

DROIT ET PRATIQUE DES MARCHES D'ARMEMENT

par

MIREILLE COUSTON

*Maître de conférences à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne
Chargée de recherches au Centre de recherches Droit et Défense*

Dire que l'Etat détient le monopole de la contrainte implique nécessairement un double niveau de maîtrise : sur la décision de mettre en oeuvre la contrainte et sur les moyens matériels permettant cette mise en oeuvre. En France le décret-loi du 18 avril 1939, édicte que les matériels de guerre, armes et munitions, ne peuvent être fabriqués, ni échangés sans une autorisation de l'Etat. Cette maîtrise de l'Etat est totale. En amont du marché avec la détermination des besoins - à travers les programmes d'armement qui orientent toute la politique industrielle des entreprises concernées -, puis au moment de la passation des marchés dont le mode se singularise par des exigences spécifiques, enfin au moment de l'exportation des matériels. L'objectif de cet article vise à une présentation générale de la problématique juridique des marchés d'armement, tant en ce qui concerne leurs fondements essentiels que leur pratique. Dans cette perspective il convient d'établir la nature des marchés d'armement et de définir les différents éléments qui concourent à en faire des marchés publics à part (I). Ce faisant on ne peut omettre le fait que les marchés d'armement c'est aussi, des ventes d'armes à l'exportation, c'est à dire des marchés internationaux, dont le régime est étroitement dépendant de considérations diplomatiques et stratégiques (II).

I. UN RÉGIME SINGULIER POUR LES MARCHÉS PUBLICS PAS COMME LES AUTRES

Bien que les notions abordées à ce stade soient largement banalisées, il n'est pas

possible de faire l'impasse sur les règles de base applicables aux marchés d'armement. C'est à partir d'elles que peuvent se comprendre les aspects juridiques spécifiques à ces marchés.

1.1. Nature juridique des marchés d'armement

Fondamentalement les marchés d'armement sont des marchés publics, et comme tels ils sont régis par le code des marchés publics. Quelques précisions méritent à cet égard d'être apportées.

1.1.1. Définition et typologie

Nous rappellerons que "les marchés publics sont des contrats passés, (...) par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services"¹. En fonction de l'entité publique qui passe le marché on distingue entre les marchés de l'Etat, les marchés des collectivités locales (régions départements, communes) et de leurs établissements publics (hôpitaux), enfin les marchés des entreprises publiques (SNCF, EDF/GDF, PTT, ...). Bien sûr les marchés d'armement relèvent de la catégorie des marchés d'Etat. C'est pour satisfaire les besoins des armées et de la gendarmerie en matériels et fournitures nécessaires à leurs missions, que l'Etat a recours aux industries compétentes. Ces achats représentent environ 17% à 18% de l'ensemble des marchés publics recensés par la Commission centrale des marchés (CCM).

Les marchés d'armement peuvent être

¹ Article 1er du code des marchés publics.

classés en deux grandes catégories : les marchés d'études et de développement, les marchés de fabrication. Les premiers visent à satisfaire les besoins de recherche et développement pour mettre au point les nouveaux concepts technologiques et les nouveaux matériels. Les seconds consistent à réaliser des équipements opérationnels, sur la base d'expérimentations précédemment faites, ou bien à acquérir des fournitures courantes.

1.1.2. Droit commun applicable

Le droit commun applicable aux marchés d'armement, prend sa source d'une part dans un ensemble de textes réglementaires réunis au sein du Code des Marchés Publics (CMP)², d'autre part dans un ensemble de normes contractuelles rassemblées dans des "Cahiers des Clauses Administratives Générales" (CCAG).

- Le CMP

Le mode de passation et les modalités d'exécution des marchés d'armement sont régis par des dispositions communes à tous les marchés publics, dispositions que le titulaire comme l'Etat doivent respecter obligatoirement sous peine de nullité du marché³.

Il résulte de cette soumission au CMP, que le régime de mise en concurrence et de passation des marchés d'armement se fait, selon des procédures bien connues du droit administratif : soit marché négocié, soit appel d'offres (ouvert ou fermé), soit encore adjudication (ouverte ou fermée).

- Les CCAG

Il s'agit de recueils de clauses répétitives, auxquels les contractants

2 En tant que marché public les marchés d'armement sont soumis au contrôle des Commissions spécialisées de marché. Cf. B. Warusfel "Les marchés d'armement" in *Droit des marchés publics*, Ed. du Moniteur, 1993.

3 Cf. Michel Guibal "A propos de la force obligatoire du code des marchés publics" in *Revue "Marchés Publics"*, n°207, janvier/février 1985).

peuvent se référer pour gagner du temps dans l'élaboration du marché. Il existe quatre CCAG distincts qui s'appliquent respectivement à quatre types de marchés publics ayant un objet propre : marchés de travaux, marchés de fournitures courantes, marchés industriels, marchés de prestations intellectuelles.

Pour ce qui est des marchés d'armement, on considère que les marchés d'études et de développement relèvent de la catégorie des marchés de prestations intellectuelles (CCAG-PI). Les marchés de fabrication sont quant à eux des marchés industriels (CCAG-MI), qui se caractérisent notamment par le fait que les fournitures sont exécutées suivant les spécifications de l'acheteur, et qu'il existe une surveillance "in situ" de la fabrication (par l'administration).

Cependant il ne faut pas conclure trop vite des principes de base présentés ci-dessus que les marchés d'armement sont des marchés publics exactement comme les autres. Plusieurs facteurs tendent en effet à leur imprimer un aspect exceptionnel.

1.2. Les facteurs de singularité

Particulièrement conséquents pour le régime des marchés d'armement, ces facteurs exigent que l'on en fasse le décompte le plus précis possible. Nous en examinerons sept qui peuvent être regroupés en trois ordres de spécificité complémentaires : juridique, procédural, stratégique.

1.2.1. Les facteurs d'ordre juridique

Il faut retenir d'une part la présence de sources d'encadrement originales, d'autre part l'existence de marchés d'armement qui ne sont pas soumis au CMP.

La présence de sources d'encadrement originales

Elles sont originales en ce qu'elles sont spécifiquement développées pour les marchés d'armement et présentent pour la plupart un caractère confidentiel.

Elles se composent d'instructions (ministérielle ou interministérielle), de règlements, et de cahiers de clauses particuliers.

- Les instructions du ministère de la Défense et du SGDN

Le Code des Marchés Publics a fait naître un assez grand nombre de textes interprétatifs ou d'application, qui sont regroupés en trois "instructions"⁴, publiées au Journal officiel. Mais ces instructions ne concernent pas les marchés d'armement. Pour ces derniers le ministère de la Défense établit régulièrement, environ tous les 3 à 4 ans, une "instruction générale" à destination des différents états-majors et de la délégation générale pour l'armement (DGA). Cette instruction, qui n'est pas publiée et demeure d'une diffusion très restreinte, établit les principes directeurs à suivre dans le cadre des marchés et des programmes d'armement.

S'ajoutent à cette instruction générale ministérielle sur les programmes et marchés d'armement, des "instructions générales interministérielles" et diverses autres "instructions particulières" toutes issues du SGDN. D'une diffusion également très restreinte elles ont trait par exemple : à la sécurité des transports de certains matériels, à la notion de secret de la Défense nationale, à la sécurité applicable aux marchés "comportant communication ou exécution d'informations classifiées".

- Les règlements en matière de qualité de fabrication

La DGA exige que les matériels fournis, répondent à des critères précis en matière de qualité industrielle. Cette exigence est concrétisée à travers deux règlements : le règlement sur les obligations des fournisseurs de l'armement (ROFA) qui a une portée générale, et le règlement sur l'assurance-qualité (RAQ) qui implique

des contrôles techniques⁵. La conformité à ces règlements est vérifiée par le Service de la surveillance industrielle de l'armement (SIAR)⁶.

- Les cahiers de clauses spécifiques

Il faut savoir que la DGA, est divisée en plusieurs Directions : la Direction des recherches, études et techniques (DRET), des armements terrestres (DAT), des constructions aéronautiques (DCAé), de l'électronique et de l'informatique (DEI), des constructions navales (DCN), des missiles et de l'espace (DME). Or chacune de ces directions a élaboré son propre cahier des **Clauses Administratives Particulières Communes**⁷, afin d'accélérer et de simplifier la rédaction des marchés qu'elles sont amenées à passer.

Ce recensement établi, on constate que malgré des sources spécifiques aux marchés d'armement, il existe une grande part de "non-dit" dans le droit de ces marchés. Cette part d'ombre s'explique par le caractère confidentiel de la plupart des instructions citées. Il a pour conséquence de donner aux marchés d'armement l'aspect d'une construction contractuelle au cas par cas⁸.

5 Ce règlement comporte trois niveaux : RAQ1 qui implique un contrôle global de la conception à la réalisation ; RAQ2 qui limite le contrôle aux seules fournitures en cours de fabrication et achevées ; RAQ3 qui n'impose un contrôle que sur les fournitures terminées.

6 Les matériels fournis doivent aussi se conformer à un ensemble de normes techniques : "dénommées normes GAM et réparties en six catégories : peintures et vernis (GAM-C et GAM-P), conditionnement et emballages (GAM-EMB), microformes (GAM-MF), matériaux métalliques (GAM-MM), électronique (GAM-T), essais généraux d'environnement (GAM-EG)" Cf. B. Warusfel op.cit. note 2.

7 Cf. Cahier des clauses administratives particulières communes (CAC), Bulletin officiel des armées, BOC/PP n°14 du 2 avril 1984.

8 Il faut noter qu'à côté de ces sources d'encadrement, il existe des sources d'information à l'usage des fournisseurs et exportateurs. On trouve ainsi d'une part un "Guide pratique des fournisseurs à la DGA" (avril 1991), d'autre part un

4 Instructions du 29 décembre 1972, du 10 novembre 1976, du 8 décembre 1980.

La présence de marchés d'armement qui font exception au CMP

Il s'agit des conventions de recherche passées par la DRET⁹. En effet au stade de la recherche fondamentale, en amont même de la recherche et développement, les études scientifiques relatives à des concepts militaires sont confiées par la DRET à des laboratoires de recherche (publics ou privés)¹⁰.

Les conventions de recherche obéissent à un texte spécifique : les "Conditions générales applicables aux conventions de recherche non soumises aux dispositions du code des marchés publics passées par la DRET"¹¹. Ces "conditions" s'inspirent largement du CCAG/PI (option C). Elles en diffèrent cependant sur plusieurs points, notamment du fait qu'un co-financement de la DRET et du contractant est possible, et que la gestion contractuelle y est très souple¹². La doctrine considère que les conventions de la DRET n'appartiennent pas à la catégorie juridique des marchés publics, en revanche "l'application de la catégorie juridique des contrats administratifs à ce type de conventions de recherche est certaine"¹³. Il en résulte un régime et un

dispositif contractuel qui concourent à inscrire les marchés d'armement, à ce niveau précis de la recherche fondamentale, dans un cas de figure singulier.

1.2.2. Les facteurs d'ordre procédural

Outre certains aspects juridiques, la singularité des marchés d'armement découle aussi d'une double complexité tenant à la pluralité des instances intervenantes, et au déroulement d'un programme d'armement.

La pluralité des instances

Sont amenées à intervenir lors d'un marché d'armement, à un titre ou à un autre, trois entités distinctes, qui dans le cadre de leurs responsabilités respectives doivent s'assurer des moyens nécessaires :

- L'état-major concerné intervient d'une part pour déterminer les besoins en matériels (en fonction des menaces), d'autre part il en définit les conditions d'utilisation et il peut apporter son aide pour résoudre les problèmes liés à cette utilisation, enfin il prépare l'intégration du matériel fourni dans les structures existantes.

- La direction technique de la DGA définit les solutions technologiques susceptibles de répondre aux besoins militaires exprimés par les états-majors. Elle recense les industries compétentes et fait en sorte de susciter la concurrence la plus vaste possible. Elle demeure l'interlocuteur privilégié et permanent des industriels.

- Le SIAR (Service de la surveillance industrielle de l'armement) intervient auprès des contractants et sous-contractants pour vérifier que les exigences de fabrication, établies dans le dispositif contractuel, sont respectées. Il est d'ailleurs partie prenante aux marchés pour lesquels il est responsable des clauses techniques. Sa surveillance s'exerce aussi bien sur les matériaux, les composants, que sur l'assemblage et l'intégration des systèmes. De plus il a en charge l'évaluation des systèmes d'assurance qualité mis en oeuvre par

"Mémento d'application des procédures de contrôle des exportations de matériels de guerre et assimilés". Ces deux documents, établis par la DGA pour éclairer les fournisseurs et les exportateurs sur les règles à respecter, les procédures à suivre, sur les organes à contacter, etc ..., ne sont pas classifiés et peuvent donc être reproduits et diffusés à l'intérieur des sociétés concernées.

9 Cf. G. Drago "Les conventions de recherche passées par le ministère de la Défense" in *"Industrie, Technologie et Défense"* sous la direction de B. Warusfel, Centre Droit et Défense/Documentation Française, 1993, p. 65.

10 Qui peut en réaliser elle-même directement dans ses propres bureaux.

11 BOC/PP du 5 décembre 1988, n°36.

12 Exemples : possibilité de modifier la définition de la recherche par simple échange de lettres, possibilité d'arrêter les recherches d'un commun accord, mais aussi possibilité pour la DRET de résilier la convention à tout moment.

13 Cf. G. Drago op cit (note 9), p. 76.

les fournisseurs, et délivre les attestations de conformité au RAQ à la suite d'inspections périodiques.

*La complexité d'un programme d'armement*¹⁴

La "commission exécutive permanente"¹⁵, établit chaque année la liste des programmes d'armement en fonction des besoins en matériels et fournitures. Les marchés d'armement visent à satisfaire les besoins exprimés dans ces programmes. Selon la nature du programme soit un seul marché peut suffire, soit il faut une pluralité de marchés complémentaires (simultanés ou non) avec différents contractants. Ceci a naturellement un effet sur la teneur juridique, le contenu technique et la mesure financière du ou des marchés passés.

On distingue également entre les marchés qui participent à la réalisation de programmes simples, ou de "programmes d'ensemble", ou encore de "programmes majeurs". Le programme d'ensemble consiste comme son nom l'indique à en regrouper plusieurs lorsqu'ils concourent tous à un même besoin global, il exige donc une organisation administrative et contractuelle très spécifique. Le programme majeur quant à lui, est classé en tant que tel par le ministre de la Défense sur proposition de la commission exécutive, en fonction de la sensibilité du système et des

technologies en jeu (nucléaire, spatial). Les processus de décision et de déroulement des marchés afférents en sont rendus plus complexes.

1.2.3. Les facteurs d'ordre stratégique

Les matériels de guerre et assimilés sont intrinsèquement des matériels qui garantissent la sécurité nationale, toute supériorité ou particularité technologique en ce domaine doit donc être extrêmement protégée. Ceci explique qu'il existe un grand nombre de contraintes relatives à la fabrication et au commerce des armes. Mais au-delà de la sécurité interne la capacité technologique militaire est également une occasion pour un Etat d'exercer une influence sur la scène internationale en se faisant le fournisseur, donc le soutien indirect, de telle ou telle partie. La réglementation transcrit ces préoccupations de plusieurs manières.

L'autorisation de fabrication des matériels de guerre

Une autorisation de l'Etat pour fabriquer des armes est impérative, elle n'est accordée qu'aux entreprises françaises. Toutefois dans l'hypothèse où une entreprise, qui n'est pas titulaire de cette autorisation, se porte candidate sur un marché relatif à des matériels de guerre, la notification du marché lui tient lieu d'autorisation.

- L'obligation d'une autorisation étatique

Elle découle de l'article 2 du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, selon lequel : "Les entreprises de fabrication ou de commerce des matériels de guerre et d'armes et munitions de Défense ne peuvent fonctionner et l'activité de leurs intermédiaires ou agents de publicité ne peut s'exercer qu'après autorisation de l'Etat et sous son contrôle". Concrètement les demandes d'autorisation doivent être adressées au ministère de la Défense, qui les accorde (ou non) après consultation des autres

¹⁴ Le déroulement d'un programme d'armement passe par quatre phases préliminaires : phases de la faisabilité, de la définition, de développement, de la production, avant la phase de l'utilisation. Les deux premières correspondent à un stade de conception, les deux suivantes à un stade de réalisation. Le passage de l'une à l'autre de ces phases doit être autorisé par le délégué général pour l'armement, au vu d'un rapport de l'état-major concerné. Toutefois c'est le ministre de la Défense lui-même qui prend cette décision dans le cadre des programmes "majeurs". Cf. ICA C. Lievens "La conduite des programmes d'armement" in *L'Armement*, Février-mars 1990, p. 10.

¹⁵ Composée d'un représentant du délégué général pour l'armement, d'un représentant du directeur des services financiers, d'un représentant du chef d'état-major des armées et d'un représentant des états-majors.

ministères concernés ¹⁶.

- La condition sine qua non pour obtenir l'autorisation

Pour pouvoir obtenir l'autorisation de fabriquer des matériels de guerre, le décret du 12 mars 1973 ¹⁷ impose en son article 7 trois critères (alternatifs) de nationalité en fonction de la forme de l'entreprise : dans le cas d'entreprises individuelles, elles doivent "appartenir à un français" ; dans le cas des sociétés de personnes, les associés et gérants "doivent être français" ; enfin dans le cas des "sociétés par actions et les SARL, les gérants, les commandités, les membres du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance, doivent être français. La majorité du capital doit être détenue par des français" ¹⁸.

- L'autorisation peut se déduire de la notification d'un marché de matériels de guerre

C'est ce qui ressort à la fois du paragraphe 5 de l'article 7 du décret du 12 mars 1973 et de l'article 9 du CCAG-MI, dans lesquels il est affirmé que la notification d'un tel marché tient lieu d'autorisation. Il en découle que le titulaire du marché, pour l'exécution de celui-ci, est soumis aux mêmes contrôles et aux mêmes contraintes que les titulaires d'autorisation.

16 C'est lui également qui a compétence pour retirer l'autorisation, par exemple lorsque le titulaire ne remplit plus ses obligations ou lorsqu'il a commis des infractions.

17 Décret n°73-364 relatif à l'application du décret-loi du 18 avril 1939, modifié à plusieurs reprises entre 1975 et 1989. Dernière modification Cf. décret n°89-193 du 24 mars 1989 (*JORF* du 31 mars 1989).

18 Cette exigence de la nationalité française est atténuée pour les armes et munitions de la 4ème catégorie "Armes à feu dites de défense et leurs munitions et éléments de ces armes et munitions". L'autorisation pour cette catégorie peut en effet être accordée "aux ressortissants des Etats membres de la Communauté économique européenne, ainsi qu'aux sociétés constituées conformément à la législation d'un Etat membre" article 7 paragraphe 2 du décret du 12 mars 1973 modifié.

Le contrôle sur les entreprises autorisées

Un contrôle est exercé sur l'activité industrielle des entreprises autorisées, ou à qui un marché a été notifié. Ce contrôle se traduit principalement de quatre manières :

- par des inspections du Contrôle général des armées, corps d'inspection du ministère de la Défense ("examen des lieux et du matériel, recensements et vérifications des comptabilités" ¹⁹),

- par la surveillance technique des travaux,

- par la vérification du registre spécial des matériels "mis en fabrication, réparation, transformation, achetés, vendus, loués ou détruits" ²⁰ que l'entreprise doit obligatoirement tenir,

- par la vérification des demandes de brevet.

Les contraintes inhérentes aux marchés "classés" Défense

De par la nature même des matériels, les marchés d'armement peuvent être soumis aux règles du secret de la Défense ²¹. Selon les systèmes et équipements concernés, le degré de classification du marché est plus ou moins important. Il n'est pas de notre propos d'entrer dans le détail du processus de classification ²², en revanche il est plus utile ici de préciser quelles sont les conséquences du secret de défense sur le contractant.

Explicitées par des instructions du SGDN, les obligations principales qui découlent du secret de défense sont en grande partie reprises par le CCAG/MI

19 Article 6 du décret de 1939

20 Article 14 du décret du 12 mars 1973, tel que modifié.

21 La notion de secret de la Défense nationale est définie par le décret n°81-514 du 12 mai 1981 et l'instruction du SGDN du 12 mars 1982 n°1300.

22 Voir à ce propos l'arrêté du 30 mars 1981, *JORF*, N.C. du 13 avril 1981.

(article 6) et le CCAG/PI (article 7). Leur analyse synthétique permet de les regrouper en deux catégories : des obligations juridiques et des contraintes matérielles.

- Obligations juridiques

- La toute première obligation pour le titulaire d'un marché classé consiste à s'engager à respecter les règles concernant la protection du secret (habilitation des personnes physiques, habilitation des sociétés de gardiennage, de nettoyage, de protection, ...),

- La seconde consiste à répercuter dans ses contrats de sous-traitance le respect de ces mêmes règles. Le ministère de la Défense a d'ailleurs la possibilité de récuser des sous-traitants.

Contractuellement ces obligations se traduisent par la présence d'une clause spéciale pour l'engagement de l'entreprise, et par une "annexe de sécurité" qui contient tous les éléments secrets du marché.

- Contraintes matérielles

Le fait d'obtenir un marché classé, engage d'une part à devenir un établissement à régime restrictif (c'est-à-dire en organisant un contrôle aux entrées, un régime de visites, etc ...), d'autre part à accepter les contrôles et les inspections de sécurité de la DGA. Ce sont les services de sécurité du ministère de la Défense qui précisent (notamment dans l'annexe de sécurité) et apprécient ensuite les mesures de protection physique prises par l'entreprise pour assurer le secret des documents et informations classés.

La prise en compte des débouchés extérieurs

Les états-majors et la DGA prennent en compte dans leurs programmes et dans la définition de ceux-ci, les débouchés potentiels du matériel à l'exportation. De plus la DGA, par l'entremise de sa délégation aux relations internationales étudie attentivement pour chaque marché l'adéquation du matériel à la demande internationale.

Cette originalité réglementaire et technique trouve son explication dans le "fait économique" selon lequel les exportations d'armes financent en grande partie le développement de nouveaux programmes nationaux, mais aussi dans l'impact stratégique de toute politique industrielle d'armement et dans la force diplomatique d'une vente d'armes.

II. UN RÉGIME DÉROGATOIRE POUR DES INSTRUMENTS DIPLOMATIQUES TRÈS CONTRÔLÉS

Les controverses relatives aux exportations d'armes vers l'Irak, ou plus récemment celles relatives à l'envoi de matériels militaires en Bosnie Herzégovine, témoignent de la sensibilité de la question des marchés d'armement extérieurs et de leur importance politique et diplomatique. De longue date la France a élaboré un régime restrictif pour les exportations de matériels de guerre (1). Le contexte européen et les nécessités industrielles semblent entraîner la réglementation vers une évolution et un système sensiblement différent (2).

2.1. Le régime actuel des marchés d'armement à l'export

Tout le régime des exportations d'armes en France repose sur le décret-loi du 18 avril 1939 (pris dans le cadre de l'organisation de la nation en temps de guerre). En son article 13 il édicte : "l'exportation sous un régime douanier quelconque, sans autorisation, des matériels de guerre et matériels assimilés est prohibée". Il ressort donc de cette réglementation l'interdiction des exportations d'armes, sauf dérogation.

L'organisation du régime dérogatoire, dont le principe a été posé en 1939, relève aujourd'hui d'un "arrêté du 2 octobre 1992 relatif à la procédure d'importation et d'exportation des matériels de guerre, armes et munitions

et des matériels assimilés" ²³. Selon les termes de ces textes, les dérogations sont accordées à une condition impérative : le contrôle de la destination du matériel exporté.

2.1.1. Une procédure d'exportation dérogatoire

Elle se singularise par rapport à la procédure d'exportation des technologies civiles sensibles, en ce qu'elle prévoit six niveaux d'"agrément préalable" qui correspondent à différentes étapes dans le déroulement d'une affaire : la prospection d'un marché étranger (diffusion d'informations), la présentation et les essais effectués en vue de l'obtention d'un marché, la négociation d'un contrat (remise d'offre), l'acceptation de commandes, la vente de droits de propriété industrielle, la cession d'études et de leurs résultats. Puis intervient l'"autorisation d'exportation" (livraison du matériel). Les entités décisionnelles dans cette procédure sont d'une part le Premier ministre, d'autre part la Direction générale des douanes du ministère de l'Economie et des finances.

Très précisément le déroulement de la procédure est le suivant : la demande de l'exportateur, pour chacune des étapes pré-citées, doit être adressée à la Délégation aux relations internationales (DRI) de la DGA. Après étude de la demande la DRI la transmet à des fins de centralisation à la sous-direction du commerce international des matériels de guerre. Codifié par ordinateur, le dossier est ensuite mis à l'ordre du jour de la Commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre (CIEEMG) ²⁴. Pour

recevoir un avis favorable la demande doit recueillir l'accord unanime des membres de la CIEEMG ²⁵. Après avis de la CIEEMG, le Premier ministre, par l'intermédiaire du SGDN, accorde ou non l'agrément préalable. La DRI est alors informée de la décision et la notifie à l'exportateur ²⁶. La durée de l'agrément préalable est d'un an à compter de la notification ²⁷.

Mais après l'agrément donné par la CIEEMG et le Premier ministre, il faut encore que le matériel puisse franchir matériellement les limites du territoire français, pour cela une autorisation de la Direction générale des douanes du ministère de l'Economie et des finances (Autorisation d'exportation de matériels de guerre / AEMG) doit nécessairement être délivrée. L'AEMG conditionne le passage à la frontière. Visé par le ministre de la Défense, des Affaires étrangères et par le SGDN, ce document douanier est valable un an, mais peut-être suspendu à tout moment. L'AEMG est un second verrou de sécurité, qui permet d'arrêter une opération d'exportation de matériels de guerre lorsque des événements internationaux surgissent entre le moment de l'autorisation CIEEMG et l'expédition du matériel proprement dite. La suspension de l'AEMG, bien que contraire à l'autorisation CIEEMG précédemment accordée, ne donne lieu à aucune indemnisation pour la perte commerciale subie ²⁸. L'agrément donné

fois par an afin d'examiner les demandes d'exportation de matériels de guerre. Elle détermine en outre les grandes lignes de la politique de fabrication et d'exportation de matériels de guerre pour les marchés extérieurs.

²⁵ En cas d'absence d'unanimité c'est le Premier ministre qui arbitre.

²⁶ "Dans les cas où le Premier ministre l'y autorise, le ministre de la défense peut directement donner et notifier l'agrément préalable" article 6.2. de l'arrêté du 2 octobre de 1992.

²⁷ La durée de validité de l'agrément peut être étendue jusqu'à trois ans à la demande de l'exportateur, si la CIEEMG en est d'accord.

²⁸ Voir C.E. 29 juin 1962, Ass.plénière, "Société Manufacture des machines du Haut Rhin" Rec. p. 432 (Affaire Manurhin).

²³ JORF du 6 octobre 1992, p. 13858

²⁴ Sa mission a été définie par le décret n° 55-965 du 11 juillet 1955, cette commission interministérielle, sous la présidence du SGDN qui agit sur délégation du Premier ministre, est composée de fonctionnaires civils et militaires (Douanes, Défense, Affaires étrangères, services de renseignements, représentant de l'état-major de la présidence, du premier ministre, etc ...). Siégeant en formation restreinte ou plénière, elle se réunit environ 25

sur l'avis de la CIEEMG ne comporte donc pas un droit acquis à l'exportation. Ceci s'explique par l'aspect dérogatoire et exceptionnel du régime d'exportation des matériels de guerre.

2.1.2. Les conditions de la dérogation : le contrôle de la destination

- La teneur du contrôle

Pour fonder ses avis, la CIEEMG prend en compte différents critères parmi lesquels : l'effet sur l'économie nationale et le commerce extérieur, la nature du matériel concerné et son impact militaire, sa destination géographique et le contexte diplomatique. L'autorisation est ainsi plus facilement accordée pour une exportation vers des pays de l'OTAN, ou vers des pays ayant passé des accords de défense avec la France (ou des accords d'assistance militaire technique) que vers des pays en crise, politiquement instables, ou en conflit.

Mais de plus la dérogation peut-être accordée ou refusée, au regard de la capacité à remplir les obligations issues de la règle du contrôle et de la destination et de l'emploi. En effet : "la délivrance de l'autorisation d'exportation peut-être subordonnée à la preuve que les matériels dont l'expédition est envisagée, sont directement livrés aux autorités qualifiées du pays importateur ou, avec le consentement de ces autorités, à tel établissement privé désigné par elles à

cet effet"²⁹. Cette exigence est complétée par celle qui consiste à prouver que "les matériels exportés sont arrivés au pays désigné (...) et y ont été déclarés pour la consommation"³⁰.

- Les objectifs du contrôle

Concrètement l'administration veut s'assurer que la vente est bien réalisée avec les autorités qualifiées pour cela, que les armes seront bien utilisées par elles, sur leur territoire, pour leur sécurité et leur défense. Et non pas revendues à une entité qui ne serait pas un sujet de droit international (mouvement révolutionnaire), ou encore à un Etat sous embargo collectif décidé par les Nations Unies.

- Les conséquences réglementaire et contractuelle du contrôle

L'article 12 de l'arrêté du 2 octobre 1992 prévoit que l'acheteur initial ne pourra pas revendre le matériel sans l'autorisation préalable des autorités françaises. L'on a ici un des rares exemples de l'effet extra-territorial d'exigences réglementaires françaises³¹. Cette ambition réglementaire tend à limiter la souveraineté de l'Etat acheteur en ne lui laissant pas toute la libre disposition d'un matériel pourtant légalement acquis. Elle se justifie pour des raisons de défense, de sécurité internationale et de non prolifération.

Pour se conformer à cette disposition, les marchés d'armes comportent toujours obligatoirement deux clauses

La société Manurhin avait été autorisée à accepter une commande de la Syrie pour un ensemble d'équipements destinés à la fabrication de munitions de guerre (cartoucherie). Mais le 3 septembre 1956 le ministère de la Défense a refusé que Manurhin livre le matériel fabriqué suite à cette commande. Manurhin a alors engagé une action afin d'obtenir réparation du dommage commercial résultant de l'impossibilité de livrer le matériel. Le Conseil d'Etat a estimé que : "en raison tant des termes formels (...) de l'arrêté interministériel du 14 Août 1939, que de l'objet du contrat (...) la société requérante ne pouvait ignorer l'aléa que comportait nécessairement la passation d'un tel contrat". Il a donc été décidé que la responsabilité de l'Etat (sans faute) ne pouvait pas être engagée, car le refus d'accorder l'autorisation d'exportation était intervenu légalement.

29 Article 12 de l'arrêté du 2 octobre 1992

30 Article 14 de l'arrêté du 2 octobre 1992

31 Sur le problème de l'extraterritorialité voir B. Stern "Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale" *Revue Québécoise de Droit international*, 1986/III/p. 49 ; du même auteur "Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit" *AFDI*, 1986, p. 7. Voir également P. Juillard "le contrôle des exportations et l'application extraterritoriale des lois économiques en droit international" in *"Le contrôle des exportations de haute technologie vers les pays de l'Est"* sous la direction de B. Chantebout et B. Warusfel, éd. Masson 1988, p. 110.

types, non négociables : la clause de non réexportation (CNR) et la clause de finalité d'emploi (CFE). Ce sont des clauses de destination (pris dans un sens géographique et matériel) impératives. Autrement dit en cas de refus de l'acheteur de les signer, le marché ne peut aboutir.

2.1.3. La garantie et la sanction du contrôle de la destination

La garantie de l'arrivée à destination et de la mise à la consommation sur place est assurée par un "acquit à caution". C'est un mécanisme qui laisse à la charge de l'exportateur la garantie en question et qui le sanctionne en cas de non respect de la réglementation. Très exactement l'exportateur s'engage (dans un formulaire dénommé D48) vis-à-vis de l'administration des douanes, à fournir la preuve que le matériel est bien arrivé au lieu prévu et qu'il est utilisé comme prévu.

En gage l'administration conserve une caution versée par l'exportateur. L'acquit à caution ne sera déchargé "que sur présentation d'un document délivré par les services des douanes du pays importateur, établissant que les matériels, armes et munitions exportés sont arrivés au pays désigné sur l'acquit et y ont été déclarés pour la consommation" ³².

Cependant en pratique il est souvent difficile pour l'exportateur de se procurer les documents douaniers étrangers en question, notamment parce que le matériel est réceptionné directement par les autorités militaires du pays. Tenant compte de ce problème, les autorités françaises, dans certains cas, se contentent pour décharger l'acquit à caution de la présentation du formulaire D48 rempli et contresigné par l'acheteur. Il y a là un aménagement des exigences réglementaires documentaires, fondé sur des considérations pragmatiques, qui illustre une fois de plus l'aspect très marginal des marchés d'armement.

³² Article 14 de l'arrêté du 2 octobre 1992

2.2. Les évolutions récentes et les perspectives d'avenir

Des modifications effectives sont d'ores et déjà intervenues dans la réglementation française relative aux marchés d'armement, tandis que d'autres sont à l'étude. Ces évolutions s'expliquent par la nécessaire adaptation du régime français au contexte international (évolution des menaces, désarmement), et par l'impact du facteur européen.

2.2.1. Les mesures d'adaptation au contexte international

La principale mesure a consisté en une refonte complète de la liste des matériels de guerre et matériels assimilés. Une autre importante modification a été envisagée, elle aurait consisté en l'abandon de l'exigence d'autorisation gouvernementale pour la phase de prospection d'un marché, mais ce projet est aujourd'hui en sommeil.

- La refonte de la liste ³³

Alors que la précédente liste - établie dans un arrêté du 2 avril 1971 ³⁴ - se composait de quatre catégories de matériels, la nouvelle liste, issue de l'arrêté du 20 novembre 1991 ³⁵ distingue entre les six catégories suivantes :

³³ Il faut noter que la réglementation française sur les matériels de guerre comporte deux listes : la liste des "matériels assujettis au contrôle des matériels de guerre" établie à l'article 1 du décret n°73-364 du 12 mars 1973 (en application du décret du 18 avril 1939) à usage interne ; la "liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à une procédure spéciale d'exportation" établie dans l'arrêté du 20 novembre 1991, à usage externe. Ces deux listes ne se recoupent pas totalement, il existe en effet des matériels "assimilés" qui sont contrôlés à l'exportation (exemple les fusées et satellites) mais qui ne le sont pas sur le marché national.

³⁴ JORF du 4 avril 1971, modifié par un arrêté du 11 mai 1981 (JORF 17 mai 1981), puis du 10 avril 1985 (JORF 23 avril 1985).

³⁵ JORF du 22 novembre 1991, p. 15235

- Catégorie A "Armes et munitions" dans laquelle on trouve les armes automatiques, les roquettes, bombes, torpilles, mines, grenades, armes à énergie dirigée, agents toxiques de guerre, explosifs, propergols et agents incendiaires, ainsi que les armes nucléaires,

- Catégorie B "Missiles, fusées et lanceurs spatiaux" qui comprend également les équipements et les outillages afférents à ces matériels,

- Catégorie C "Navires de guerre et équipements navals spéciaux" dont les sous-marins, avec les accessoires, composants, outillages, ... ,

- Catégorie D "Chars de combat et véhicules militaires terrestres",

- Catégorie E "Armements aériens et spatiaux", y compris les satellites quand ils sont spécialement conçus ou modifiés pour un usage militaire,

- Catégorie F "Equipements et logiciels" avec tous les équipements de détection, d'observation, de conduite de tir, de télécommunication, de navigation, de brouillage, etc ..., ainsi que différents équipements spécialisés pour le ravitaillement en carburant, pour l'entraînement militaire, pour le camouflage, ...

Ce qui est notable dans cette liste par rapport à l'ancienne c'est la prise en compte de nouvelles armes (par exemple les armes à énergie dirigée) ; c'est le développement important de toute une sous-catégorie (A.5) sur les produits chimiques ; c'est également l'enrichissement de la catégorie C qui se réduisait autrefois à 3 lignes et demie et qui à présent détaille 11 paragraphes ; c'est la prise en compte en deux catégories complémentaires (B et E) des matériels spatiaux et balistiques ; c'est enfin la création d'une très longue catégorie réservée aux logiciels et à leurs applications.

A quoi correspondent ces modifications, à quoi répondent-elles ? L'analyse de la liste fait ressortir globalement trois nouvelles préoccupations stratégiques :

le balistique, le chimique et l'électronique. La crise du Golfe, durant laquelle les missiles Scud et les missiles anti-missiles Patriot, le brouillage, l'observation, les systèmes de guidage laser, etc ... ont tenu le devant de la scène, n'est pas étrangère à ce changement.

En France l'effort d'encadrement des nouvelles menaces semble obéir à un plan d'ensemble, qui joue aussi bien la carte de la réglementation relative aux matériels de guerre et assimilés, que celle de la réglementation relative aux technologies duales. En effet à la même période, en 1990/1991, ont été publiées deux autres listes de produits (interdits à l'exportation sauf autorisation dérogatoire). L'une concerne les produits chimiques, équipements et technologies afférents³⁶, l'autre est relative à des matériels balistiques non couverts par la liste des matériels de guerre³⁷. Ainsi l'action réglementaire entreprise tend à maîtriser le spectre le plus large possible de matériels et de technologies en les soumettant soit à la procédure militaire d'exportation (CIEEMG et AEMG), soit à la procédure civile (licence 02 et CH2) comme c'est le cas pour les deux dernières listes précitées³⁸.

36 Avis aux importateurs et aux exportateurs, *JORF* Avis et communications, ministère de l'Economie des finances et du budget, 26 octobre 1991, p. 14112.

37 "Avis aux exportateurs relatifs à certains produits et technologies balistiques frappés de prohibition de sortie" *JORF*, Avis et communications, 10 novembre 1990 p. 13831. La liste ne comporte que quatre articles : matériel de télémétrie et de télécommande, technologie de déposition par pyrolyse, matériaux isolants thermiques, convertisseurs analogiques-numérique.

38 Cette procédure fait intervenir deux entités décisionnelles principales : le ministère de l'Industrie et le ministère des Affaires étrangères. Cependant en fonction de l'excellence technologique du produit pour lequel la demande d'exportation est faite, l'accord unanime de tous les Etats membres du Cocom peut-être exigée.

- La simplification de la procédure

Nous avons expliqué plus haut qu'un exportateur de matériels militaires doit obtenir une autorisation de la CIEEMG à chaque stade du déroulement d'une affaire. Une simplification de cette procédure fut à l'étude en 1989. Elle consistait à supprimer l'autorisation préalable à la prospection.

Mais les circonstances internationales ont eu raison du projet de réforme. En effet avec l'éclatement de la guerre du Golfe, les perspectives de simplification de la procédure d'exportation de matériels de guerre, ont provoqué de vifs débats au sein de la presse. Le projet est alors apparu comme peu opportun et a été abandonné. Pourtant il était loin de manquer d'intérêt.

Il faut savoir que la moitié environ des dossiers présentés à la CIEEMG sont relatifs à des demandes de prospection. Une telle réforme permettrait à la CIEEMG de se concentrer sur les demandes plus conséquentes relatives à la négociation et la vente, son contrôle en serait plus efficace. En outre les industriels français seraient sur un pied d'égalité avec leurs concurrents car ce système d'autorisation pour la prospection n'a pas son équivalent dans d'autres pays exportateurs.

2.2.2. Le facteur européen

L'unification du marché européen produira-t-elle également des effets dans le domaine du commerce des armes ? Peut-on envisager un marché unique des armes ? L'existence de certaines dispositions du traité de Rome (article 223) peut en faire douter. Mais nonobstant les obstacles juridiques, les mutations industrielles actuelles sont indéniablement porteuses de changements pour le régime des marchés d'armements.

- Le principe de l'art. 223 du traité de Rome

Cette disposition reconnaît pour un Etat membre le droit de prendre les mesures "qu'il estime nécessaire 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 matériels de guerre". L'article 223 prévoit de manière complémentaire une liste de produits sur lesquels les Etats européens auront une compétence discrétionnaire, exclusive de toute autre ³⁹.

L'article 223 a été interprété habituellement comme faisant échec à la compétence communautaire pour tout ce qui concerne les questions de défense et de sécurité, qui relèvent en quelque sorte du domaine réservé des Etats. Mais depuis la fin des années quatre vingt les instances communautaires semblent vouloir intervenir dans ce domaine et y jouer un rôle actif, à cet égard trois de leurs initiatives doivent être retenues :

- La réinterprétation de l'article 223 : à l'occasion d'une réponse à des questions écrites, la Commission a précisé que les produits d'armement "ne sont pas des produits auxquels le traité CEE ne s'applique pas (...). Les règles prévues par le traité s'appliquent d'une manière générale aux armes, munitions et matériels de guerre, sous réserve des mesures qui peuvent être prises par les Etats membres dans les cas prévus aux articles 223 et 224 du traité" ⁴⁰. On déduit de cette réponse l'applicabilité parallèle et complémentaire du droit communautaire aux matériels en question et la compétence subsidiaire (possibilités d'interventions) des instances communautaires ⁴¹.

- L'adoption d'un règlement soumettant à autorisation l'exportation hors CEE de produits chimiques ⁴² : c'est le premier

³⁹ Mais cette liste qui date de 1958 d'une part n'a jamais été publiée, d'autre part n'a jamais été mise à jour.

⁴⁰ Réponse commune aux questions écrites n°1305/86 et 1306/86, JOCE 3 novembre 1986.

⁴¹ Cette position interprétative a été confirmée par un avis du service juridique sur la proposition modifiée de directive du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, JUR 136 DS 34, 11 décembre 1990.

⁴² Règlement CEE n°428/89 du 20 février 1989

instrument communautaire qui intervient dans un secteur militairement sensible, en établissant une liste de produits prohibés de sortie extra-CEE. Tout en laissant aux Etats membres la responsabilité de délivrer les licences d'exportation, ce règlement est indubitablement un moyen détourné pour la Communauté de s'ingérer dans le domaine des matériels de guerre et assimilés.

- L'intégration des matériels militaires au tarif douanier commun : il faut rappeler ici que les matériels de guerre sont traditionnellement exemptés de droits de douane et autres taxes, aussi bien pour ceux ayant une origine européenne, qu'extra-européenne. La Commission souhaite intégrer les matériels de guerre dans le droit douanier commun de manière à pouvoir prélever des taxes sur les produits non communautaires. Mais certains y voient une tentative de la Communauté pour s'arroger indirectement des prérogatives dans un secteur réservé aux Etats. Les discussions sont donc loin d'être closes.

- Le fait industriel

Malgré les obstacles juridiques et la diversité des réglementations nationales relatives aux marchés d'armement, l'eupéanisation des structures des industries de l'armement avance et est en train de réaliser "de facto" un Marché unique des armes⁴³. En effet, sous l'influence de plusieurs facteurs⁴⁴, les industries d'armement suivent à l'heure actuelle une politique de restructuration, de concentration et de rapprochement avec pour objectif principal de surmonter la crise qu'elles connaissent.

Ces restructurations se font à trois niveaux :

- le niveau national : il s'agit de

43 P. Y. de Saint Germain "Vers une Europe de l'armement" *Le Figaro* 5 juillet 1990.

44 Réduction des budgets militaires, émergence de nouveaux concurrents, réduction de la demande internationale, imbrication du civil et du militaire, etc ...

restructurations entre des groupes de même nationalité. Exemples : regroupement MBB-Daimler Benz, regroupement de Thomson et d'Aérospatiale sous la bannière "Sextant Avionique", fusion de Sélénia et Aéritalia dans Alénia.

- le niveau européen : un certain nombre d'industries européennes réalisent des rapprochements, procèdent à des rachats, et constituent ainsi des grands groupes européens capables d'affronter la concurrence internationale. Exemples : OPA GEC-Siemens sur Plessey, GIE Eurocopter entre Aérospatiale et MBB, alliance Matra-GEC Marconi dans les satellites, rachat des filiales Défense de Philips par Thomson, joint venture Ferranti-Thomson dans la lutte anti-sous marine, rachat de Heckler et Koch par Giat industries. Très récemment (17 avril 1993) la CEE a approuvé le joint venture entre Thomson-CSF et Short Brothers. Enfin dernier exemple en date le projet de mariage entre Matra et British Aerospace pour leurs activités missiles.

- le niveau international : les regroupements entrepris par les industries européennes d'armement se font également avec des industries américaines et japonaises. Exemples : rachat de Fairchild par Matra, rachat de Loral par Aérospatiale et Alénia, accord-cadre entre MBB-Daimler Benz et Mitsubishi, coopération MBB-Daimler Benz avec United Technologies (moteurs d'avion), Joint venture Raytheon-Deutsche Aerospace (modernisation du missile anti-missile Patriot).

La constitution de groupes européens, fait indubitablement progresser l'Europe des armes, en fonction des stratégies industrielles. Sous la pression de ce fait industriel les réformes juridiques finiront par être inévitables. La question bien sûr reste de savoir si cela est souhaitable. Sans doute oui, mais à la condition qu'elles permettent d'imprimer aux régimes des marchés d'armement une logique de rationalisation, tout en demeurant

compatible avec l'esprit de contrôle rigoureux qui a prévalu jusqu'à présent en France.

Conclusion

le droit et la pratique des marchés d'armement, pour connaître quelques distorsions observées dans la présente étude, n'en sont pas moins extrêmement soudées. Le "couple" semble fonctionner sur un ensemble de concessions consenties en bonne intelligence. Ainsi le droit tolère parfois un "usage pratique" des D48 non réglementairement prévu, tandis que la pratique de son côté incorpore contractuellement les exigences réglementaires. En outre la rareté de la jurisprudence prouve que la pratique s'est fait une raison des aléas politico-réglementaires du secteur. Les projets de réforme en faveur d'une rationalisation des procédures témoignent de la volonté de rapprocher encore droit et pratique, et l'on ne peut que s'en féliciter.

M.C.

Indications bibliographiques

L. Balmond "Industries d'armement et marché unique" in les actes du colloque SGDN *Défense et Economie*, septembre 1989.

A. Collet "Le régime des matériels de guerre, armes et munitions en droit français, dans ses rapports avec le droit de la communauté économique européenne" *RTDE* 1986, p. 356 / "Le développement des actions communautaires dans le domaine des matériels de guerre, des armes et des munitions" *RTDE* 1990 p. 75 / "L'ouverture des marchés d'armement" *Défense et Armement* Héracles International, n°81, février 1989.

G. Jäger "Coopération internationale et exportation d'armements" *Défense*

Nationale, mai 1991.

A. Plantey "Les conditions juridiques de l'acquisition des armements" in *Une politique européenne d'armements* Colloque UEO, Bruxelles 15/17 octobre 1979.

D. Verret "L'europe de l'industrie d'armement" *Défense Nationale* mai 1991.

B. Warusfel "Les marchés d'armement" in *Droit des marchés publics*, Ed. du Moniteur 1993.