



HAL
open science

Réflexions sur les marchés publics de la Défense

Thierry Kirat

► **To cite this version:**

| Thierry Kirat. Réflexions sur les marchés publics de la Défense. 2005. halshs-00004465

HAL Id: halshs-00004465

<https://shs.hal.science/halshs-00004465>

Preprint submitted on 22 Aug 2005

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

REFLEXIONS SUR LES MARCHES PUBLICS DE LA DEFENSE

Thierry KIRAT

Chargé de recherche au C.N.R.S.

Institut interdisciplinaire de recherche en socioéconomie

Université de Paris Dauphine

Place du maréchal de Lattre de Tassigny

75775 Paris cedex 16

Si la norme en vigueur dans le droit français des marchés publics, d'ailleurs renforcée par la loi Sapin du 29 janvier 1993, est de recourir à des procédures d'appels d'offre concurrentiels pour les marchés publics civils, les marchés passés pour les besoins de la défense présentent des particularités : ils sont l'objet de dispositions spéciales qui permettent d'utiliser des mécanismes de passation sans mise en concurrence. Ils sont en outre régis par l'article 296 du Traité, qui exempte le domaine de la défense des règles communes du droit communautaire de la concurrence ou, dans l'hypothèse où les autorités publiques décidaient de ne pas y recourir, par la directive du Parlement et du Conseil 2004/18/CE du 31 mars 2004. Or, cette directive contient des dispositions qui permettent de mettre les marchés de la défense – bien qu'en ne les visant pas expressément – à l'abri des règles de droit commun : les marchés déclarés secrets ou appelant des mesures particulières de sécurité échappent à l'application de la directive (article 14). De plus, les caractéristiques des marchés de travaux, de fournitures et de services visés à l'article 31 relatif aux procédures négociées sans publication d'un avis de marché, correspondent clairement à celles des marchés de la défense.

Deux éléments objectifs justifient le régime spécial des marchés de la défense : d'une part, les structures d'offre sont très souvent peu ou pas concurrentielles et, d'autre part, la négociation des contrats avec l'industrie étant cruciale, elle n'est pas réalisable dans le cadre de procédures concurrentielles.

- il est manifeste que les fournisseurs de la défense sont, en France, en position de monopole, qu'il s'agisse de matériels comme les blindés (GIAT Industrie), les navires (Direction des Constructions navales), les avions de chasse (Dassault Aviation), les moteurs d'avion (SNECMA), les missiles (EADS). Toutefois, il peut être signalé que la dépendance vis-à-vis de fournisseurs uniques est un choix politico-industriel, basé sur le principe que la France ne saurait dépendre de l'étranger pour l'équipement de ses armées. Or, l'internationalisation des firmes de l'armement, devenues duales, contribue à distendre leur ancrage national.¹ Par ailleurs, les positions monopolistiques concernent certes des acteurs importants de l'industrie, mais pas la totalité des fournisseurs de la défense : si les maîtres d'œuvre industriels sont incontournables, la structure de la sous-traitance est davantage concurrentielle. Enfin, certains types de prestations qui font l'objet de marchés peuvent être assurées par des entreprises étrangères, notamment européennes, mais les services de la défense sont de fait réticents à leur ouvrir le marché domestique.

¹ Un spécialiste suédois note à cet égard que le ministère français de la défense « navigue » entre la logique de l'autonomie de la base industrielle de défense nationale et la nécessité de l'internationalisation de grandes entreprises. Martin LUNDMARK, To be or not be. The integration and non-integration of the French defence industry, FOI-Swedish Defence Research Agency, FIND Programme, juillet 2004.

- la complexité des prestations exige naturellement que les services de la défense négocient avec l'industrie. Avant l'introduction en droit français du mécanisme de dialogue compétitif prévu dans la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, la négociation supposait que la procédure de passation des marchés soit non concurrentielle.

Si le principe de la négociation de gré à gré ne saurait être remis en cause, les modalités de la négociation et de la surveillance des marchés donnent matière à discussion. C'est l'objet du présent article, qui présentera les dispositions réglementaires spécifiques aux marchés passés pour les besoins de la défense (section 1-), avant de s'attarder sur les mécanismes de convenance du prix des prestations et de surveillance des marchés (section 2-).

SECTION 1 – DES DISPOSITIONS REGLEMENTAIRES SPECIFIQUES AUX MARCHES PASSES POUR LES BESOINS DE LA DEFENSE

Les deux réformes successives du Code des marchés publics intervenues en 2001 et 2004² imposent de prendre en considération les évolutions des dispositions réglementaires applicables aux marchés de la défense. Il est cependant important de signaler quelques unes des conditions dans lesquelles la réglementation de ces marchés est produite. De manière générale, le Code des marchés publics étant réglementaire, le Parlement n'a pas à en connaître. Ce fait institutionnel est marquant, dans la mesure où le poids économique de la commande publique est considérable, puisqu'elle représente en France 1/10 du produit intérieur brut. Le Parlement est bien sûr partie prenante à la procédure budgétaire et au vote de la loi de finances, mais il n'est pas appelé à débattre des conditions juridiques de l'utilisation des ressources budgétaires. Enfin, la réglementation spécifique à la défense est davantage de la compétence du Contrôle général des Armées que de la Direction des affaires juridiques du ministère de la défense. Le Délégué général pour l'armement, quant à lui, ne dispose pas de pouvoirs réglementaires.

1 – Les dispositions du Code des marchés publics relatives aux marchés de la défense

Le Code des marchés publics (décret du 7 mars 2001) prévoyait un régime dérogatoire aux règles communes de mise en concurrence pour les marchés de fournitures ou de services passés dans le domaine de la défense et portant sur les armes, munitions et matériels de guerre. L'article 35-IV du Code prévoyait la possibilité que ces marchés soient passés dans une procédure négociée sans publicité préalable ni appel à la concurrence. Il précisait également que, en cas d'urgence impérieuse incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, il pouvait être procédé par un échange de lettres.

Les marchés intéressant la défense étaient également visés par l'article 35-II du Code de mars 2001, qui autorisait la négociation sans publicité préalable mais avec mise en concurrence pour les marchés qui soit sont marqués par une urgence impérieuse (al. 1^o), soit exigent le secret ou sont marqués par la nécessité de protéger les intérêts essentiels de l'Etat (al. 2^o).

Enfin, les marchés passés pour les besoins de la défense étaient concernés par l'article 35-I du Code, en tant qu'il prévoyait que des marchés peuvent être passés en procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence dans trois situations :

² Le Code des marchés publics a été réformé en 2001, puis en 2004. Le Code des marchés promulgué par le décret du 7 mars 2001 contient moins de changements profonds que celui issu du décret du 7 janvier 2004, qui introduit des modifications substantielles des procédures de passation en introduisant la procédure de « dialogue compétitif », des modalités du contrôle *a priori* des marchés, et du statut des marchés passés pour les besoins de la défense. Ces derniers sont désormais régis par un décret particulier (décret du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du Code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense, J.O. du 8 janvier 2004).

- si les marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres ne donnent lieu à aucune offre, ou n'ont donné lieu qu'à des offres irrecevables ou inacceptables car non conformes à l'objet du marché (au regard de l'art. 53),
- si les prestations à réaliser dans un marché de services sont telles que les spécifications techniques ne peuvent en être définies avec une précision suffisante pour permettre le recours à un appel d'offres,
- si les marchés de travaux et de fournitures sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate.

Le Code des marchés publics du décret du 7 janvier 2004 ne régit plus les marchés de la défense qui sont désormais assujettis à un décret particulier (décret n°2006-16 du 7 janvier 2004).³

Le décret du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du Code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense met en conformité le droit français avec le droit communautaire, concernant la défense (art. 296 du traité) et les directives communautaires relatives aux procédures de passation des marchés publics de services (directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, modifiée par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997), de fournitures (directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 modifiée par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997) et de travaux (directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 modifiée par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997).⁴

Les marchés de la défense⁵ demeurent dans le champ d'application des textes relatifs à la fixation des prix de revient dans certains marchés et aux enquêtes de coûts. (art. 125 à 129 du Code des marchés publics de 2004).

Le décret de 2004 relatif aux marchés passés pour les besoins de la défense offre un certain nombre de possibilités de passation de marchés dans des conditions différentes de celles du droit commun :

- les marchés dont l'objet concerne « *les besoins exclusifs de la défense* » et mettent en cause « *les intérêts essentiels de l'Etat* » peuvent être passés selon une procédure négociée avec ou sans publicité préalable, et avec ou sans mise en concurrence. Les marchés relevant de la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence doivent faire l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence inséré dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ; mais ils sont dispensés de l'obligation qui pèse sur les marchés publics civils dépassant un certain seuil de faire l'objet d'une publication de l'appel d'offres dans le Journal officiel de l'Union européenne. Or, certaines prestations (notamment de maintenance des matériels) peuvent être assurée par des entreprises européennes non implantées en France. Le décret renforce donc la dépendance de la défense vis-à-vis des industries françaises, et entrave le jeu possible de la concurrence entre entreprises européennes.
- Des marchés peuvent être conclus par simple échange de lettres dans les cas « *d'urgence incompatible avec la préparation des documents constitutifs d'un marché* » (art. 3 du décret du 7 janv. 2004). On peut admettre que la défense puisse être confrontée à des situations

³ L'article 4-II du Code de janvier 2004 prévoit en effet que « *Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions particulières dans lesquelles sont passés certains marchés pour les besoins de la défense.* »

⁴ Depuis lors consolidées par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁵ L'article 125 du Code de janvier 2004 renvoie en fait aux « *marchés de travaux, fournitures ou études pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.* »

d'urgence, mais seule la pratique montrera quel usage les services de la défense feront de cette disposition.

- Les possibilités de recourir à la technique des marchés à bons de commande sont élargies, dans la mesure où de tels marchés peuvent être passés sans minimum en valeur ou en quantité, et peuvent excéder 5 ans pour les marchés concernant le maintien en condition opérationnelle (art. 11 du décret du 7 janv. 2004). Or, la pratique de tels marchés concerne les prestations pour lesquelles l'Etat n'est pas en mesure de prévoir avec suffisamment de précision ses besoins actuels et futurs.

Les réformes successives du Code des marchés publics intervenues en 2001 et en 2004, ainsi que la promulgation d'un décret spécifique aux marchés de la défense, entrent dans une orientation de l'action publique vers l'allègement des contraintes et procédures bureaucratiques de la commande publique. A cet égard, un processus relevant de la même philosophie a été mis en œuvre aux Etats-Unis, au début des années quatre-vingt dix ; plus précisément, le *Federal Acquisition Streamlining Act* de 1994 a permis pour certains marchés de ne plus soumettre les fournisseurs aux obligations de communication de données de coûts certifiées, fortement contraignantes pour les industries de l'armement. En effet, cette loi fédérale dispense de ces obligations les marchés portant sur des « *commercial items* » ou passés selon des procédures concurrentielles. Or, le recours à ces procédures allégées par les services de la défense semble avoir été extensif, comme l'atteste l'acquisition d'avions de transport militaire sous le régime des « *commercial items* ». ⁶

2 – Les outils du contrôle des prix de revient dans le Code des marchés publics

Les marchés de la défense sont sujets à des dispositions dérogatoires du droit commun des marchés publics, dans la mesure où la question du contrôle des prix de revient est *a priori* plus cruciale dans des domaines techniques complexes liés au régalién que dans les activités de production de biens ou de services plus routinières.

L'un des principaux enjeux de ces marchés est de fixer une formule de prix capable d'inciter le fournisseur à l'efficacité et de répartir les risques entre l'Etat et l'entreprise. Les propriétés économiques des formes classiques de prix (forfaitaires, à remboursement de coûts ou incitatifs) sont bien connues dans la littérature économique ⁷ mais reste à savoir si le fonctionnement concret des formules de prix correspond aux schémas théoriques, surtout au regard de la structure non concurrentielle des marchés d'armements.

En résumant à l'extrême, un contrat de type 'coûts remboursés' (*Cost Plus*) est approprié pour des prestations fortement risquées, pour lesquelles il n'existe pas de référence de prix car portant sur des techniques hautement spécifiques ou radicalement innovantes, pour lesquelles il n'existe donc ni marché, ni prix de marché ; c'est le cas des contrats portant sur la recherche ou la conception de nouveaux matériels militaires. Dans cette situation, l'Etat assume le risque en garantissant à son cocontractant le remboursement de ses coûts et le paiement d'une marge. On comprend aisément que la vérification des coûts effectifs soit déterminante. Dans un contrat de type 'prix forfaitaire' (*Fixed Price*), le montant du marché est fixé et ne doit théoriquement pas être dépassé ; le cocontractant

⁶ Ces pratiques sont observées par les experts d'une organisation *watchdog* dédiée à la surveillance de l'utilisation par le gouvernement fédéral des ressources publiques payées par le contribuable : le *Project on Government Oversight* (www.pogo.org), attentif aux pratiques de surfacturation dans les marchés de la défense.

⁷ J.-J. LAFFONT et J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Mass. MIT Press, 1993 ; R.P. McAFEE et J. McMILLAN, Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis, *Rand Journal of Economics*, vol 17, n° 3, 1986, pp. 326-338 ; F.M. SCHERER, *The Weapons Acquisition Process : Economic Incentives*, Harvard University Press, 1964.

assume le risque si ses coûts de production excèdent le prix du marché. Mais, à l'inverse, il s'approprie la rente d'efficacité si ses efforts lui permettent d'enregistrer des coûts inférieurs au prix.⁸

Si le contrôle des coûts effectifs est central dans les marchés *Cost-Plus*, il l'est également dans les marchés à prix forfaitaire conclus dans un cadre non-concurrentiel : la vérification de la véracité des informations justifiant le niveau du prix proposé par la firme est à ce titre une nécessité pour l'acheteur public. Les marchés à prix forfaitaire appellent donc un contrôle des coûts qui devrait permettre de s'assurer de la véracité des éléments du devis proposé par l'industrie.

Dans le cas français, le régime juridique du contrôle des coûts de revient des marchés publics de l'Etat est fixé par le Code des marchés publics, et précisé techniquement par des textes dénués de valeur réglementaire, c'est-à-dire des instructions ou circulaires, dont on ne peut que s'étonner à la fois du petit nombre et de l'ancienneté.

Ces textes techniques précisent les conditions et les modalités du contrôle des prix de revient dans les marchés publics de la défense. Le champ d'application de ces textes et directives est restreint aux marchés publics qui n'ont pas fait l'objet d'appels d'offre concurrentiels, ou, parmi ceux-ci, pour lesquels la concurrence a été jugée insuffisante. En d'autres termes, la réglementation relative au contrôle des prix de revient est limitée aux procédures de négociation de gré à gré ; elle est par conséquent particulièrement applicable aux marchés de la défense, placés très majoritairement dans le cadre de ces procédures, que ce soit en montant ou en nombre.

Le Code des marchés publics du 7 mars 2001 prévoyait, dans son article 126, un droit d'accès de l'autorité publique aux comptes des entreprises titulaires de certains marchés, notamment ceux qui sont marqués par l'importance du secret⁹ ; mais il ne s'agit là que d'une faculté ouverte aux services de l'Etat, qu'il faut mettre au regard de l'article 127 prévoyant que ce droit d'accès est conditionné par l'insertion dans les documents contractuels de la référence aux obligations prévues à l'article 126. En d'autres termes, il n'y a de possibilité de contrôle qu'à la condition que celui-ci ait fait l'objet d'un accord contractuel entre les parties, c'est-à-dire qu'il soit accepté (et autorisé) par l'entreprise susceptible d'être contrôlée.

En dehors du Code, les textes de référence sont une instruction de 1964 et une directive de 1971.

L'instruction du 15 octobre 1964 prise au titre de l'application de l'article 54 de la loi n°63-156 du 23 février 1963 instituant un droit de contrôle des prix de revient pour certains marchés prévoit une possibilité de contrôle des marchés publics négociés de gré à gré ; toutefois, l'instruction limite la portée du contrôle avec ces deux dispositions :

- l'administration n'est pas tenue d'exercer un contrôle : elle n'use de ce droit de contrôle que si elle le juge opportun ;
- le droit de contrôle ne concerne que les seuls contrats conclus : *« ce droit naît donc après la conclusion des marchés. Il en résulte tout d'abord qu'aucun contrôle ne peut être exercé avant la conclusion du marché (il ne peut donc servir pour la fixation initiale des prix de celui-ci) ; en second lieu, le contrôle ne peut être utilisé pour remettre en cause le contrat initial, et notamment les conditions de prix que celui-ci prévoit »* (Instruction du 15 octobre 1964, J.O. du 30 octobre 1964, p. 134).

⁸ L'observation et la théorisation des différentes formes de prix dans les marchés d'armements a été initiée par F.M. SCHERER dans son ouvrage publié en 1964. SCHERER, 1964, *op. cit.*

⁹ Ces dispositions, qui concernent « les marchés de travaux, fournitures ou études pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre d'entreprises compétentes, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement », sont identiques, à un alinéa près, à celles de l'article 233 de l'ancien Code. La différence entre l'art. 233 de l'ancien Code et l'art. 126 du Code de 2001 réside dans le fait que la disposition donnant au ministre des finances et au ministre chargé du secteur intéressé le pouvoir de définir par arrêté les documents comptables exigibles du cocontractant a disparu dans l'art. 126.

L'instruction fait du contrôle un instrument *a posteriori*, dont la portée mérite discussion. Ce texte présente la vocation du contrôle *a posteriori* comme permettant de calculer les prix définitifs dans les marchés à prix provisoires ou d'accumuler des informations qui pourront être utiles dans la passation de marchés ultérieurs sur la même prestation ou sur une prestation dérivée de la première (comme la commande de pièces détachées d'un ensemble).

La portée de l'instruction du 15 octobre 1964 est limitée, dans la mesure où le contrôle des coûts de revient n'est pas pensé comme un instrument instituant une capacité des organes publics acheteurs de réduire leur asymétrie informationnelle vis-à-vis de leurs fournisseurs en matière de coûts de revient des prestations.

L'étroitesse du contrôle *a posteriori* organisée par l'instruction de 1964 est confirmée dans une circulaire du 26 juillet 1971 relative à la pratique des analyses de coûts dans les marchés publics : cette circulaire précise que le contrôle peut être réalisé si l'administration le juge opportun, mais qu'il ne doit pas être de nature à remettre en cause le marché existant. Il ne peut servir qu'à dégager des « *éléments d'information utiles à la négociation de contrats ultérieurs* » (circulaire du 26 juillet 1971, p. 145). Quant à l'analyse *a priori* que cette circulaire évoque, ayant un caractère pré contractuel, elle ne peut être source d'obligations contractuelles du fournisseur de l'Etat en matière d'engagements à divulguer des informations comptables ou économiques. La circulaire précise laconiquement, sans prévoir de dispositifs concrets permettant de donner une force opératoire à ce principe, que l'analyse de coûts *a priori* est « *la condition nécessaire d'une négociation sérieuse des prix de contrats portant sur des prestations élaborées et [que] les acheteurs du secteur public doivent s'efforcer de la mettre en œuvre de façon plus systématique.* » (*Ibid.*, p. 145).

On peut constater que la mise en œuvre des textes relatifs au contrôle des coûts de revient s'avère moins contraignante que ce que pouvaient laisser anticiper les dispositions du Code des marchés publics. Il faut néanmoins préciser que lorsque l'Etat traitait il y a quelques décennies avec des entreprises sous contrôle public, l'exercice des pouvoirs de la tutelle permettait d'accéder aux données de coût des établissements relevant d'une logique d'arsenal ; mais dans un contexte différent, marqué par le relâchement du lien tutélaire avec les fournisseurs de matériels de guerre, l'application des textes devient une opération problématique. Force est d'admettre que des textes conçus dans un système d'économie administrée ne sont plus réellement adaptés à un système libéralisé, et n'atteignent pas le niveau requis par l'exercice d'un contrôle renforcé sur des monopoles privés ; la profondeur des dispositifs prévus dans le Code américain des marchés publics (*Federation Acquisition Regulation*), qui portent véritablement sur des monopoles privés réglementés, est loin d'être atteinte en France¹⁰. Or, les perspectives d'évolution des dispositifs français relatifs au contrôle des coûts sont contraintes par la trajectoire réglementaire des marchés publics et les positions du Conseil d'Etat – sollicitées par les parties intéressées dans l'industrie – sur des tentatives de changement de règles par les pouvoirs publics.

A titre d'exemple significatif, le ministre de la défense, le ministre de l'Economie et des Finances ainsi que celui chargé de l'industrie et des télécommunications ont pris en 1996 des arrêtés touchant aux conditions du contrôle des données relatives aux coûts de revient des entreprises et à la définition d'une norme de forfaitisation de certaines charges indirectes, en l'occurrence des frais d'approvisionnement. Ces arrêtés durcissaient les termes du contrôle exercé par les autorités publiques au titre de l'article 223 de l'ancien Code des marchés publics¹¹. L'objet des arrêtés était en la matière de poser des principes clairs quant aux obligations des entreprises en termes de transmission de données certifiées et de définir des règles de forfaitisation des dépenses d'approvisionnement relatives aux opérations générales d'achat et des frais hors production. A cet égard, l'article 5 de l'arrêté du 5

¹⁰ Sur ce point, nous renvoyons à notre ouvrage : T. KIRAT, D. BAYON, H. BLANC, Maîtriser les coûts des programmes d'armement. Une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels de la défense (France, Etats-Unis, Royaume-Uni), Paris, La Documentation française, 2003.

¹¹ Correspondant à l'art. 126 du Code de mars 2001.

mars 1996 définissant le cadre général dans lequel sont déterminés les coûts de revient des prestations des sociétés intervenant dans le domaine aéronautique et spatial précisait que :

« ... le contrôle des frais de production est effectué en fin d'exécution de chaque prestation ou groupe de prestations des marchés ou d'un programme visé à l'article 2, en utilisant directement le système de comptabilité générale et de comptabilité analytique d'exploitation de l'entreprise, ainsi que ses méthodes d'enregistrement des coûts et de suivi des affaires, tel que celui-ci est pratiqué à l'intérieur de l'entreprise par les responsables de ces affaires...

L'organisme fournit à l'administration... le descriptif, suffisamment détaillé... de son système comptable et de ses méthodes d'enregistrement des coûts et de suivi interne des affaires mentionnées à l'alinéa précédent ; ce descriptif précise notamment la délimitation de ses frais de production et de ses frais hors production...

Une contre-expertise sur le dispositif comptable et les méthodes d'enregistrement des coûts et de suivi interne des affaires peut être effectué à la demande et à la charge de l'administration ou du service enquêteur. » (art. 5 de l'arrêté du 5 mars 1996).

L'article 6 de l'arrêté prévoyait que « *Les dépenses d'approvisionnement relatives aux opérations générales d'achat sont rémunérées forfaitairement* » ; l'article 7 disposait que le taux des frais hors production (comprenant notamment les frais de distribution, les frais d'administration générale, les charges financières et les dépenses d'études libres) « *...est fixé forfaitairement ... en fonction des derniers frais hors production contrôlés pour chaque entreprise, ou par branche d'activité au sein de l'entreprise* ».

Les entreprises d'armement, par l'entremise du Conseil des industries de défense française (CIDEF), ont obtenu l'annulation de ces arrêtés par le Conseil d'Etat. Les arrêts du Conseil d'Etat CIDEF N°191514 et 191515 rendus en date du 17 décembre 1999 limitent considérablement le pouvoir de réglementation des marchés d'armements. Ces deux arrêts, en l'occurrence, retiennent l'argument avancé par le CIDEF selon lequel les ministres concernés, dont le ministre de la défense,

« ont excédé le champ de l'habilitation qu'ils détenaient en vertu des dispositions ... de l'article 223 du Code des marchés publics notamment en édictant le principe d'une rémunération forfaitaire pour certains coûts de production et en excluant d'autres du calcul des prix des produits vendus » (*CIDEF c/ ministre de la Défense*, CE, 17 décembre 1999).

L'annulation des arrêtés concernés par le Conseil d'Etat est significative de l'importance des contraintes, voire des impossibilités, pour le ministère de la défense d'exercer un contrôle économique effectif des entreprises du secteur de l'armement et de définir des normes contractuelles équivalentes à celles pratiquées au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

SECTION 2 – LA DETERMINATION DU PRIX DES MARCHES

Il est important de comprendre ce qu'est le prix dans un marché de la défense. La terminologie consacrée dans la pratique administrative renvoie en effet au « prix du marché » et au mécanisme de « convenue de prix ». La première expression renvoie au montant du marché, et la deuxième au processus de définition des éléments du marchés qui aboutissent à un montant global des prestations.

1 – Les formes de prix des marchés

Le Code des marchés publics (art. 16 à 18 du Code de janvier 2004 et du Code de mars 2001) prévoit que le prix d'un marché peut être « provisoire » ou « définitif » ; il peut également être « ferme », « révisable » ou « actualisable ».

Un prix est « définitif » lorsqu'il a été établi par les cocontractants préalablement au début de l'exécution du marché. La norme est que, sauf circonstances prévues par le Code, les marchés sont conclus à prix définitif. Les exceptions à ce principe, précisées à l'art. 18 du Code des marchés publics, concernent quatre catégories de situations :

- lorsque le marché porte sur des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle, et a un caractère d'urgence impérieuse ou est soumis à des aléas techniques importants, et que le marché doit commencer à être exécuté alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible (art. 18-1),

- lorsque les services ne disposent pas encore des résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur (art. 18-2),
- lorsque, s'agissant d'un marché à tranches conditionnelles, les prix des dernières tranches doivent être fixés au vu des résultats non encore connus d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, elles-mêmes conclues à prix définitif (art. 18-3),
- enfin, lorsque le candidat ou la personne responsable du marché remet en cause les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs, et que la personne responsable du marché ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs (art. 18-4).

Pour autant, un prix « définitif » n'est pas synonyme de « montant à payer au fournisseur » au terme de l'exécution du contrat : le prix définitif n'équivaut pas forcément au prix de règlement du marché par le comptable public. En effet, un prix définitif peut être « ferme », « ajustable », ou « révisable » :

- un prix ferme est un prix ni ajustable ni révisable, et doit être la norme pour les marchés passés dans un contexte économique calme et peu perturbé : l'article 17 du Code des marchés évoque la situation où « *cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.* »
- Dans le cas des prix ajustables ou révisables, la finalité des mécanismes d'ajustement ou de révision est de « *tenir compte des variations économiques* ». Les conditions de ces mécanismes sont fixées par décret.

En définitive, un prix est « ferme » lorsqu'il ne peut être modifié en cours d'exécution du marché, alors qu'un prix est « ajustable » ou « révisable » lorsque le marché comporte une clause d'ajustement ou de révision censée mettre le cocontractant de l'Etat à l'abri de la « variation des conditions économiques ».

2- Les mécanismes de révision des prix

Le prix d'un marché peut être soit « ajustable », soit « révisable ».

- un prix est « ajustable » s'il est basé sur un indice de prix,
- un prix est « révisable » s'il est basé sur un indice de coût.

Dans le cas français, les prix ajustables sont peu – voire pas du tout – utilisés, pour des raisons qui tiennent à l'héritage de la politique économique d'Antoine Pinay dans les premières années de la 5^{ème} République. Les prix révisables concernent, à l'opposé, un très grand nombre de marchés de la défense, notamment de longue durée. On les estime à 60% des marchés de la DGA.

Le dispositif de révision des prix des marchés publics est étroitement lié au souci qu'ont eu les pouvoirs publics de mettre les cocontractants de l'Etat à l'abri des phénomènes inflationnistes, en leur donnant la possibilité d'adapter le prix du marché à l'évolution des coûts du travail et des inputs du processus de production. Dans le langage de la réglementation, il s'agit de « tenir compte des variations des conditions économiques ». Techniquement, les clauses de révision des prix des marchés sont basées sur une formule mathématique paramétrique, composée : d'une part fixe (c'est-à-dire d'une part non révisable), d'un indice de coût du travail, et d'un indice de coût des produits industriels entrant dans le processus de production. A cet égard, le texte de référence est le décret n°2001-738 du 23 août 2001¹² qui précise, dans son article 3 :

¹² Pris en application de l'article 17 du Code des marchés publics et relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations des conditions économiques (J.O. du 24 août 2001). Ce texte abroge le décret antérieurement en vigueur (décret n°77-992 du 23 novembre 1979 pris en application de l'article 79 du Code des marchés publics et relatif aux conditions dans lesquelles les marchés de l'Etat et de ses établissements publics autre que ceux ayant le caractère industriel et commercial peuvent tenir compte des variations des conditions économiques).

« un marché est conclu à prix révisable lorsqu'il prévoit que le prix de règlement est calculé par application au prix initial figurant dans le marché d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation.

La formule de révision doit représenter conventionnellement les éléments du coût de la prestation concernée et doit inclure un terme fixe dont la valeur minimale est de 12,5 % du prix initial. (...) »

La formule typique de révision de prix est :

$$P = P_0 [x + y(aM/M_0 + bS/S_0 + cP_{sd}/P_{sdo} + d...)]$$

où P est le prix révisé, P₀ le prix initial, x le terme fixe qui ne peut être inférieur à 0,125, et a,b,c,d les paramètres représentatifs des éléments du coût (avec a+b+c+d+...=1).

Les marchés de la défense recourent habituellement à une part fixe de 0,125, à un indice synthétique du coût de la main-d'œuvre pour ¾ et à un indice de coût des inputs pour ¼. Un seuil de déclenchement de la formule de révision est habituellement fixé à 5%.

Dans le domaine de la révision des prix ont-elles une importance économique, la France est un cas spécifique parmi les pays disposant d'une industrie d'armements : la spécificité – qui concerne tous les marchés publics – est de mettre les fournisseurs de l'Etat « à l'abri des variations des conditions économiques », c'est-à-dire à transmettre dans le prix payé par l'Etat les évolutions des coûts du travail et des consommations intermédiaires. Si l'on compare la règle française avec celle pratiquée dans les marchés publics en Grande-Bretagne, on découvre que la doctrine en vigueur outre-Manche revient à exclure, sauf cas exceptionnel, le recours à des indices de coût. L'idée fondamentale qui a motivé la préférence des pouvoirs publics britanniques pour les indices de prix est que l'indexation des prix sur des indices de coûts ne conduit qu'à refléter l'évolution du coût des consommations intermédiaires, et non pas celle de l'efficacité de leur utilisation, ce qui est *a contrario* une vertu des indices de prix. De ce point de vue, les normes françaises arc-boutées sur la conviction que les prix des règlements des marchés publics doivent être indexés sur les transformations des conditions économiques, conduisent à la définition de formules de révision des prix basées sur les prix des inputs, et exonèrent pour une large part les titulaires de marché de certaines incitations à l'efficacité économique. Cette dernière supposerait que les marchés soient passés soit à prix ferme, soit à prix ajustable sur la base d'indices de prix. Les autorités britanniques ont, rappelons le, imposé le recours à des indices de prix et, par ailleurs, à des prix fermes – donc non ajustables – pour les marchés d'une durée inférieure à 5 ans.

La situation française est complexe dans la mesure où une éventuelle réforme des mécanismes de révision des prix ne pourra pas être accomplie sans difficultés.

En effet, dans l'hypothèse où les pouvoirs publics souhaiteraient adopter les normes anglaises, leur effort dans ce sens se heurterait aux dispositions de l'article 79 du Code des marchés publics et, surtout, du décret du 23 août 2001 mentionné précédemment. La Délégation générale pour l'armement a en l'occurrence tenté, à la fin des années quatre-vingt dix, d'imposer le recours à des prix fermes ou à des indices de prix plutôt qu'à des indices de coûts : cette tentative s'est avérée vaine, du fait de l'annulation de la mesure par le Conseil d'Etat suite à l'action en annulation pour excès de pouvoir du Comité des industries de défense françaises (CIDEF).¹³

Enfin, il n'est sans intérêt de signaler que le principe des prix ajustables se heurte à l'héritage de la politique économique d'Antoine Pinay dans les deux premières années de la 5^{ème} République. La visée de Pinay, alors ministre des finances, était de commencer à mettre un terme à l'indexation des salaires et des prix réglementés sur l'inflation : or, l'indexation reposait sur des indices de prix. Cette mesure de politique économique était exprimée dans l'ordonnance n°85-1374 du 30 décembre 1958 et, surtout, dans l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959. Ces mesures d'abrogation des dispositions

¹³ La directive du délégué générale pour l'armement du 15 mai 1997 prévoyait en effet que « les marchés d'études ou de prestations de service quelle que soit leur durée, ainsi que les marchés de production ou de fourniture, d'une durée globale inférieure à trois ans, seront passés à prix ferme », et que « les marchés de production ou de fourniture dont la durée totale excède trois ans seront passés : - soit à prix ferme ; soit à prix ajustable. ». Le Conseil d'Etat, considérant que « ces dispositions présentent... un caractère réglementaire ; qu'aucun texte ne donne au délégué général pour l'armement compétence pour édicter de telles règles... », annule la directive. Conseil des industries de défense françaises, CE, 20 déc. 2000, concl. M. Savoie.

législatives ou réglementaires tendant à l'indexation automatique des prix de biens ou de services ont été exprimées dans le décret du 23 novembre 1979 et codifiées dans le Code monétaire et financier (art. L-112-1 à 4 du Code monétaire et financier).

3 – Les composantes et les bases de détermination du prix d'un marché d'armements

Le prix de prestations comprises dans un marché d'armements est composé de trois types d'éléments qui s'imbriquent dans une formule de prix : les « éléments de base d'ordre technique » (EBOT), les « taux horaires synthétiques » et les « éléments comptables de valorisation » (ECV).

Dans les années quatre-vingt dix, lorsque la dépense d'équipement du ministère de la défense a été placée sous la surveillance de la Cour des comptes, les ECV n'existaient pas : leur prédécesseurs étaient des « éléments généraux de coûts » (EGC). Dans les dispositifs en vigueur tels que la Cour des comptes les a analysés en détail dans son rapport public de 1997, la détermination du prix d'une prestation combinait des EBOT spécifiques à chaque marché et des EGC spécifiques à chaque entreprise, établis par le service d'enquête des coûts de l'armement. Or, la Cour des comptes a constaté que :

- la fréquence de révision des EGC était insuffisante,
- le dispositif conduisait à une « distorsion entre les coûts réels et ceux retenus par les EGC »,
- les coûts de production étaient davantage le produit de négociations avec l'industrie que le résultat de l'analyse de la comptabilité de l'industriel,
- la mise à jour des EGC était trop souvent négociée avec l'industriel, voire intégraient des données à caractère prévisionnel, elles-mêmes négociées.

La conclusion à laquelle la Cour des comptes a abouti en la matière était que : « Les conditions d'établissement des EGC ont donc conduit les négociateurs (de marchés, Nda) à se servir d'éléments généraux de coûts de plus en plus déconnectés des comptes réels de l'entreprise. » (rapport public 1997).

Suite à cette évaluation, les services de la DGA et du Contrôle général des armées ont introduit une réforme importante du dispositif, en remplaçant les EGC par des ECV, censés être articulés à la comptabilité analytique des entreprises. Les ECV ont été définis par un groupe de travail de la DGA et du CIDEF et sont destinés à la négociation des devis proposés par les industriels dans le cadre de la préparation de marchés négociés. Néanmoins, la réglementation des enquêtes de coût¹⁴ organisant le contrôle essentiellement *a posteriori*, la négociation des ECV devis se fait sans base réglementaire solide.

4 – La convenance du prix dans les marchés

Il importe maintenant de préciser comment se déroule le processus de négociation du prix dans les marchés passés en procédure négociée. Les éléments qui suivent concernent les procédures en vigueur avant la promulgation du Code des marchés publics de 2004.

Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code des marchés, la passation de marchés négociés de gré à gré devait être précédée de négociations dont la Commission spécialisée des marchés « aéronautique, mécanique, matériel électrique et armement » était attentive à la réalité et à la portée quant aux réductions obtenues par les services de l'Etat sur les propositions émises par l'industriel.

¹⁴ Plus précisément, il s'agit de l'arrêté du 20 décembre 2000 définissant le cadre général dans lequel sont déterminés les coûts et coûts de revient des prestations des sociétés intervenant dans le domaine aéronautique et spatial et des domaines des télécommunications et de la construction électronique (L.O. du 29 décembre 2000).

Le processus de convenance des prix était initié par une demande des services de l'Etat invitant le titulaire pressenti, souvent en position de monopole et de fournisseur incontournable, à faire des propositions à partir d'un cahier des charges exprimant les besoins de l'Etat. Ces propositions étaient examinées par les services de l'Etat, à la lumière de deux types de données de comparaison : d'une part, des bases de données issues d'enquêtes de coût et d'autre part, des marchés antérieurs passés pour des prestations suffisamment proches pour permettre des comparaisons significatives.

Les propositions de l'industriel établissent le niveau sur lequel s'organise la négociation, au cours de laquelle les services de l'Etat tendent d'obtenir des prix inférieurs, qu'ils portent sur les éléments de liste, sur la valorisation des EBOT, ou sur les coefficients appliqués aux différents éléments. Les rapports de présentation des projets de marché à la commission spécialisée des marchés quantifient et justifient scrupuleusement les réductions obtenues.

Après avoir obtenu l'aval de la commission spécialisée des marchés, le marché était notifié à l'industriel. La première page du marché comprend la stipulation du « montant T.T.C. du marché », dont les clauses relatives au prix précisent qu'il s'agit d'un « montant maximum ».

5- Du prix du marché au règlement de la dépense : la délicate rencontre de la comptabilité publique et de la comptabilité privée

Les clauses relatives aux prix ne permettent pas d'établir avec certitude et précision le coût pour l'Etat de la réalisation des prestations : en effet, dans des marchés complexes et pluriannuels, il n'est souvent pas possible de déterminer autre chose que des mécanismes de détermination des prix. Le prix du marché peut être incertain *a priori*, cependant la marge tolérée par le ministère de l'économie et des finances ne doit pas dépasser le rapport de 1 à 4. Dans ces marchés complexes, les prix sont plus souvent *déterminables* que *déterminés*, compte tenu :

- que certains éléments du marché sont rémunérés en fonction de variables, par exemple dans les marchés de maintien en condition opérationnelle des avions militaires dans lesquels le prix à payer est fonction du nombre d'heure de vol des matériels,
- que d'autres éléments font l'objet de bons de commande, l'Etat n'étant pas en mesure de programmer avec précision les besoins futurs,
- que les marchés (via le cahier des clauses techniques particulières) définissent de manière ouverte les conditions dans lesquelles des retards de livraison ou de réalisation de prestations sont acceptables de la part de l'industriel et l'exonèrent du régime contractuel des pénalités de retard.

Pour les services de l'Etat, qu'ils soient ordonnateurs ou organes de contrôle interne ou externe, le « montant du marché » exprime le volume de ressources publiques, imputées à des chapitres et articles budgétaires établis par la loi de finances, associées à des opérations budgétaires d'investissement, que l'Etat entend allouer à la réalisation de missions. Le « montant du marché » avant tout un plafonnement de la dépense publique allouée à une ou des missions précisément définies.

Or, rien ne permet d'affirmer que les titulaires de marchés publics partagent avec l'Etat cette acception du « montant du marché ». Il semble possible de considérer que la somme budgétée soit entendue comme le montant d'une créance sur l'Etat, ou d'un « droit de tirage » dont l'épuisement relève d'une logique d'entreprise du secteur marchand.

En effet, le montant maximum du marché est censé être, du point de vue de l'Etat, la limite supérieure de paiement de prestations dont le paiement est définissable, pour une part plus ou moins importante du marché, à partir de formules de prix convenues contractuellement. En règle générale, la formule de prix comprend une part variable, par exemple sous la forme de paiements indexés à l'heure de vol dans les marchés passés pour la fourniture des rechanges et de prestations de maintenance des avions militaires.

Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple d'un marché dont le montant s'élève à 500 M€ et imaginons que le prix des prestations effectivement assumées par le cocontractant s'élève finalement à 470 M€. En toute rigueur, et si les services de l'Etat avaient la capacité d'évaluer avec précision le coût effectif des prestations, le marché devrait être réglé par le comptable public à hauteur de 470 M€. En réalité, le montant du marché est en règle générale intégralement réglé au fournisseur. Comment cela est-il possible ?

Un élément de réponse peut être trouvé dans les conditions dans lesquelles les services de l'Etat exercent la supervision de l'exécution des prestations. En schématisant, les contrôles de l'Etat sont de deux types : un contrôle technique de l'exécution, dans lequel les considérations économiques ou comptables ne sont pas présentes ; un contrôle de la régularité formelle de la dépense par le comptable public. Il s'agit là d'un trait structurel du contrôle de l'exécution des marchés, qu'un spécialiste des marchés industriels de la défense signalait déjà en 1963 : Jacques Daumard insistait en effet sur l'absence de pouvoir de décision du service de surveillance sur l'exécution administrative du marché et sa concentration sur la supervision de la qualité *technique* de la prestation.¹⁵ Quant au contrôle budgétaire des marchés, il met au premier plan les agents comptables dont la mission est de liquider la dépense engagée après service fait. Or, l'attestation de la réalisation des prestations émane des services techniques, qui concourent à l'appréciation de l'exécution par le titulaire de ses obligations d'un point de vue technique. Ils fournissent des informations qui permettent au service liquidateur de la dépense de considérer que le service est fait. L'action du service liquidateur est limitée à la vérification que les demandes de règlement reçues du titulaire du marché sont dans les limites des ressources contenues dans les lignes d'imputation budgétaire prévues et du montant maximum du marché.

En matière de suivi des conditions d'exécution des marchés, les contrôles de l'Etat sont principalement centrés sur la vérification de la régularité de la procédure d'engagement et de liquidation de la dépense, et peu orientées vers la surveillance du fournisseur, dont les conditions économiques réelles ne sont pas connues.¹⁶

CONCLUSION

La théorie économique de la réglementation connaît bien le mécanisme que l'économiste George Stigler¹⁷ a qualifié de « capture du régulateur », qui renvoie à des mécanismes par lesquels les destinataires de la réglementation actionnent des leviers permettant d'orienter les règles à leur profit.

Nous pouvons considérer, ici, un genre particulier de « capture », qui passe par le levier du contentieux de légalité porté devant le Conseil d'Etat, saisi par une organisation professionnelle des industries de défense, soucieuse de préserver le *statu quo* réglementaire des marchés de la défense.

En effet, alors que le contentieux de l'exécution des marchés publics de fournitures et, surtout, de travaux dans le domaine civil est un phénomène fréquent, le contentieux relatif aux marchés de la défense est exclusivement un contentieux de légalité. Les textes réglementaires comme les directives du Délégué général pour l'armement remettant en question le *statu quo* sont systématiquement contestés, avec succès, devant le Conseil d'Etat.

Ce constat appelle une réflexion sur le processus d'élaboration de la réglementation. La spécificité du ministère français de la défense réside dans le fait que la réglementation spécifique aux marchés

¹⁵ J. DAUMARD, Les marchés industriels des départements de la Défense nationale. Contribution à la théorie générale des marchés, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome LII, 1963, pp. 114-115.

¹⁶ Ainsi, on comprend pourquoi le service de surveillance n'a pas la capacité d'intervenir sur le calcul des révisions de prix, qui est une prérogative du service liquidateur. On comprend également pourquoi le résultat d'une enquête de coûts *a posteriori* ne peut servir de base à la remise en question du prix du marché.

¹⁷ George J. STIGLER, The Theory of Economic Regulation, Bell Journal of Economic and Management Science, n°2 (1), 1971, pp. 3-21.

d'armements est élaborée, non pas par la Direction des affaires juridiques, mais par le Contrôle général des Armées.

Le Contrôle général des Armées est une institution importante du ministère de la défense. Il consacre l'avancement dans la carrière des officiers supérieurs. Une composante du Contrôle général est chargée de la réglementation et des affaires industrielles, pris en charge par des officiers supérieurs dont la formation juridique n'est pas une condition d'accès aux responsabilités en la matière. C'est vraisemblablement dans la faible anticipation de la position du Conseil d'Etat que résident un certain nombre de dispositions qui, dans l'arrêté de 1996 mentionné précédemment, ne pouvaient qu'aboutir à son annulation pour excès de pouvoir.

Par ailleurs, la Délégation générale pour l'armement, dont une direction est spécialisée dans les méthodes d'acquisition et emploi des ingénieurs de l'armement de haut niveau, ne comporte pas de service juridique. Faute de précautions juridiques, la directive du délégué à l'armement prise en mai 1997 et relative aux formules de prix dans les marchés offrait une prise évidente à l'annulation par le Conseil d'Etat.

En définitive, les marchés publics de la défense sont régis par les acteurs dont la culture militaire (pour le Contrôle général des Armées) et technique (pour la Délégation générale à l'armement) sont les garantes des capacités militaires françaises ; en revanche, la culture juridique des services du ministère de la défense mériterait d'être développée, d'autant plus que la Commission européenne développe des actions visant à la réforme des réglementations nationales des marchés passés pour les besoins de la défense.