoquée non seulement par une entreprise dont l'offre n'a pas été déclarée éligible, mais également par un concurrent qui souhaiterait contester la légalité de la décision d'attribution de la Commission.

10. Article 2.4 du règlement 2018/1092.

11. Voir notamment CJEC, 23 avril 1991, Höfner et Elser, cas C-41/90, Rec. P. I-1979, pt 21.

économiques, peut néanmoins constituer une « entreprise » pour une partie de ses activités dès lors que ces dernières sont de nature économique.

Cette définition considérée comme stricte en matière de concurrence puisqu'elle permet d'appréhender de nombreuses entités, se révélait au contraire très souple dans le cadre du PEDID en permettant à de nombreuses entités, qui n'ont pas nécessairement vocation à réaliser une activité économique, de participer.

Pour les deux exercices 2019 et 2020, on constate ainsi que près de 50 organismes de recherche, établissements d'enseignement, organisations publiques ou organisations non gouvernementales, indépendamment de leur statut juridique, ont été retenus comme bénéficiaires du PEDID¹².

Dans le cadre du FED, la notion d'entreprise a été remplacée par la notion d'« entité juridique », définie comme « une personne morale constituée et reconnue comme telle en vertu du droit de l'Union, du droit national ou du droit international, qui est dotée de la personnalité juridique et de la capacité à agir en son nom propre, à exercer des droits et à être soumise à des obligations, ou une entité qui est dépourvue de personnalité juridique visée à l'article 197, paragraphe 2, point c), du règlement financier¹³.

Cette définition appelle deux commentaires.

D'une part, si cette définition s'inspire de la définition du programme de recherche Horizon en matière civile¹⁴, elle s'en écarte sur un point important en excluant les personnes physiques. On notera en revanche que le programme spatial de l'Union reprend intégralement la définition du programme Horizon en incluant les personnes physiques¹⁵.

L'impact concret de l'exclusion des personnes physiques est difficile à apprécier à ce stade. L'équilibre général du programme vise en effet prioritairement des entités juridiques constituées. Néanmoins, il ne peut être exclu que des personnes physiques possédant une expertise reconnue, puissent utilement contribuer au programme, par exemple dans le domaine des technologies de rupture. Les soutiens octroyés sous forme de prix pourraient également être adaptés aux personnes physiques. Une telle participation est écartée avec la nouvelle définition.

D'autre part, l'existence ou non d'une personnalité juridique est susceptible d'avoir des implications juridiques non négligeables pour certaines entités. À cet égard, deux situations peuvent être identifiées :

1) L'entité en cause est dotée de la personnalité juridique.

Il s'agit d'une condition importante mais non suffisante. L'entité devra également démontrer qu'elle a « la capacité à agir en son nom propre, à exercer des droits et à être soumise à des obligations ».

12. https://ec.europa.eu/info/publications/european-defence-industry-results-calls_en.

13. Article 2.1 du règlement 2021/697.

14. Règlement (UE) 2021/695 du Parlement européen et du Conseil du 28 avril 2021, JO L 170 du 12.5.2021, p. 1, portant établissement du programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon Europe » et définissant ses règles de participation et de diffusion, et abrogeant les règlements (UE) n° 1290/2013 et (UE) n° 1291/2013.

15. Article 2.28 règlement (UE) 2021/696 du Parlement européen et du Conseil du 28 avril 2021 établissant le programme spatial de l'Union et l'Agence de l'Union européenne pour le programme spatial (JO L 170 du 12.5.2021, p. 69).

2) L'entité n'est pas dotée de la personnalité juridique.

L'article 197.2.c) du règlement financier exige que deux conditions cumulatives soient remplies :

- Les représentants des entités doivent avoir la capacité de prendre des engagements juridiques pour le compte des entités.
- Les entités doivent offrir des garanties de protection des intérêts financiers de l'Union équivalentes à celles offertes par des personnes morales. Le demandeur a en particulier une capacité financière et opérationnelle équivalente à celle des personnes morales. Ce dernier point est particulièrement important dans le contexte de la gestion des ressources communautaires.

La charge de la preuve appartient aux entités concernées qui doivent démontrer que les conditions du règlement FED et du règlement financier sont effectivement remplies. Le non-respect d'une disposition devrait impliquer nécessairement une décision de non-éligibilité de la proposition. À cet égard, il convient de rappeler que le respect des conditions d'éligibilité est apprécié par la Commission jusqu'à la signature de la convention de subvention. La sélection préliminaire d'une proposition comme bénéficiaire du Fonds demeure sans préjudice de la vérification ultérieure de tous les critères d'éligibilité jusqu'à la signature de la convention de subvention.

Entité juridique et conflit d'intérêt

L'article 61.1 du règlement financier dispose notamment : « Les acteurs financiers au sens du chapitre 4 du présent titre et les autres personnes, y compris les autorités nationales à tout niveau, intervenant dans l'exécution budgétaire en gestion directe, indirecte ou partagée, y compris les actes préparatoires à celle-ci, ainsi que dans l'audit ou le contrôle, ne prennent aucune mesure à l'occasion de laquelle leurs propres intérêts pourraient être en conflit avec ceux de l'Union. »

Ces dispositions doivent être considérées notamment à la lumière du rôle important des États membres dans la gestion du programme. Ces derniers composent en particulier le Comité qui doit émettre un avis favorable sur le programme de travail annuel préparé par la Commission. Dans ce cadre, les États membres sont notamment invités à formuler des propositions sur les catégories de projets ou technologies qu'ils souhaitent voir figurer dans ledit programme. Le Comité doit ensuite émettre un nouvel avis favorable, à la majorité qualifiée, sur la liste finale des projets que la Commission envisage de retenir.

Par ailleurs, les États membres sont appelés à intervenir lors de la préparation des offres des entreprises, notamment en approuvant les garanties que ces dernières doivent fournir quand elles sont contrôlées par un pays tiers ou par une entité de pays tiers, ou s'agissant de certaines actions de développement, en déclarant leur intention d'acquérir le produit final ou d'utiliser la technologie de manière coordonnée, ou encore en définissant en commun les spécificités techniques.

Compte tenu de ce rôle déterminant des États membres, il convient de s'interroger sur les conditions dans lesquelles une entité juridique relevant de la « sphère étatique », peut participer au programme sans entraîner un conflit d'intérêt au sens de l'article 61.1 du règlement financier.

Il importe de rappeler à cet égard que l'article 141.1.c) du règlement financier fait obligation à la Commission d'écarter d'une procédure d'attribution déterminée un participant qui « a participé précédemment à la préparation de documents utilisés lors de la procédure d'attribution, si cela entraîne une violation du principe d'égalité de traitement, notamment une distorsion de concurrence qui ne peut être corrigée autrement¹⁶ ».

S'agissant de la participation au FED, une différenciation peut probablement être opérée en fonction du degré d'intégration des entités publiques dans les organes étatiques.

Il apparaît difficile de considérer qu'une entité sans personnalité juridique et qui ne constitue qu'un démembrement d'un ministère puisse être éligible au FED. Une telle entité peut difficilement être dissociée de « l'État » qui participe au Comité de programme. Dans le même sens, il apparaît difficile d'envisager que des entités non-États membres, qui participent directement aux travaux du Comité puissent être bénéficiaires du programme¹⁷.

À l'opposé, une entité juridique publique dotée de la personnalité juridique et bénéficiant d'une large indépendance de gestion, peut probablement être considérée comme « suffisamment éloignée de l'État » pour éviter un risque significatif de conflit d'intérêt.

Une clarté sur ces points ne pourra être apportée progressivement que par la pratique de la Commission.

Les critères d'exclusion du règlement financier

L'article 136 du règlement financier prévoit essentiellement cinq grandes catégories de situations entraînant l'exclusion d'entités aux procédures d'attribution de fonds de l'Union :

- La situation de faillite ou d'insolvabilité ;
- Le non-respect des obligations fiscales, y compris la création d'une entité dans une juridiction différente dans l'intention de se soustraire à des obligations fiscales ;
- Une faute professionnelle grave en violant des dispositions législatives, réglementaires ou des règles de déontologie, comme par exemple en cas de conclusion d'accords restrictifs de concurrence, de violation des droits de propriété intellectuelle ou de la recherche d'informations confidentielles pour se donner un avantage lors de la procédure de sélection des offres ;

16. En cas de doutes, la procédure imposée par le règlement financier est lourde, puisque « l'ordonnateur compétent communique aux autres participants à la procédure d'attribution les informations utiles échangées dans le contexte de la participation de l'intéressé à la préparation de la procédure d'attribution, ou résultant de cette participation, comme visé au premier alinéa, point c). Avant d'être ainsi éventuellement écarté, le participant se voit accorder la possibilité de prouver que sa participation à la préparation de la procédure d'attribution ne constitue pas une violation du principe d'égalité de traitement ».

17. Voir article 34 du règlement FED.

- Des actes de fraude, de corruption, blanchiment de capitaux, travail des enfants...
- Une entité a manqué à des obligations essentielles dans l'exécution d'un engagement juridique financé par le budget de l'Union, qui a notamment entraîné la résiliation anticipée d'un engagement juridique.

S'agissant de la violation des règles de concurrence, l'article 136.2.e) précise que sont visées non seulement les violations du droit communautaire, mais également les violations du droit national constatées par les autorités nationales. Par ailleurs, si l'article 136.1.c) ii) ne mentionne que les accords entre entités en vue de fausser la concurrence, l'article 136.2.e) vise l'ensemble du droit de l'Union dans le domaine de la concurrence, ce qui englobe les règles en matière d'aides d'État. On peut donc légitimement considérer qu'une entité bénéficiaire d'une aide d'État incompatible et non remboursée, devrait être exclue du bénéfice du FED.

Il convient de rappeler que la Commission peut exclure une entité, même si le comportement fautif n'a pas fait l'objet d'un jugement définitif ou d'une décision administrative définitive. En pareille hypothèse, la Commission peut exclure une entité sur la base d'une qualification juridique préliminaire compte tenu des faits établis. Cette exclusion préliminaire ne préjuge pas de la position finale des autorités nationales quant au comportement en cause. Il en résulte que si le jugement final ou la décision administrative finale infirme les conclusions de l'analyse préliminaire, la Commission met fin à l'exclusion. L'analyse préliminaire ne peut toutefois pas stopper le processus d'évaluation des propositions. En conséquence, un jugement définitif ou une décision administrative finale qui interviendrait après la décision de sélection des bénéficiaires, n'aurait pas d'effet concret au regard de la procédure de sélection de l'année en cours. Il est donc important pour les entreprises de vérifier de façon attentive l'absence de critères d'exclusion avant la soumission des propositions.

Un sujet important concerne la durée de l'exclusion éventuelle. L'article 139.1.a) du règlement financier prévoit que la durée de l'exclusion fixée par la Commission n'excède pas la durée éventuellement prévue par le jugement définitif ou la décision administrative définitive. Toutefois, en l'absence d'exclusion prévue par le jugement définitif ou de décision administrative définitive, la Commission reste compétente pour prévoir une telle exclusion. Selon la nature des comportements fautifs, la durée d'exclusion varie entre 3 et 5 ans. Les entités visées par une telle exclusion ne peuvent pas participer à une procédure de sélection si la date finale pour remettre les propositions est couverte par la période d'exclusion.

Le délai de prescription pour exclure une entité est pour sa part de 5 ans à compter de la date de la conduite donnant lieu à exclusion ou à compter de la date du jugement définitif, ou de la décision administrative définitive.

Les entités bénéficiaires de subventions étrangères : question ouverte

La proposition de la Commission du 5 mai 2021 de « Règlement du Parlement européen et du Conseil relative aux subventions étrangères provoquant des distorsions sur le marché unique¹⁸ » établit un nouvel instrument ambitieux qui donnera compétence à la Commission pour contrôler les subventions octroyées aux entreprises par des pays tiers qui facilitent notamment certaines concentrations ou permettent de proposer des offres anormalement basses lors de marchés publics. La Commission devra balancer les effets positifs de la subvention et ses effets négatifs sur le marché intérieur, et proposer éventuellement des mesures de compensation ou demander le remboursement de la subvention en cause.

L'exposé des motifs qui accompagne la proposition précise notamment : « La Commission explorera la possibilité de proposer aux co-législateurs une modification du règlement financier au cours de la prochaine révision, afin de prendre en compte les conséquences des subventions étrangères. » La proposition n'est donc pas directement applicable, à ce stade, à des subventions étrangères octroyées à une entreprise qui demande à bénéficier des programmes communautaires d'aide.

Néanmoins, il convient de s'interroger sur l'impact de l'existence de subventions étrangères qui seront jugées incompatibles par la Commission, dans le cadre de l'analyse des critères d'exclusion prévus à l'article 136 du règlement financier. Un jugement final constatant le caractère incompatible d'une subvention étrangère octroyée à une entité, constitue-t-il un critère d'exclusion de cette dernière ?

Il convient de rappeler à ce sujet que, dans un domaine proche qui porte sur les règles communautaires en matière d'aides d'État, il n'est pas possible d'octroyer une nouvelle aide à une entreprise qui a bénéficié d'une aide incompatible non remboursée. De même, l'article 136.2.e) du règlement financier applicable au budget de l'Union prévoit que, sous certaines conditions, une violation des règles de concurrence constitue un critère d'exclusion au bénéfice de Fonds de l'Union. La proposition de règlement sur les subventions étrangères est fondée juridiquement sur les articles 114 TFUE (rapprochement des législations) et 207 TFUE (politique commerciale), et non sur les articles du TFUE en matière de concurrence. Néanmoins, il serait difficile de justifier qu'une entreprise ayant bénéficié d'une subvention étrangère illégale non remboursée, soit éligible à un programme communautaire, alors qu'une entreprise ayant bénéficié d'une aide d'État incompatible non remboursée, ne serait pas éligible. La cohérence voudrait donc d'exclure du bénéfice du FED, les entreprises ayant bénéficié de subventions étrangères incompatibles et non remboursées.

18. COM (2021) 223 final.

LES ENTITÉS JURIDIQUES CONTRÔLÉES PAR DES PAYS TIERS OU PAR DES ENTITÉS DE PAYS TIERS

Champ d'application

L'article 9 FED reprend les dispositions de l'article 7 PEDID et limite le bénéfice du programme aux entités juridiques établies dans l'Union ou dans un pays associé, et non contrôlées par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers, sauf dérogation acceptée par la Commission en application des dispositions de l'article 9.4 FED.

Les conditions relatives au contrôle sont applicables aux destinataires¹⁹ et aux sous-traitants. Toutefois, seules 3 catégories de sous-traitants sont couvertes par ces dispositions :

- Les sous-traitants qui ont un lien direct avec un destinataire.
- Les autres sous-traitants auxquels sont alloués au moins 10 % du montant total des coûts éligibles de l'action.
- Les sous-traitants qui peuvent avoir besoin d'avoir accès à des informations classifiées pour exécuter l'action.

Il en résulte que les sous-traitants auxquels sont alloués moins de 10 % du montant des coûts éligibles de l'action et qui n'ont pas besoin d'avoir accès à des informations classifiées pour exécuter l'action peuvent être contrôlés par des pays tiers ou des entités de pays tiers.

La situation spécifique du gestionnaire de projet doit être soulignée. Le FED n'impose pas la nomination d'un gestionnaire de projet, mais l'article 25 FED demande à la Commission de consulter le gestionnaire quand celui-ci a été désigné, sur l'état d'avancement de l'action avant l'exécution du paiement. L'article 2.18 FED encadre la notion de gestionnaire de projet en précisant que celui-ci doit être établi dans un État membre ou un pays associé, et désigné par un État membre ou un pays associé, ou groupe d'États membres ou de pays associés, pour gérer des projets d'armement multinationaux de façon permanente ou sur une base *ad hoc*. Toutefois, les dispositions de l'article 9 FED en matière de contrôle ne sont pas applicables au gestionnaire de projet. Ce dernier pourrait donc être contrôlé par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers. En pareille hypothèse, une question ouverte porte sur la possibilité pour la Commission de consulter ce gestionnaire de projet sur l'état d'avancement de l'action avant l'exécution du paiement, tout en respectant les obligations en matière d'informations classifiées posées par l'article 27 FED. Le respect de ces dispositions pourrait imposer à la Commission de ne pas consulter ce gestionnaire de projet.

19. Le FED a remplacé la notion de « bénéficiaire » retenue dans le PEDID, par celle de « destinataire », sans impact quant à l'analyse.

La notion de contrôle

La notion de contrôle est définie à l'article 2.6 FED comme « la capacité d'exercer une influence déterminante sur une entité juridique, soit de manière directe, soit de manière indirecte par l'entremise d'une ou de plusieurs entités juridiques intermédiaires ».

Cette notion n'est pas nouvelle en droit communautaire, mais s'inspire directement de la pratique établie en matière de concurrence.

L'analyse est complexe, mais les modalités ont été explicitées par la Commission en particulier à l'annexe 6 du *Guide For Applicants* du 4 octobre 2021²⁰.

Trois points méritent attention.

D'une part, la notion de contrôle reprise à l'article 9.3 FED vise la possibilité pour un pays tiers ou une entité d'un pays tiers d'exercer une influence déterminante sur une entité juridique. Le fait que la capacité d'influence ne soit pas effectivement exercée n'est pas pertinent aux fins de l'analyse d'éligibilité, comme par exemple dans le cas d'un contrôle par un fonds de pension.

D'autre part, il appartient aux entreprises de procéder à une analyse de leur situation et de fournir les informations à la Commission lors de la soumission des offres. Cette analyse ne lie toutefois pas la Commission qui peut procéder à des investigations complémentaires, notamment sur la base des informations publiques ou des éléments à sa disposition. À cet égard se pose la question de l'utilisation éventuelle des informations fournies par les entreprises dans le cadre d'autres procédures communautaires.

Une distinction paraît devoir être opérée entre, d'une part, les procédures conduites en matière de concurrence et, d'autre part, les autres programmes communautaires de soutien à l'industrie, notamment en matière de recherche civile, ainsi que le programme spatial.

L'article 17 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises²¹ prévoit notamment que « les informations recueillies en application du présent règlement ne peuvent être utilisées que dans le but poursuivi par la demande de renseignements, le contrôle ou l'audition ». Des dispositions similaires existent en matière antitrust²². L'utilisation de ces informations, non rendues publiques, est donc exclue dans le cadre du FED.

De telles limitations ne sont pas prévues dans le règlement 2021/696²³ établissant le programme spatial, ni dans le règlement 2021/695²⁴ établissant le programme Horizon. Par ailleurs, l'article 128 du règlement financier prévoit qu'« afin d'éviter de demander plusieurs fois les mêmes informations aux personnes et entités qui reçoivent des fonds de l'Union, les informations dont les institutions de l'Union, les autorités de gestion ou

20. https://ec.europa.eu/defence-industry-space/calls-tenders/european-defence-fund-edf-2021-calls-documentation-submission-forms-and-guidance_en.

21. JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

22. Voir article 28 du règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L1 du 4.1.2003, p. 1).

23. JO L 170 du 12.05.2021, p. 69.

24. JO L 170 du 12.05.2021, p. 1.

d'autres organismes et entités qui exécutent le budget disposent déjà, sont utilisées dans la mesure du possible ». Les informations recueillies par la Commission dans le cadre du programme Horizon et du programme spatial peuvent donc être utilisées également dans le cadre du FED²⁵.

On notera finalement que le règlement FED est muet quant aux conséquences à tirer de l'absence de garanties fournies par une entreprise contrôlée par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers. La situation se pose en particulier quand une entreprise a estimé, de façon erronée, ne pas être contrôlée par un pays tiers. En pareille hypothèse, deux options sont possibles.

La première option est de faire une application stricte du règlement et de considérer que l'entreprise en cause n'est pas éligible. Le consortium devrait donc prendre les mesures nécessaires pour trouver un nouveau partenaire garantissant la pérennité du projet. Cette option est juridiquement conforme au texte du règlement.

Une seconde option est de ne pas écarter immédiatement l'entreprise en cause mais de l'inviter à fournir les garanties prévues à l'article 7 du FED dans un délai qui sera nécessairement court. Cette seconde option a été retenue pour l'instant par la Commission²⁶, sans garantie toutefois que la même approche « flexible » soit poursuivie dans le futur. Cette approche flexible a pour effet d'octroyer un délai supplémentaire au consortium en cause qui pourrait être dénoncé par une entreprise concurrente. Une question ouverte porte sur la position de la Cour de Justice en cas de contentieux.

La dérogation au principe d'interdiction du contrôle

Conformément aux dispositions de l'article 9 FED, une entité établie dans l'Union ou dans un pays associé, et contrôlée par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers peut être éligible au bénéfice du programme si des garanties approuvées par l'État membre ou le pays associé dans lequel elle est établie conformément à ses procédures nationales, sont mises à la disposition de la Commission. Ces dispositions soulèvent inévitablement de nombreuses questions d'application.

• *Qui doit fournir les garanties ?*

L'absence de contrôle par un pays tiers constitue un critère d'éligibilité, et l'article 9.7 FED indique notamment que « les demandeurs fournissent toutes les informations pertinentes nécessaires à l'évaluation des critères d'éligibilité ». Les garanties, y compris l'approbation par l'État membre, doivent donc être fournies par les demandeurs dans le cadre de leurs propositions.

S'agissant du rôle des États membres, l'article 9.4 FED prévoit que les entités fournissent les « garanties approuvées par l'État membre ou le pays associé dans lequel elle [l'entité]

25. Inversement, les informations recueillies dans le cadre du FED peuvent être utilisées dans les autres programmes.

26. Voir *Guide for Applicants*, 4 octobre 2021, annexe 6, p. 56.

est établie conformément à ses procédures nationales ». Ces dispositions appellent deux commentaires.

- Si les États membres et pays associés ont la possibilité d'approuver les garanties, le contrôle du respect des critères d'éligibilité relève de la seule compétence de la Commission. Il en résulte que les garanties fournies par les entreprises et approuvées par les États membres restent soumises à l'appréciation de la Commission²⁷.
- Le règlement FED, compte tenu notamment de sa base juridique, n'impose aucune obligation sur les États membres ou pays associés. Ces derniers n'ont donc pas l'obligation de prendre position sur les garanties des entreprises établies sur leur territoire. L'article 9.4 du FED renvoie explicitement aux procédures nationales pour l'approbation, ce qui recouvre *de facto* l'absence de telles procédures nationales. Toutefois, même en présence de procédures nationales, le règlement n'interdit pas aux États membres et pays associés de prendre position, s'ils le souhaitent, sur les garanties proposées par les entreprises.

- ***Les conséquences de l'absence d'approbation***

Une question ouverte porte sur les conséquences à tirer de l'absence d'approbation par l'État membre ou le pays associé dans lequel une entreprise est établie. Cette situation peut résulter soit d'un « avis négatif » sur les garanties proposées par l'entreprise, soit de la décision de l'État membre ou du pays associé de ne pas prendre position.

En pareille hypothèse, deux options sont envisageables.

La première option est pour la Commission de considérer qu'en l'absence d'une approbation explicite, les conditions d'éligibilité ne sont pas remplies. Une telle approche est cohérente avec l'objectif de faire une application stricte des dérogations, mais donne aux États membres en cause un rôle déterminant dans l'appréciation des critères d'éligibilité qui relève normalement de la compétence exclusive de la Commission. L'approche est également susceptible d'entraîner pour les entreprises des discriminations en fonction du lieu d'établissement²⁸.

La seconde option pour la Commission est de considérer que l'approbation des garanties par l'État membre ou le pays associé constitue « un avis favorable » dans le cadre de l'analyse de la Commission, mais l'absence d'avis n'interdit pas à la Commission de statuer sur le caractère acceptable de la garantie. Cette approche serait notamment cohérente avec le principe selon lequel l'approbation par l'État membre ou le pays associé ne lie pas la Commission.

27. Le règlement (UE) 2021/696 du Parlement européen et du Conseil du 28 avril 2021 établissant le programme spatial de l'Union prévoit notamment que des garanties doivent être apportées en cas de participation d'entités contrôlées par des pays tiers ou entités de pays tiers. Son article 24.5 précise que la Commission se conforme à l'évaluation des États membres. Cette dernière précision n'existe pas dans le FED (JO L 170 du 12.5.2021, p. 69).

28. Tel peut être notamment le cas quand un État membre ou un pays associé ne dispose pas de procédure nationale pour approuver les garanties.

• *Le contenu des garanties*

L'article 9.4, second paragraphe FED prescrit que les garanties doivent fournir des assurances sur trois points essentiels : a) la participation de l'entité n'est pas contraire aux intérêts de l'Union et des États membres en matière de sécurité et de défense, b) la participation de l'entreprise n'est pas contraire aux objectifs du programme, et c) les dispositions sont en place pour assurer le respect des articles 20 et 23 en matière de droits de propriété et, en particulier, l'absence de contrôle des résultats par des pays tiers. Il s'agit de trois conditions cumulatives qui doivent être démontrées. Le contenu ne peut se limiter à une simple déclaration mais doit être étayé d'éléments suffisamment détaillés, prouvant notamment que les mesures sont effectivement en place pour répondre aux exigences mentionnées aux points a), b) et c) de l'article 9.4. FED.

a) Les intérêts de l'Union et des États membres en matière de sécurité et de défense

L'article 9.4 FED précise qu'il s'agit des intérêts tels que définis dans le cadre de la PESC en application du Titre V du traité sur l'Union européenne (TUE). Son article 21 établit des principes importants : « L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde : la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la Charte des Nations unies et du droit international. »

Cet article doit être lu en combinaison avec l'article 2 TUE qui insiste en particulier sur le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, ainsi que le respect des droits de l'homme²⁹.

Des dispositions comparables ont été retenues par le Conseil pour accepter la participation d'États tiers dans des projets de coopération structurée permanente (CSP). La décision 2020/1639 du Conseil du 5 novembre 2020 établissant les conditions générales selon lesquelles des États tiers pourraient être invités, à titre exceptionnel, à participer à des projets CSP donnés³⁰, demande notamment que ces États tiers partagent les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, conformément à l'article 2 du TUE, et les principes visés à l'article 21, paragraphe 1, du TUE ainsi que les objectifs de la PESC énoncés à l'article 21, paragraphe 2, points a), b), c) et h), du TUE.

La décision 2020/1639 comporte toutefois 3 éléments supplémentaires importants, non repris explicitement dans le règlement FED :

- D'une part, la notion de respect des intérêts de l'Union et de ses États membres en matière de sécurité et de défense, recouvre également le respect du principe de relations de bon voisinage avec les États membres.

29. « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

30. Décision (PESC), JO L 371 du 6.11.2020, p. 3.

- D'autre part, la notion implique l'existence d'un dialogue politique avec l'Union, qui devrait également porter sur les aspects de sécurité et de défense, lorsque l'État tiers participe à un projet CSP.
- Enfin, pour participer à un projet CSP, un État tiers doit avoir un accord avec l'Union sur la sécurité des informations.

Le règlement FED et la décision 2020/1639 visent des objectifs différents : le premier porte sur la coopération entre entreprises alors que la seconde vise la coopération entre États membres et États tiers. Néanmoins, il apparaît difficile de justifier deux notions différentes des « intérêts de l'Union et de ses États membres en matière de sécurité et de défense ». On rappellera à ce sujet qu'en application des dispositions de l'article 9.4.c) FED, les résultats d'une action financée par le FED peuvent être transférés dans un État tiers avec l'accord de l'État membre ou du pays associé dans lequel l'entreprise en cause est établie³¹. Une option pour le futur pourrait donc être de retenir dans le contexte du FED, l'ensemble des critères énoncés dans la décision 2020/1639.

b) La participation de l'entité n'est pas contraire aux objectifs du programme

L'article 9.1 FED impose que la participation de l'entité contrôlée par un pays tiers ou une entreprise d'un pays tiers ne soit pas contraire aux objectifs énoncés à l'article 3 du règlement. La formulation retenue est importante : il s'agit non seulement de l'objectif général visé à l'article 3.1, mais également des objectifs spécifiques mentionnés à l'article 3.2.

Il est certes compliqué de démontrer « l'absence d'un problème », mais il appartient au consortium d'apporter les éléments démontrant que cette condition est remplie.

Le risque que la participation d'une entité contrôlée par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers soit contraire aux objectifs de l'article 3, est atténué par le fait que cette entité sera généralement intégrée à un consortium avec, au minimum, deux autres entreprises européennes³². Il est en effet difficile de concevoir pour quelles raisons les entreprises européennes accepteraient dans un consortium une entité dont la participation serait contraire aux objectifs du programme. Le règlement FED n'écarte pas toutefois la possibilité d'un consortium composé exclusivement d'entités contrôlées par des pays tiers ou des entités de pays tiers.

On notera que le Conseil a retenu des conditions beaucoup plus strictes pour la participation des pays tiers dans les projets CSP. L'article 3 de la décision 2020/1639 impose en effet de démontrer que l'État tiers « apporte une valeur ajoutée substantielle au projet et contribue à la réalisation de ses objectifs ». Par ailleurs, « sa participation contribue à renforcer la politique de sécurité et de défense commune (PSDC) et le niveau d'ambition de l'Union tel qu'il a été défini dans les conclusions du Conseil du 14 novembre 2016, y compris à l'appui de missions et opérations PSDC ». Une question ouverte porte sur la

31. La liste des 10 entités contrôlées par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers et retenues comme bénéficiaires dans le cadre du PEDID, montre que certaines des « entreprises mères » sont établies dans des pays tiers qui ne disposent pas d'un accord de sécurité avec l'Union, <https://ec.europa.eu/defence-industry-space/eu-defence-industry/european-defence-industrial-development-programme-edi>.

32. L'obligation de la participation d'au moins 3 entités ne s'applique pas uniquement pour les actions relatives aux technologies de rupture et pour les études ; voir article 10.5 FED.

possibilité d'un alignement, à terme, des conditions de dérogations entre le programme FED et la décision 2020/1639.

c) Le respect des dispositions des articles 20 et 23 FED

Les articles 20 et 23 FED définissent les conditions dans lesquelles les résultats des actions de recherche ou de développement d'actions soutenues par le Fonds peuvent faire l'objet d'un transfert de propriété ou d'une licence exclusive (uniquement pour la recherche), à un pays tiers ou une entité d'un pays tiers. Ces dispositions doivent être examinées en combinaison avec les autres dispositions du FED, en particulier son article 9.

L'article 9 FED prévoit en effet qu'une entité contrôlée par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers peut, à titre dérogatoire, participer au Fonds si des garanties attestent notamment que :

- La participation de l'entité n'est pas contraire aux intérêts de l'Union et de ses États membres en matière de sécurité et défense
- Le contrôle sur l'entité n'entrave pas sa capacité à réaliser l'action et produire des résultats
- Un pays tiers ou une entité d'un pays tiers ne peut pas avoir accès aux informations sensibles relatives à l'action
- Les droits de propriété intellectuelle découlant de l'action et les résultats de l'action restent avec le destinataire pendant et après l'action et ne sont pas soumis à contrôle ou restriction par un pays tiers ou entité d'un pays tiers
- Les droits de propriété intellectuelle découlant de l'action et les résultats de l'action ne sont pas exportés en dehors de l'Union ou de pays associés sans l'approbation de l'État membre ou du pays associé dans lequel l'entité est établie.

En vertu de l'article 9, les droits de propriété intellectuelle et les résultats peuvent donc être transférés dans un pays tiers ou une entité d'un pays tiers avec l'accord de l'État membre concerné. Il en résulte qu'en pareille hypothèse, un État tiers ou une entité d'un pays tiers peut avoir accès aux informations sensibles relatives à l'action, mais ne peut pas exercer un contrôle sur celles-ci. L'article 9 ne prévoit, dans ce cadre, aucun rôle pour la Commission.

Les articles 20 et 23 encadrent, pour leur part, les conditions dans lesquelles les résultats des actions de recherche ou de développement peuvent faire l'objet d'un transfert vers les pays tiers. Ces dispositions sont applicables à toutes les entités, et pas seulement aux entités contrôlées par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers.

S'agissant des résultats produits au moyen d'une action de recherche, la Commission doit être informée préalablement en cas de transfert de propriété ou octroi d'une licence exclusive à un pays tiers ou entité d'un pays tiers. La procédure prévue est une procédure d'information et non d'autorisation, respectant les compétences des États membres en matière d'exportation. Toutefois, la Commission a compétence pour examiner si ce transfert est compatible avec les intérêts de l'Union et de ses États membres en matière de sécurité et de défense, ainsi que les objectifs du programme visés à l'article 3. Si tel n'est pas le cas, le soutien octroyé par le Fonds est remboursé.

Ces dispositions appellent 3 remarques.

- On note tout d'abord que si les critères des articles 20 et 23 pour analyser la compatibilité du transfert sont identiques à ceux prévus à l'article 9.4, leur appréciation relève de la seule compétence de la Commission. L'article 9 ne prévoit aucune approbation ou intervention de l'État membre dans lequel est installée l'entité en cause.

- Si la Commission arrive à la conclusion que le transfert n'est pas compatible avec les critères prévus à l'article 20.4, la Commission a l'obligation de demander le remboursement du soutien octroyé par le Fonds³³. Le remboursement porte sur le soutien octroyé à l'action, et vise donc tous les destinataires.

- Dans le cadre de l'analyse de la compatibilité du transfert avec les intérêts de l'Union et de ses États membres en matière de sécurité et de défense, ainsi qu'avec les objectifs du programme, il est possible d'identifier deux situations.

- Une première situation vise le transfert de la propriété des résultats ou l'octroi d'une licence exclusive vers un pays tiers ou une entité d'un pays tiers qui contrôle une entité membre d'un consortium, pour laquelle la Commission a déjà considéré que les conditions de la dérogation de l'article 9.4 sont remplies. En pareille hypothèse, la Commission a déjà estimé que la participation de cette entreprise au programme, contrôlée par le pays tiers en cause, n'est pas contraire aux intérêts de sécurité et de défense, ni aux objectifs du programme. Il s'agit incontestablement d'un signal positif. Toutefois, ce signal ne paraît pas suffisant et une analyse plus approfondie paraît devoir être menée dans le cadre de l'article 20.4. Cette analyse devrait notamment vérifier que le transfert de la propriété des résultats ou l'octroi d'une licence exclusive est compatible avec les objectifs de l'article 3 du Fonds qui visent la compétitivité de l'industrie européenne et l'amélioration des performances des futures capacités dans l'Union³⁴.

- Une seconde situation concerne le transfert de propriété ou l'octroi d'une licence exclusive à un pays tiers ou une entité d'un pays tiers, différent des pays tiers ou des entités de pays tiers qui contrôlent les entités ayant bénéficié de la dérogation prévue à l'article 9.4. Tel peut être le cas également lorsqu'un consortium ne comporte pas d'entité contrôlée par un pays tiers ou une entité d'un pays tiers. En pareille hypothèse, le contrôle de la Commission devrait être beaucoup plus strict, tant en ce qui concerne la compatibilité avec les intérêts de l'Union et des États membres en matière de sécurité, que la conformité avec les objectifs du Fonds.

33. La formulation de l'article 29.4 ne laisse aucune marge d'appréciation à la Commission.

34. La décision 2020/1639 est beaucoup plus stricte à cet égard et prévoit notamment que l'État tiers qui participe à un projet CSP, « doit finaliser un accord à un niveau approprié sur les conditions de partage ultérieur en dehors du cadre de la CSP, au cas par cas, des capacités et technologies qui seront développées dans le contexte de ce projet, afin d'empêcher que ces capacités ne soient utilisées contre l'Union et ses États membres » (article 3.d).

CONCLUSION

Les conclusions du Conseil européen des 10 et 11 mars 2022 rappellent notamment qu'« une Union plus forte et plus capable dans le domaine de la sécurité et de la défense contribuera positivement à la sécurité globale et transatlantique et est complémentaire à l'OTAN, qui reste le fondement de la défense collective pour ses membres³⁵ ».

Les résultats des appels à propositions dans le cadre du PEDID ont montré que la participation d'entreprises contrôlées par des pays tiers ou des entités de pays tiers est possible, tout en respectant l'objectif de contribution à l'autonomie stratégique européenne. Dans un contexte géopolitique de plus en plus incertain, le renforcement des capacités doit être une priorité pour l'Union et ses États membres. Le FED, avec un budget réduit par rapport aux propositions de la Commission, ouvre néanmoins de nouvelles perspectives et permet d'envisager le développement de capacités structurantes essentielles pour l'avenir. L'innovation doit demeurer la priorité en évitant la dispersion des moyens.

Alain Alexis possède une expérience professionnelle de plus de 25 ans auprès de la Commission européenne. Il conseille actuellement le directeur général en charge de la Direction générale Industries de la défense et Espace, sur toutes les questions relatives aux synergies entre la défense, les activités civiles et l'espace. Antérieurement en charge de la direction responsable pour les industries de la défense, il a directement contribué au lancement des principales initiatives de la Commission en matière de défense, en particulier le Plan d'action de la Commission en matière de défense, le Programme européen de développement dans le domaine de la défense, et le Fonds européen de la défense 2021/2027. Alain Alexis bénéficie également d'une longue expérience auprès de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne. Il a notamment supervisé la direction en charge de la concurrence dans le domaine des transports et des services postaux. Il a en particulier lancé la première initiative de modernisation de la politique des aides d'État et a dirigé l'unité en charge des transports. Avant de rejoindre la Commission européenne, Alain Alexis a travaillé pour la Direction de la concurrence à Paris. Il est titulaire d'un master en droit communautaire délivré par l'université de la Sorbonne.

Les opinions exprimées ici n'engagent que l'auteur et en aucun cas la Commission européenne.

Contact : alain.alexis@ec.europa.eu

35. <https://www.consilium.europa.eu/media/54777/20220311-versailles-declaration-fr.pdf>.