

ENJEUX ET AVENIR DES « OFFSETS » EN EUROPE

Les procédures de compensation adossées aux contrats d'armement vues à travers des exemples fournis par une entreprise du secteur, ELAC Nautik¹

L'article 296 du Traité instituant la Communauté Européenne et la Directive 2004/18/CE régissent la passation des marchés publics de travaux. Ces deux textes permettent aux Etats, lorsqu'ils passent des contrats dans certains domaines particuliers, de déroger aux règles communautaires habituelles de mise en concurrence. C'est le cas pour le secteur de la défense. Or, ce mécanisme prévu pour des cas exceptionnels a connu une utilisation extensive conduisant à des pratiques anticoncurrentielles dans l'Union. L'utilisation des « offsets », contreparties à l'obtention d'un contrat, y est très largement liée. Visant initialement à protéger les industries nationales de la défense pour préserver un niveau minimal nécessaire aux intérêts de sécurité de chacun des Etats, les offsets ont pris une ampleur qui crée des effets négatifs aussi bien pour les entreprises que pour les Etats. Tant au niveau communautaire (Code de Conduite en matière d'Offsets) qu'intra-étatique, des évolutions importantes sont en cours, qui devraient modifier en profondeur la configuration du marché des équipements de défense en Europe.

Depuis une quinzaine d'années s'est développée une pratique nouvelle lors des appels d'offres touchant au secteur de la défense. A tous les contrats passés dans ce domaine particulier s'adjoint désormais une négociation de compensations, communément appelées « offsets ». Les entreprises étrangères en concurrence sont tenues de faire une offre visant à compenser l'obtention du marché au détriment des entreprises nationales. Inclus dans les contrats, ces offsets prennent des formes très variées qui vont du partenariat avec des entreprises du pays contractant à des achats de biens et services très éloignés du marché auquel ils sont rattachés.

De plus en plus élevées, ces contreparties agissent en mécanisme protectionniste et anticoncurrentiel. Alors que l'attribution des contrats importants est de plus en plus dépendante du contenu des offsets et que les gouvernements européens, via l'Agence Européenne de la Défense (AED), viennent de se mettre d'accord sur un *Code de Conduite en matière d'Offsets*², deux enjeux majeurs apparaissent :

Dans quelle mesure les offsets conduisent-ils à une distorsion de la concurrence nuisible, à terme, aux industries de l'armement qu'ils entendaient initialement protéger ? Un marché de la défense sans offsets est-il alors envisageable ?

Le développement des offsets dans les contrats de défense est passé du statut d'exception au Traité instituant la Communauté Européenne (TCE), liée à un domaine particulier, à une pratique anticoncurrentielle extensive. A la lumière de cas pratiques (ELAC Nautik), du *Code de Conduite en matière d'Offsets* et de la décision de certains Etats de ne pas en pratiquer, il semble que sous certaines conditions, un marché des équipements de défense sans offsets puisse exister.

Bilan du développement des offsets dans les contrats de défense : d'une exception au TCE à une pratique extensive

¹ ELAC Nautik, du groupe L3 Communications, est spécialisée dans la fabrication de sonars et matériels de détection sous-marine; ses principaux clients sont militaires, dans le monde entier.

² The Code of Conduct on Offsets, Brussels, 24 octobre 2008.

Un mécanisme de rééquilibrage dans un « domaine réservé »...

Principe des offsets en marge des passations de contrats d'armement

Dans l'Union Européenne, lorsqu'un Etat passe un contrat, il applique la Directive 2004/18/CE régissant la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, sous réserve, dans le domaine de la défense, de l'article 296 TCE. Il permet en effet de déroger à la directive, en autorisant l'Etat à « prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ». Les offsets liés aux contrats de défense en sont directement issus.

En théorie, l'exception aux règles du Marché Unique faite pour le secteur de l'armement et des contrats de défense vise à permettre aux Etats de maintenir le niveau minimal d'une industrie de l'armement qu'ils jugent nécessaire à la préservation de leurs « intérêts essentiels de sécurité »³.

Le but d'un offset est donc initialement très simple : compenser l'obtention d'un contrat de défense par une firme étrangère (plus compétitive, seule capable de fournir un bien ou un service particulier etc.) vis-à-vis des firmes nationales du secteur, en les faisant bénéficier de contrats induits, de R&D commune (offsets directs, c'est-à-dire inclus dans le processus de production), d'accès à des marchés ou d'investissements (offsets indirects). Il s'agit aussi de favoriser des transferts de savoir-faire dans les secteurs de l'armement, la défense, la haute technologie. Plus largement, les offsets doivent protéger des secteurs industriels en perte de vitesse ou en cours de développement considérés comme vulnérables.

Fonctionnement des offsets

Concrètement, à chaque contrat est adossée une négociation d'offsets. Par exemple, diverses entreprises répondent à un appel d'offre de la part du ministère de la défense d'un Etat-Membre de l'Union. Pour les entreprises étrangères, selon les pays, un certain pourcentage de compensations est exigé. Le contrat principal est évalué à un montant que doivent couvrir les contreparties. Pour certains Etats, 100% de la valeur du contrat est exigée en offsets, parfois davantage (Autriche, 172%), parfois moins (Italie, variable)ⁱ.

L'entreprise candidate fait une proposition qui, financièrement, englobe la part « militaire » du contrat et la partie « offsets », le montant des contreparties n'apparaissant pas de manière détachée dans le chiffrage du contrat. Elles sont intégrées au dossier technique sous la forme de partenariats avec des entreprises, programmes communs etc., indissociables du cœur du contrat. Pratiquement, deux dossiers séparés sont cependant présentés, un dossier technique chiffré pour les autorités décidant de l'offre à retenir qui intègre les contreparties sans les nommer, et un dossier commercial pour le Ministère de l'Economie du pays concerné détaillant la proposition d'offsets. Des pénalités en cas de non respect des obligations, aussi bien en termes de montants que de calendrier sont aussi prévues à cette occasion, ainsi qu'une juridiction et un droit de référence.

³ Notion employée par l'article 296 TCE.

Les offsets ne représentent pas réellement 100% de la valeur du contrat. En effet un multiplicateur défini par le Ministère de l'Economie intervient. Il permet au mécanisme d'être économiquement viable et aussi d'orienter les compensations vers les secteurs de l'économie qui intéressent tout particulièrement l'Etat-Membre en question. Par exemple, pour les Pays-Bas, un investissement dans un programme de recherche avec une entreprise néerlandaise bénéficie d'un multiplicateur 7, dans une joint venture, 10ⁱⁱ. Les deux négociations, contrat principal et offsets se poursuivent en parallèle. Les deux signatures interviennent presque simultanément. L'imperméabilité des deux négociations est rarement respectée.

...devenu une méthode anticoncurrentielle efficace

Extension, élargissement, expansion des offsets

De nombreux détournements de ce qui devait être une exception s'opèrent à l'ombre du flou juridique entourant la Directive 2004/18/CE, et l'article 296 TCE. Il connaît une application à la fois extensive et systématique. D'après Transparency International⁴, cité par Windeckⁱⁱⁱ, la demande d'offsets est passée de 49% en 1993 à 103% en 2005.

Tout d'abord, la définition des « intérêts essentiels de sécurité » dans le vaste domaine de la défense devient de plus en plus fluctuante. S'il est évident que l'évolution des menaces auxquelles sont confrontés les Etats peut impliquer une extension des domaines liés aux « intérêts essentiels de sécurité », elle n'est pas seule responsable de l'utilisation abusive de la notion. Ainsi, constate l'Agence Européenne de la Défense, les Etats-Membres ont tendance à l'utiliser comme une arme protectionniste imparable dans des domaines de plus en plus éloignés du cœur des contrats de défense.

Bien qu'une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés (CJCE) déclare que l'exemption autorisée par l'article 296 se limite à des "*hypothèses exceptionnelles déterminées*" et "*ne se prête pas à une interprétation extensive*"^{iv}, de nombreux États membres ont systématiquement exempté les marchés de défense des règles communautaires, qu'ils rentrent dans le cadre de l'article 296 TCE ou non.

De plus, les contenus des offsets eux-mêmes sont de plus en plus éloignés du secteur concerné. Il ne s'agit pas là d'un cas isolé ou d'une pratique strictement intra européenne. Les offsets sont mondialement répandus avec les mêmes tendances. Ainsi, un rapport de 2007 du U.S. Department of Commerce, « Offsets in Defense Trade »^v met en évidence que, au-delà de l'implication d'entreprises nationales à travers des accords de coopération, les achats purs et simples de biens « off the shelf »⁵ et les transferts de technologie sont largement répandus, et qu'ils n'ont rien à voir avec le contrat initial. Ainsi, toujours d'après les chiffres de Transparency International, 60% des offsets sont indirects^{vi}.

En outre, les offsets sont présents implicitement dans le contrat principal sous la forme de partenariats « nécessaires » avec diverses entreprises nationales : sous-traitances, R&D commune etc. Ils ne sont plus détachables du contrat, dans la mesure où ils sont intégrés au processus de production, qu'ils soient directs ou indirects, et au devis. Par conséquent, ils sont donc aussi au moins en partie payés indirectement par le pays qui attribue le contrat, sans que l'on sache exactement de combien l'addition finale est réellement augmentée par rapport à un

⁴ Transparency International est un organisme civil mondial implanté dans 90 pays qui entend lutter contre la corruption et mène à cette fin des études non partisans à caractère général.

⁵ Il s'agit d'achats de biens déjà produits et immédiatement disponibles.

contrat qui ne contiendrait pas d'offsets. De plus, selon les Etats, le pourcentage d'offsets demandés varie du simple au double (record pour l'Autriche qui exige 172% d'offsets)^{vii} à l'intérieur de l'Union, ajoutant encore à la fragmentation d'un marché déjà imparfait.

Quand l'offset prime sur le contenu intrinsèque de l'offre

Les contrats de défense sont de plus en plus souvent influencés par l'attractivité des offsets qui y sont adossés, au risque que passent au second plan enjeux techniques et considérations de compétitivité. Les services et livraisons supplémentaires qui sont effectuées en sus du cœur du contrat en excèdent souvent la valeur, via le mécanisme du multiplicateur. Les négociations de Boeing sur les ravitailleurs en vol, quoiqu'en dehors de l'UE, sont un bon exemple de ce qui se produit pour certains contrats européens moins célèbres lorsque l'offset influe sur le choix du contractant. Dans certains cas, il n'est pas évident que l'offre à tous points de vue la plus compétitive ait été choisie.

Enfin, un certain nombre de pratiques clairement anticoncurrentielles ont vu le jour. Des demandes de contreparties exorbitantes conduisent de fait à l'élimination de la concurrence pour certains appels d'offre⁶. Seules des firmes nationales sont dans certains cas, assez compétitives, n'ayant pas de compensations à intégrer dans leurs propositions. Des pré-offsets sont apparus. Le principe reste le même que celui d'un offset classique, mais ce type de contrepartie est exigé comme préalable à la candidature et aux négociations du contrat principal. Une triple distorsion apparaît : un, la majorité des contrats de défense n'est pas soumise, de fait, à une concurrence transnationale ; deux, les contreparties aux contrats attribués à des firmes étrangères lorsqu'il y a mise en concurrence vont croissant ; trois le contenu des contreparties est de plus en plus éloigné de la base des contrats et donc de l'esprit initial de l'offset.

Le secteur de la défense : un marché particulier, imparfait et fragmenté

Un flou juridique et des domaines difficiles à définir

Le Livre Vert de la Commission sur les Marchés Publics de la Défense (septembre 2004)^{viii} propose deux explications principales à la pratique extensive des exemptions : à un manque de clarté certain des textes s'ajoute une complexification du contexte international qui rend la différence entre « défense » et « intérêts essentiels de sécurité » de plus en plus délicate à faire.

Le flou qui persiste accentue les réticences des Etats-membres à appliquer la directive 2004/18/CE jugée inadaptée au secteur particulier de la défense car trop générale. De plus, le paragraphe 2 de l'article 296 TCE qui mentionne une liste de matériel de guerre à l'égard desquels l'exemption peut être invoquée n'a jamais été ni publiée ni révisée depuis 1958. L'absence, au niveau communautaire, de directive spécifique coordonnant les procédures nationales en matière de marchés publics dans le secteur de la défense accentue la fragmentation de ce marché. Les Etats ont ainsi toute latitude pour passer les marchés selon leur droit national ou appliquer les règles de leur choix.

Il va sans dire, en effet, que le domaine des offsets n'est soumis à aucune règle définie. Les négociations s'effectuent au bon vouloir des Etats. Certains, comme les Pays-Bas, rédigent

⁶ ELAC Nautik en a parfois fait les frais.

des brochures très détaillées indiquant les procédures à suivre, le type d'entreprises éligibles pour des offsets, les différents multiplicateurs applicables^{ix}. D'autres au contraire comme la Norvège^x laissent planer un flou suffisant pour leur permettre de décider au coup par coup quelles seront les entreprises nationales bénéficiaires des offsets, quelles seront les exigences ministérielles en termes de pourcentages de compensations demandées. Une entreprise candidate fait ainsi plusieurs propositions successives d'offsets, éliminant à l'aveuglette et par cercles concentriques les partenariats qui n'intéressent pas le Ministère de l'Economie⁷.

Un marché par nature « spécial »

Le contexte politique et économique de l'immédiate après Guerre Froide a été largement favorable à la mise en place des offsets. En effet, on est passé dans le domaine de la défense d'une situation où les budgets de sécurité considérables des Etats bénéficiaient d'une relative priorité, à une période de contraction des investissements publics dans le secteur^{xi}. En parallèle, l'industrie de l'armement est toujours confrontée à la même nécessité de réduire ses coûts via des économies d'échelles, dans un secteur où la R&D est aussi indispensable que coûteuse. Exporter est absolument nécessaire à l'industrie de l'armement pour que le développement de nouveaux systèmes soit encore rentable. Les marchés nationaux sont évidemment insuffisants pour remplir ces conditions, et les industries cherchent donc à exporter le plus possible.

En outre, comme remarque Kenneth Flamm^{xii} sur la question, notamment à propos des Etats-Unis, mais pas seulement, tout Etat est contraint au développement dans le secteur de l'armement. « Dans la mesure où nos partenaires exportent aussi des technologies avancées, nous risquons si nous n'avons pas au minimum un coup d'avance de nous retrouver un jour sur un théâtre d'opérations avec en face de nous une technologie équivalente procurée par un de nos alliés, qui avait besoin d'exporter ». Le système tourne en rond : on exporte pour pouvoir produire à des coûts acceptables, et on exporte pour pouvoir développer de nouveaux systèmes plus performants capables de supplanter ceux qu'ont exportés nos partenaires ou parfois, nous-mêmes.

L'offset intervient en quelque sorte en tant que coût d'opportunité, ou de prix que l'on est prêt à payer pour obtenir un marché permettant aussi de développer ses propres systèmes. Le marché des fournitures de défense présente ainsi des caractéristiques particulières qui, par les intérêts mis en jeu, le rendent singulier et font apparaître la logique des procédures qui s'y pratiquent. Si l'offset se conçoit économiquement dans cette lignée, il n'est pas évident cependant qu'il soit soutenable à long terme tant pour les Etats que pour les industries de la défense.

Perspectives d'avenir pour les offsets dans l'Union Européenne à la lumière d'un cas pratique et du *Code de Conduite* adopté par les 26 via l'AED : une évolution avant disparition?

Cas pratique ELAC / Walrus

Contrat et contenu de l'offset

⁷ La méthode a été expérimentée par ELAC dans le cadre d'un marché pour des sonars.

Pour une entreprise Allemande de taille moyenne, type SARL, dynamique et profitable, qui bénéficie en outre d'un placement favorable sur les marchés de son secteur, que représentent les offsets ? Le contrat *Walrus* est un exemple européen très éclairant. Il s'agit pour ELAC Nautik d'un marché de l'ordre d'une vingtaine de millions d'euros portant sur la modernisation et le remplacement de l'ensemble des systèmes de sonars et de détection sous-marine de la Marine néerlandaise. Le contrat, maintenant obtenu par l'entreprise, d'une durée totale de huit ans, se déroule en plusieurs phases.

En sus de l'appel d'offre (du ministère de la Défense en l'occurrence), le Ministère de l'Economie néerlandais fournit en ligne sur son site un certain nombre de documents à l'usage des candidats (v. extraits des *Guidelines* en annexe 3) du secteur des équipements de défense. Y sont répertoriés l'ensemble des obligations qu'ils doivent remplir en matière d'offsets.

Concrètement, pour répondre à cette offre, ELAC a tout d'abord élaboré un dossier « classique », contenant une proposition technique détaillée et chiffrée, intégrant des partenariats avec des entreprises néerlandaises qui a fait l'objet de révisions, discussions... De manière informelle ont été évaluées les chances de décrocher le contrat en question. En parallèle, une négociation longue et parfois hasardeuse avec le Ministère néerlandais de l'Economie a eu lieu sur la base d'un second dossier formulant quant à lui une « proposition d'offsets ». Cinq semaines ont été nécessaires pour parvenir à un accord acceptable. Pourtant, les Pays-Bas font partie des Etats relativement transparents en la matière en Europe. Lors de négociations avec d'autres Etats, ce sont parfois plusieurs dossiers entièrement différents qui ont été nécessaires.

En annexe 4, un exemple de tableaux récapitulatifs (chiffres modifiés et noms d'entreprises supprimés en raison de clauses de non divulgation) rend compte de l'ensemble des offsets applicables au contrat *Walrus*. Le tableau A récapitule les offsets directs, le tableau B, les offsets indirects.

Tentative d'analyse : et s'il n'y avait pas d'offset ?

Un calcul très approximatif, dans la mesure où toutes les données ne sont pas chiffrables au vu de la seule proposition d'offsets (coûts supplémentaires pour l'entreprise qui se fournit chez des nationaux au lieu de ses fournisseurs habituels, perte de temps en négociations...) permet tout de même de donner un ordre de grandeur de la valeur réelle de l'offset. Pour un contrat d'une vingtaine de millions, il semble de l'ordre de 3 à 4 millions. (La somme des deux cases surlignées des deux tableaux, qui n'existaient pas dans la version initiale, produit cette approximation).

Cependant, il reste que les offsets sont une pratique mondialement répandue. Ensuite, dans un contexte où les offsets sont de rigueur pour la plupart des marchés et la plupart des Etats, peu de possibilités de contrats réellement sans contreparties subsistent et la tentation du protectionnisme demeure, même pour des Etats comme l'Allemagne et la France qui ne pratiquent pas ou peu les offsets. Comme la plupart des négociations d'offsets sont couvertes par des clauses de non divulgation, une évaluation précise de leur impact est délicate.

Enfin, en l'absence d'offsets, ce sont d'autres types de pratiques qui sont susceptibles de voir le jour. Ainsi, lors de la passation par la Deutsche Bundeswehr d'un contrat pour des chars avec une entreprise Suisse, Kongsberg Defence & Aerospace AS, Rheinmetal, leader allemand dans le secteur, a tout d'abord tenté de faire pression pour que des offsets soient appliqués. Au terme de tractations non officielles, c'est une entente entre les deux firmes qui a

eu lieu : à l'entreprise suisse le contrat, à condition que celle-ci exige par une clause expresse que la maintenance des matériels fournis soit effectuée par Rheinmetal⁸...

Enseignements et réflexion sur l'avenir des offsets

Un impact négatif sur l'industrie de l'armement et les finances publiques...

Il est évident que les pratiques d'offsets conduisent de manière induite à une augmentation générale des montants des contrats qui ne sont ni à l'avantage des Etats, ni à celui des fournisseurs. Bien que les négociations d'offsets soient en théorie secrètes, il n'est pas rare que des fuites permettent aux concurrents de connaître la teneur et le montant des offsets demandés, ou que des arrangements aient lieu. En outre, de telles pratiques permettent aussi aux entreprises nationales qui répondent au même appel d'offre d'augmenter leurs marges tout en proposant des contrats d'un montant légèrement inférieur. De telles pratiques entravant la concurrence intra-européenne nuisent, à terme, à la compétitivité de l'industrie et contribuent à l'inflation des dépenses publiques.

La non-application de la directive 2004/18/CE et l'utilisation abusive de l'article 296 TCE, en permettant des passations de marchés hors règles communautaires et des offsets laissés à la libre appréciation des ministères de l'Economie des Etat-membres accentuent cet impact négatif. Jusqu'à quel point de telles distorsions de la concurrence sont-elles soutenables ?

Alexander Weis, directeur de l'AED, fait l'analyse suivante^{xiii} : « les offsets représentent un coût additionnel significatif pour l'acquéreur, ce qui pèse sur des budgets de défense déjà lourdement grevés. Nous ne pouvons simplement pas nous le permettre. En limitant les offsets à 100%, nous voulons voir les budgets d'acquisitions de défense concentrés sur ce sur quoi ils devraient l'être, c'est-à-dire l'équipement de nos forces armées avec les capacités militaires dont elles ont besoin, et pas l'offre d'offsets la plus alléchante. Plus aucun pays européen n'est capable de soutenir une Base Technologique et Industrielle de Défense (BTID) répondant à tous ses besoins. Un marché ouvert est un instrument vital de compétitivité à long terme, d'une BTID forte en Europe, et un aspect fondamental que doit soutenir la PESD (Politique Européenne de Sécurité et de Défense) ».

... qui a conduit certains Etats comme l'Allemagne et la France à ne pas pratiquer d'offsets dans le cadre Européen

Certains Etats ont déjà pris l'initiative de ne pas pratiquer d'offsets dans le cadre européen ou de les réserver à certains cas particuliers. C'est ainsi le cas de la France et de l'Allemagne.

En 1993 a été établi le Western European Armaments Group (WEAG), dont le but était de synchroniser les demandes et les programmes, favorisant l'ouverture des marchés de la défense à la concurrence internationale. En novembre 1996 la France et l'Allemagne, avec l'Italie et le Royaume-Uni, ont signé un protocole devant conduire à la mise en place d'une Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement (OCCAR), en même temps que les quatre pays se mettaient d'accord pour rationaliser leurs procédures et leurs programmes. L'idée étant de mettre en place un marché intégré et des grandes compagnies de défense européennes transnationales, l'OCCAR a ainsi géré entre autres les projets des missiles HOT, MILAN et ROLAND, le drone BREVEL et l'hélicoptère TIGER. En juillet

⁸ Source non officielle, ELAC.

1998, ensuite, les quatre mêmes partenaires et la Suède ont signé une Lettre d'Intentions pour une meilleure intégration du secteur industriel de la défense. Il faut noter, cependant, que l'Italie et le Royaume Uni (10,5 milliards de dollars)^{xiv} se sont placés dans l'intervalle parmi les plus grands pratiquants d'offsets...

Quant à la France, elle soutient le développement d'une politique de l'armement fondée sur l'intégration des bases industrielles de défense qui lui est favorable. Dans une vision au moins partiellement partagée avec l'Allemagne, un secteur de la défense intégré et fort devrait être formé de groupes transnationaux leaders dans leur domaine, très compétitifs à l'extérieur et se répartissant les marchés au plan interne. Concrètement, l'Allemagne et la France, lorsqu'elles font des appels d'offre de défense, ne demandent pas d'offsets. Cependant il est à noter que leurs industries de défenses respectives sont aussi parmi les plus puissantes d'Europe, si l'on excepte le Royaume Uni.

Sous quelles conditions le marché de la défense peut-il devenir un marché ordinaire ?

Le projet de *Directive régissant les passations de marchés publics de défense*

Un projet de *Directive régissant les passations de marchés publics de défense*^{xv} a été transmis à la Commission par le Parlement européen et le Conseil en décembre 2007. Remarquant que la directive précédente 2004/18/CE n'est jamais appliquée malgré une jurisprudence constante de la CJCE, le Parlement, en vertu du principe de subsidiarité, se propose de remédier au problème, en ajoutant qu'un tel objectif « ne pourrait être atteint ni en s'abstenant d'agir ni par une action des États membres ». Pour plus de souplesse, la méthode choisie est celle de la directive. Elle laisse aux États membres une marge de manœuvre dans sa mise en place, et aux pouvoirs adjudicateurs une marge d'appréciation importante sur les choix à effectuer aux fins de passation des marchés.

« L'objectif général de la Commission est d'établir un marché européen des équipements de défense, ouvert et compétitif. Ce marché couvrira à la fois des biens militaires (armes, munitions et matériels de guerre) et des biens non militaires sensibles (sécurité) ». [...] « L'objectif opérationnel de cette directive est de fournir un cadre réglementaire adapté aux spécificités des marchés de défense et de sécurité, respectant les principes du traité, qui rende moins nécessaire le recours aux exemptions prévues à l'article 296 du traité ainsi qu'à l'article 14 de la directive 2004/18/CE »^{xvi}. [...] Une plus grande ouverture des marchés publics de défense et de sécurité, une plus grande compétitivité et une croissance accrue des industries de défense, participant au renforcement de la base industrielle et technologique européenne de défense devraient en résulter.

Le projet de directive conclut que « l'ouverture accrue des marchés de défense et de sécurité devrait, d'un point de vue économique, améliorer les chances des entreprises d'emporter des marchés dans d'autres États membres, ce qui permettra aux plus compétitives de réaliser des économies d'échelle et de développer leurs activités. Les coûts unitaires de production s'en trouveront réduits, ce qui rendra les produits européens plus compétitifs sur le marché mondial. Les achats des pouvoirs adjudicateurs seront économiquement plus avantageux. En dernier lieu, l'argent du contribuable sera dépensé plus efficacement et les citoyens de l'UE seront mieux protégés face aux menaces pesant sur leur sécurité ».

Le projet de directive est pour l'instant en cours d'examen, et les consultations connexes, ouvertes. La dernière en date, l'avis de la section spécialisée "Marché unique, production et consommation" a été remis le 1^{er} octobre 2008.^{xvii}

Le *Code de Conduite* adopté par les 26 dans le cadre de l'Agence Européenne de la Défense

Adopté à Bruxelles le 24 octobre 2008, le *Code de Conduite en matière d'offsets* met en place, en trois pages claires et concises (v. annexe 5), les étapes aboutissant à un encadrement des compensations pratiquées entre les Etats signataires. Il n'est pas juridiquement contraignant mais les participants s'engagent à le respecter. Le cadre ainsi posé comprend ces mesures principales :

Tout d'abord, les Etats fourniront à l'AED, qui les centralisera et les publiera, des documents clarifiant leurs exigences en matière d'offsets qu'ils maintiendront à jour. Ils utiliseront ensuite les offsets pour façonner la future BTID. Les contrats y étant soumis le mentionneront clairement et définiront si les offsets sont ou non un critère d'attribution du marché. Dans le cas positif, ils devront n'avoir qu'une importance résiduelle permettant que soit réellement choisie l'offre la plus compétitive. Ensuite, les offsets ne dépasseront pas la valeur du contrat. Les candidats pourront choisir les partenaires les plus appropriés avec lesquels ils rempliront leurs obligations. Enfin, les Etats, sur une base bilatérale, réduiront les offsets réciproquement chaque fois que cela leur sera possible.

Tout en déclarant que le marché de la défense en Europe « demeure un marché particulier influencé par des considérations politiques », le *Code de Conduite* introduit des règles communes afin de créer les conditions d'un marché européen de la défense compétitif et concurrentiel. Si les 26 supposés suivre ce *Code de Conduite* le respectent réellement, celui-ci a des chances d'être efficace. Il reste des domaines exclus et des exceptions possibles au cas par cas appuyées sur une justification ; le code de conduite ne s'appliquera que d'ici à 2010. L'idée est bien cependant de parvenir à éliminer les offsets au sein de l'Union Européenne.

Deux évolutions parallèles sont ainsi en cours, commente Alexander Weis^{xviii}: « Nous travaillons en parallèle à la création des conditions de marché et d'une industrie européenne pour lesquelles les offsets ne soient plus nécessaires. Mais, étant donné la structure actuelle de l'industrie européenne et le fait que nos efforts d'ouverture du marché n'en sont encore qu'à leurs débuts, nous avons besoin, à court terme, de nous centrer sur l'évolution des offsets, tout en commençant à atténuer l'effet adverse qu'ils ont sur la concurrence transnationale ».

Le large consensus qui s'est construit autour du Code de Conduite est à analyser à l'aune de cette remarque. C'est bien en effet sa progressivité qui le rend acceptable, et son pragmatisme à deux niveaux, court et long terme qui en fait l'intérêt. Il permettrait de construire un marché compétitif que les Etats ont tout intérêt à favoriser s'ils veulent maintenir des capacités de défense élevées à des coûts acceptables. L'harmonisation des procédures, parallèlement, devrait permettre de réduire la fragmentation du marché européen et d'introduire de la transparence, choses auxquelles les industries du secteur ont tout intérêt. Des coûts de transactions importants et des négociations aussi longues qu'incertaines devraient ainsi leur être épargnés.

Les conditions d'un marché de la défense soumis aux mêmes règles de concurrence que la plupart des autres secteurs ne sont actuellement pas réunies. La fragmentation de ce marché très particulier est importante et les enjeux pour les Etats, considérables, dans la mesure où ils souhaitent préserver leurs « intérêts essentiels de sécurité ». De plus, à la faveur d'un flou juridique dans le droit Européen, s'est largement répandue une pratique extensive de passation de marchés publics de défense détachés des procédures normales de mise en concurrence. A l'ombre de législations nationales hétéroclites, les offsets ont acquis un poids prépondérant dans l'attribution des contrats.

Toutefois, deux éléments majeurs modifient cette situation, qui présente en effet de larges inconvénients, tant pour les Etats-membres que pour les industries du secteur. Tout d'abord il s'agit des décisions françaises et allemandes de ne pas pratiquer d'offsets au niveau intra européen. En second lieu, un *Code de Conduite sur les offsets* a été adopté en octobre par les 26 dans le cadre de l'Agence Européenne de la Défense, tandis qu'un projet de *Directive régissant les marchés publics de la défense* était déposé simultanément. Ces deux documents posent les bases d'un cadre juridique européen pour un marché considérable qui échappait jusque là à tout contrôle.

Une conclusion à deux niveaux s'impose alors : si les offsets à l'extérieur du marché européen ne sont pas remis en cause et vont toujours croissant, la tendance à l'intérieur de l'Union est au contraire à un encadrement des passations de marchés, des négociations et du contenu des offsets. Il vise dans un premier temps à rétablir une certaine équité dans les procédures. A terme, un secteur Européen de la défense, soumis aux règles communautaires de mise en concurrence devrait voir le jour. Compétitif et défragmenté, ayant mis fin aux offsets au plan interne, il devrait être capable d'être un acteur majeur au plan international.

Notes :

ⁱ Windeck, *Offsets often decisive in major procurement programmes (LMCO)*

ⁱⁱ Pays-Bas : Guidelines on offsets, v. annexe 1

ⁱⁱⁱ Transparency International, in Windeck, *ibid.*

^{iv} Arrêt du 16 septembre 1999, Affaire C-414/97, Commission c. Espagne, point 2.1

^v U.S. Department of Commerce – *Report: Offsets in Defense Trades*

^{vi} Transparency International, Windeck, *ibid.*

^{vii} Transparency International, Windeck, *ibid.*

^{viii} Livre vert de la Commission sur les Marchés Publics de la Défense

^{ix} Guidelines « Pays-Bas », v. annexe 1

^x Guidelines « Norvège », v. annexe 1

^{xi} *Trends and Challenges in Aerospace Offsets*, Chap.2 p. 29. “The Policy Context for Military Aerospace Offsets”, Kenneth Flamm, The Brookings Institution

^{xii} *Trends and Challenges in Aerospace Offsets*, Chap.2 p. 30. “The Policy Context for Military Aerospace Offsets”, Kenneth Flamm, The Brookings Institution

^{xiii} *EU governments agree on voluntary Code of Conduct on Offsets*

^{xiv} Windeck, *ibid.*

^{xv} Projet de *Directive régissant les passations de marchés publics de défense*

^{xvi} Projet de *Directive régissant les passations de marchés publics de défense*

^{xvii} Avis de la section spécialisée "Marché unique, production et consommation" sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

^{xviii} *EU governments agree on voluntary Code of Conduct on Offsets*