



Atelier de réflexion
portant sur des propositions d'évolution de

Modalités de contractualisation et de conduite des programmes d'armement

Janvier 2012

L'Institut de Recherche Stratégique de l'École Militaire (Irsem) a été créé par le ministère de la défense afin de promouvoir la recherche sur les questions de défense. Ses 35 chercheurs permanents, assistés par une équipe de soutien de 5 personnes, cultivent des approches pluridisciplinaires tout en favorisant les regards croisés entre chercheurs universitaires et militaires. En collaboration avec les principales composantes du ministère (État-Major des Armées, Secrétariat Général pour l'Administration, Délégation Générale pour l'Armement, Délégation aux Affaires Stratégiques, Enseignement Militaire Supérieur), et en lien avec le tissu français et international de la réflexion stratégique, l'Institut a pour missions de produire des études destinées à renouveler les perspectives conceptuelles, d'encourager les jeunes chercheurs travaillant sur ces domaines, de participer à l'enseignement militaire et de faire rayonner la pensée stratégique française, notamment par des partenariats internationaux.

L'ensemble des **manifestations scientifiques** organisées par l'Irsem est annoncé sur son site : **www.irsem.defense.gouv.fr**.

Les productions de l'Irsem :

- **5 collections** sont consultables en ligne : Les Cahiers, Les Études, les *Paris Papers*, Les Fiches de l'Irsem, et une Lettre mensuelle d'information.
- **1 revue** académique est éditée à la *Documentation Française* : Les Champs de Mars.

L'Irsem a également développé un **programme « Jeunes Chercheurs »** qui vise à favoriser l'émergence d'une relève stratégique grâce à un séminaire mensuel, à des bourses doctorales et post-doctorales, et à un soutien financier et logistique, dont le détail est en ligne sur son site.

AVERTISSEMENT

Les opinions émises dans ce document
n'engagent que leurs auteurs.
Elles ne constituent en aucune manière
une position officielle du ministère de la défense.

SOMMAIRE

<i>Introduction</i>	7
<i>Synthèse</i>	9
<i>Annexe 1 Contributeurs de l'atelier</i>	11
<i>Annexe 2 L'exportabilité des biens et services de défense</i>	15
<i>Annexe 3 La répartition des risques</i>	23
<i>Annexe 4 Le maintien en condition opérationnelle et le démantèlement</i>	27
<i>Annexe 5 Les programmes d'urgence opérationnelle</i>	33
<i>Annexe 6 La passation des marchés</i>	37
<i>Annexe 7 Les partenariats industriels</i>	41
<i>Annexe 8 Le règlement des différends</i>	45

Introduction

Dans un contexte économique et budgétaire de plus en plus tendu, des réflexions ministérielles ont été engagées en vue d'identifier de possibles leviers d'amélioration de la contractualisation et de la conduite des programmes d'armement. Ces leviers sont susceptibles d'apporter des économies, tout en répondant aux enjeux notamment capacitaires et stratégiques du ministère de la défense. Une attention a aussi été accordée aux facteurs de souplesse et de flexibilité.

Pour mener à bien l'ensemble de ces réflexions, un groupe de travail, constitué de personnalités tant de l'administration (Etat-major des armées, Direction générale de l'armement, Secrétariat général pour l'administration, organismes de soutien, Conseil d'Etat) que des secteurs public et privé (Astrium, BearingPoint, DCI, EADS, KGA, ODAS, MBDA, Nexter Systems, Sodern, Sofired, Thales) s'est réuni de février à décembre 2011. Cette analyse s'est inscrite dans un cadre décontextualisé de toute gestion de projets actuels de façon à être le plus objectif possible. 70 intervenants, dont les noms et fonctions sont présentés en annexe 1, y ont contribué.

Ce rapport est un recueil de suggestions (60 environ) énoncées par différents membres du groupe de travail et soumises à la réflexion des décideurs. Certaines peuvent être mises en œuvre rapidement pendant que d'autres appellent des approfondissements complémentaires. La plupart sont spécifiques aux domaines concernés, requérant une lecture attentive des annexes 2 à 8 pour une appréciation plus précise de leurs fondements et, le cas échéant, des conditions de leur mise en œuvre éventuelle.

L'ensemble des développements présentés dans ce rapport constitue des éléments envisageables pour contribuer à l'évolution de la politique d'acquisition du ministère.

Jean-Michel Oudot

Direction des affaires financières du ministère de la défense

Synthèse

Sept domaines de la contractualisation et de la conduite des programmes d'armement ont été considérés comme présentant des marges possibles d'amélioration : *l'exportabilité des biens et services de défense, la répartition des risques, le maintien en condition opérationnelle et le démantèlement, les programmes d'urgence opérationnelle, la passation des marchés, les partenariats industriels* ainsi que *le règlement des différends*.

Les propositions transversales à ces domaines sont présentées dans cette synthèse, tout en rappelant l'intérêt des suggestions spécifiques détaillées dans les annexes 2 à 8.

Il a tout d'abord été relevé l'intérêt **d'éviter la surspécification des équipements délivrés aux Armées**, en mettant en avant les arbitrages coût-quantité-délais-qualité en lieu et place du triptyque coût-délais-qualité. Au-delà de la réduction du coût unitaire d'acquisition, une telle orientation est de nature, par la simplification des opérations d'armement (dans ses aspects techniques, contractuels et organisationnels), à favoriser la maîtrise des coûts de maintenance en condition opérationnelle, tout en améliorant l'adéquation des équipements français aux besoins export ainsi que l'adaptation de l'existant en cas d'urgence opérationnelle (en lien avec les choix d'architecture).

Si la mutualisation et les accords internationaux de coopération permettent de dégager des marges de manœuvre, la contrainte budgétaire impose de plus en plus de **procéder à une sélection de capacités opérationnelles**, certaines étant destinées à être conservées en interne pendant que d'autres seraient partagées, voire déléguées, avec d'autres pays. Cela implique de reconsidérer d'une part les objectifs stratégiques, des choix devant être effectués concernant les domaines à privilégier, lors, par exemple, de l'actualisation du Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale, et, d'autre part, les partenariats étatiques à valoriser dans un cadre bilatéral.

De façon à favoriser la flexibilité industrielle, l'exemple britannique de *Team Complex Weapon* peut être souligné. Il repose en effet sur un engagement industriel d'adaptation à l'évolution de la demande exprimée par le ministère britannique de la défense. En contrepartie, ce ministère s'engage sur un volume financier stable sur 10 années. Un tel arrangement est de nature à favoriser la flexibilité de la réponse à la demande nationale, voire internationale, tout en réduisant les duplications industrielles, et donc les coûts associés. En France, un tel dispositif ne pourrait être mis en œuvre sans mise en concurrence que si l'objet correspond à une des exclusions du code des marchés publics, telles que définies dans son article 181. Si l'absence de mise en concurrence devait être retenue, la compatibilité avec le bon usage des deniers publics devra bien entendu être démontrée, sur toute la période considérée, de façon à éviter tout abonnement à l'argent public.

Les **partenariats public privé institutionnalisés** (PPPI), disposition d'exécution d'un contrat visant la création d'une entité à capital mixte, présentent de leur côté l'avantage d'améliorer la flexibilité tant en matière de gestion des infrastructures que de la manœuvre ressources humaines. Cette flexibilité se traduit notamment par une mutualisation des capacités entre entités du Ministère et opérateurs privés. En France, l'option consistant à utiliser une société pivot pour un montage partenarial avec les opérateurs serait à prendre en compte dans les études comparatives menées par le ministère entre la rationalisation en régie et les différentes options d'externalisation. Le recours au PPPI pourra être sécurisé par une modification préalable de la réglementation nationale de la commande publique.

Les **modalités d'un partage plus systématique des informations relatives au coût de réalisation des opérations d'armement** sont par ailleurs à approfondir. Cela permettrait de s'assurer de relations équilibrées, tant à la signature du marché que durant son exécution. Il est suggéré, dans cette perspective, que le maître d'ouvrage fasse part à la maîtrise d'œuvre des paramètres de coût qu'il souhaite suivre durant la phase d'utilisation, pour anticiper et maîtriser les coûts de maintenance en particulier. Une telle approche conduirait la maîtrise d'œuvre à **détailler la structure de variabilité des coûts**, selon certaines variables comme, par exemple, le nombre d'heures d'utilisation des équipements ainsi que leurs conditions d'emploi.

A côté de ces aspects liés à la contractualisation et à la conduite des programmes d'armement, ce dialogue Etat – industrie a également permis d'envisager des orientations plus politiques telles que, par exemple, la mutualisation des efforts de défense entre pays européens, impliquant l'acceptation d'une certaine dépendance bilatérale, ou le développement de la dualité des équipements, que ce soit entre le civil et le militaire ou entre la défense et la sécurité.

En définitive, au-delà des ajustements à apporter à la contractualisation et à la conduite des programmes d'armement, une démarche de progrès consisterait à procéder de façon itérative entre services pour favoriser la cohérence globale de la démarche d'acquisition à travers de nouveaux équilibres entre les aspects notamment techniques, capacitaires, économiques et industriels. L'ensemble des idées énoncées, que ce soit dans cette synthèse ou dans les annexes, conduit à suggérer de nouveaux équilibres à l'avenir entre ces différentes dimensions.

Annexe 1

Contributeurs de l'atelier

- Monsieur Pascal Abadie, SIAé, sous-direction commerciale et internationale, chef du bureau des hélicoptères et de leurs équipements ;
- Monsieur Olivier Agnus, SGA/DAJ, adjoint au chef du bureau du contentieux contractuel et domanial ;
- Madame Katia Alton, MBDA, service juridique ;
- Général Jean-Pierre Bansard, SOFIREL, directeur général délégué ;
- Lieutenant-colonel Pascal Bertrand, Simmad, chef du bureau des contrats des flottes ;
- ICETA Franck Bilau, SGA/MPPP, chargé d'affaires ;
- Monsieur Jean-Charles Boulat, Thales, European institutions & contracts director, public procurement & pricing ;
- Monsieur Patrice Bourges, MBDA France, responsable commercial MLRS et missiles de combat de contact en service ;
- Madame Jocelyne Briec, Astrium, chef du département juridique ;
- Colonel Vincent Carré, EMA/COCA, chef du bureau officiers de cohérence de programme ;
- Monsieur François Cassan, SGA/DAJ, chef du bureau contrats et marchés publics ;
- ICA Rémy Cassier, DGA/DS/SASF, chef du bureau secrétariat collègue ;
- Monsieur Arnaud de Chanterac, DCI, conseiller du président ;
- Monsieur Raynald de Choiseul, institut de formation à la médiation et à la négociation, directeur, médiateur près le centre de médiation et d'arbitrage de Paris ;
- Monsieur Jean-Luc Cloutet, Astrium, sales & contract senior manager ;
- ICA Philippe Cosson, DGA/DO/SCA, adjoint au directeur, spécialisé marchés, pôle et processus ;
- Monsieur Charles Cottenot, SIAé, sous-direction commerciale et internationale, bureau des avions gros porteurs et de surveillance et des relations avec la DGA ;
- ICA Frédéric Cros, DGA/DS/SDCDE, chef du bureau du développement de la coopération ;
- ICETA Frédéric Debrach, Simmad, chef de la division des contrats ;
- Monsieur François Degryse, Astrium, senior management business development ;
- Monsieur Marc Dehondt, Thales, Core force protection manager, defense & security C4I systems ;

- Colonel Morand Deroux, SIMMT, chef du bureau stratégie et modernisation du MCO terrestre ;
- Monsieur Jacques Doumic, MBDA France, responsable du domaine attaque de surface ;
- Madame Claude-Jeanne Dubreuil, Astrium, general counsel & corporate secretary ;
- IGA Patrick Dufour, SIAé, directeur central ;
- IGA Norbert Fargère, DGA/DO/COA, sous-directeur de la conduite des opérations d'armement ;
- Monsieur Renaud Favier, Nexter Systems, département juridique ;
- Monsieur Xavier Gandiol, SGA/MA, responsable du pôle externalisations ;
- Maître Aymeric Gaultier, KGA, avocat ;
- Monsieur Daniel Geistodt-Kiener, Thales, directeur du développement et des financements internationaux ;
- Monsieur Michel Hinfray, Thales Systèmes Aéroportés, responsable des contrats publics pour les divisions avionique et systèmes de défense ;
- ICA Jean-Paul Huberland, DGA/DI, adjoint au sous-directeur de la politique d'exportation ;
- Monsieur Frédéric Jacquinet, BearingPoint France, manager senior ;
- Madame Corinne Keller-Lagarde, DGA/DO/SCA, chef du bureau des contentieux et des litiges ;
- Monsieur Thierry Kirat, CNRS, directeur de recherche ;
- Commissaire général Emmanuel Legendre, EMA/ sous-chef Soutien, chef du bureau performance synthèse ;
- Monsieur Didier Lépine, Service du soutien de la flotte, chef du bureau achat et chargé de mission pour le démantèlement des navires ;
- Préfet François Lépine, Ginestie Magellan Paley-Vincent, avocat ;
- Madame Sophie Henry, centre de médiation et d'arbitrage de Paris, secrétaire générale ;
- Monsieur Jean-Yves Lhomme, MBDA France, sales & business development ;
- IPETA Jean-Christophe Maho, DGA/DS/S2IE, chef du bureau de la stratégie et des partenariats industriels et adjoint au sous-directeur ;
- Monsieur Didier Maure, Thales, directeur des partenariats publics privés ;
- Madame Nadine Mondet, MBDA France, directrice juridique ;
- ICETA Alain Mondon, adjoint de l'inspecteur général des armées – Armement ;
- Monsieur Jean-François Nédélec, Nexter Systems, directeur du domaine soutien et service clients ;
- ICETA Yves Ober, Simmad, chef du bureau réglementation juridique ;

- Amiral Alain Oudot de Dainville, ODAS, président directeur général ;
- Monsieur Jean-Michel Pfister, Thales, directeur contrôle des procédures d'exportation France ;
- ICA Bernard Piekarski, DGA/DO/SCA, chef du bureau politique achat ;
- Général Thierry Plateaux, EMA, chef de la division maîtrise des armements ;
- Monsieur Franck Poirrier, Sodern, président directeur général ;
- Madame Marie-Noelle Ramont, Astrium, senior legal counsel ;
- ICT Frédéric Rémy, DGA/DO/SCA, président de commissions contrats et coordinateur des achats en urgence opérationnelle au SCA ;
- Madame Isabelle Roger, SGA/DAJ, chargée d'études ;
- IGA Jean-Louis Rotrubin, DCI, président directeur général ;
- Capitaine de frégate Luc Savoyant, SGA/DAF, chef de la section maintien en condition opérationnelle ;
- Monsieur Rémy Schwartz, Conseil d'Etat, président de la 7^{ème} sous-section de la section du contentieux, président du comité de rédaction du Bulletin juridique des contrats publics ;
- Maître Marc Sénac de Monsebernard, KGA, avocat associé ;
- Maître Laurent-Xavier Simonel, KGA, avocat associé ;
- Monsieur Pascal Simonnet, EADS, affaires publiques France, vice-président public procurement & pricing ;
- Capitaine de vaisseau Georges Soleil, Simmad, chef du département ingénierie réglementation ;
- Colonel Marc Surville, EMA/PPE, officier ;
- ICA Jean Tisnès, DGA/DS/S2IE, chef du bureau de la tutelle de l'industrie ;
- Monsieur Gilles Tournier, Nexter Systems, responsable du département Politique Produits et Services ;
- Monsieur Ariel Valensi, MBDA France, adjoint au directeur Business Development et Commerce France chargé de la politique contractuelle ;
- Monsieur Hughes Verdier, BearingPoint France, directeur général ;
- Secrétariat : Madame Marie-France Brugère, IRSEM, chargée de recherche ;

- Coordination : Monsieur Jean-Michel Oudot
 SGA/DAF, chef de la section études
 14 rue Saint-Dominique, 75700 Paris cedex 07
 jean-michel.oudot@defense.gouv.fr
 01 42 19 39 16 ; 06 74 67 17 21.

Annexe 2

L'exportabilité des biens et services de défense

Les exportations des biens et services¹ de défense recouvrent tant des enjeux stratégiques (présence de la France dans le monde), politiques (relations diplomatiques) qu'économiques (soutien de la base industrielle et technologique de défense, emplois induits, balance commerciale,...).

Or, à travers les choix de contractualisation et de conduite des programmes d'armement, la capacité à exporter des biens ou services peut évoluer.

L'objectif est, ici, d'envisager les formes de contractualisation et de conduite des programmes d'armement susceptibles de favoriser leur exportabilité. Il s'agit d'identifier dans quelle mesure, et avec quelles limites, les processus nationaux peuvent être adaptés aux caractéristiques et attentes des marchés exports.

Ainsi, les aspects coûts, qualité et délais font l'objet de notre attention, suivis des dimensions commerciales et politiques, ces dernières étant partiellement dépendantes du processus national d'acquisition.

1. Spécifications techniques et coût des systèmes

Bien que les biens et services de défense français soient considérés comme étant de bonne facture, ils sont pénalisés, sur les marchés exports, par un coût trop onéreux. Quatre sources principales de ce surcoût ont été identifiées, en parallèle à une réflexion sur les pistes d'amélioration envisageables.

a. Niveau élevé de performances techniques

Le niveau de performance technique des systèmes français de défense est, la plupart du temps, au meilleur niveau mondial. Ce niveau de performances répond en premier lieu au besoin exprimé par les forces françaises, en adéquation avec l'architecture de l'organisation de la défense nationale fondée sur des systèmes de systèmes.

Un tel niveau de performances est de nature à engendrer un coût direct d'acquisition élevé (tant sur le marché national qu'à l'exportation), auquel peut d'ailleurs s'ajouter un coût supplémentaire lié au développement de nouvelles spécifications visant à prendre en compte les besoins spécifiques exprimés par l'importateur et/ou les clauses techniques imposées par l'agrément préalable de la Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériel de guerre (CIEEMG).

Plusieurs pistes peuvent être envisagées en vue de prendre en compte cette difficulté. Parallèlement à la contrainte budgétaire de plus en plus tendue qui est de nature à favoriser l'optimisation du couple qualité/coût, la première amélioration envisageable est **de renforcer, dans le cadre de la démarche d'analyse de la valeur prévue par l'instruction 1516 pour le stade d'orientation, en s'appuyant sur les pré-études conduites au stade d'initialisation, l'ajustement du niveau de performances requis en fonction, non seulement du coût global de possession des solutions envisagées pour y répondre, mais aussi de la maturité technique de ces solutions et des risques industriels et de délais correspondants**. En particulier, il serait utile d'éclairer les décisions d'arbitrage de programme par une connaissance précise et systématique des coûts d'utilisation pour tout le cycle de vie (voir l'annexe sur le maintien en condition opérationnelle).

¹ Les services à l'export peuvent concerner le dialogue sur les programmes et les méthodes d'acquisition, l'échange de personnels et la formation, le maintien en condition opérationnelle, la coopération en matière de R&D ou encore le transfert de savoir-faire. Sur la période 2000-2008, la part des services a représenté 8% environ des livraisons d'armement françaises en moyenne. La formation et les cessions de licence représentent un quart environ de ce pourcentage, le reste correspondant à de l'assistance technique.

Un deuxième levier d'amélioration repose sur **l'identification, dès la phase de conception d'un équipement et de façon systématique, d'une version de base, en termes de performances techniques, adaptée au besoin export, limitant le développement ultérieur** de nouvelles spécifications pour le seul besoin export. Dans la même veine, la mise en œuvre d'une **approche modulaire** est susceptible de permettre l'exportation de certains modules, tout en conservant sur le territoire national les composants les plus sensibles. Le contenu étranger des systèmes de défense pourrait ainsi être circonscrit à certains modules, dont le redéveloppement pourrait être envisagé en cas de demande export, selon les délais et les coûts associés.

b. Caractéristiques techniques mal adaptées aux besoins export

Indépendamment du contenu technique des équipements de défense (surspécification relative ou non), les caractéristiques techniques des systèmes français peuvent ne pas correspondre au besoin des clients étrangers. Ces demandes différentes peuvent résulter en partie de menaces de nature différente, mais pas seulement, et expliquer une inadéquation partielle des équipements français aux marchés exports ainsi que les coûts additionnels de développements complémentaires qui sont dans ce cas nécessaires.

L'enjeu est alors d'envisager les solutions permettant de **prendre en compte les besoins potentiels de clients étrangers lors de l'expression des besoins nationaux** de façon notamment à prendre en compte, dès la phase de conception, les contraintes associées à l'exportation. Ainsi, au lieu d'être soumis à un arbitrage, quasi systématique, entre la réponse à un besoin national et une demande étrangère, les deux tendraient à converger.

Cette approche peut être envisagée sur deux niveaux complémentaires.

Le premier est celui des Etats. Il s'agit, dans cette perspective, de **travailler, de manière plus systématique qu'aujourd'hui, sur des normes partagées, dans le cadre de l'OTAN par exemple**. En plus d'améliorer l'interopérabilité des systèmes d'armes, de telles pratiques sont de nature à homogénéiser les demandes des pays. **Les contrats en coopération européenne participent également à cet objectif**, sous réserve que des règles strictes soient appliquées en matière notamment d'homogénéisation des demandes nationales. Les accords stratégiques bilatéraux, conclus avec les britanniques par exemple, participent d'une telle logique. L'enjeu économique de tels accords est de réduire les duplications des efforts de défense, tout en partageant les frais fixes nécessaires au développement et au maintien des compétences. D'un point de vue politique et stratégique, de tels accords marquent une évolution majeure en matière de partage de la souveraineté à travers l'acceptation d'une dépendance bilatérale dans des secteurs considérés comme stratégiques. Ils ouvrent ainsi la voie à des changements organisationnels importants tant du point de vue étatique qu'industriel. Ceux-ci sont de nature à favoriser l'exportabilité des systèmes de défense et donc les échanges commerciaux entre les pays. Cependant, si elles sont difficilement contournables pour le lancement de nouveaux programmes d'armement, les coopérations ne constituent pas toujours la panacée en termes d'efficacité et sont parfois loin de produire tous les effets escomptés. **Un retour d'expérience sur la coordination, dans le cadre de coopérations en cours (Meteor, FREMM, Tigre), relative à l'exportation vers des pays tiers pourra être utilement conduit.**

Le second niveau de coordination fait appel aux industriels de la défense dont leurs études de marché export pourraient être intégrées dans la réflexion menée au cours de la rédaction du cahier des charges des futurs équipements destinés à nos forces. Les **équipes de programmes intégrées**, regroupant les utilisateurs, les acheteurs, les prescripteurs techniques et l'industrie, constituent un cadre privilégié pour la valorisation de telles études, l'enjeu étant de prévoir, dès la conception des systèmes, la demande potentielle des marchés exports.

D'un point de vue juridique, il convient de rappeler que les principes de la commande publique s'opposent à ce que la définition des spécifications techniques du besoin ait pour objet ou pour effet de privilégier, directement ou indirectement, un opérateur économique en particulier. Le III de l'article 6 du Code des marchés publics dispose ainsi que « les spécifications techniques (...) permettent l'égal accès des candidats

et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence ».

Une alternative serait, dans ces conditions, une **transmission par les industriels, sur la base du volontariat, d'études de marché à la personne publique** de façon à ce que les informations communiquées puissent, en tant que de besoin et dans le respect de l'égalité d'accès à la commande publique, être prises en compte dans l'expression du besoin national.

c. Schémas industriels et commerciaux

L'approche du prospect export repose, parfois, sur la seule recherche de vente de systèmes neufs produits selon des schémas industriels hérités des pratiques mises en œuvre depuis longue date. D'autres schémas peuvent être envisagés, susceptibles d'apporter des réponses plus économiques.

La première serait de **renforcer le recours au marché d'occasion de matériels récents, qui seraient devenus inutiles à nos forces, ainsi qu'aux contrats de remise à niveau technique des systèmes utilisés par les clients étrangers**. L'avantage du marché d'occasion est multiple : réduire le coût d'acquisition pour le client étranger, bénéficier de la crédibilité entourant la qualité de l'équipement considéré à travers son utilisation par les armées françaises et aussi recycler des équipements dont l'utilité opérationnelle n'est plus celle initialement envisagée lors de la passation du marché national. Il faut cependant, dans le même temps, éviter des coûts de remise en état des équipements avant leur cession, celle-ci devant donc être réservée aux systèmes en bon état, ainsi que des coûts d'un éventuel rachat en cas de besoin, appelant à réserver le dispositif de vente à l'occasion aux équipements devenus inutiles de façon définitive. Les marchés de rétrofit participent, de leur côté, à assurer la maintenabilité des équipements français détenus à l'étranger, favorisant par là même l'obtention de contrats futurs auprès de ces mêmes clients. Une attention doit notamment être portée, dans l'arbitrage entre marché de rétrofit *versus* nouvelle exportation, au niveau technique et économique des concurrents.

La seconde piste d'amélioration envisagée est de **faire évoluer les pratiques en matière d'organisation industrielle**. Il s'agirait, dans cette perspective, **d'envisager des coopérations industrielles concordantes avec les avantages compétitifs des pays**. Alors que les industriels français pourraient conserver le développement et la fourniture de systèmes à la pointe de l'état de l'art, une alliance pourrait être envisagée avec des entreprises européennes spécialisées dans des activités complémentaires, nécessitant une capacité technologique modérée, pour le développement et la production de systèmes destinés à répondre tant aux besoins nationaux qu'internationaux. Ce modèle de développement marquerait une évolution de la structure industrielle, dont l'opportunité est à apprécier selon la conjoncture économique notamment. Par exemple, les conditions de réalisation d'un navire composé d'une coque nue, provenant d'un pays étranger, et équipé de systèmes électroniques français pourraient être étudiées².

d. Redevances

Enfin, il a été relevé, du côté industriel, des difficultés ponctuelles associées au calibrage des redevances dans les contrats nationaux. Pour mémoire, la légitimité des redevances repose sur le remboursement de la personne publique d'une partie de ses frais fixes engagés pour le développement des équipements qui font l'objet d'exportation. Clause qui pourrait parfois paraître anodine au moment de la notification du contrat français, les redevances peuvent affecter le prix à l'export, dans des proportions qui restent toutefois limitées (1 à 2 % du prix).

Il convient néanmoins **d'examiner avec attention le calibrage des redevances, tant sur leur niveau que sur leur forme. Il s'agit d'intégrer, dans ce raisonnement, le taux de marge (attendu et/ou effectif) sur le contrat national ainsi que le degré de concurrence des secteurs considérés sur le marché international**.

² De façon générale, le coût total d'un bâtiment maritime est composé de la coque (à hauteur environ de 15% du total), de la propulsion (pour 35%) et de ses systèmes d'armes (pour 50 % du total environ). L'intérêt économique de telles coopérations industrielles peut être apprécié à la lumière de cette structure de coût, en parallèle aux enjeux politiques et sociaux qui restent à étudier au cas par cas.

Il s'agit de prendre en compte ces attentes dans le marché initial qui pourrait prévoir, selon des industriels, la limitation dans la durée de l'application des redevances.

2. Délais

Les délais de réalisation des équipements importent de façon significative sur les marchés export. Il s'agit en effet de répondre à un besoin opérationnel, parfois urgent, et de maintenir sa crédibilité sur la capacité à délivrer, en temps et en heure, les équipements et services pressentis. Aussi, la réactivité et la flexibilité tant de l'administration que des partenaires industriels sont-ils des facteurs à prendre en compte dans l'analyse du processus export.

Deux leviers de flexibilité peuvent être envisagés dans cette perspective.

Le premier est du ressort contractuel. Plusieurs pratiques pourraient être envisagées de façon plus systématique, selon les besoins opérationnels précis de nos forces. En cas de demande extérieure alors qu'un contrat national est en cours d'exécution, la DGA et l'EMA pourraient satisfaire en premier lieu le client étranger, à nouveau selon les contraintes capacitaires rencontrées par nos forces à ce moment là, avant notre propre besoin, sous réserve de la compatibilité avec les besoins export. **Un système de prêt des équipements par l'industriel à un client étranger peut, avec les mêmes réserves, précéder la fourniture, au client français, des produits considérés.** Dans la continuité de certains arrangements techniques existant actuellement, une telle procédure permettrait de réduire les délais de livraison à l'international. Toujours dans le but de réduire les délais d'acquisition par les clients étrangers, et aussi en vue de favoriser la qualité du processus de contractualisation, **la DGA pourrait apporter son expertise reconnue d'assistant à la maîtrise d'ouvrage pour des clients étrangers au travers de structures *ad hoc*.** La faisabilité d'une telle approche, concourant à établir des relations d'Etat à Etat, en termes de mécanismes, de ressources et conditions de mise à disposition est à examiner, en particulier en ce qui concerne les risques financiers encourus en cas de défaillance d'un programme.

Le second levier de flexibilité envisageable est d'ordre organisationnel. L'enjeu est alors d'étudier les **modalités sous lesquelles la structure industrielle pourrait s'adapter à des demandes, non prévues, de façon à les satisfaire dans des délais restreints.**

Du côté de la personne publique, une réponse rapide aux demandes export pourrait être réalisée, selon les équipements considérés d'une part et la situation capacitaire d'autre part, à travers la **vente de produits d'occasion**, récents, ne répondant plus au besoin des forces armées.

Les conditions d'exportabilité des biens et services de défense sont stigmatisées dans la coordination entre les secteurs industriels d'une part et étatiques d'autre part. La dépendance bilatérale entre ces deux acteurs y est majeure, chacun ne pouvant atteindre ses objectifs que par une coopération étroite et efficace avec l'autre. Dans ce contexte, les choix d'acquisition nationaux importent de façon primordiale dans l'obtention des marchés export. Plusieurs orientations contribueraient à accroître l'exportabilité, que ce soit dans les domaines techniques (harmonisation de la spécification des besoins, recours à des normes internationales, identification d'une version initiale aux performances adaptées au besoin export, modularité de la conception), contractuels (modalités de calcul des redevances, systèmes de prêts aux clients étrangers, critères d'arbitrage pour le lancement d'opération d'armement,) ou encore organisationnels (flexibilité de l'organisation industrielle pour le développement et la production, offres commerciales).

Au-delà des décisions prises dans les domaines de contractualisation et de conduite des programmes d'armement, des facteurs tels que les conditions de transferts de technologie ainsi que le soutien commercial et politique de la personne publique participent à l'exportabilité des biens et services de défense, comme développé dans la section 3.

3. Processus hors acquisition et exportabilité

En parallèle à l'étude d'impact des décisions prises en matière d'acquisition sur l'exportabilité, une analyse a été consacrée à deux autres facteurs influençant l'exportabilité des biens et services : les conditions de transferts de technologie ainsi que le soutien commercial et politique de la personne publique.

a. Le transfert de technologie

Les compensations en général et les transferts de technologie en particulier remplissent un rôle majeur dans l'obtention de contrats. Du côté de la demande, de tels transferts sont en effet très souvent, et de plus en plus, attendus. Les pays importateurs de biens et services de défense souhaitent, en effet, non seulement développer une capacité opérationnelle mais aussi technique de façon à être, à terme, en mesure de produire des systèmes de défense. C'est le cas notamment, en 2011, de l'Inde, de la Turquie, de la Corée du Sud ou encore de Singapour et du Brésil. Du côté de l'offre, dès lors qu'une technologie est détenue par plusieurs industriels, le refus d'un pays d'accepter son transfert ouvre la voie à son acceptation par un autre pays.

Or, il semblerait que la réglementation en France soit appliquée de façon très stricte, comparativement à la pratique de certains partenaires, tels que les anglais par exemple. Une telle rigueur est expliquée par les risques associés à des transferts qui pourraient s'avérer hasardeux (perte de compétences, émergence d'une concurrence étrangère, utilisation non anticipée, voire induite des matériels,...).

Deux orientations sont susceptibles d'améliorer l'exportabilité des biens et services de défense en matière de transfert de technologie.

La première est de **prendre en compte, dans les décisions de transferts de technologie, l'évolution du contexte international, et en particulier l'augmentation du niveau de concurrence**. Une approche plus volontariste dans ce domaine s'appuie sur la conduite, le plus en amont possible, d'une analyse de la sensibilité des technologies susceptibles d'être transférées, tant au regard des régimes de contrôle et de maîtrise des armements, que de la pérennité ou du développement des activités industrielles après transfert de technologie. Ces transferts devraient être accompagnés d'une vigilance accrue sur les efforts de R&T et de R&D de façon à préserver, dans la durée, une avance en matière technologique et donc ainsi maintenir l'exportabilité des équipements. La vigilance doit aussi porter sur les dispositions juridiques avec les bénéficiaires concernant l'utilisation des technologies et produits transférées, ainsi que sur la préservation de la propriété intellectuelle.

La seconde orientation envisageable, non spécifique au transfert de technologie, concerne la répartition des prérogatives en matière de délivrance des autorisations d'exportation. Dès lors que plusieurs pays sont impliqués dans un programme faisant l'objet d'un projet d'exportation, il est actuellement nécessaire d'obtenir l'accord de chaque pays, ce qui peut être particulièrement long et compliqué (c'est le cas, par exemple, du missile Meteor de MBDA impliquant la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et la Suède). Il est alors proposé **d'accorder à l'Etat, dans lequel l'équipement est assemblé, le droit de délivrer un avis sur l'opportunité de l'exportation, voire aussi de réexportation, au nom de l'ensemble des pays participant au programme**. Un tel arrangement, à composante politique forte, pourrait être convenu de façon préalable au lancement du programme. Il serait négocié au cas par cas sans être généralisé. L'intérêt est de limiter les coûts de coordination d'une part et de réduire les délais d'exportation d'autre part. **Une telle pratique, qui irait au-delà de la fluidification des transferts imposée aujourd'hui par la directive sur les transferts intracommunautaire détaillée au paragraphe 3.b ci-dessous, supposerait que les autres pays acceptent d'abandonner une partie de leur souveraineté au profit du pays exportateur**, ce qui pourrait nécessiter un aménagement des dispositifs légaux et réglementaires et donc une décision politique de très haut niveau en ce sens. Elle supposerait notamment que les pays européens coopérant sur un programme aient une même vision de la situation politique et de l'exportabilité dans les pays clients, ce que la position commune de 2008 comportant les critères du code de conduite n'est pas parvenue, à ce stade, à imposer. De façon complémentaire, il est aussi envisageable de prévoir des accords avec des pays non coopérants, dans le cadre du programme d'armement considéré, afin de déterminer les règles d'utilisation voire de réexportation des équipements. Rappelons, enfin, que la loi n°2011-702 du 22 juin 2011 permet plus de souplesse, sur les transferts intracommunautaires, à travers les licences globales.

b. Le soutien commercial et politique de la personne publique

De nombreux facteurs interviennent dans l'obtention de marchés exports. En plus des caractéristiques structurelles des biens et services proposés (qualité, coût, délais), des aspects commerciaux, voire

politiques, importent de façon significative. Dans le domaine de la défense et de la sécurité, la concurrence entre industriels est souvent, pour les systèmes d'armes, une concurrence entre Etats.

Plusieurs observations peuvent être formulées dans un tel contexte.

La première a trait à un manque, parfois, de coordination des intervenants dans le processus d'exportation : industriels, administration, militaires, corps diplomatique et autorités politiques. Cela se traduit par des signaux différents envoyés au client étranger ainsi que par des difficultés de remontée d'information jusqu'aux industriels de façon à adapter leurs offres au besoin précis exprimé à l'export, ce qui réduit à la fois la cohérence d'ensemble et l'efficacité des actions. Il s'agit alors de **s'interroger sur les modalités de renforcement de la coordination et de la clarification des rôles respectifs de ces différents acteurs**. Rappelons que la mise en place de la Commission interministérielle d'appui aux contrats internationaux, créée en 2008, ainsi que le Plan national stratégique des exportations de défense participent directement à une telle coordination.

Une deuxième observation rend compte des difficultés rencontrées en matière de pérennisation des positions françaises à l'export. Il a pu être constaté que de nombreux pays utilisant des matériels français, issus de relations exclusives entretenues avec la France, décident, au moment de leur renouvellement, de mettre en concurrence différents fournisseurs. Le manque de suivi, sur la longue durée, de la maintenance des équipements par les industriels, ou encore la réduction du nombre d'élèves officiers étrangers formés dans les écoles militaires françaises sont des facteurs identifiés comme participant à ce manque de pérennisation des positions à l'export. En influençant notamment l'expression de besoin, **un effort renouvelé en matière de formation serait ainsi de nature à perpétuer nos positions sur les marchés export**.

Une troisième observation a trait à la stratégie commerciale mise en œuvre auprès des prospects. L'incomplétude des offres parfois proposées est de nature à limiter l'exportabilité des systèmes d'armes français. Ces derniers étant, par construction, complexes, ils appellent à être soutenus par une logistique éprouvée, des formations spécialisées ainsi que par des infrastructures adaptées. **L'ensemble des prestations de fourniture, de formation et de soutien (maintenance et infrastructures) appelle à être pris en compte, dès les phases amont, lors de l'élaboration des offres commerciales**. Il convient d'étudier, dès les étapes préliminaires, l'environnement nécessaire pour une mise en œuvre la plus efficace des équipements acquis par un pays étranger, s'appuyant, lorsque cela est possible, sur les savoirs faire des forces françaises. Certains contrats de partenariat notamment, tel que celui passé en 2008 à la société HéliDax (associant Proteus et Défense Conseil International) pour des besoins de fourniture d'heures de vol d'hélicoptères, sont en capacité d'être utilisés comme des leviers de formation de pilotes étrangers, en complément des structures existantes dans les armées. **Des contrats globaux de services, passés en France, peuvent ainsi participer à l'objectif d'amélioration de l'exportabilité des équipements français**. De tels accords pourraient aussi impliquer plusieurs pays européens. Une réduction du périmètre et donc de prix, consécutive à la mise à l'écart d'une de ces composantes, concourrait d'une stratégie de court terme et peu efficace.

Enfin, il convient de signaler que le cadre réglementaire en matière de transfert des produits liés à la défense a été modifié à travers la transposition de la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant ces conditions de transferts (loi n°2011-702 du 22 juin 2011 et décret n°2011-1467 du 9 novembre 2011 relatif aux importations et exportations hors Union européenne de matériels de guerre, armes et munitions et de matériels assimilés). La fragmentation du marché européen en 27 régimes nationaux très différents les uns des autres, donnant lieu à des charges administratives, des délais et une incertitude juridique, nuisant alors à la compétitivité, et donc à l'exportabilité des équipements et services ; la double procédure (de demande d'agrément préalable et ensuite d'autorisation d'exportation) ainsi que l'absence de distinction entre les transferts au sein de l'Union Européenne et ceux concernant des entités extérieures, constituent les sources de ce changement réglementaire et législatif. Les objectifs sont, dans cette perspective, de participer à mettre en place un marché intérieur des produits de défense et de réduire les incertitudes juridiques liées à l'actuelle hétérogénéité des régimes nationaux, tout en assurant la convergence des politiques d'exportation de matériels de guerre. Les modalités portées par

cette directive concernent notamment la mise en place d'une licence unique de transfert ainsi qu'un contrôle *a posteriori* des exportations effectuées. Cette directive est transposée en parallèle aux travaux portant sur la directive associée, 2009/81/CE, relative à la passation de certains marchés de travaux, de fournitures et services dans les domaines de la défense et de la sécurité (décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011).

Annexe 3

La répartition des risques

La répartition des risques, entendue comme étant la distribution des coûts et des surcoûts entre les parties, revêt des enjeux d'efficacité (coût, prix) mais aussi d'équité de la commande publique. Etant donné le montant des contrats d'approvisionnement de défense et l'impact des surcoûts pouvant intervenir durant leur exécution, l'analyse des conditions de répartition des risques est d'un intérêt majeur.

L'objectif est, ici, d'identifier des pistes d'amélioration à apporter dans ce domaine.

Les différentes étapes de la répartition des risques sont récapitulées ci-dessous, à travers l'analyse successive de l'évaluation des coûts et des risques, des modalités de répartition des risques et, enfin, les conséquences de celles-ci.

1. Evaluation des coûts et des risques

Toute répartition des risques, qu'elle intervienne dans le contrat originel ou durant son exécution, exige une connaissance précise des coûts et des surcoûts, avec une attention portée à la fois à la probabilité d'occurrence et aux impacts des risques. L'enjeu est alors, d'une part, d'améliorer la qualité des informations détenues dans ce domaine, et, d'autre part, de la partager entre acteurs. Des informations fiables *et partagées* sont particulièrement importantes pour les opérations impliquant des montants majeurs ou lorsque des difficultés d'exécution apparaissent, pouvant conduire à des contentieux.

De façon à atteindre ce double objectif, d'évaluation et de partage des informations sur les coûts et les risques, des démarches peuvent, d'une part, être entreprises en matière d'évaluation, tant chez la personne publique que chez les titulaires des marchés. La refonte, en 2011, de la méthode d'évaluation des risques entreprise au sein du ministère de la défense participe de cet objectif, tout comme les efforts de prévisions de certains indices de coût.

D'autre part, un partage accru d'informations en matière de risques peut impliquer une analyse approfondie de certaines clauses du recueil de clauses types de la DGA (clausier). Des éléments relatifs à **l'actualisation des éléments généraux de coûts de revient et au positionnement institutionnel du bureau des enquêtes de coût** sont détaillées dans l'annexe relative à la passation des marchés, section 2-a.

Enfin, il est rappelé que toute démarche visant à réduire les risques, en amont du lancement des projets, est de nature à améliorer la maîtrise des calendriers, des coûts et des performances techniques. Ainsi, **une attention accrue pourrait être portée aux contrats de levée de risques, ainsi qu'aux phases d'initialisation, d'orientation et d'élaboration des programmes**³. Celles-ci recouvrent en effet des enjeux majeurs dans la mesure où elles expliquent une grande partie des coûts totaux effectifs des programmes. De plus, la résolution de difficultés techniques est bien moins coûteuse lors des premières phases de développement que dans les dernières. **L'utilisation systématique d'outils d'évaluation et d'appréciation de la maturité des opérations envisagées serait également de nature à réduire les risques encourus durant la conduite des opérations.** Le *Capability maturity model integration* (CMMI) et le *Product realization guide*, élaboré par le ministère américain pour la sécurité intérieure, sont deux outils disponibles dans cette perspective. Ce dernier participe à évaluer le degré de maturité à la fois de la technologie utilisée, en distinguant 9 niveaux différents, et du processus de production, à l'aide d'une échelle à 10 strates. Pour chacune d'elles, les objectifs clés à atteindre sont identifiés ainsi que les livrables associés et le mode de vérifications à utiliser. Alors que les niveaux 1 à 3 correspondent à la recherche scientifique, les niveaux 4 à 6 font référence au développement de la technologie. Les niveaux 7 et suivants concernent, de leur côté, le développement du produit.

³ Les étapes préliminaires de la vie d'un programme peuvent être distinguées en 5 tranches : faisabilité (A), définition (B), spécification (C), prototype (D) et production (E).

2. Modalités de répartition des risques

De façon générale, les modalités actuellement utilisées en matière de répartition des risques ne posent pas de difficultés majeures. Le recours à des prix forfaitaires, avec des prestations globales, associé à des renégociations selon les conditions de mise en œuvre des accords, ne soulève pas, en effet, d'objection particulière.

En revanche, un certain nombre de pratiques pourraient être utilement adaptées.

Dans le cadre de contrats négociés sans mise en concurrence, le calcul des marges des titulaires des marchés suit, à ce jour, les modalités détaillées dans la Directive du Premier ministre du 10 octobre 1969 relative à la mise en œuvre d'une méthode rationnelle de négociation des prix et des marges. Trois marges sont ainsi prévues : la marge A, rémunérant la valeur ajoutée du titulaire du contrat, comprise entre 2 et 6 % des charges de production et de commercialisation, des frais d'étude propres au marché et des frais généraux administratifs ; la marge B, qui rémunère les risques supportés par le titulaire du contrat, comprise entre 0 et 5 % du coût de revient ; et la marge C, qui avait initialement pour objectif d'inciter le titulaire à la performance. Cette dernière a cependant été fixée à 2,1 % pour tous les contrats négociés sans mise en concurrence, annihilant alors toute faculté incitative, tout en ne constituant pas un levier d'innovation. Certaines pratiques donnent alors lieu à un taux de marge de 8,69% (marge dite de 8/92). Il est suggéré, en conséquence, **d'actualiser la directive de 1969**, ce qui suppose qu'une réflexion soit lancée sur ce sujet par le ministère de l'économie et des finances. Il s'agit, dans cette perspective, d'exploiter la souplesse en matière de répartition des risques dès lors que le contrat est passé de façon négociée sans mise en concurrence.

Par ailleurs, une analyse des **conditions de négociation, d'application voire d'exonération des pénalités** met en avant plusieurs ajustements potentiels. En effet, dans quelques rares marchés, les pénalités envisagées, voire appliquées, dépassent les enjeux financiers du contrat et/ou conduisent à la faillite du titulaire du marché, les rendant non opératoires, voire néfastes à la viabilité de l'arrangement. Deux dispositifs seraient à même de remédier à de telles situations.

Le premier a trait à **l'instauration d'une clause d'alerte dans les contrats**. Une telle clause aurait pour objectif de signaler formellement aux parties l'atteinte d'un point critique de la relation contractuelle, à même de remettre en question la viabilité de l'opération. A cet effet, il pourrait être introduit dans le cahier des clauses administratives particulières du marché, voire dans le recueil de clauses types, une clause stipulant qu'il est opportun, à compter d'un nombre donné de jours de retard, ou d'un montant de pénalités donné, d'organiser la rencontre des deux parties afin de convenir des suites à donner au poste, à la tranche ou au contrat affecté. Le principe d'une telle clause fait actuellement l'objet de discussions entre le conseil des industries de défense et la DGA.

Le second dispositif consisterait, dans les cas exceptionnels susmentionnés, à **prévoir le principe de primes complétant ou remplaçant partiellement ou totalement le système de pénalités**. En **positivant la relation contractuelle**, une telle approche peut s'avérer remobilisatrice lorsque la situation est trop éloignée des objectifs poursuivis, tout en rappelant que l'absence de pénalité est considérée comme une libéralité et qu'un tel dispositif est donc à mobiliser uniquement dans des cas extrêmes. Les pratiques en la matière sont aussi à apprécier selon le mode de passation du marché, en particulier lorsque le marché a été passé de manière concurrentielle avec les délais comme critère de jugement des offres.

En parallèle à ces orientations, il pourrait être opportun de **refonder la rédaction des clauses de pénalités en définissant des niveaux de performances objectifs raisonnablement atteignables et donc pénalisables, et, de l'autre, en fixant des performances souhaitables qui seraient primées en cas de succès, mais non pénalisées en cas d'échec**⁴. En allant au-delà de la non association de pénalités à l'ensemble des objectifs du marché, la nouveauté ne réside pas dans la précision des conditions d'application des pénalités, les clauses de réfaction délivrant déjà les indications concernées, mais dans une

⁴ Il est également possible d'envisager un dispositif de primes/pénalités contractuel associé à la maturité du produit : dans un monde idéal, le matériel satisfait à l'ensemble des performances avant sa mise en service opérationnel. Dans la pratique, il reste des faits techniques à traiter qui conduisent à des évolutions de définition sur les équipements de série. Les outils de gestion de configuration peuvent être utilement associés à des clauses contractuelles pour récompenser ou pénaliser le maître d'œuvre en fonction de la maturité atteinte par le produit.

visibilité accrue sur les attendus techniques des prestations. De même, pour les délais, un calendrier objectif réaliste et un calendrier souhaitable pourraient être précisés dans les termes originels. **La clause de pénalité serait ainsi adaptée et pourrait être complétée par une prime d'avance ou d'exactitude selon des conditions qu'il reste à déterminer.**

Par ailleurs, des mécanismes contractuels visant à partager à la fois les risques et les marges sont possibles. Ils sont cependant à prendre avec une précaution extrême. Le souhait d'une relation équitable entre le maître d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre, ainsi qu'entre cette dernière et ses sous-traitants, peut se heurter à la complexité du dispositif.

Enfin, les conditions de transposition en France d'une pratique britannique pourraient être étudiées. L'accord *Team Complex Weapons*, effectif depuis 2010, prévoit ainsi un engagement du ministère britannique de la défense sur un volume financier stable pendant 10 ans, en contrepartie de la réalisation, par MBDA UK, de 5 programmes de missiles. Il est prévu, dans ce cadre, que le ministère britannique puisse modifier sa demande, en privilégiant un programme plutôt qu'un autre par exemple. Ces marchés successifs, passés sans mise en concurrence au Royaume-Uni, prévoient un prix ferme avec un partage à la fois des gains et des pertes. **L'association d'un engagement bilatéral sur une longue période portant sur une même famille d'équipement et de clauses de partage des gains et des pertes constitue une modalité contractuelle originale.** En plus d'impliquer une connaissance partagée, et auditable, des conditions d'exécution des marchés, un tel arrangement appelle à **reconsidérer les objectifs stratégiques, des choix devant être effectués concernant les domaines à privilégier.**

En France, un tel dispositif ne pourrait être mis en œuvre sans mise en concurrence que si l'objet correspond à une des exclusions du code des marchés publics, telles que définies dans l'article 181 dudit code. Dans ce cas là, la compatibilité avec le bon usage des deniers publics devra bien entendu être démontrée, sur toute la période considérée, de façon à éviter tout abonnement à l'argent public.

Dans cette perspective, **le dégagement de marges de manœuvre budgétaire implique désormais l'établissement d'accords de coopération**, fondés sur une dépendance bilatérale, sur la base du retour d'expérience mené sur les coopérations existantes pour valoriser leurs atouts potentiels tout en contrôlant leurs limites. Etant donné le coût croissant des systèmes d'armes, la contrainte budgétaire de plus en plus tendue et l'évolution du fondement du concept d'autonomie stratégique (en passant d'une définition géographique à la probabilité d'accès à des ressources) il est à la fois nécessaire et possible d'impulser une évolution des partenariats entre Etats. Ceux-ci sont à même de mutualiser les coûts et les risques. La coopération franco-britannique est un cas, appelant, par exemple, un approfondissement d'autres relations bilatérales, dans la communication et l'électronique par exemple.

3. Conséquences de la répartition des risques

Il est attendu que les décisions d'allocation des risques prennent en compte à la fois l'origine des risques et leurs impacts financiers, notamment en matière d'assurance. Car une fois prises, de telles décisions présentent des conséquences significatives sur le coût global de l'assurance et donc sur le prix du marché.

Dans ce cadre, **un recours plus fréquent aux facilités publiques en matière d'assurance et de financement serait de nature à favoriser les conditions de signature et d'exécution d'opérations par des groupes de petite ou de moyenne taille en particulier.** En effet, les canaux de financement et la capacité de diversification du secteur public participent à expliquer, jusqu'ici, un coût du support du risque inférieur à celui du privé. La mutualisation de certains risques, d'origine exogène et aux impacts financiers particulièrement élevés, permettrait ainsi de réduire les coûts et donc les prix des marchés. Le projet de regroupement, dans une même structure de CDC Entreprises, filiale de la Caisse des dépôts, d'Oseo, banque publique d'aide aux PME, ainsi que du Fonds stratégique d'investissement (FSI) est à souligner dans cette perspective.

Enfin, en raison de la structure industrielle existante, les changements réglementaires ne touchent pas tous les industriels de façon uniforme. Alors que les grands groupes ont la faculté d'investir dans l'analyse des conséquences de tels changements, voire même de les anticiper ou de les influencer, les petites et moyennes entreprises ainsi que celles de taille intermédiaire sont en position de fragilité. Par exemple, en matière environnementale, les sociétés de petite taille n'ont pas la capacité de maintenir deux lignes de produit pour répondre aux exigences de différents marchés, soumis à des réglementations distinctes, les

conduisant alors à arrêter certains produits, qui peuvent alors manquer aux grands groupes ainsi qu'aux pouvoirs publics. Aussi, **une attention particulière de la personne publique pourrait-elle être portée aux petites et moyennes entreprises ainsi qu'à celles de taille intermédiaire lors de la négociation et de la transposition des directives européennes. Il s'agit également de les accompagner dans l'évolution de leur structure industrielle.**

Annexe 4

Le maintien en condition opérationnelle et le démantèlement

Le maintien en condition opérationnelle (MCO) et le démantèlement des systèmes d'armes recouvrent des enjeux opérationnels, économiques, industriels et environnementaux.

L'analyse des difficultés rencontrées et l'identification de pistes d'amélioration mettent en avant des dimensions essentiellement contractuelles, organisationnelles et réglementaires, qui seront traitées de façon successive pour ces deux étapes distinctes du cycle de vie des programmes.

1. Le maintien en condition opérationnelle

a. Les aspects contractuels

En matière contractuelle, la durée des marchés de MCO attire l'attention tant ses conséquences sont grandes sur l'équilibre économique de l'accord. Des contrats de longue durée s'avèrent présenter des avantages significatifs tels que la favorisation de la continuité des approvisionnements et des services associés de maintenance, et donc l'absence de rupture capacitaire, tout en évitant à la fois les coûts de transaction et les hausses de prix significatives au moment du renouvellement des marchés. De plus, du côté industriel, des contrats de longue durée octroient une visibilité sur l'activité et les revenus associés, tant pour les titulaires de premier rang que de second rang. Aussi, s'agit-il, autant que faire se peut, de **favoriser les contrats de long terme en matière de MCO**. Cela implique, en particulier, d'être en capacité de procéder à une construction budgétaire de long terme pour ces flux et d'engager des dépenses de MCO pour des matériels qui n'ont, parfois, pas encore fait l'objet de mise en service opérationnel.

A de tels arrangements de long terme, dont la durée maximale est bornée par la durée d'utilisation des équipements concernés et la capacité à prévoir l'évolution des coûts, **doivent être associées des modalités accrues d'adaptation**. Il s'agit en effet, de rendre compte des conditions d'emploi des équipements, qui évoluent selon les opérations extérieures notamment, des possibilités techniques offertes par les innovations de produit ou de procédé, ainsi que des flux d'entrée et de sortie des équipements, à travers les décisions de mise en service opérationnelle et de retrait de service. Notons que l'adaptation des termes contractuels doit être réfléchi tant à la baisse qu'à la hausse de l'activité, de façon à rendre compte des opérations extérieures engagées.

Plusieurs modalités contractuelles sont en capacité de favoriser une telle flexibilité des conditions d'exécution. En parallèle à la pratique actuelle du **recours aux avenants avec ses contraintes propres**, le recours aux **marchés à bons de commande** pour l'achat de composants ou de rechanges, associés à des prix unitaires fixés à l'avance, est également source de flexibilité, bien que ne fournissant pas de visibilité à long terme pour l'industriel.

Une autre voie à explorer plus avant repose sur **l'évolution du lien entre le mode de passation des marchés et les conditions d'exécution**. La jurisprudence précise qu'un avenant est injustifié s'il rompt rétroactivement l'égalité entre les candidats en accordant à une entreprise un niveau de prestations supplémentaires tel que, si ces prestations avaient été connues des autres participants à la consultation, elles auraient été susceptibles de modifier leurs offres et, *in fine*, le résultat de la consultation. Ainsi, les contrats passés de manière concurrentielle sont caractérisés par des facultés adaptatives réduites par rapport aux marchés passés sans mise en concurrence.

La dualité civil/militaire ou défense/sécurité des équipements est aussi de nature à favoriser la flexibilité des arrangements contractuels. En effet, en cas de réduction du besoin de la personne publique par exemple, il est alors possible de céder des capacités, sur le marché de l'occasion, et réduire ainsi le coût associé. Cette possibilité est ouverte par les contrats de partenariat, troisième type de contrat

administratif, après les marchés publics et les délégations de service public, comme l'illustre le contrat passé en 2008 avec la société HeliDax qui met à disposition des moyens civils pour répondre à une partie des besoins militaires. Le développement de la dualité des équipements, lorsque cela est compatible avec les contraintes et enjeux opérationnelles, serait ainsi de nature à favoriser la flexibilité des arrangements contractuels.

Une **refondation des clauses de revoiture** participerait aussi à une flexibilité accrue des termes de l'échange. De façon à compléter les possibilités offertes par les avenants, il serait en effet envisageable d'introduire dans le contrat originel, et le plus systématiquement possible, des **algorithmes fixant les conditions d'évolution du prix selon différents paramètres**, en complément des formules de prix faisant varier ce dernier selon certains paramètres de coût (du travail, de métaux et autres matériaux). Par exemple, dans le cadre d'un contrat de soutien d'un parc, le prix peut être fixé à l'heure d'emploi du moteur. Il est prévu que le forfait corresponde à 1 000 cassettes moteur par an, avec le déclenchement d'une revoiture à, par exemple, +/-20 % par an sur ce paramètre. Dans ces conditions, l'algorithme à exécuter pourrait reposer sur la variation du prix horaire, à la hausse ou à la baisse, de X euros. A ces algorithmes, peuvent être associés, de façon à rendre compte des contraintes budgétaires, un prix plancher et un prix plafond. Une telle approche contractuelle serait de nature, en amont de la signature du marché, à inciter les parties à identifier les paramètres structurants des coûts et de l'utilisation des équipements (nombre de véhicules, zones et conditions d'emploi, fréquence d'utilisation,...), et conduire à une analyse de risques poussée et partagée entre maître d'ouvrage et maîtrise d'œuvre. En aval à la signature, un tel arrangement permettrait de réduire les coûts d'exécution, à travers l'application de clauses automatiques, tout en octroyant à l'administration la capacité d'anticiper les coûts associés à différents scénarii d'utilisation des capacités, et donc une incitation à contrôler les facteurs de casse, des moteurs dans le cas d'espèce, ou, plus généralement, de prix du marché. En cas d'incomplétude du marché initial, le recours à l'avenant est bien entendu toujours possible. Notons, enfin, qu'un tel mécanisme d'ajustement du prix ne présage pas de l'utilisation effective des équipements, qui dépend en partie d'événements peu prévisibles comme les opérations extérieures ou encore des arbitrages budgétaires.

De façon à être en capacité de négocier et d'élaborer de tels algorithmes, **il est important que les curseurs de coût soient partagés entre maître d'ouvrage et maîtrise d'œuvre**. Dans cette perspective, il est suggéré que le premier fasse part au second des paramètres qu'il souhaite suivre pour anticiper les coûts associés de maintenance, le second détaillant alors la **structure de variabilité des coûts, mais pas la structure de ceux-ci**. Il s'agirait, dans cette perspective, que la personne publique indique les curseurs représentatifs des conditions d'utilisation des équipements (temps, durée, environnement,...). Le titulaire du marché détaillerait alors l'évolution prévisible (ou effective) des coûts du MCO selon la valeur de ces curseurs.

La **globalisation des termes contractuels** constitue un autre volet à envisager de façon systématique. Celle-ci peut être **verticale** (rassemblant les activités nécessaires à la réalisation d'une opération donnée, acquisition et MCO d'un parc de véhicules par exemple) **et/ou horizontale** (à travers la réalisation de l'ensemble des activités similaires sur un territoire considéré, *e.g.* fourniture des pneumatiques pour les véhicules stationnés en France). Une telle globalisation permet de réduire le nombre de contrats nécessaires à la réalisation des mêmes opérations, et ainsi les coûts de transaction associés, incite les titulaires de marchés à réaliser des équipements de qualité, aux coûts de maintenance moindre, tout en s'engageant sur la fourniture de capacités sur le long terme. Soulignons toutefois le risque de réduction de concurrence en cas de systématisation de la globalisation des marchés.

Dans le cadre de marchés globaux, l'importance de **retenir de façon systématique une tranche de soutien initial associé au contrat d'acquisition** a été relevée. Cette tranche permet notamment de délivrer des incitations au titulaire du contrat en vue de réaliser un équipement de qualité, au coût de maintenance faible et contrôlé. **La durée du soutien initial doit être suffisante de façon à ce que la fiabilité et la maintenabilité des équipements puissent être appréciées eu égard aux attentes exprimées dans les fiches de caractéristiques militaires**. Il s'agit également d'être en capacité de vérifier la cohérence entre le parc et le système de soutien. De plus, les marchés de soutien initial doivent être en capacité de structurer les conditions de réalisation des contrats de service subséquents, en faisant notamment en sorte de ne pas limiter les possibilités envisageables pour ces derniers.

De plus, les contrats globaux conduisent la personne publique à **inscrire formellement le MCO dans l'estimation du coût global des opérations**. Ainsi, au-delà des estimations chiffrées résultant de ces évaluations, une telle démarche est de nature à prévoir, très tôt dans le programme, les conditions contractuelles et organisationnelles du MCO, favorisant ainsi la cohérence globale des actions menées sur tout le cycle de vie des équipements. Il convient cependant de noter qu'une telle approche n'est pas spécifique aux marchés globaux et est en cours de généralisation pour tous les types de marché d'investissement au sein du ministère de la défense.

Dans cette perspective, il est rappelé que **le coût du MCO sera d'autant plus maîtrisé que l'équipement sera d'un niveau technique mesuré**. Cela rejoint les propositions énoncées par ailleurs dans ce rapport sur la nécessaire prise en compte d'une part et la maîtrise d'autre part du niveau technique des équipements délivrés aux Armées, dès la phase de conception des opérations. La réduction du coût du MCO pourrait être un des objectifs explicites d'un programme avec, le cas échéant, un objectif de coût horaire.

A cette globalisation doit être associé un **engagement du titulaire sur la performance**, que ce soit sur un résultat intermédiaire (la disponibilité d'un organe ou accessoire d'un système d'armes par exemple) ou sur un résultat sur un parc ou une flotte (comme c'est le cas pour les SNA, chasseurs de mines, AWACS, ou encore les KC 135). Selon les taux de disponibilité observés, les responsabilités de ces taux et la réactivité des réparations, le prix du marché peut évoluer, dans des proportions à établir dans le contrat originel. L'engagement de disponibilité, sur résultat intermédiaire, peut ainsi être relié à la disponibilité du parc : pas plus de x% de véhicules indisponibles pour absence de rechanges (cas de Caesar, du VBCI et du char Leclerc) ou encore non pénalisation d'absence de pièces de rechanges dont le ministère n'aurait plus besoin. Un tel dispositif contractuel implique une connaissance précise du titulaire du marché des risques auxquels il est potentiellement assujéti.

b. Les dimensions organisationnelles

En matière organisationnelle, le MCO est caractérisé actuellement par l'intervention à la fois des secteurs publics et privés. Le Service industriel de l'aéronautique (SIAé) participe, par exemple, actuellement, en tant que maître d'œuvre, à la maintenance des avions non seulement d'ancienne génération mais aussi de nouvelle génération (Tigre, NH90, Rafale). Ce service est cependant confronté à un manque de souplesse dans les domaines des ressources humaines et des achats, imposant une gestion à long terme des opérations. En dépit de ces difficultés, il s'avère que **le maintien d'une capacité étatique en matière de MCO** permet de procéder à des opérations de maintenance nécessaires au ministère, mais non profitables pour des acteurs privés, tout en conservant une certaine autonomie vis-à-vis de ces derniers.

Les interactions des acteurs publics et privés appellent à **préciser et rechercher les responsabilités des différents intervenants, en particulier en opération extérieure, de façon à cadrer les conditions d'exécution des contrats de MCO**. Il s'agit, en particulier, d'éviter de tomber sous le coup du prêt illicite de main d'œuvre (article L.8241-1 du Code du travail). Une telle répartition des responsabilités entre les acteurs peut passer, notamment, par une **dissociation claire des rôles de chacun des intervenants**. Par exemple, le contrat Lydian, assuré par Thales UK auprès du ministère britannique de la défense en Afghanistan, reposait, de 2007 à 2010, sur la fourniture d'une capacité de drones (Hermes 450) comprenant le soutien logistique, la formation et le déploiement de personnels pour la mise en œuvre. Alors que Thales était responsable de la maintenance, l'armée était en charge de la conduite des opérations en vol et des risques associés. Cet exemple met en avant, en plus de la dissociation des rôles, la relation entre cette dernière et la répartition des risques, les deux étant étroitement liés (voir l'annexe 3 sur la répartition des risques).

De façon à favoriser l'efficacité des interactions entre le privé et le public, il est par ailleurs utile **d'analyser les conditions de recours à la réserve opérationnelle au service des entreprises privées travaillant pour la Défense**. Une convention relative aux modalités d'intervention de réservistes opérationnels admis à servir auprès de sociétés privées existe depuis 2009, et a été signée notamment par DCI, Dassault Aviation, Nexter et Thales. Cette convention permet en particulier d'octroyer le statut de réserviste à des personnels d'entreprises privées, même si ils n'ont pas suivi de formation militaire, pour le temps de leur mission, en contrepartie du remboursement, par l'entreprise d'une partie des coûts associés, les coûts afférents à la mise à disposition des instructeurs et des matériels n'étant pas prise en compte. Ce

dispositif a, notamment, été utilisé par Thales pour procéder au test de systèmes d'armes embarqués sur des bâtiments. Un tel dispositif est de nature à favoriser le contrôle des personnels en activité ainsi que la continuité des prestations en cas de risques opérationnels accrus, tout en altérant l'impact des risques sur les coûts et donc sur le prix des prestations. Il impose cependant des coûts administratifs significatifs à la personne publique (pour l'intégration dans la réserve, l'assignation sur les postes, l'activation de la chaîne solde et le suivi des modalités de remboursement des coûts par les entreprises), appelant, en conséquence, une analyse au cas par cas à la fois de l'opportunité et des conditions de réalisation d'une telle activation des personnels. Il a, pour mémoire, été un temps envisagé de limiter ce dispositif aux théâtres d'opération dangereux, de façon à encadrer les conditions de son recours.

Toujours en matière organisationnelle, la **gestion des obsolescences** constitue un enjeu majeur des opérations de MCO. Une telle gestion porte non seulement sur les produits mais aussi, parfois, sur les procédures d'industrialisation. Les méthodes à valoriser sont variées selon les industriels. Les risques d'obsolescence peuvent être réduits par la **relance de commandes fictives**, permettant d'actualiser les numéros de nomenclature des produits et de vérifier la capacité à activer une chaîne d'approvisionnement, ainsi que par une **liste précise des produits composant un équipement considéré**. La **veille du tissu industriel**, en particulier du tissu de petites et moyennes entreprises/industries, participe également, de façon plus générale, à la gestion des obsolescences. Enfin, la **poursuite d'un processus continu de Recherche & Développement, avec en particulier des efforts entrepris à la mi-vie des équipements**, est de nature à améliorer la gestion des obsolescences. Du côté de la personne publique, la passation de contrats d'assistance technique / veille technique permet à la fois d'encadrer et d'encourager les pratiques de veille des obsolescences, telles que décrites ci-dessus.

2. Le démantèlement

Les activités de démantèlement peuvent avoir pour objectif, lorsque la cession à un tiers n'est pas envisageable, de valoriser, par élimination ou recyclage, les matériels retirés du service actif (pièces détachées, composants et autres matériaux). Des aspects réglementaires, contractuels et organisationnels sont à relever dans ce domaine.

a. La réglementation

Afin de déterminer la réglementation applicable, il importe de distinguer nettement :

- les armements qui sont encore au stade de matériel ou de produit (sachant que les armements sont, en principe, assimilables à des matériels de guerre au sens du décret n° 95-589 du 6 mai 1995 relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions) ;
- des armements qui ont atteint le stade de déchets (aux termes de l'article L. 541-1-1 du code de l'environnement, on entend par déchet : « toute substance ou tout objet, ou plus généralement tout bien meuble, dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire »).

Une réglementation différente s'applique à chacun de ces stades.

L'activité de « démantèlement » s'inscrit exclusivement dans le cadre de la gestion des déchets. Dès lors, c'est avant tout la partie « déchets » du code de l'environnement qui s'applique c'est à dire ses articles L. 541-1 à L. 541-50 et D. 541-1 à R. 543.

Cette réglementation transpose les règlements et directives de référence en la matière, notamment la directive 2008/98/CE du 19 novembre 2008 relative aux déchets (qui traite de la gestion des déchets) et le règlement n°1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets (qui traite du transfert des déchets).

Certains matériels de défense et de sécurité bénéficient d'un régime spécifique. Lorsque de telles exceptions existent, elles sont explicitement mentionnées dans le code de l'environnement. A titre d'exemple, en matière de gestion des équipements électriques et électroniques, l'article R. 543-172 exclus du champ d'application « les équipements électriques et électroniques liés à la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat, les armes, les munitions et autres matériels de guerre, s'ils sont liés à des fins exclusivement militaires ».

La multitude des réglementations applicables rend compte de la complexité des systèmes de défense.

Il est cependant parfois délicat, voire impossible, dans le secteur de la défense, de concilier les caractéristiques propres à ce secteur et les exigences réglementaires, partagées avec le secteur civil. C'est le cas, par exemple, des contraintes en matière de secret, la réglementation impliquant de décrire à la fois les matériaux utilisés et une partie du processus productif. Ainsi, l'article R. 1333-54-1 du code de la santé publique impose une obligation d'information pour les équipements contenant des sources radioactives et devant être repris ou éliminés. Il n'est par ailleurs pas toujours permis, en application notamment des dispositions des articles L.1333-1 et suivants du Code de la santé publique, de radiographier les équipements pour détecter certains matériaux radioactifs, comme les radionucléides, ce qui limite l'établissement de la liste des composants précis des équipements déjà produits.

De plus, la réglementation, notamment sur les radionucléides, n'est, à ce jour, pas homogène sur l'ensemble du territoire européen, entre la France et le Royaume-Uni, créant par exemple des écarts entre les pratiques industrielles susceptibles de générer des difficultés. Outre la question de la radiographie des équipements, un autre exemple concerne les particules radioactives. **La réglementation française, ne prévoyant pas de seuil de libération pour les déchets à très faible activité, elle constitue une exception en Europe et dans le monde.** Une telle asymétrie est source de biais à la concurrence sur la scène internationale.

En conséquence, **il est indispensable d'agir en amont, de façon active, dans les négociations internationales en vue d'influencer les prochaines normes dans ce domaine. Des efforts d'harmonisation des normes internationales en matière de démantèlement seraient également utiles.**

Il convient également de conclure à **l'inadéquation partielle de l'approche strictement juridique avec les réalités physiques des matières ou procédés considérés**, la chose juridique suivant sa propre finalité, sans prendre en considération les caractéristiques de l'objet. D'autres moyens de coordination doivent alors être recherchés, au premier rang desquels figurent les aspects contractuels et organisationnels.

b. Le domaine contractuel

Une caractéristique essentielle des contrats de démantèlement est la **coexistence de flux financiers sortant, à travers la rémunération du titulaire assurant l'opération, et de flux entrant, selon le cours des matières premières qui sont valorisées.** Aussi, les contrats de démantèlement comprennent-ils une obligation de résultats. En la matière, le minimum garanti par le titulaire définit la dépense maximale de la personne publique. Les flux financiers entrant et sortant étant distincts, pour éviter de tomber sous le coup de la réglementation relative aux compensations, la personne publique ne bénéficie pas d'une réduction de l'engagement suite à une augmentation des recettes mais d'une amélioration du bilan net global de l'opération grâce à une hausse du taux de recyclage. Les clauses incitatives retenues dans le contrat répondent, dans cette perspective, non seulement à une motivation économique, en vue de réduire le coût de la personne publique, mais aussi environnementale, par la réduction des déchets non retraités.

c. Les dimensions organisationnelles

Le développement de l'activité de démantèlement au sein du ministère pose avec acuité la question de son internalisation ou de son externalisation (voir l'annexe 7 consacrée aux partenariats industriels).

De façon à répondre aux exigences réglementaires, visant l'obtention d'un « passeport vert » pour tout équipement à démanteler, il convient de **développer les listes des matériaux composant les systèmes de défense, ce qui implique de les identifier et de les quantifier.** Des actions sont, dans cette perspective, en cours auprès des sous-contractants notamment. Il s'agit alors d'assurer la confidentialité des informations, tant sur cette liste que sur les processus industriels.

d. Les aspects techniques

Lors du développement et de la production des systèmes de défense, il est important de prendre en compte la liste des matériaux interdits, telle que détaillée par exemple dans la réglementation relative à la restriction de l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques (ROHS). Il s'agit, autant que faire se peut, d'interdire le recours à de tels matériaux ou, en tout cas, d'en avoir la liste la plus exhaustive possible.

Annexe 5

Les programmes d'urgence opérationnelle

Des enjeux essentiellement opérationnels et économiques concourent à la conduite des programmes d'urgence opérationnelle. Pour mémoire, les urgences opérationnelles (UO) des programmes 146 et 178 se sont élevées, en 2008, à 143,9 M€, à 335,7 M€ en 2009 et à 136 M€ en 2010 (selon les années de demande).

L'analyse des conditions de contractualisation et de conduite des UO a mis essentiellement en avant des aspects associés aux UO *stricto sensu*, bien que des conséquences sur les opérations d'armement prévues en programmation aient été aussi identifiées.

1. Contractualisation et conduite des urgences opérationnelles

a. Les aspects techniques

Les programmes en UO s'inscrivent, jusqu'ici, dans une perspective capacitaire à court terme avec néanmoins un objectif d'emploi sur le long terme. Cela se traduit, en particulier, par une analyse des conditions de maintenance voire de réemploi dans les forces à l'issue de l'opération considérée ainsi que par des critères exigeants de mise en service opérationnelle. Il peut être intéressant, sous certaines conditions, d'adopter une approche visant à répondre uniquement au besoin de court terme, en envisageant, par exemple, de **recourir à des équipements dont la durée de service opérationnel serait plus courte que celle des opérations d'armement programmées**, l'important étant de pérenniser la satisfaction du besoin et non le produit acquis. Une telle approche capacitaire, dont les conditions de mise en œuvre restent à étudier, permettrait de compresser certains délais tout en réduisant le coût d'acquisition voire de maintenance, **dès lors que le besoin identifié pourrait être considéré comme spécifique au théâtre car peu susceptible d'être reproduit ailleurs dans un horizon proche** (inférieur à trois ans par exemple).

En parallèle à l'horizon temporel des programmes, il est envisagé, pour répondre à un besoin opérationnel urgent, **d'accepter des équipements qui répondent à une grande partie de ce besoin, 70 à 80% par exemple, en satisfaisant de façon systématique les exigences primordiales, à condition que la sécurité de nos forces ne s'en retrouve pas réduite.**

b. Les choix contractuels

Une fois que le chef d'état-major des armées a décidé de lancer un programme en UO, la phase contractuelle peut commencer. Les enjeux contractuels, pour les UO, concernent essentiellement le mode de passation. Dans le cadre de la loi 2011-702 du 22 juin 2011 et du décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011, la négociation sans publicité pourra être retenue en cas d'urgence liée à une crise (et non plus d'urgence impérieuse comme c'était jusqu'ici le cas), permettant alors de compresser les délais et de cibler un équipement susceptible de satisfaire d'emblée le besoin exprimé par les forces engagées en opérations. Précisons qu'il n'y a, de fait, aucun lien réglementaire entre la décision d'un Etat major de classer en UO une opération et le choix de la procédure, urgence de crise ou procédure normale.

Dans ce système dérogatoire du droit commun, il est indispensable d'évaluer les délais gagés par le mécanisme retenu vis-à-vis de la mise en concurrence. En cas de sollicitation du ministre de la défense par un juge, la personne publique doit en effet être en capacité de démontrer qu'il n'était pas possible ou raisonnable de passer 25 jours pour la publication, faute de quoi le marché peut être annulé et le pouvoir adjudicateur poursuivi au pénal.

De façon à respecter le cadre réglementaire d'une part et afin de ne pas déstabiliser outre mesure la programmation capacitaire d'autre part, une réflexion pourrait être engagée sur l'opportunité de préciser ou non les conditions de recours aux cas d'urgence, d'imprévisibilité et d'extériorité, ce dernier mettant en

avant la non imputabilité des circonstances au pouvoir adjudicateur. Rappelons par ailleurs le caractère flexible et adaptatif du dispositif favorisé par la relative souplesse des termes des textes officiels actuels.

c. Les procédures budgétaires

Actuellement, les programmes d'armement se décomposent principalement en « Programmes à effet majeur » (PEM) et en « autres opérations d'armement » (AOA). Les UO sont, dans leur très grande majorité, financées sur ces dernières, nécessitant alors un rééchelonnement de la programmation capacitaire. De tels effets de refroidissement, voire d'éviction, créent à leur tour un manque capacitaire et donc des besoins en UO additionnels. De façon à remédier à cette difficulté, trois pistes ont été envisagées, sans qu'aucune d'entre elles ne s'avère concluante.

La première consisterait à désanctuariser les programmes à effet majeur en leur imputant, lorsque cela est compatible avec les spécificités des systèmes considérés, une partie de la charge associée aux UO. Une telle approche risquerait cependant de fragiliser des opérations ayant un enjeu politique voire stratégique et minimiserait le besoin initialement exprimé par les armées.

La deuxième impliquerait de dédier une ligne budgétaire dédiée à une partie des UO, dès lors qu'une opération extérieure est en cours. Cette ligne pourrait être dotée d'un montant de 160-175 M€, correspondant au montant moyen consacré aux UO entre 2008 et 2010, le reste de la charge financière donnant lieu, comme actuellement, à des mesures prises en cours de gestion budgétaire. Une telle approche s'est cependant vu opposer une possibilité d'être amputée régulièrement, et rapidement à l'image du « pot de miel », si elle est considérée comme une marge prise sur la programmation, en parallèle à l'absence de besoin physique défini de façon précise au moment de la construction budgétaire. De plus, elle se heurte au principe élémentaire de la LOLF qui veut que chaque dépense financière soit affectée *a priori* (Justification Premier Euro).

La troisième piste envisagée reposait sur l'identification, dans chaque opération prévue en programmation, d'une partie qui pourrait être abattue en cas d'urgence opérationnelle, le financement de cette dernière étant réparti sur l'ensemble des opérations de façon mineure, et non plus sur un petit nombre d'entre elles de façon majeure. De telles réductions de capacités pourraient être décidées de façon collégiale par les responsables des programmes 178 et 146, en déterminant la liste des opérations à considérer dans un tel arbitrage, qui conserve à l'UO un caractère complémentaire à la programmation. Une proposition similaire consisterait à surdoter les activités Chorus régulièrement sollicitées par les UO. Il a cependant été évoqué le caractère potentiellement sous optimal de telles solutions, chaque besoin retenu en programmation répondant à une attente en matière capacitaire, en parallèle à l'absence de marge budgétaire.

De façon à répondre à cette dernière, certains membres du groupe de travail ont proposé de **solliciter un transfert de la charge financière des UO du ministère de la défense vers l'interministériel**. Cela reviendrait à intégrer les UO dans l'évaluation des surcoûts OPEX, actuellement dépourvus du titre 5 « équipement ». Or, les UO sont directement expliquées par les OPEX. **En contrepartie de ce financement interministériel, les UO pourraient être circonscrites, de façon précise, exclusive et justifiée, aux opérations générées par des considérations d'urgence, d'imprévisibilité et d'extériorité**. Une notion de délai maximum d'aboutissement pourrait être introduite, mais ces opérations urgentes excluraient toute forme de développement. Dans ce dernier cas, elles pourraient être requalifiées d'opérations accélérées, et non plus d'UO. Une telle évolution nécessite toutefois une décision interministérielle.

d. Les dimensions organisationnelles

D'un point de vue organisationnel, les adaptations des matériels existants peuvent être effectuées tant par une maîtrise d'œuvre publique que privée, selon les compétences à mobiliser et disponibles.

De telles adaptations sont réalisées de façon d'autant plus aisée que la maîtrise d'œuvre dispose d'informations précises sur les conditions d'utilisation des équipements. Plusieurs choix organisationnels sont envisagés actuellement, comme avoir la boucle la plus courte possible entre les producteurs et les utilisateurs finaux, la transmission d'informations à l'occasion des appels de pièces, ou encore la mise en place de discussions entre les équipes de programmes intégrées et l'industrie. Dans la même perspective, **la collecte d'informations, dès lors que la sécurité des personnels n'est pas mise en cause, sur les**

conditions d'emploi des équipements serait de nature à favoriser l'adaptation de la conception des équipements, en UO ou non, aux besoins ainsi que leur maintenance en condition opérationnelle (voir l'annexe 4 sur le MCO). Cette procédure devra néanmoins recevoir l'agrément des armées pour des motifs de confidentialité opérationnelle.

2. Impact des urgences opérationnelles sur les opérations prévues en programmation

a. Les aspects techniques

De façon à favoriser une conduite rapide et peu coûteuse des UO, la prévision de l'évolutivité technique des équipements dès leur conception constitue une possibilité. Dans cette perspective, le développement de la modularité des équipements et de la capacité à l'intégration de masse, d'énergie et de volume supplémentaires permettant une **adaptabilité des vecteurs UO par kits** peut être envisagé. En plus des facilités techniques qui pourraient être ainsi obtenues, un tel dispositif favoriserait l'intervention de nouveaux acteurs dans le cadre des UO, en n'étant pas cantonné aux maîtres d'œuvre industriels ayant conçu et produit l'équipement, avec le recours possible aux équipementiers spécialisés dans la satisfaction du besoin nouveau exprimé. Cela participerait ainsi d'une mobilisation plus fréquente du tissu industriel de PME/PMI, tout en augmentant le degré de concurrence entre acteurs industriels. Cette mise en concurrence permettrait de réduire les coûts même si la priorité par nature des UO est bien la satisfaction du besoin avec la moins mauvaise performance et dans les meilleurs délais. L'aspect contractuel ne devra pas remettre en cause ce principe.

b. Les choix contractuels

Un effet miroir des aspects techniques sus mentionnés est de nature contractuelle. Il convient de noter dans cette perspective la flexibilité offerte par les marchés à bons de commande, correspondant aux situations dans lesquelles la personne publique n'est pas en capacité de déterminer à l'avance le rythme et l'étendue de ses besoins. Cela suppose que le contrat de référence ait défini un maximum de prestations types associées à des prix unitaires. De façon à favoriser la conduite des contrats d'UO, il est attendu un **recours, le plus fréquent possible, à la définition de prestations types associées à des prix unitaires dans les marchés d'armement prévus en programmation.**

c. Les dimensions organisationnelles

Une des causes des UO tient aux mécanismes d'anticipation et d'expression des besoins. Bien que l'imprévisibilité ne soit pas réductrice, il est envisageable, à la marge, de réduire les imprévus en améliorant la planification amont, notamment en systématisant le retour d'expérience des OPEX sur la programmation capacitaire. En particulier, l'importance de **financer, en amont, un stock suffisant de matériels** de façon à pouvoir répondre aux enjeux associés à la montée en puissance rapide, suite à un déploiement en opération extérieure par exemple, a été relevée. Notons, dans cette perspective, que les conditions d'utilisation et de déploiement des matériels sont en partie contradictoires avec la gestion à flux tendu des stocks, courante dans le secteur privé et dont les conditions d'application au secteur de la défense doivent être étudiées dans leur globalité et leur complexité.

Annexe 6

La passation des marchés

La passation des marchés de défense soulève des enjeux essentiellement économiques et stratégiques. La recherche d'un équilibre entre les prix d'acquisition d'une part et la quête de sécurité d'approvisionnement d'autre part amène à s'interroger à la fois sur le choix du mode de passation ainsi que sur la conduite de la passation des marchés.

1. Le choix du mode de passation

A travers le « Paquet défense », la commission européenne vise le renforcement de la compétitivité de l'industrie européenne de défense par le décloisonnement des marchés nationaux ainsi que l'amélioration de l'efficacité des efforts de défense par une diminution des duplications industrielles et une réduction du morcellement des industries au sein de l'Union. Dans cette perspective, la directive européenne 2009/81/CE relative à la passation des marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité a pour objectif d'harmoniser les règles de passation. Cette directive est transposée en droit français par la loi du 22 juin 2011 et par le décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité. Au-delà de la présentation des nouveautés apportées par ce décret, les développements ci-dessous détaillent des points d'amélioration à envisager.

a. La justification des exclusions au Code des marchés publics

Une troisième partie est ajoutée au Code des marchés publics (CMP) pour les marchés et accords-cadres de défense ou de sécurité qui correspondent aux conditions précisées dans l'article 179 du CMP, à savoir les équipements militaires et de sécurité, les marchés de travaux, fournitures et services liés à ces équipements et les marchés mixtes. Dans ce cas, la procédure de droit commun est la négociation après publicité et mise en concurrence ou l'appel d'offres restreint.

Lorsqu'un motif d'exclusion est relevé parmi la liste détaillée dans l'article 180 du CMP, les services acheteurs déterminent librement les modalités de passation des marchés en cause. Si les circonstances le justifient, ils peuvent décider de choisir le titulaire du contrat sans publicité ni mise en concurrence. La diversité des exclusions mobilisables et, parfois, leur caractère partiellement indéfini (*e.g.* « la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat » ; « marchés spécifiquement destinés aux activités de renseignement ») est susceptible d'octroyer une certaine liberté au pouvoir adjudicateur pour sortir, ou non, du code des marchés publics. Cette liberté est cependant réduite par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle les possibilités d'exclusion prévues pour les marchés publics doivent être interprétées dans leur sens le plus strict (CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/06). En droit français les principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence doivent être respectés, selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel (décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003). **Le risque de recours, limité, initié par une entreprise européenne, voire même française, pourrait être réduit par des précisions à apporter à la loi 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité.** Néanmoins ce fut un choix délibéré du gouvernement et particulièrement du ministère de la défense, dans cette loi, comme auparavant dans la directive, de ne pas définir de listes de matériels de défense et de sécurité ou de listes de matériels pouvant faire l'objet d'une exclusion. Il convient en outre de rappeler que la DGA/DO/SCA a jusqu'ici gagné tous ses recours précontractuels, même si ceux-ci n'étaient pas tous en relation avec un cas d'exclusion.

Un risque, mineur, de contentieux peut également provenir de la préférence communautaire qui a été instituée dans l'article 215 du CMP, restreignant la mise en concurrence aux entreprises des pays membres de l'Union européenne. Si la France souhaite ouvrir la concurrence aux opérateurs de pays tiers à l'Union

européenne et à l'Espace économique européen, le pouvoir adjudicateur doit indiquer, dans l'avis d'appel public à la concurrence, les critères d'accessibilité sur le fondement desquels l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée. L'article 215 stipule, dans cette perspective, que « Ces critères sont établis notamment au regard des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, de l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable, de l'obtention d'avantages mutuels et des exigences de réciprocité ».

Au Royaume-Uni, les conditions de transposition ferment les portes à tout recours d'entreprises de pays tiers.

b. *La sous-traitance*

La notion de sous-traitance a été définie, en droit français, par la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, comme étant « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître d'ouvrage » (article 1). La loi n°2011-702 du 22 juin 2011, sus-mentionnée, crée de son côté le concept de sous-contractant, dans l'article 37-2, comme étant « l'opérateur économique avec lequel le titulaire du marché conclut, aux fins de la réalisation de celui-ci, un contrat de sous-traitance au sens de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975, ou un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise » (c'est-à-dire un fournisseur). Un sous-contractant est ainsi un opérateur qui réalise une prestation participant à l'exécution du contrat de premier rang, quelle que soit la nature de cette prestation. La directive 2009/81/CE, fait, quant à elle uniquement référence au concept de sous-traitance, entendue comme étant de la sous-contractance, telle que définie dans la loi du 22 juin 2011 et non au sens de sous-traitance entendue par la loi du 31 décembre 1975.

Cette confusion sémantique, qui a notamment pour origine la traduction d'une directive européenne utilisant l'anglicisme « *sub-contracting* », crée des difficultés pour l'application de la réglementation décrite dans le paragraphe précédent, chacune poursuivant des objectifs distincts : protéger la sous-traitance par la loi de 1975, appelée loi des carreleurs, et empêcher les compensations, selon le dispositif européen, ce qui revient à fixer des limites au pouvoir adjudicateur.

Or, **la protection de la sous-traitance reste un enjeu d'actualité**, comme souligné notamment par le rapport sur le dispositif juridique concernant les relations interentreprises et la sous-traitance du médiateur des relations inter-industrielles et de la sous-traitance (30 juillet 2010 ; p.11-15) ainsi que par le rapport d'information n°3663 de l'Assemblée Nationale relatif à l'investissement dans les PME de défense (messieurs les députés Caillaud et Michel ; juillet 2011). Il s'agit de favoriser des relations contractuelles équilibrées entre le contractant de premier rang et les titulaires de second rang sur, en particulier, le transfert des risques, les délais de paiement, les pénalités ainsi que la protection de leur propriété intellectuelle. La loi de 1975 poursuivait cet objectif s'agissant du paiement des sous-traitants, contrairement à la directive européenne 2009/81/CE. Comme le soulignent les députés Caillaud et Michel, « en l'état actuel du droit, il n'est pas possible au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le primo-contractant assume sa part de responsabilité et ne se défausse pas sur ses sous-traitants » (p.14). Ils proposent ainsi d'actualiser la loi de 1975. La DGA/DO/SCA considère de son côté que la loi de 1975 n'est pas adaptée à la protection des sous-traitants dans la défense et est en quête d'autres dispositifs pour procéder à une telle protection.

Un autre motif d'actualisation de la loi de 1975 a trait à son article 14 qui dispose, dans son premier alinéa, que « sous peine de nullité du sous-traité, les paiements de toutes les sommes dues par l'entrepreneur au sous-traitant sont garantis par une caution personnelle et solidaire obtenue par l'entrepreneur d'un établissement qualifié ». Une telle exigence de garantie et sa sanction sont inadaptées au secteur de la défense. La mise en place de ces garanties est coûteuse et, dans la mesure où ce coût ne participe pas de façon directe à la réalisation de l'objet du marché et où il n'y a aucun risque de défaillance financière des grands donneurs d'ordre du secteur, rares sont les contrats qui comprennent une telle garantie, ce qui fait peser un risque de nullité de bon nombre de sous-traités et d'instrumentalisation contentieuse de ce risque, même quand la garantie est apportée en cours d'exécution du contrat comme indiqué par la jurisprudence Orly-Val. Notons que le projet de loi n°3683 du 13 juillet 2011 relatif à la modernisation de la sous-traitance vise à compléter cet article, en ajoutant un troisième alinéa, mais sans modifier le premier : « le

maître d'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant qui ne bénéficie pas d'une délégation de paiement conformément à l'article 14, exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution requise par ce texte ».

De façon à améliorer la protection de la sous-traitance, le pouvoir adjudicateur pourrait chercher à obtenir la remise des contrats de sous-traitance par la maîtrise d'œuvre industrielle.

Le CMP ne prévoit pas explicitement la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'exiger, à peine d'irrégularité, la remise des contrats de sous-traitance ou des autres sous-contrats.

Toutefois, les articles 278 et 283 du CMP lui permettent d'exiger que le titulaire du marché démontre que son sous-contractant présente les capacités techniques, professionnelles et financières telles que celles exigées des candidats au marché principal et qui sont objectivement rendues nécessaires par l'objet du sous-contrat et la nature des prestations à réaliser. Ces capacités peuvent s'apprécier notamment au regard de la sécurité des informations, de la sécurité des approvisionnements ou de l'aptitude à exécuter le marché. Or, la preuve de la bonne prise en compte de ces éléments par le sous-traitant ou le sous-contractant peut se faire par la production des contrats de sous-traitance ou des sous-contrats. Le pouvoir adjudicateur pourra donc utilement inviter les candidats à produire ces documents à l'appui de leurs offres.

De plus, l'article 3.6.3. du CCAG/MI dispose que « Le titulaire du marché est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance et ses avenants éventuels au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci en fait la demande. A défaut de l'avoir produit à l'échéance d'un délai de quinze jours courant à compter de la réception d'une mise en demeure de le faire par le pouvoir adjudicateur, le titulaire encourt une pénalité égale à 1/3 000 du montant hors taxes du marché ou de la tranche concernée, éventuellement modifiés par avenant, ou, à défaut, du montant du bon de commande concerné. Cette pénalité s'applique pour chaque jour de retard ». Cette disposition pourrait utilement être reprise systématiquement dans les contrats du ministère.

2. La conduite de la passation des marchés

a. Réalisation et utilisation des enquêtes de coût

L'arrêté du 20 décembre 2000 définit les conditions dans lesquelles sont appliqués les articles 54-I de la loi du 23 février 1963 ainsi que l'article 289 du Code des marchés publics relatifs au contrôle des coûts et coûts de revient.

Deux difficultés ont été identifiées dans cette perspective.

La première a trait à l'**actualisation des éléments généraux de coûts de revient**. Au bout d'un certain temps, des données correspondant à une organisation industrielle révolue créent une distorsion entre les évaluations effectuées et les coûts effectifs. Les industriels peuvent alors être conduits à compenser l'évolution réelle du coût effectif dans la détermination du prix.

La seconde difficulté tient à la position institutionnelle du bureau des enquêtes de coûts. Deux positions ont été exprimées à ce sujet. Le Conseil des industries de défense (CIDEF) prône une évaluation des coûts indépendante des parties. Les conclusions tirées par les enquêtes de coût étant directement utilisées dans les négociations contractuelles, il importe aux industriels qu'une telle évaluation soit menée de façon indépendante. La DGA/DO/SCA souhaite, à l'inverse, pouvoir choisir les marchés sur lesquels une enquête de coûts est prioritaire. De façon plus générale, ce débat fait référence aux arbitrages concernant l'importance à accorder aux enquêtes de coût et à leurs modalités de mise en œuvre. Les Etats-Unis et le Royaume-Uni ont opté, depuis de nombreuses années, sur des efforts financiers très élevés en la matière alors que la France a opté pour des contrôles plus mesurés, en combinaison de choix contractuels en partie distincts.

b. Comparaison des offres financières dans le cadre d'une mise en concurrence

Dans les avis d'appel public à la concurrence, la DGA précise, à l'heure actuelle, la formule de prix envisagée. Cette dernière fixe les conditions sous lesquelles le prix est révisé de façon périodique selon l'évolution du coût d'intrants, comme par exemple la masse salariale, les coûts des métaux et autres biens d'équipement. L'article 198, alinéa 4, du Code des marchés publics dispose cependant que la formule de

prix doit être représentative de l'évolution du coût de la prestation. La structure de coût divergeant entre industriels, une seule formule n'est pas en capacité de représenter la diversité des organisations industrielles répondant à une consultation. L'enjeu est alors de rendre compte de cette diversité tout en répondant aux exigences de la réglementation. L'utilisation d'un référentiel unique de prévision des indices, disponible au sein du ministère et qui pourrait faire l'objet d'une diffusion lors de la consultation, permettrait certes de respecter les principes de transparence et l'égalité de traitement des candidats, mais sont susceptibles de donner lieu à la sélection d'un candidat sur la base d'un critère qui est, par nature, entaché d'erreurs. Les délais entre la publication de l'avis d'appel public à la concurrence et la sélection des offres étant longs (environ 10 mois en moyenne), et la conjoncture économique étant susceptible d'évoluer dans cette période, les prévisions retenues pourraient différer des indices effectifs, ce qui biaiserait le choix du titulaire, même si des primes de risques sont introduites dans les prévisions retenues. Il est alors proposé de conserver une formule unique de révision dans les avis d'appel public à la concurrence mais de **modifier à la marge la formule de prix retenue dans le contrat, si ce changement n'est pas de nature à modifier la hiérarchie des offres reçues.**

Annexe 7

Les partenariats industriels

Les partenariats industriels sont entendus comme des relations commerciales Etat-industrie ayant pour objectif de répondre aux attentes et contraintes des deux parties. Les externalisations font ici l'objet de notre attention, celles-ci étant définies comme des opérations menées par des prestataires extérieurs au ministère alors qu'elles faisaient jusqu'ici l'objet d'une gestion interne aux services. Rappelons que l'externalisation se distingue de la sous-traitance ou de l'achat de prestations par l'existence d'un réel partenariat entre l'entreprise et l'administration, par une démarche de gains réciproques et des obligations de résultats assorties d'objectifs de performance.

Les fondements d'un partenariat sont le partage d'objectifs communs et la durabilité de la relation. Ceux-ci peuvent être déclinés pour rendre compte des enjeux capacitaires, économiques, budgétaires, industriels et de ressources humaines des externalisations. Il s'agit alors de redéterminer la philosophie de la relation, ce qui peut se traduire notamment dans ses aspects contractuels et organisationnels.

1. Les choix contractuels

a. L'expression de besoin

Plusieurs pistes d'amélioration ont été envisagées en matière d'expression de besoin.

La première vise à **faire évoluer l'objet même du besoin, en systématisant, dans la mesure du possible, la fixation d'objectifs à atteindre et non pas de moyens à mobiliser**. Une telle approche, qui est parfois expérimentée, octroierait davantage de liberté à l'industriel, lui permettant, en retour, de proposer des innovations organisationnelles afin de répondre au mieux au besoin de la personne publique, ainsi qu'à celui d'autres clients potentiels, ouvrant alors la voie à d'éventuels revenus tiers. Fixer des objectifs, plutôt que les moyens, est également de nature à responsabiliser encore davantage le titulaire du marché.

La deuxième orientation retenue consiste à **simplifier les projets externalisés**. Un périmètre modéré est en effet gage de délais amont contraints, ce qui favorise le maintien des offreurs potentiels dans le dispositif de passation. Des ambitions modérées donnent aussi lieu à un contrôle des responsabilités des parties ainsi que des coûts des opérations. Elles permettent, de plus, le suivi individualisé des personnels, tant en amont qu'en aval de l'externalisation. A l'inverse, des projets complexes, que ce soit pour des raisons techniques, contractuelles, organisationnelles ou de manœuvre ressources humaines, sont susceptibles d'être caractérisés par de longs délais amont, et donc l'assèchement des partenaires industriels, des coûts de transaction élevés, et en conséquence des coûts et des prix à la hausse, ainsi que par des difficultés à reconstituer, contrôler et vérifier les coûts de réalisation. Du côté industriel, un cahier des charges trop ambitieux donne lieu à des devis coûteux, auquel la personne publique est susceptible de répondre par une réduction de périmètre, qui réduit alors le degré de réponse au besoin du ministère, davantage que si le périmètre avait été modéré dès le départ. Dans le même ordre d'idées, **la qualité et le suivi des prestations délivrées par des petites structures industrielles pour répondre au besoin de la personne publique** ont été soulignés. Ces structures s'avèrent en effet souvent à la fois inventives et adaptatives. Il peut s'agir tant de PME-PMI que d'entités industrielles, filiales de grands groupes, dédiées à la réponse d'un besoin spécifique (EADS Cognac Aviation Training Services – ECATS – dans le cadre de la mise en œuvre et la maintenance des avions et simulateurs de vol étant un exemple parmi d'autres).

La troisième orientation à impulser en matière d'expression de besoin est le **développement de la dualité des équipements**. La dualité civil/militaire ou défense/sécurité favorise en effet la recherche de clients alternatifs à la personne publique, et donc l'obtention de revenus tiers ainsi que l'amortissement, plus rapide, des investissements, tout en alimentant les filières civiles duales. Des économies d'échelles peuvent de plus être obtenues et les duplications entre secteurs évitées. **La dualité ouvre de plus la voie à des dispositifs plus flexibles, notamment lorsque des délais de préavis suffisants sont prévus dans le contrat**. Par exemple, dans le cas du contrat de partenariat de Dax, caractérisé par le recours à des

hélicoptères civils pour répondre au besoin du ministère, le volume d'heures de vol est modifiable tous les trois ans avec un préavis d'un an, ce qui permet au titulaire du marché (HéliDax, associant Proteus et Défense Conseil International) d'anticiper et de trouver des clients intéressés par les hélicoptères libérés, en cas d'évolution à la baisse de la demande.

Enfin, certains industriels ont exprimé l'intérêt de connaître les frontières d'intervention précise des partenaires, à définir dans chaque projet ainsi que de façon plus générale au sein du ministère. Les entreprises pourraient alors déterminer des stratégies de développement concordantes. Ces informations appellent à être précisées au niveau micro dans les termes contractuels et demandent des approfondissements, en cours, pour établir ces frontières au niveau du ministère, frontières qui sont par nature évolutives dans le temps.

b. Les clauses contractuelles

Au cours de la rédaction des marchés, les parties au contrat peuvent chercher à anticiper l'ensemble des risques susceptibles de se matérialiser durant la conduite du projet et à déterminer qui en supportera les conséquences le cas échéant. Cependant, bon nombre d'événements sont pas ou peu prévisibles, rendant vains les efforts de rédaction d'un marché complet. Aussi, serait-il souhaitable de **compléter la rédaction des clauses de transfert de risque par des règles supplétives**. Ces dernières stipulent les critères de décision à suivre en l'absence de toute autre indication dans le marché. Elles rendent compte de l'esprit de la relation contractuelle s'inscrit. Par exemple, le principe de responsabilité, selon lequel les risques sont supportés par la partie qui en est à l'origine, peut être précisé dans le contrat. Ainsi, lorsqu'un événement imprévu survient, la prise en charge de ses conséquences peut être déterminée par application de ces règles et critères qui reflètent l'intention des parties.

Dans le même ordre d'idées, il peut être intéressant de ne pas stipuler dans le marché certains micros événements, dont la gestion contractuelle peut être lourde tout en ne présentant pas d'enjeu particulier. Il s'agit, par exemple, de préciser que les casses dont le montant est inférieur à X euros (à apprécier selon les opérations concernées) sont comprises dans le prix du marché.

c. Les offres spontanées de services

Les offres spontanées de services (OSS) constituent une ouverture vis-à-vis de l'extérieur qui présente plusieurs atouts. L'apport d'une vision extérieure est en premier lieu d'ouvrir la voie à une évolution des choix organisationnels à travers des dispositifs innovants, dépassant les frontières envisagées en interne du ministère, permettant alors une rationalisation de différents dispositifs. L'organisation en silo pourrait ainsi être dépassée. Les OSS s'inscrivent, en second lieu, dans un cadre implicite de coordination de plusieurs acheteurs, le ministère de la défense étant alors un client parmi d'autres. Aussi, des revenus tiers pourraient-ils être obtenus par la personne publique de façon plus courante avec les projets issus d'OSS que sans celles-ci.

Il s'agit, dans ces conditions, de s'interroger sur les conditions sous lesquelles les OSS pourraient être développées. En interne du ministère, une instruction est actuellement en cours de finalisation pour détailler le processus de gestion des OSS. De façon complémentaire, il serait envisageable de **développer les relations Etat-industrie à un niveau technique** sur différentes fonctions ou domaines. Elles pourraient prendre la forme de **réflexions en plateau**, rassemblant des représentants du public et du privé pour toutes les dimensions de l'opération (juristes, économistes, ingénieurs, opérationnels), dédiées à des opérations spécifiques pour lesquelles une ouverture vers l'extérieur serait possible ou souhaitable. Ces réflexions, tenues dans une phase précompétitive, peuvent être transparentes et ouvertes permettant alors d'adapter au mieux les OSS aux besoins effectifs du ministère.

2. Les leviers organisationnels

En complément des choix contractuels, certains leviers organisationnels sont susceptibles d'être envisagés en vue de développer des partenariats permettant notamment de réduire les coûts des opérations.

a. Le développement des partenariats public-privé institutionnalisés

Un partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI) est une disposition d'exécution d'un contrat visant la création d'une entité à capital mixte qui exécute des prestations particulières. Cette coopération se traduit soit par la création d'une société nouvelle à qui le contrat est attribué et dont le capital est détenu conjointement par le pouvoir adjudicateur et le partenaire privé, ou par la participation d'un partenaire privé à une entreprise publique déjà existante qui exécute des contrats de commande publique obtenus par le passé dans le cadre d'une relation en quasi-régie.

Les PPPI sont autorisés, en droit français, sous certaines conditions. Dans son avis n°383264 du 1^{er} décembre 2009, le Conseil d'Etat pose en effet la règle de l'identité juridique du candidat et du titulaire du contrat. Il doit ainsi nécessairement y avoir identité entre le candidat retenu à l'issue de la mise en concurrence et le titulaire du contrat. Le mécanisme de cession à une entité mixte doit être précisé dans l'avis d'appel public à concurrence et le groupement doit se constituer en société de projet lors de la phase de passation du contrat dès qu'il a la connaissance d'avoir été retenu par le pouvoir adjudicateur. Le recours au PPPI pourra être sécurisé par une modification préalable de la réglementation nationale de la commande publique.

Le PPPI présente l'avantage d'améliorer la flexibilité tant en matière de gestion des infrastructures que de la manœuvre ressources humaines. Cette flexibilité se traduit notamment par une mutualisation des capacités. Deux types de transfert, ou la combinaison des deux, avec création de sociétés conjointes, sont envisageables, illustrés dans le cas français par la société SOFIRED⁵ :

- transferts de patrimoine : le ministère de la défense concéderait une autorisation d'occupation temporaire à SOFIRED en spécifiant le montant de la redevance, à charge de cette dernière de passer une convention de sous occupation avec la société conjointe créée, contre le versement d'un loyer ;
- transfert de personnel : SOFIRED assurerait le portage salarial et administratif des agents publics transférés et serait rémunérée pour ses prestations par le ministère et la société conjointe.

En France, l'option consistant à utiliser une société pivot pour un montage partenarial avec les opérateurs est ainsi à prendre en compte dans les études comparatives menées par le ministère entre la rationalisation en régie et les différentes options d'externalisation.

b. La manœuvre ressources humaines

Le suivi et le reclassement des personnels en charge des opérations externalisées sont d'une importance centrale en vue d'évaluer et d'apprécier la performance des externalisations non seulement pour des questions budgétaires mais aussi de gestion des ressources humaines. D'un point de vue économique et budgétaire, l'opération n'est intéressante que si un taux significatif de personnel en régie est repris par le titulaire du marché. Cela suppose notamment que les personnels du ministère soient volontaires pour rejoindre le secteur industriel. Or, une certaine méconnaissance, voire incompréhension, subsiste parfois sur les conditions de travail et de vie au sein des entreprises de la part des employés du ministère. Une des sources de ces difficultés est la sémantique différente utilisée de part et d'autre sur les fiches de poste. Certains industriels ne semblent par ailleurs pas au fait de l'ensemble des caractéristiques des différents statuts. Ces difficultés se sont traduites, dans la gestion des projets en cours, par une communication adaptée et dédiée, à l'aide en particulier de livrets spécifiques, tant à l'endroit des personnels du ministère que des entreprises. **L'efficacité démontrée de cette communication locale pourrait être renforcée par une coordination accrue au niveau ministériel, telle qu'actuellement poursuivie. La communication peut aussi être favorisée, au sein des entreprises, par un suivi personnalisé, avec une attention particulière accordée à l'accompagnement des carrières individuelles** après l'intégration des personnels, ce qui suppose des entretiens réguliers, une évolution des postes de travail ainsi que des formations adaptées.

⁵ En Allemagne, l'équivalent de SOFIRED est la société pour le développement, les acquisitions et le fonctionnement GEBB (*Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb mbH*).

c. La coopération

La coopération est un levier important et incontournable dans le domaine des partenariats industriels. En effet, notre budget national ne nous permet plus de maintenir seul la compétitivité et la complétude de notre base industrielle et technologique de défense. Le Traité franco-britannique du 2 novembre 2010 apporte la preuve de la prise de conscience et de la volonté politique sur ce sujet. La mise en place de dépendances mutuelles est désormais un des axes forts de notre politique industrielle. Une telle coopération exige un bon niveau de confiance entre les parties, une volonté affirmée de l'industrie de participer à ces opérations et une convergence des exigences.

Dans le domaine des services, un double effet de levier est exigé, celui de l'externalisation et celui de la coopération, dans le respect de l'exigence propre à la mission de défense d'une absence de compromis sur la réalisation de la mission opérationnelle. L'avantage d'une approche de coopération peut se décliner en avantages opérationnels (amélioration de l'interopérabilité, rapprochements opérationnels sur les opérations de théâtre, optimisation des ressources humaines...), en avantages financiers inhérents à ce type de montage avec possibilité de revenus tiers et avantages intangibles (rapprochements industriels européens, partage de l'expérience des business modèles et des mécanismes contractuels, développement d'une relation de long terme,...).

Les secteurs susceptibles de fournir de bons résultats à ce type de partenariats sont ceux où la ressource est rare et chère et peut être partagée, où la mise en commun est pertinente lors d'opération en coalition, ou lorsque les deux nations ont déjà démarré un processus de partenariat, et à la condition que le risque opérationnel soit acceptable : l'externalisation en matière de capacités de défense doit en effet s'envisager selon des critères très spécifiques, notamment celui de l'exigence d'une continuité de service en temps de crise, qui ne serait pas une exigence naturelle pour des externalisations « non défense ».

Le mode de contractualisation est soumis au contexte général des coopérations internationales et dépasse donc le cadre juridique national. Une analyse au cas par cas est effectuée et l'expérimentation de cas tests pourrait être un bon vecteur pour progresser dans ce domaine.

Annexe 8

Le règlement des différends

1. Présentation et enjeux de la rencontre

Voici maintenant une vingtaine d'années, il était plaidé devant un juge du référé précontractuel (RPC) que le ministre de la défense était « un justiciable à part entière ». Ces mots résonnent aujourd'hui avec force : le nombre de RPC intentés contre les marchés passés par la direction générale de l'armement a plus que triplé depuis 1998 pour atteindre la quarantaine en 2011.

Ces réalités sont modifiées par l'article 6 de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 qui cantonne l'office du juge du référé précontractuel en modifiant l'article L. 551-2 du code de justice administrative (CJA). Le juge doit prendre des mesures proportionnées aux manquements constatés sans pouvoir aller jusqu'à l'annulation de la totalité de la procédure de passation (en pratique, la DGA sera traitée comme une « entité adjudicatrice » et plus comme un « pouvoir adjudicateur »).

Les voies alternatives de règlement des différends recouvrent trois modes de résolution du litige né d'un contrat administratif en matière de défense :

- la négociation directe entre les parties ;
- le règlement amiable devant le comité consultatif national de règlement amiable des différends (CCNRA) ;
- le recours au juge.

2. Le contrôle de légalité opéré par le juge administratif (*M. le président Rémy SCHWARTZ, Président de la 7^{ème} sous-section du contentieux du Conseil d'Etat*)

a. *Le recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable du contrat et l'arrêt du Conseil d'Etat « Société Tropic Travaux Signalisation » du 16 juillet 2007*

Depuis un arrêt de 1905 du Conseil d'Etat, les tiers au contrat peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (délibération, décision de signer). Il faut rappeler l'existence de ce recours, arme redoutable pour tous les tiers ayant un intérêt à agir et susceptibles d'invoquer tous les moyens de faits ou de droit (sans être limités comme pour les RPC aux seuls moyens tirés d'un manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence). L'effectivité de ce recours a été renforcée depuis les années 1980 : le juge, par son pouvoir d'injonction, peut désormais prendre une décision résiliatoire ou résolutoire sur la base de l'annulation d'un acte détachable.

Depuis l'arrêt *Tropic Travaux Signalisation* de 2007, les tiers peuvent contester directement la validité d'un contrat devant le juge du plein contentieux sans passer par le biais de l'acte détachable. Le juge apprécie les irrégularités affectant le contrat et en tire les conséquences. Ce recours peut s'accompagner d'un sursis à exécution du contrat et il est encadré dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées tel que l'avis d'attribution du contrat.

b. *Les référés précontractuel et contractuel*

Le référé précontractuel est prévu par les articles L. 551-1 à L. 551-4 du code de justice administrative.

[L. 551-1] Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.

[L. 551-2] I.-Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

II.- Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7.

[L. 551-3] Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

[L. 551-4] Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.

[L. 551-5] Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les entités adjudicatrices de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.

[L. 551-6] Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. Dans ce cas, il statue en la forme des référés, appel pouvant être fait comme en matière de référé. L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère.

[L. 551-7] Le juge peut toutefois, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, écarter les mesures énoncées au premier alinéa de l'article L. 551-6 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

[L.551-8] Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

[L. 551-9] Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification à l'entité adjudicatrice de la décision juridictionnelle.

Définition. Le référé précontractuel est une voie de recours ouverte aux tiers à un contrat en cas de manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de la commande publique. C'est une procédure d'urgence : le juge statue en la forme des référés après audition des parties. Le contrôle de l'ordonnance rendue s'effectue en cassation.

Intérêt à agir. Depuis l'arrêt SMIRGEOMES de 2008, on assiste à une **subjectivisation des moyens** : peuvent saisir le juge les personnes qui peuvent invoquer des manquements susceptibles de les avoir lésés.

Pouvoirs du juge. Les pouvoirs du juge sont étendus :

- ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations ;
- suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte ;
- annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ;

Le référé contractuel reste encore difficile à comprendre dans toute sa complexité. Il est prévu par les articles L. 551-13 à L. 551-24 du code de justice administrative.

Définition. Ce recours permet de remédier aux manquements aux obligations de publicité ou de mise en concurrence et aux autres illégalités affectant la procédure de passation ou le contrat lui-même après la signature du contrat.

Intérêt à agir. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'avoir été lésées par des manquements aux obligations de publicité ou de mise en concurrence. Une personne ayant exercé un référé précontractuel ne sera pas recevable à exercer un référé contractuel si le pouvoir adjudicateur a respecté le délai dit de *stand-still*, délai d'attente de 16 jours entre la notification du marché et sa signature et s'est conformé à la décision rendue sur ce recours précontractuel.

Pouvoirs du juge. Ils sont énumérés par les articles L. 551-17 à L. 551-20 du code de justice administrative.

[L. 551-17] Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages.

[L. 551-18] Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

[L. 551-19] Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat.

[L. 551-20] Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.

[L. 551-21] Les mesures mentionnées aux articles L. 551-17 à L. 551-20 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire. Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière.

[L. 551-22] Le montant des pénalités financières prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. Le montant de ces pénalités est versé au Trésor public.

[L. 551-23] Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

Le « cantonnement » de l'office du juge du référé précontractuel à l'égard des marchés publics de défense et de sécurité se révélera, peut être, moins absolu qu'il n'y paraît car le juge pourra, en annulant les

décisions prises le plus en amont de la procédure, conduire le pouvoir adjudicateur à devoir reprendre la totalité de celle-ci, avec des effets équivalents à ceux d'une annulation entière de celle-ci.

3. Présentation des modes alternatifs de règlement des différends (Mme Sophie HENRY, Secrétaire générale du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)).

Il sera fait mention ici de la médiation par opposition à l'arbitrage. La médiation est définie dans la directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008 *sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* (transposée par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, au JORF du 17 novembre 2011, p. 19286) comme :

« un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre ».

La médiation est un processus par lequel deux parties tentent de parvenir par elles-mêmes à une solution, avec l'aide d'un médiateur, selon un procédé différent de l'arbitrage qui se présente comme une procédure juridictionnelle privée par laquelle une formation arbitrale rend une décision qui s'impose aux parties.

Depuis 1993, le Conseil d'Etat préconise des modes de résolutions alternatifs de conflits. A la demande du Premier ministre, le Conseil d'Etat a adopté le 29 juillet 2010 un rapport intitulé « *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* », se prononçant sur la possibilité de médiation dans le cadre de contrats administratifs. D'après la haute juridiction, **la médiation est possible dès que les relations entre les parties n'impliquent pas l'exercice d'un pouvoir exorbitant de la personne publique**.

Il existe deux possibilités de parvenir à une résolution amiable d'un différend :

- **la négociation directe entre les parties** (procédure traditionnellement la plus utilisée) ;
- le recours à un médiateur :
 - sur proposition unilatérale d'une des parties ;
 - sur la base d'une volonté commune des parties ;
 - sur le fondement d'une clause de médiation insérée dans le contrat initial.

La médiation est un processus marqué par la **liberté des parties** qui sont en droit de quitter la table des négociations si elles considèrent que leurs intérêts ne sont pas respectés, au contraire de l'arbitrage qui lie les parties du début à la fin de la procédure.

La médiation présente également les avantages suivants :

- **confidentialité** des informations (le médiateur ne peut être appelé à témoigner devant une juridiction) et **impartialité** du médiateur ;
- **force exécutoire** du protocole d'accord ;
- **souplesse** et **rapidité** (délai habituellement inférieur à 3 mois).

4. Présentation de la fonction de médiateur (M. Raynald de CHOISEUL, Médiateur)

Ingénieur de formation, M. de CHOISEUL est devenu médiateur après plusieurs expériences dans le monde industriel et commercial. Pour M. de CHOISEUL, la médiation est un art mal connu, qui allie pourtant souplesse et efficacité et capacité à apporter des solutions viables, en parfois moins de 15 jours.

Les méthodes utilisées par la médiation sont multiples et adaptées. Le médiateur développe une **relation de confiance** avec les parties, notion fondamentale pour l'avancée du dossier et **la solution évolue** au fur et à mesure des négociations.

Quatre lignes de forces se dessinent :

- **La médiation est un processus et non une procédure** : c'est une manière de travailler dans le respect de règles cardinales (confidentialité, impartialité) mais elle n'est pas grevée par la lourdeur d'une procédure formalisée.
- **c'est aux parties (et non au seul médiateur) qu'il revient de résoudre le litige** : la médiation implique donc de travailler directement avec les parties concernées ; si les conseils apportent une expertise juridique précieuse, ils assistent les parties mais ne les représentent pas dans la médiation.
- **le médiateur aide les parties à définir leurs intérêts respectifs**, condition préalable à toute négociation ; la solution du litige n'est jamais dans le « 50/50 » et les intérêts des parties évoluent au fil du temps ; cette expression précise des intérêts permet la résolution du conflit.
- **la médiation ne doit pas être prisonnière du respect de délais impératifs pour sa conclusion** : un délai absolu serait contre-productif du fait de la pression qu'il impose sur les parties.

Les effets de la médiation sont souvent surprenants et permettent aux idées de chacune des parties de circuler et *in fine* de se concilier. Le médiateur procède par analyse systémique : il identifie les contraintes, les stratégies et les personnalités respectives des parties pour en cerner les points communs et les réunir.

Les résultats sont probants : **les protocoles d'accords sont, le plus souvent, exécutés en totalité par les parties** car ils procèdent de la pleine volonté de leurs signataires.

Les médiateurs n'ont pas de statuts règlementés (ce sont souvent des responsables d'entreprise rompus aux techniques de la négociation) mais **ils sont formés et agréés par le CMAP**. Ils sont rémunérés par les parties.

5. Proposition relative à la création d'une instance de médiation pour les contrats publics passés dans le domaine de la défense

L'article 56-10 de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 *relative à certains marchés passés dans le domaine de la défense et de la sécurité* prévoit :

« Les États membres veillent à ce que les instances responsables des procédures de recours garantissent un niveau de confidentialité approprié pour les informations classifiées ou autres informations contenues dans les dossiers communiqués par les parties et agissent dans le respect des intérêts en matière de défense et/ou de sécurité tout au long de la procédure.

A cette fin, les États membres peuvent décider qu'une instance particulière est seule compétente pour les recours applicables aux marchés dans les domaines de la sécurité et de la défense (...) »⁶.

Sur ce fondement et en tenant compte des enjeux propres aux marchés de défense (intérêt public, complexité des contrats, protection de la confidentialité et de la sécurité), **la France pourrait créer une instance spécifique responsable du règlement des différends pour les contrats publics de défense et de sécurité**. Celle-ci aurait vocation à se substituer à la juridiction administrative.

Cette autorité administrative indépendante :

- tiendrait compte de tous les paramètres spécifiques aux contrats de défense pour concilier en équité les intérêts des parties ;
- pourrait voir sa décision déferée au juge administratif ;
- serait un recours possible et non obligatoire à la résolution des différends.

⁶ « L'instance responsable des procédures de recours » n'est pas obligatoirement, selon la directive, une instance juridictionnelle (voir l'article 56-9 qui vise le cas où ces instances « ne sont pas de nature juridictionnelle »). Par ailleurs, l'effet de la création d'une instance spécialisée serait de permettre la conciliation entre la protection du secret et le respect du contradictoire car l'organisation et le fonctionnement de l'instance spécialisée garantirait le respect du secret et car le contradictoire se tiendrait entre des protagonistes qui seraient tous soumis aux mêmes exigences de protection du secret.

L'opportunité économique d'une telle mesure peut s'apprécier au regard de la comparaison des coûts de fonctionnement d'une telle autorité, correspondant à des dépenses certaines, par rapport au coût des différends non réglés ou mal réglés entre le ministère de la défense et ses cocontractants, qui constitue un coût potentiel.

Rappelons, enfin, qu'une orientation différente a été retenue par le passé, à savoir le non recours à une juridiction extérieure au ministère de la justice, pour ne pas créer de justice à deux vitesses, et la non création d'une autorité habilitée, de façon à ne pas être enfermé dans une relation bilatérale qui pourrait être inadaptée.

6. Echanges entre les participants

Une clause de médiation insérée dans le contrat oblige-t-elle les parties à trouver une solution au litige à travers la médiation ?

La médiation est souple et basée sur le volontariat : c'est ainsi qu'une clause relative à la médiation implique que le signataire de cette clause est tenu de se rendre aux négociations mais en aucun cas de les faire aboutir.

La directive européenne n°2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale peut elle trouver à s'appliquer pour les organismes de droit public ?

Selon le Conseil d'Etat, la médiation peut avoir lieu tant qu'elle ne porte pas sur des prérogatives de puissance publique. La médiation au sens de la directive peut donc être mise en œuvre pour des organismes de droit public, par exemple les établissements publics industriels et commerciaux.

La médiation pourrait-elle rééquilibrer des relations perçues comme dissymétriques par les industriels entre l'Etat et ses cocontractants ? Dans ce rapport de force, les sous-traitants pourraient-ils également participer au processus de médiation ?

La médiation doit être voulue par l'ensemble des parties : ce sont elles qui mènent les négociations sous l'égide du médiateur et chacune peut quitter les pourparlers quand bon lui semble.

La médiation a toujours existé en droit public qui règle les conditions de son issue sous la forme de la transaction. A ce propos, il est important d'officialiser la médiation afin d'interrompre les délais de recours et faire obstacle à la prescription.

Le ressort du processus se trouve dans la volonté de l'Etat de considérer avant tout son propre intérêt : or, il n'entre pas dans son intérêt d'étouffer une entreprise avec laquelle il a choisi de signer un contrat. Certes, dans de nombreux secteurs, l'Etat était à la fois cocontractant et régulateur/médiateur. Cette approche n'est cependant plus possible aujourd'hui du fait de la séparation de plus en plus radicale entre les fonctions d'Etat acheteur et d'Etat régulateur.

Un médiateur peut-il être à même de connaître et d'orienter l'administration aussi bien que le juge administratif ? Ne peut-on pas craindre des erreurs de la part de ce professionnel de l'entreprise éloigné de l'administration ?

Un médiateur spécialiste de l'administration voire issu de l'administration, peut être trouvé sans difficulté. Il pourra être formé et agréé de la même manière que des médiateurs « d'entreprises ».

Les clauses de médiation existent d'ailleurs déjà dans de nombreux contrats publics (délégation de service public, contrats de partenariats) et les grandes entités adjudicatrices ont toutes leur « médiateur », certes différemment désigné mais accomplissant un travail très similaire à celui décrit ci-dessus.

Un risque considérable pèse sur le pouvoir adjudicateur qui entre en médiation car il est seul responsable et sa décision peut être contestée : le recours au juge reste une solution plus

sécurisée que la transaction en équité pouvant être réinterprétée en libéralité. Comment protéger davantage la personne publique signataire ?

Plusieurs difficultés apparaissent de ce point de vue :

- une plus grande protection de la personne publique signifierait l'intervention d'une autorité administrative indépendante qui validerait la décision finale, relevant le signataire de sa responsabilité ; mais alors le processus de médiation deviendrait une procédure à part entière, lourde et formelle ;
- il est impossible de transiger sur les prérogatives de puissance publique ;
- la décision adoptée après médiation est prise en équité tandis que le juge considère la seule légalité de cette décision, ce qui conduit à des appréciations divergentes ;
- sur les pénalités de retard, par exemple, d'éventuelles remises de dettes peuvent être considérées comme des libéralités, surtout lorsque le contrat a été passé après une procédure de mise en concurrence.

Devant ces problématiques, **une conciliation entre les impératifs de légalité et d'équité au sein des marchés de défense est tout de même indispensable**. En matière de régulation, la complexité des questions n'est pas incompatible avec des délais de décision rapides.

Il sera de même remarqué que de plus en plus de contentieux se nouent dans des buts inavoués d'intelligence économique ; l'ensemble de la chaîne doit être préservé et sécurisé.

Quelles seraient donc les compétences d'une autorité administrative indépendante spécialisée dans la médiation en matière de contrats publics de défense ?

Les avis du CCNRA ne sont parfois pas suivis car rien n'oblige les parties à les suivre.

La nouvelle autorité administrative indépendante, tout en s'inspirant du CCNRA, aurait une compétence spécifique relative au secret-défense (dans un but de sanctuarisation des données sensibles) et pourrait prendre toute décision nécessaire au règlement du différend.

Certaines autorités statuent déjà en équité (l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes ou la commission de régulation de l'énergie) : l'utilisation de ce concept conduit d'ailleurs à la substitution de certaines clauses du contrat en faveur de stipulations permettant l'instauration davantage d'équilibre entre les intérêts en présence. Cette solution est sectorielle et pourrait *a fortiori* être mise en place dans le domaine de la défense, secteur dans lequel la notion de maître d'œuvre traduit une réalité d'un ensemble global, associant l'Etat aux opérateurs et aux sous opérateurs.

Ce caractère global est crucial pour des contrats dont les clauses se conçoivent souvent en « *flow down* ». Dans ce schéma, certaines clauses acceptables pour les titulaires deviennent trop difficiles à assurer pour les sous-traitants.

En quoi l'Etat pourrait-il tirer profit de l'institution d'une telle instance ?

Du point de vue de la puissance publique, il est bien plus pratique d'avoir un seul interlocuteur et cocontractant : le litige entre le titulaire du marché et ses sous traitants ne l'intéresse guère. De même, sur la protection des données sensibles, il est constant que le juge administratif protège les secrets de l'Etat et que rares sont les cas où le problème s'est effectivement posé. La problématique du secret-défense ne se pose que rarement dans le contexte de l'exécution du marché.

Il est répondu qu'une situation globale satisfaisante entre *tous* les protagonistes du marché ne peut être que positive pour l'Etat – d'autant plus que les sous-traitants sont parfois plus puissants que le maître d'œuvre lui-même dans un segment donné.

Le référé contractuel pourrait-il conduire à une démultiplication des contentieux pour le ministère de la défense ?

Le référé contractuel n'est pas une menace pour les marchés du ministère de la défense car ses conditions d'ouverture sont extrêmement restreintes. La directive européenne 2009/81/CE réduit encore les risques. La pratique et l'expérience donneront plus de leçons à ce sujet dans les mois à venir.