

**Avis n° 25-A-07 du 14 mai 2025
portant sur un projet de décret relatif à l'attribution de droits
exclusifs et spéciaux à des opérateurs économiques chargés
d'accompagner le ministère des armées dans ses actions de
coopération militaire internationale**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 8 août 2024 sous le numéro 24/0062 A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis concernant un projet de décret relatif à l'attribution de droits exclusifs et spéciaux à des opérateurs économiques chargés d'accompagner le ministère des armées dans ses actions de coopération militaire internationale ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment ses articles 106 et 102 ;

Vu le livre IV du code de commerce, et notamment son article L. 462-2 ;

Vu le code de la commande publique ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les représentants d'entreprises et d'une organisation professionnelle du secteur de l'armement entendus sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Les rapporteuses, le rapporteur général adjoint, les représentants du ministère des armées et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 26 novembre 2024 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

Résumé¹

L’Autorité a été saisie par le ministre de l’économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique d’une demande d’avis sur un projet de décret relatif à l’attribution de droits exclusifs et spéciaux à des opérateurs économiques chargés d’accompagner le ministère des armées (ci-après, le « MINARM ») dans ses actions de coopération militaire internationale.

Le projet de décret prévoit que des opérateurs, désignés sous l’appellation « opérateurs de référence du ministère des armées » (ci-après, les « ORMA »), auront pour tâche d’accompagner le MINARM dans ses actions de coopération internationale militaire avec les États étrangers. Les ORMA seront amenés à réaliser des prestations de formation, d’entraînement, de maintien en condition opérationnelle ou de soutien dans le cadre d’actions de coopération au profit d’un État tiers, lorsque celui-ci fait face à une situation de crise ou de conflit armé, à l’occasion d’une opération d’exportation d’équipements de défense précisément identifiée ou dans le cadre d’un partenariat militaire opérationnel. Le projet de décret décrit le processus de sélection de l’ORMA et prévoit que ce dernier pourra faire appel à d’autres acteurs économiques pour mettre en œuvre la mission confiée.

L’Autorité a relevé que, compte tenu de l’évolution du contexte géostratégique et de son impact sur la demande des États partenaires, d’une part, et des capacités du MINARM, d’autre part, l’objectif d’externalisation par celui-ci d’une partie des activités en matière de coopération militaire auprès de prestataires identifiés et rapidement mobilisables peut revêtir un caractère d’intérêt général et justifier le recours à un système d’octroi de droits exclusifs par domaine (terrestre, maritime, aérien, spatial et de la cyberdéfense).

Toutefois, l’Autorité considère qu’en l’état de sa rédaction, le projet de décret ne lui permet pas de se prononcer avec certitude sur l’adéquation du système envisagé avec les règles de concurrence.

Tout d’abord, le projet soumis au présent avis ne permet pas à l’Autorité d’apprécier de manière suffisamment précise le périmètre de la mission d’intérêt général poursuivie, les modalités de l’octroi de droits exclusifs et/ou spéciaux justifié par ledit intérêt général, et la nature des activités concernées. Elle ne peut, en conséquence, conclure de manière certaine sur le caractère nécessaire et proportionné d’un tel octroi en l’espèce.

Ensuite, l’Autorité considère que la durée de dix ans prévue pour l’octroi des droits exclusifs et des droits spéciaux, associée à l’étendue de la zone géographique couverte par ces mêmes droits, est susceptible de conférer à l’octroi, tel qu’il est prévu par le projet de décret, un caractère disproportionné, de même que la procédure de sélection du bénéficiaire des droits exclusifs et/ou spéciaux ainsi que les modalités de sa rémunération.

Enfin, l’Autorité relève que, sur les marchés concernés par les droits exclusifs, le cumul des rôles de l’ORMA, d’une part, et l’incertitude concernant les règles de passation de marché par l’ORMA pour le choix des co-contractants et des sous-traitants, d’autre part, placent l’ORMA en situation d’abuser de sa position dominante. Sur les marchés concurrentiels, un risque similaire ne peut être exclu dans la mesure où la rédaction actuelle du projet de décret ne permet pas de lever tous les doutes quant aux marchés potentiellement affectés et à la mise en œuvre concrète de la séparation entre les activités concernées par les droits exclusifs et les activités concurrentielles.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de l’avis numérotés ci-après.

SOMMAIRE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION..... | 5 |
| I. CONSTATATIONS | 5 |
| A. LE SECTEUR DE L'ARMEMENT ET DE LA DÉFENSE | 5 |
| 1. LE SECTEUR DE L'ARMEMENT | 5 |
| 2. LES ENTREPRISES DE SÉCURITÉ ET DE SÛRETÉ | 7 |
| B. L'ENCADREMENT LÉGAL ET RÉGLEMENTAIRE DES SECTEURS DE LA DÉFENSE ET DE L'ARMEMENT | 8 |
| 1. EN DROIT DE L'UNION | 8 |
| 2. EN DROIT INTERNE | 10 |
| a) Les règles régissant la coopération militaire et d'exportation des équipements de défense | 10 |
| b) L'encadrement de l'activité des ESSD par le droit interne | 11 |
| c) Les règles applicables à la commande publique en matière de défense | 12 |
| C. LE PROJET DE DÉCRET RELATIF À L'ATTRIBUTION DE DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX À DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES CHARGÉS D'ACCOMPAGNER LE MINISTÈRE DES ARMÉES DANS SES ACTIONS DE COOPÉRATION MILITAIRE INTERNATIONALE..... | 13 |
| 1. OBJET ET OBJECTIF DU PROJET DE DÉCRET | 13 |
| 2. MODALITÉS PRÉVUES PAR LE PROJET DE DÉCRET | 14 |
| II. ANALYSE CONCURRENTIELLE..... | 15 |
| A. SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ANALYSE | 15 |
| 1. L'OCTROI DE DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX AUX OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES | 15 |
| a) Le champ d'application de l'article 106 du TFUE..... | 16 |
| b) Les conditions pour bénéficier de l'exception de l'article 106, paragraphe 2, TFUE | 18 |
| 2. L'APPRÉCIATION SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 102 DU TFUE | 19 |
| B. APPLICATION AU PROJET DE DÉCRET | 20 |
| 1. SUR LA MISSION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL POURSUIVIE | 20 |
| 2. LA NATURE DES ACTIVITÉS CONFIÉES AUX ORMA ET LES MODALITÉS D'OCTROI DES DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX Y AFFÉRENTS | 22 |
| a) Sur les prestations dévolues | 22 |
| b) Sur les modalités d'octroi des droits exclusifs et des droits spéciaux | 23 |
| 3. SUR LE CARACTÈRE NÉCESSAIRE ET PROPORTIONNÉ DES DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX OCTROYÉS..... | 25 |
| a) Sur le caractère nécessaire du dispositif | 25 |

| | |
|---|-----------|
| b) Sur la proportionnalité du dispositif | 26 |
| <i>La procédure de sélection du bénéficiaire des droits exclusifs ou spéciaux.....</i> | 26 |
| <i>La durée et la zone géographique d'octroi des droits exclusifs et/ou spéciaux.</i> | 27 |
| <i>Les modalités de financement de la mission d'intérêt général octroyée à l'ORMA</i> | 28 |
| 4. LE RISQUE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DES ORMA | 28 |
| a) Sur le marché concerné par les droits exclusifs | 29 |
| <i>Le cumul des rôles de l'ORMA.....</i> | 29 |
| <i>Les modalités de choix des co-contractants et des sous-traitants.....</i> | 31 |
| b) Sur les marchés concurrentiels | 32 |
| CONCLUSION..... | 34 |

Introduction

1. Par lettre enregistrée le 8 août 2024 sous le numéro 24/0062A, le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence (ci-après, « l'Autorité »), en application de l'article L. 462-2 du code de commerce, sur un projet de décret relatif à l'attribution de droits exclusifs et spéciaux à des opérateurs économiques chargés d'accompagner le ministère des armées (ci-après, le « MINARM ») dans ses actions de coopération militaire internationale.

I. Constatations

A. LE SECTEUR DE L'ARMEMENT ET DE LA DÉFENSE

1. LE SECTEUR DE L'ARMEMENT

2. Les matériels de guerre et assimilés comprennent des équipements matériels, comme immatériels, tels que des licences, des technologies et des informations². La notion de matériels de guerre couvre ainsi une large palette d'équipements, tels que des avions, des drones, des satellites, des navires, des sous-marins, des radars, des logiciels de simulation de guerre, des munitions, des véhicules de combat ou même des formations.
3. Le secteur de l'armement est mondialisé et très concurrentiel. Les entreprises américaines y sont fortement présentes. Selon les opérateurs économiques auditionnés, la prégnance des entreprises américaines est due en grande partie à leur modèle de financement. En effet, aux États-Unis, les forces armées dirigent un programme appelé *Foreign Military Sales* (FMS) pour lequel l'État se porte caution auprès des États clients.
4. Il est ressorti de l'instruction que, si certaines entreprises européennes comme Leonardo, BAE Systems ou KNDS sont considérées comme des opérateurs de premier plan dans le secteur de l'armement, elles sont toutefois de plus en plus concurrencées par des entreprises de Corée du Sud, de Turquie ou encore d'Israël.
5. En 2024, la France est devenue le deuxième exportateur mondial d'armement avec 11 % de parts de marché, derrière les États-Unis qui détiennent 42 %³. La base industrielle et technologique de défense (ci-après, la « BITD ») française regroupe près de 4 000 entreprises, dont une dizaine de dimension transnationale (Airbus Group, Dassault Aviation, Naval Group, Thales, MBDA, Arquus, Safran) et une grande majorité de petites et moyennes entreprises. Les grands groupes de défense sont des maîtres d'œuvre industriels,

² Les matériels de guerre et matériels assimilés sont répertoriés à l'annexe de l'arrêté du 27 juin 2012 modifié relatif à la liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à une autorisation préalable d'exportation et des produits liés à la défense soumis à une autorisation préalable de transfert.

³ <https://www.lesechos.fr/industrie-services/air-defense/la-france-devient-le-deuxieme-exportateur-mondial-d-armes-2081719>.

contractuellement responsables vis-à-vis de l'État de la réalisation des systèmes d'armes. Cet ensemble s'organise en filières ou en écosystèmes complexes, mêlant ensembliers-systémiers-intégrateurs (Airbus Group, Naval Group et Dassault Aviation par exemple), équipementiers (Safran, MBDA, Thales, etc.) et un vaste réseau de sous-traitants spécialisés⁴.

6. La BITD française a été structurée par la politique d'armement mise en œuvre après la seconde guerre mondiale par la France qui a privilégié la réponse au besoin exprimé par l'État-major des armées et par les armées, besoin qui portait sur des équipements de haute technologie fabriqués en petites séries⁵. Il est ressorti de l'instruction que cette stratégie a été revue en réaction au bouleversement stratégique induit par la crise énergétique, la pénurie des matières premières et l'agression russe contre l'Ukraine, afin d'adapter l'offre et l'outil de production pour l'orienter vers une logique de masse et de stocks, seule capable de donner aux armées les moyens de faire face à un conflit d'envergure⁶.
7. En conséquence, le soutien à l'exportation de l'armement est devenu un réel enjeu stratégique pour le MINARM. Il est désormais perçu comme l'un des moyens d'accroître la production des entreprises françaises d'armement et de diminuer les coûts de recherche et développement pour l'armée française. En effet, dans un contexte budgétaire contraint, le marché domestique français ne permet pas, à lui seul, d'assurer la pérennité de ses industries de défense.
8. Lors de leurs auditions par les services d'instruction, les opérateurs économiques du secteur ont souligné une forte évolution de la demande des États acheteurs. Tout d'abord, dans le contexte géopolitique actuel, notamment en Europe et au Moyen-Orient, la durée des procédures d'achat est considérablement réduite. Ensuite, les États acheteurs exigent le plus souvent désormais que les accords d'achat d'armement s'accompagnent de services associés, comme la formation ou le maintien en condition opérationnelle (ci-après, le « MCO »)⁷, permettant à leurs armées d'être plus rapidement opérationnelles. Enfin, les États acheteurs exigent fréquemment que les contrats commerciaux entre eux et les industriels soient accompagnés d'un accord d'État à État, appelé accord « GtoG » (pour « *Government to Government* »), qui leur permet de lutter contre la corruption, de s'assurer d'un prix raisonnable et d'une qualité garantie par l'armée française. Les accords GtoG permettent également aux États acquéreurs ayant une faible capacité d'appréhension de leurs besoins et

⁴ B. Rademacher, « Les industries françaises de défense », Parole d'expert, 27 septembre 2022, disponible sur le site « Vie publique » à l'adresse suivante : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/286199-les-industries-francaises-de-defense-par-benoit-rademacher>.

⁵ K. Savornin et F. Aubert, « Comment l'industrie de défense s'est mise en ordre de marche », Esprit défense n° 7, printemps 2023, p. 34, disponible sur le site du Ministère des armées à l'adresse suivante : <https://www.defense.gouv.fr/sites/default/files/ministere-armees/esprit-defense-numero-7-printemps-2023.pdf>.

⁶ Voir également, K. Savornin et F. Aubert, *op. cit.* note 5.

⁷ Le MCO regroupe l'ensemble des moyens et des procédures mis en place pour qu'un matériel reste, tout au long de sa durée de vie et conformément aux règles de sécurité, apte à l'emploi qui lui est assigné. Cette notion recouvre ainsi la maintenance à proprement parler – qu'elle soit préventive ou corrective –, mais également la gestion des référentiels techniques et des configurations, la fourniture de pièces et rechanges (et leur maintenance) et la gestion de la logistique afférente (stockage, transferts, etc.). Elle regroupe l'ensemble des moyens humains, techniques et budgétaires associés [source : Rapport d'information n° 4 (2024-2025) du Sénat du 2 octobre 2024 relatif au maintien en condition opérationnelle des équipements militaires, p. 19].

des procédures d’acquisition de bénéficier des compétences administratives et techniques de la France, notamment de la direction générale de l’armement (ci-après, la « DGA »).

2. LES ENTREPRISES DE SÉCURITÉ ET DE SÛRETÉ

9. Depuis le début des années 2010⁸, les entreprises privées qui fournissent des services dans le secteur militaire sont désignées sous les appellations d’entreprises de services de sécurité et de défense (ci-après, les « ESSD ») ou d’entreprises militaires et de sécurité privées. Selon le Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés⁹, ces entreprises sont définies comme des entités commerciales privées qui fournissent des services militaires et/ou de sécurité, comprenant en particulier la garde armée et la protection de personnes et d’objets (tels que les convois, les bâtiments et autres lieux), la maintenance et l’exploitation de systèmes d’armements, la détention de prisonniers et le conseil ou la formation des forces locales et du personnel de sécurité local¹⁰.
10. Il ressort d’un document intitulé « les entreprises de sécurité et de défense : présentation du marché », fourni par le MINARM, que le marché mondial des ESSD représentait environ 450 milliards d’euros en 2022, dont 63 % étaient issus de la dépense américaine.
11. Selon le rapport de présentation du projet de décret transmis à l’Autorité par le MINARM (ci-après, le « rapport de présentation »), il existe trois grands types de prestations offertes actuellement par les ESSD :
 - les prestations de sécurité (sécurisation des biens et des personnes dans un contexte de mondialisation et de digitalisation de l’économie) ;
 - les prestations « *business to business* » (B2B), qui regroupent plutôt des services « support » (services informatiques, services sur sites, etc.) ; et,
 - les prestations de défense (soutien opérationnel, formation et entraînement, équipements et systèmes d’armes, etc.).
12. Le développement des ESSD dépend en très grande partie de la politique de l’État en matière de défense et d’externalisation des activités qui ne constituent pas le cœur de métier des armées. En France, le marché des ESSD est très limité en raison de la faible externalisation des activités du MINARM. Ainsi, lors d’une audition organisée par les services

⁸ Voir rapport d’information n° 4350 de l’Assemblée nationale du 14 février 2012 sur les sociétés militaires privées.

⁹ Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées opérant pendant les conflits armés, 17 septembre 2008, publié par le département fédéral des affaires étrangères DFAE de la Confédération suisse et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Ce texte est un document intergouvernemental qui vise à promouvoir le respect du droit international humanitaire et du droit international relatif aux droits de l’homme dans tous les conflits armés où interviennent des entreprises militaires et de sécurité privées. 17 États, dont la France, l’ont approuvé par consensus le 17 septembre 2008 (voir, à cet égard, la page qui lui est consacrée sur le site du CICR à l’adresse suivante : <https://www.icrc.org/fr/publication/0996-document-de-montreux-sur-les-entreprises-militaires-et-de-securite-privees>).

¹⁰ *Ibid.*, préface, point 9, sous a).

d'instruction, le MINARM a indiqué que 31 % des dépenses militaires des États-Unis étaient externalisées, contre 12 % pour la France.

13. En matière de prestations de formation, il est ressorti de l'instruction que les industriels français d'armement proposent des formations initiales permettant une utilisation simple de leurs équipements. Certaines entreprises se sont spécialisées dans les prestations d'ingénierie pour ces industriels, rédigeant les supports de formation et les procédures de maintenance. Pour les formations académiques ou initiales, quelques entreprises généralistes peuvent fournir ce type de prestations, notamment Défense Conseil International (ci-après, « DCI »)¹¹ et Amarante. D'autres entreprises, de dimension plus modeste et spécialisées dans un aspect particulier de la formation, sont également présentes sur ce marché. Par exemple, l'entreprise SeaOwl a une spécialité forte dans la formation des plongeurs et les équipements liés à cette activité mais ne fournit pas de prestations portant sur d'autres types d'équipements.
14. En matière d'entraînement¹², compte tenu de sa proximité historique avec le MINARM, DCI est la seule entreprise française sur le marché disposant de l'expérience nécessaire.
15. En ce qui concerne le MCO, les opérateurs économiques interrogés distinguent trois volets principaux : le MCO provisoire effectué sur le terrain, le MCO effectué après le retour de l'équipement sur le territoire français et l'aide au développement des plans de maintenance des systèmes. Si les deux derniers volets sont souvent mis en œuvre par l'industriel ayant produit l'équipement ou par ses sous-traitants, le premier volet est plus délicat à effectuer car il demande une présence sur, ou à proximité, du site de combat. À ce jour, seule DCI est en mesure de fournir ce type de prestation.

B. L'ENCADREMENT LÉGAL ET RÉGLEMENTAIRE DES SECTEURS DE LA DÉFENSE ET DE L'ARMEMENT

1. EN DROIT DE L'UNION

16. Historiquement, l'Union européenne (ci-après, « l'Union ») ne disposait pas d'une véritable compétence en matière de défense. En effet, les questions de nature militaire sont intimement liées à l'activité régaliennes de l'État. Les États membres ont néanmoins progressivement reconnu la nécessité du développement d'une ligne commune sur certains aspects, ce qui a fait naître la politique étrangère et de sécurité commune (ou « PESC ») avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht en 1993. La possibilité pour l'Union d'agir en matière de politique extérieure s'est sensiblement renforcée avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne octroyant une personnalité juridique à l'Union. Si, au jour du présent avis, la

¹¹ La société DCI est un groupe disposant de plusieurs filiales actives dans les domaines divers de la défense. Elle a été créée en 1972, sous l'égide de l'État, et a travaillé en étroite coopération avec le MINARM depuis sa création. Depuis le mois de février 2024, la société DCI a fait l'objet d'une prise de contrôle par le groupe Adit, société de droit privé. L'État, actionnaire majoritaire de DCI depuis 2019, à hauteur de 55,56 %, a vendu 21,56 % du capital à Adit.

¹² À la différence des formations initiales, l'entraînement (ou les formations opérationnelles) vise un transfert de savoir-faire militaire relatif à l'utilisation de l'équipement en cause par des troupes dans une situation de combat. Les militaires ou d'anciens militaires sont les seuls à pouvoir fournir le savoir-faire militaire nécessaire pour entraîner les troupes des États partenaires.

compétence de l'Union en matière militaire et de défense reste une exception, ses contours ne cessent cependant de croître. L'Union a notamment fait preuve d'une activité croissante au sein du secteur de la défense. Depuis l'invasion de l'Ukraine par la Russie au mois de février 2022, de nombreux programmes et instruments ont été mis en place, parmi lesquels le fonds européen de défense¹³, l'action de soutien à la production de munitions¹⁴ ou encore l'instrument visant à renforcer l'industrie européenne de la défense au moyen d'acquisitions conjointes¹⁵.

17. Par décision du Conseil du 22 mars 2021¹⁶, l'Union a créé un instrument appelé « facilité européenne pour la paix », qui a pour objectif d'accroître sa capacité à prévenir les conflits, à consolider et préserver la paix et à renforcer la sécurité et la stabilité internationale. Cet instrument permet notamment la poursuite et le financement des projets communs dans le secteur de la défense. En son sein, le « comité de la facilité » définit les missions nécessaires et détermine les opérateurs auxquels celles-ci seront attribuées. Le choix des opérateurs attributaires est généralement fait parmi ceux qui ont précédemment été accrédités sur le fondement de l'article 62, paragraphe 1, sous c), alinéa vi), du règlement 2024/2509¹⁷ à la suite d'une évaluation telle que prévue par la décision C 191/02 de la Commission européenne (ci-après, la « Commission »)¹⁸. De cette manière, le dispositif mis en place au niveau de l'Union en matière de défense permet, dans certains cas, de passer par une sélection en deux temps : dans un premier temps, un certain nombre d'opérateurs sont accrédités et, dans un second temps, pour une mission particulière, une sélection rapide est faite entre les opérateurs accrédités.
18. En tout état de cause, la compétence limitée de l'Union en matière de défense n'empêche pas l'exercice par celle-ci de sa compétence en matière économique. De fait, seuls les éléments directement liés à l'activité régaliennes de l'État sont exclus de la compétence de l'Union. Or, dès lors qu'une activité revêt le caractère d'activité économique, même si celle-ci est cantonnée au secteur de la défense, l'Union retrouve sa pleine compétence et les

¹³ Le règlement (UE) 2021/697 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 établissant le Fonds européen de la défense et abrogeant le règlement (UE) 2018/1092 (*Journal officiel de l'Union européenne* L 170, du 12 mai 2021, p. 149) vise à encourager la compétitivité, l'efficacité et la capacité d'innovation de la base industrielle et technologique de défense européenne dans l'UE. Il dispose d'un budget total de 7,953 milliards d'euros pour la période 2021-2027.

¹⁴ Le règlement (UE) 2023/1525 du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 2023 relatif au soutien à la production de munitions (ASAP) (*Journal officiel de l'Union européenne* L 185, du 24 juillet 2023, p. 7) met en place un instrument de soutien direct à la capacité de production de munitions d'un montant de 500 millions d'euros.

¹⁵ Le règlement (UE) 2023/2418 du Parlement européen et du Conseil du 18 octobre 2023 relatif à la mise en place d'un instrument visant à renforcer l'industrie européenne de la défense au moyen d'acquisitions conjointes (EDIRPA) (*Journal officiel de l'Union européenne* L, 2023/2418, du 26 octobre 2023) met en place un instrument d'acquisitions conjointes de défense doté d'un budget de 310 millions d'euros.

¹⁶ Décision (PESC) 2021/509 du Conseil du 22 mars 2021 établissant une facilité européenne pour la paix, et abrogeant la décision (PESC) 2015/528 (*Journal officiel de l'Union européenne* L 102, du 24 mars 2021, p. 14).

¹⁷ Règlement (UE, Euratom) 2024/2509 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2024 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (refonte) (*Journal officiel de l'Union européenne* L, 2024/2509, du 26 septembre 2024).

¹⁸ Décision de la Commission du 17 avril 2019 établissant de nouveaux termes de référence pour la méthode d'évaluation des piliers à utiliser au titre du règlement (UE, Euratom) 2018/1046 du Parlement européen et du Conseil (*Journal officiel de l'Union européenne* C 191, du 6 juin 2019, p. 2).

règles générales de droit de l'Union s'appliquent, notamment la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux¹⁹ et la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics²⁰.

19. L'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE ») prévoit une exception à l'application des règles générales du TFUE en matière de défense. En effet, il dispose que :

« [l]es dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après :

 - a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,
 - b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ».
20. Pour limiter l'utilisation de cette exception – qui est, par ailleurs, d'interprétation stricte – tout en permettant l'émergence d'un marché européen des produits de défense, le législateur de l'Union a instauré un régime *ad hoc* de passation des marchés publics de défense dans la directive 2009/81/CE relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité²¹.
21. Cette directive a été transposée en droit français par la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité²².

2. EN DROIT INTERNE

a) Les règles régissant la coopération militaire et d'exportation des équipements de défense

22. Les activités de coopération militaire et de participation à la politique d'exportation des équipements de défense sont régies par plusieurs dispositions du code de la défense.

¹⁹ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (*Journal officiel de l'Union européenne* L 94, du 28 mars 2014, p. 243).

²⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (*Journal officiel de l'Union européenne* L 94, du 28 mars 2014, p. 65).

²¹ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (*Journal officiel de l'Union européenne* L 216, du 20 août 2009, p. 76).

²² *Journal officiel* de la République française n° 0144 du 23 juin 2011.

23. L'article L. 1142-1 du code de la défense dispose que le ministre de la défense (MINARM) est responsable de la préparation et de la mise en œuvre de la politique de défense. Il ajoute que ce dernier est également chargé de la prospective de défense et qu'il contribue à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique d'exportation des équipements de défense.
24. L'article R. 3111-1 du même code précise que :
- « [d]ans l'exercice de ses attributions, le ministre de la défense est assisté :
- 1° Par le chef d'état-major des armées en matière d'organisation interarmées et d'organisation générale des armées, de choix capacitaires, de préparation et d'emploi des forces ;
- 2° Par le délégué général pour l'armement en matière de recherche, de réalisation d'équipements des forces, de relations internationales concernant l'armement et de politique industrielle concernant la défense ;
- 3° Par le secrétaire général pour l'administration dans tous les domaines de l'administration générale du ministère, notamment en matière budgétaire, financière, juridique, patrimoniale, immobilière, sociale et de ressources humaines ».
25. L'article R. 3121-2 dudit code ajoute que, sous l'autorité du ministre de la défense, le chef d'état-major des armées est responsable des relations internationales militaires.

b) L'encadrement de l'activité des ESSD par le droit interne

26. En France, les activités des ESSD ne sont pas réglementées en tant que telles mais sont limitées par les articles 436-1 et 436-2 du code pénal qui prohibent, respectivement, le mercenariat et les activités visant à recruter, employer, former ou rémunérer des mercenaires.
27. En revanche, toutes les opérations concernant les matériels de guerre proprement dits (conception, fabrication, commerce, importation, transit, exportation) sont interdites, sauf autorisation. Ainsi les entreprises d'armement et les ESSD qui utilisent ou exploitent des matériels de guerre et matériels assimilés – ce qui comprend également les prestations de formation opérationnelle spécialement conçues pour des applications militaires et les prestations de services de défense autres que de formation dès lors qu'elles font intervenir des matériels de guerre – sont soumises à autorisations préalables²³.
28. Il existe trois types de licences d'exportation : les licences individuelles²⁴, globales²⁵ et générales²⁶. L'examen de la demande d'obtention de licence adressée par un opérateur est conduit par les membres de la Commission interministérielle d'étude des exportations de matériels de guerre. Sont parties prenantes du processus d'attribution de l'autorisation, le Premier ministre, le ministère des affaires étrangères, le ministère des finances et le MINARM.

²³ Voir les articles L. 2332-1 et R. 2332-5 du code de la défense.

²⁴ Autorisation accordée à un opérateur en particulier, d'une durée de 3 ans.

²⁵ Autorisation accordée à un ou plusieurs opérateurs, pour une durée déterminée et renouvelée par tacite reconduction.

²⁶ Arrêté publié au *Journal officiel* de la République française, comportant une liste de produits, autorisant tout fournisseur ou exportateur établi en France à effectuer des exportations ou transferts de produits, sans limitation de quantité et de montant, vers une ou plusieurs catégories de destinataires.

c) Les règles applicables à la commande publique en matière de défense

29. Les marchés qui consistent, même partiellement, en la fourniture d'équipements destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre ou des services liés à ces équipements ou l'utilisation des matériels de guerre constituent des marchés de défense ou de sécurité au sens de l'article L. 1113-1 du code de la commande publique²⁷. Ces marchés sont soumis à des procédures de passation plus souples que les marchés classiques.
30. Dans certaines hypothèses²⁸, les contrats concernés peuvent échapper à l'essentiel des dispositions du code de la commande publique en raison de leur objet, notamment les marchés conclus selon des règles de passation particulières prévues par un accord international ou un arrangement administratif conclu entre au moins un État membre de l'Union et au moins un État tiers²⁹ ou des marchés passés par l'État et attribués à un autre État ou à une subdivision de ce dernier³⁰.
31. Pour les marchés de défense ou de sécurité, les accords-cadres sont régis par les articles L. 2325-1 et R. 2362-1 à R. 2362-8 du code de la commande publique. Leur durée est limitée à sept ans, sauf cas exceptionnels. Il existe deux types de conventions-cadres en la matière : celles à bons de commande et celles à marchés subséquents. L'accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquents permet de répondre à des besoins définis de manière moins précise que les marchés à bons de commande et de mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre afin de bénéficier, pendant toute la durée de l'accord, de la meilleure qualité au meilleur prix.
32. Pour les contrats de défense et de sécurité, le code de la commande publique prévoit également un régime de sous-traitance et de co-contractualisation. L'article L. 2393-1, alinéa 1, de ce code définit le régime juridique applicable aux sous-contrats des marchés de défense ou de sécurité. Il dispose que le titulaire d'un marché de défense ou de sécurité peut, sous sa responsabilité, confier à un autre opérateur économique, dénommé sous-contractant, l'exécution d'une partie de son marché, y compris un marché de fournitures, sans que cela consiste en une cession du marché. Il ajoute qu'un sous-contractant est un sous-traitant au sens de l'article L. 2193-2 dudit code ou un opérateur économique avec lequel le titulaire conclut en vue de la réalisation d'une partie de son marché un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise³¹.

²⁷ L'article L. 1113-1 du code de la commande publique prévoit que : « *un marché de défense ou de sécurité est un marché conclu par l'État ou l'un de ses établissements publics et ayant pour objet : [...]* »

³⁰ *Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement mentionné au 1^o ou au 2^o, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ».*

²⁸ Voir les articles L. 2515-1, L. 2320-1, L. 2512-3, L. 2512-4 et R. 2322-3 du code de la commande publique.

²⁹ Article L. 2515-1, 6^o, du code de la commande publique.

³⁰ Article L. 2515-1, 10^o, du code de la commande publique.

³¹ Un contrat d'entreprise est un contrat par lequel une personne (l'entrepreneur) exécute pour une autre personne (le maître de l'ouvrage, ou client) un travail de façon indépendante, sans représentation et en échange d'une rémunération. Aux termes de l'alinéa 3 de l'article L. 2393-1 du code de la commande publique, un contrat est dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise lorsqu'il a pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de l'acheteur.

33. L'article L. 2393-7 du code de la commande publique prévoit que l'acheteur public peut exiger, pour des motifs liés à la sécurité des approvisionnements ou des informations, que certaines tâches essentielles du contrat soient exécutées directement par le titulaire du marché. L'article L. 2393-8 dudit code prévoit la possibilité d'écarter un sous-contractant s'il fait l'objet d'une interdiction de soumissionner ou s'il ne présente pas les garanties suffisantes exigées pour les candidats du marché public principal en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou d'approvisionnement. Par ailleurs, l'article L. 2393-3, alinéa 1, et l'article R. 2396-8 du même code permettent à l'acheteur d'exiger du titulaire qu'il mette en concurrence ses sous-contractants ou de lui imposer de sous-contracter une partie de son marché, dans la limite de 30 % du montant du marché.

C. LE PROJET DE DÉCRET RELATIF À L'ATTRIBUTION DE DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX À DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES CHARGÉS D'ACCOMPAGNER LE MINISTÈRE DES ARMÉES DANS SES ACTIONS DE COOPÉRATION MILITAIRE INTERNATIONALE

1. OBJET ET OBJECTIF DU PROJET DE DÉCRET

34. Le projet de décret, soumis à l'Autorité pour avis, concerne l'attribution de droits exclusifs ou de droits spéciaux à des opérateurs économiques, désignés sous l'appellation « opérateurs de référence du ministère des armées » (ci-après, les « ORMA »)³², en vue de l'accompagnement du MINARM dans ses actions de coopération internationale militaire avec les États étrangers dans les secteurs stratégique, industriel ou opérationnel³³.
35. Dans la fiche d'impact relative au projet de décret transmise à l'Autorité (ci-après, la « fiche d'impact »), le MINARM présente l'ORMA comme son prolongement afin de réaliser en son nom et pour son compte des prestations au profit d'États partenaires désignés par arrangements administratifs³⁴.
36. L'objectif poursuivi par le législateur est de répondre aux besoins de la France en matière de coopération internationale militaire, sans affecter les capacités opérationnelles des forces armées.

³² Voir article 5 du projet de décret.

³³ Voir article 1^{er} du projet de décret.

³⁴ Fiche d'impact du projet de décret, point 1.1.2 *in fine*. À cet égard, l'attention est attirée sur les réserves que peut faire naître le choix de l'instrument envisagé (voir, par exemple, la circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, laquelle indique que : « [à] côté des accords internationaux conclus au nom des chefs d'État ou de gouvernement, la pratique internationale admet la conclusion d'arrangements administratifs, conclus avec leurs homologues étrangers par des ministres. Ces arrangements constituent une catégorie inconnue du droit international. En conséquence, tout en engageant l'État, ils présentent l'inconvénient de n'offrir aucune sécurité quant à leur exécution par l'autre partie. Il ne faut donc recourir à ces instruments que dans des circonstances particulières, pour compléter ou préciser un accord existant, ou, à la rigueur, pour organiser une coopération administrative de portée limitée. Dans tous les cas, les ministres ne peuvent s'engager que dans la stricte limite de leurs attributions et la compétence de la partie étrangère doit être vérifiée autant que possible. Pour un texte qui relèverait soit en France, soit en ce qui concerne la partie étrangère, de plusieurs ministres, il ne peut être fait usage de la technique de l'arrangement administratif »).

37. Ainsi, l'article 1^{er} du projet de décret indique que l'objectif d'intérêt général visé par l'État est l'accompagnement opérationnel des armées, dans le cadre de la stratégie d'influence et de rayonnement du MINARM, menée à travers des coopérations avec des États partenaires. Dans la fiche d'impact, il est précisé que l'ORMA sera chargé d'accompagner l'État partenaire dans la définition de son besoin et d'interagir avec le MINARM pour proposer une solution adéquate.

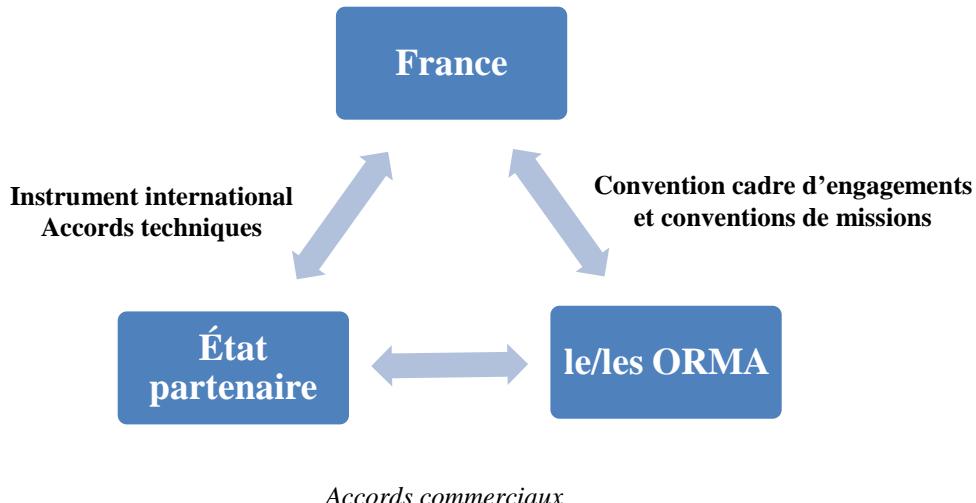
2. MODALITÉS PRÉVUES PAR LE PROJET DE DÉCRET

38. L'article 2 du projet de décret liste les prestations confiées à l'ORMA. Il indique, à cet égard, que le MINARM confie à l'ORMA la réalisation de prestations de formation, d'entraînement, de maintien en condition opérationnelle ou de soutien dans le cadre d'actions de coopération au profit d'un État tiers faisant face à une situation de crise ou de conflit armé, ou s'inscrivant dans le cadre d'un partenariat militaire opérationnel, ou concourant à la réalisation d'une opération d'exportation d'équipements de défense précisément identifiée. Il ajoute que l'ORMA est susceptible d'intervenir lors d'actions de coopération dans les domaines terrestre, maritime, aérien, spatial et de la cyberdéfense.
39. Selon l'article 3 du projet de décret, trois missions sont attribuées à l'ORMA, à savoir :
- la transmission contrôlée des savoir-faire militaires des forces armées françaises et la garantie de leur protection. À cette fin, l'ORMA pourra exploiter des documents classifiés au titre de la protection du secret de la défense nationale ou protégés au titre de la propriété intellectuelle ;
 - l'assistance de l'État partenaire ; et,
 - l'exercice du rôle d'aggregateur et de chef de file sur le segment qui lui est attribué afin de favoriser l'émergence d'un secteur économique sur lequel le MINARM pourra s'appuyer.
40. Dans ce cadre, l'ORMA doit respecter un certain nombre d'exigences, figurant à l'article 7 du projet de décret, vis-à-vis des acteurs économiques auxquels il fait appel pour mettre en œuvre la mission confiée, lorsque le code de la défense l'impose.
41. L'article 4 du projet de décret impose la création d'une entité propre pour assurer la mission d'ORMA³⁵. Il énumère également les modalités d'exécution des prestations. À cet égard, d'une part, il prévoit que les ORMA devront mettre en œuvre des capacités d'accueil, d'adaptation et de réaction permanentes en matière de déploiement humain, matériel et d'infrastructure. D'autre part, pour l'exécution des prestations sur le territoire national, il précise que les ORMA devront s'associer avec les services de l'État ou de ses établissements publics afin de proposer une offre aux États partenaires qui soit cohérente avec les moyens publics existants.
42. Les articles 8 et 9 du projet de décret portent sur le dispositif envisagé, qui repose sur une relation entre trois entités : la France, l'État partenaire et les ORMA. Selon la procédure décrite auxdits articles, le MINARM conclut avec l'ORMA concerné des conventions cadres d'engagements, accessoires de la décision de désignation de ce dernier, fondées sur les dossiers d'engagements transmis par les candidats lors de leur sélection. S'y ajoutent la

³⁵ Au point 3.1.2 de la fiche d'impact, le MINARM précise que cette création pourrait se faire soit par la filialisation d'une société déjà active dans le domaine considéré, soit par l'établissement d'une société, créée à la suite d'un « sourcing » organisé par le ministère et qui se consacrerait à cette activité.

conclusion de conventions de mission entre le MINARM et l'ORMA concerné, élaborées à chaque mission.

43. Lors de l'instruction du présent avis, le MINARM a précisé qu'une relation commerciale se nouera entre l'ORMA concerné et l'État partenaire. La signature de la convention de mission sera toujours encadrée par un instrument international qui, conformément à l'article 1^{er}, alinéa 3, du projet de décret, organisera les modalités de la coopération entre la France et l'État partenaire. Cette structure est représentée dans le schéma ci-dessous :



44. Les articles 10 et 11 du projet de décret énumèrent les mesures que le MINARM peut mettre en œuvre en cas de défaillance des ORMA, allant de la mise en demeure à l'arrêt prématuré de la convention cadre.

II. Analyse concurrentielle

45. Il convient, dans un premier temps, de rappeler les principes applicables aux droits exclusifs et spéciaux confiés à certains opérateurs pour l'exercice d'activités économiques (**A**) puis, dans un second temps, de les appliquer au dispositif envisagé par le projet de décret déféré (**B**).

A. SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ANALYSE

1. L'OCTROI DE DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX AUX OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

46. D'une part, le III de l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE³⁶ relative à la transparence des relations financières

³⁶ Abrogée par la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière

entre les États membres et les entreprises publiques³⁷ définit un droit exclusif comme tout droit ayant pour effet de réserver à un organisme l'exercice d'une activité ou la fourniture d'un service sur un territoire donné³⁸.

47. D'autre part, cette disposition définit les droits spéciaux comme tout droit ayant pour effet soit de réserver à un nombre limité d'organismes l'exercice d'une activité ou la fourniture d'un service sur un territoire donné, soit d'attribuer à un ou plusieurs organismes des avantages qui affectent substantiellement la capacité d'autres organismes à exercer la même activité sur le même territoire dans des conditions comparables³⁹.
48. À cet égard, l'article 106, paragraphe 1, du TFUE dispose que les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités. Le paragraphe 2 de ce même article précise que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (ci-après, « SIEG ») sont soumises aux règles de concurrence édictées par les articles 101 et 102 du TFUE dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.
49. Dès lors, il convient de présenter, dans un premier temps, le champ d'application de l'article 106 du TFUE (a) puis, dans un second temps, les conditions pour bénéficier de l'exception prévue au paragraphe 2 de cet article (b).

a) Le champ d'application de l'article 106 du TFUE

50. À l'instar des articles 101 et 102 du TFUE, l'article 106 du TFUE s'applique uniquement aux entreprises. À cet égard, il convient de relever que, selon une jurisprudence constante⁴⁰, d'une part, la notion d'entreprise, au sens du droit de la concurrence, comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et, d'autre part, constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, à l'exception des activités qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique.
51. Ainsi, une activité qui, par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise et son objet, est étrangère à la sphère des échanges économiques ou se rattaché à l'exercice de prérogatives de puissance publique échappe à l'application des règles de concurrence du TFUE⁴¹.
52. Le caractère économique d'une activité est apprécié tant au regard de sa nature que de ses modalités d'exercice. Au titre des indices d'une activité économique, la jurisprudence

dans certaines entreprises (*Journal officiel de l'Union européenne* L 318, du 17 novembre 2006, p. 17), article 10.

³⁷ *Journal officiel* de la République française n° 0133 du 10 juin 2004.

³⁸ Voir, en ce sens, directive 2006/111/CE, *op. cit.* note 36, article 2, sous f).

³⁹ *Idem*, article 2, sous g).

⁴⁰ Voir arrêt du 24 mars 2022, GVN/Commission, C-666/20 P, EU:C:2022:225, points 69 et 70, ainsi que jurisprudence citée. Voir, également, avis n° 21-A-06 du 30 avril 2021 relatif au projet de décret concernant le système d'information et de commandement unifié des services d'incendie et de secours et de la sécurité civile « NexSIS 18-112 », paragraphe 67.

⁴¹ Voir arrêt du 28 février 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, point 40 et jurisprudence citée.

retient, en particulier, la circonstance que le produit ou le service concerné est offert en contrepartie d'une rémunération et exclusivement sur la base de la demande réelle du marché, ainsi que le fait que l'entreprise concernée assume les risques financiers afférents à l'exercice de cette activité⁴². La circonstance qu'une activité puisse être exercée par une entreprise privée peut être un indice supplémentaire permettant de qualifier l'activité en cause d'activité d'entreprise⁴³.

53. En matière de défense, le Conseil constitutionnel considère qu'il résulte de l'article 12 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 une interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique nécessaire à la garantie des droits⁴⁴. Il ajoute que cette exigence constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France⁴⁵.
54. Dans le rapport d'information du Sénat du 2 juillet 2014 portant sur les externalisations en opérations extérieures (ci-après, le « rapport du Sénat de 2014 »), il est indiqué⁴⁶ que, si la loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire ne définit pas le périmètre des fonctions liées à la défense pouvant être confiées à un prestataire privé, la Cour des comptes, dans son rapport du 21 mars 2011 sur le coût et les bénéfices attendus de l'externalisation au ministère de la défense (ci-après, le « rapport de la Cour des comptes de 2011 »), estime que cette loi fait tout de même « *apparaître un noyau dur qui ne saurait être l'objet d'aucune externalisation et qui correspond* :
- *aux missions impliquant l'usage de la force, en particulier des armes, en dehors du strict cadre de la légitime défense, même de manière implicite* ;
 - *au soutien direct des phases d'une opération impliquant des affrontements directs (entrée en premier, coercition)* ;
 - *au soutien de contact des formations tactiques engagées dans une zone hostile, y compris de leurs équipements et systèmes d'armes* »⁴⁷.
55. Cependant, tant le rapport du Sénat de 2014 que celui de la Cour des comptes de 2011 soulignent la difficulté de tracer une frontière nette entre ce qui relève du soutien externalisable et les fonctions opérationnelles ne pouvant être déléguées⁴⁸.

⁴² Voir, en ce sens, arrêts du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, EU:C:1998:303, point 37, ainsi que du 12 décembre 2013, C-327/12, EU:C:2013:827, point 29.

⁴³ Voir, en ce sens, arrêt 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, EU:C:1991:161, point 21. Voir, également, avis n° 21-A-06, *op. cit.* note 40, paragraphe 67 *in fine*.

⁴⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Journal officiel* de la République française n° 0242 du 16 octobre 2021, texte n° 52, FR:CC : 2021:2021.940.QPC, point 15.

⁴⁵ *Ibid.*, point 15 *in fine*.

⁴⁶ Rapport d'information n° 673 (2013-2014) du Sénat du 2 juillet 2014 relatif aux externalisations en opérations extérieures, p. 32.

⁴⁷ Cour des comptes, Communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, « Le coût et les bénéfices attendus de l'externalisation au ministère de la défense », 21 mars 2011, p. 35-36.

⁴⁸ Voir, à cet égard, les exemples concernant, d'une part, la fonction « intelligence surveillance reconnaissance » (ISR) dans le rapport du Sénat de 2014 (p. 33) et, d'autre part, le transport terrestre dans ce même rapport (p. 33) ainsi que dans le rapport de la Cour des comptes de 2011 (p. 36).

b) Les conditions pour bénéficier de l'exception de l'article 106, paragraphe 2, TFUE

56. Il est de jurisprudence constante qu'une mesure étatique puisse être considérée comme attribuant un droit exclusif ou spécial, au sens de l'article 106, paragraphe 1, du TFUE, lorsqu'elle confère une protection à un nombre limité d'entreprises et qu'elle est de nature à affecter substantiellement la capacité des autres entreprises à exercer l'activité économique en cause sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes⁴⁹.
57. Le Conseil d'État considère avec constance que la possibilité pour une personne publique de prendre en charge une activité économique, indépendamment des missions de service public dont elle est investie, est subordonnée à deux conditions : il est nécessaire, d'une part, que la personne publique agisse dans la limite de ses compétences et, d'autre part, que son intervention sur le marché soit justifiée par un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée⁵⁰. L'appréciation du respect de ces conditions, qui résulte de l'application du principe de spécialité et de celle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, relève de la seule compétence des juridictions administratives.
58. En ce qui concerne les modalités de l'intervention économique des personnes publiques, et leur appréhension par les règles de concurrence, comme indiqué au paragraphe 48 ci-dessus, l'article 106 du TFUE reconnaît, dans certaines conditions, la possibilité pour l'État d'accorder des droits exclusifs à une entreprise.
59. Dans ce cadre, il incombe tout d'abord aux autorités de concurrence de vérifier que la restriction, voire l'exclusion, de concurrence qui découle de l'octroi de droits exclusifs est nécessaire et proportionnée⁵¹. En d'autres termes, il doit être établi qu'il n'existe pas d'autres moyens moins restrictifs de concurrence pour atteindre l'objectif général identifié⁵². Le juge de l'Union a rappelé, à cet égard, que l'exclusion des règles du droit de la concurrence ne se justifie cependant pas dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques⁵³.
60. Pour apprécier le caractère nécessaire de la restriction de concurrence en cause, il faut définir le SIEG. Selon une jurisprudence constante, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, cette définition ne pouvant être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste⁵⁴. Toutefois, le juge de l'Union considère que les

⁴⁹ Voir, notamment, arrêt du 27 mars 2019, Pawlak, C-545/17, EU:C:2019:260, point 43 et jurisprudence citée.

⁵⁰ CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, FR:CEASS:2006:275531.20060531, Lebon p. 272.

⁵¹ Voir, par exemple, avis n° 22-A-04 du 15 mars 2022 relatif à un décret concernant l'organisation administrative et financière du Bureau de recherches géologiques et minières, paragraphe 24 et références citées.

⁵² *Ibid.* Voir, également en ce sens, arrêt du 23 mai 2000, Sydhavens Sten & Grus, C-209/98, EU:C:2000 : 279, point 74.

⁵³ Arrêt du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, EU:C:1993:198, point 19.

⁵⁴ Voir arrêts du 15 juin 2005, Olsen/Commission, T-17/02, EU:T:2005:218, point 216, et du 12 février 2008, BUPA e.a./Commission, EU:T:2008:29, points 166 et 169.

obligations de service public doivent avoir été clairement définies⁵⁵ et que, pour qu'une entreprise puisse être considérée comme étant chargée d'un SIEG au sens de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, il faut qu'elle le soit en vertu d'un acte de la puissance publique⁵⁶.

61. S'agissant de l'appréciation du caractère proportionné, il convient de prendre en compte la durée de l'octroi des droits exclusifs. À cet égard, le Conseil de la concurrence a relevé que la Commission a souligné, à plusieurs reprises, que l'attribution d'un droit exclusif pour une période trop longue est restrictive de concurrence et que le principe de proportionnalité impose de limiter la durée des concessions, le juge de l'Union contrôlant, au nom de ce même principe, la durée de l'exclusivité⁵⁷.
62. De la même manière, l'Autorité a rappelé que, d'une part, la durée d'un droit exclusif doit être limitée et proportionnée à l'évolution du marché et, d'autre part, s'il est vrai que le droit de la concurrence est favorable aux limitations dans le temps des droits exclusifs, encore faut-il que la durée retenue soit justifiée au regard de l'atteinte au marché. À cet égard, elle a précisé qu'en général, la limitation temporelle a pour objet de permettre une remise en concurrence périodique pour l'attribution des droits exclusifs et, dès lors, que la périodicité retenue pour cette remise en concurrence doit être fixée après examen de la situation concrète du marché⁵⁸.

2. L'APPRÉCIATION SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 102 DU TFUE

63. En droit de l'Union, il est constant qu'un État membre enfreint les interdictions édictées à l'article 106, paragraphe 1, du TFUE, lu en combinaison avec l'article 102 du TFUE, lorsqu'il prend une mesure législative, réglementaire ou administrative qui crée une situation dans laquelle une entreprise publique ou une entreprise à laquelle il a conféré des droits spéciaux ou exclusifs est amenée, par le simple exercice des droits privilégiés qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus, sans qu'il soit besoin que cet abus se produise réellement⁵⁹.
64. À cet égard, le juge de l'Union a précisé que le maintien ou le développement non faussé de la concurrence dans le marché intérieur ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les entreprises est assurée. Il relève que le fait de conférer à une entreprise, qui exerce une

⁵⁵ Arrêt du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, EU:C:2003:415, point 89.

⁵⁶ Arrêt du 23 octobre 1997, Commission/France, C-159/94, EU:C:1997:501, point 65. À cet égard, il peut être relevé que, aux termes de l'article 4 de la décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG (*Journal officiel de l'Union européenne* L 7, du 11 janvier 2012, p. 3), la gestion du SIEG est confiée à l'entreprise concernée au moyen d'un ou de plusieurs actes, dont la forme peut être déterminée par chaque État membre, cet ou ces actes mentionnant notamment la nature et la durée des obligations de service public ainsi que la nature de tout droit exclusif ou spécial octroyé à l'entreprise par l'autorité octroyant l'aide.

⁵⁷ Avis n° 03-A-21 du 31 décembre 2003 relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, paragraphe 103.

⁵⁸ Voir, par exemple, avis n° 22-A-04 du 15 mars 2022, *op. cit.* note 51, paragraphe 25 et références citées.

⁵⁹ Voir arrêt du 21 septembre 2023, Romaqua Group SA, C-510/22, EU:C:2023:694, point 34 et jurisprudence citée.

activité économique donnée, le pouvoir de déterminer, de jure ou même de facto, les entreprises autorisées à exercer elles aussi cette activité, ainsi que de fixer les conditions dans lesquelles cette dernière peut être exercée, la place dans une situation de conflit d'intérêts. En outre, cette situation lui donne un avantage évident sur ses concurrents. En effet, elle lui permet de les empêcher d'accéder au marché concerné ou de favoriser sa propre activité, et ainsi d'empêcher le développement de la concurrence par les mérites au détriment des consommateurs, en limitant la production, le développement de produits ou de services alternatifs ou encore l'innovation. Le juge de l'Union en conclut que l'attribution de droits exclusifs ou spéciaux conférant un tel pouvoir à l'entreprise concernée, ou l'existence d'une situation analogue sur les marchés pertinents, doit être assortie de limites, d'obligations et d'un contrôle propre à exclure le risque d'exploitation abusive de sa position dominante par celle-ci, afin de ne pas violer, par elle-même, l'article 102 du TFUE, lu en combinaison avec l'article 106 du TFUE⁶⁰.

65. De la même manière, l'Autorité considère que, lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché du fait de ses droits exclusifs exerce à la fois des activités liées à ses missions de service public et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activités, de manière à éviter que les activités en concurrence puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés⁶¹. D'ailleurs, elle relève que les autorités de concurrence considèrent généralement que la séparation des comptes constitue une condition nécessaire à l'exercice du contrôle du respect des règles de concurrence⁶².

B. APPLICATION AU PROJET DE DÉCRET

66. Sur le fondement des principes rappelés ci-avant, tout d'abord, l'Autorité identifiera la mission d'intérêt général poursuivie (1). Ensuite, l'Autorité examinera la nature des activités dévolues par l'État aux ORMA et les modalités de l'octroi des droits exclusifs et spéciaux afin de déterminer l'applicabilité du droit de la concurrence dans le cadre de l'exécution des prestations définies à l'article 2 du projet de décret (2). En outre, l'Autorité analysera le caractère nécessaire et proportionné de l'octroi des droits exclusifs aux ORMA (3). Enfin, l'Autorité appréciera le risque d'abus de position dominante par les ORMA en raison de l'attribution de droits exclusifs, telle qu'envisagée par le projet de décret (4).

1. SUR LA MISSION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL POURSUIVIE

67. Comme rappelé au paragraphe 60 ci-dessus, le juge de l'Union considère que les obligations de service public doivent avoir été clairement définies et que, pour qu'une entreprise puisse

⁶⁰ Voir arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, points 133 et 134 ainsi que jurisprudence citée.

⁶¹ Avis n° 21-A-06 du 30 avril 2021, *op. cit.* note 40, paragraphe 134. Voir, dans le même sens, décision n° 23-DCC-191 du 15 septembre 2023 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe ZEturf par la société La Française des jeux, paragraphes 93 à 95.

⁶² *Ibid. in fine* et référence citée.

être considérée comme étant chargée d'un SIEG au sens de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, il faut qu'elle le soit en vertu d'un acte de la puissance publique.

68. En l'espèce, en premier lieu, l'article 1^{er}, alinéa 2, du projet de décret énonce que l'objectif d'intérêt général poursuivi consiste en l'accompagnement opérationnel des armées, dans le cadre de la stratégie d'influence et de rayonnement du MINARM, menée à travers des coopérations avec des États partenaires.
69. Dans le rapport de présentation, le MINARM fait référence à la revue nationale stratégique 2022 (ci-après, « RNS 2022 »), élaborée pour la loi de programmation militaire. La revue décrit l'environnement de défense et de sécurité de la France et identifie les principaux enjeux dans ce domaine à l'horizon 2030. Il y est indiqué, notamment, que l'influence est érigée en fonction stratégique, qui est aujourd'hui un volet essentiel à l'expression de puissance et constitue un élément clé de la capacité de la France à promouvoir ses intérêts et à contrer les actions de ses compétiteurs sur tous les aspects concernés⁶³.
70. Dès lors, il convient de constater que l'article 1^{er} du projet de décret ne décrit pas une mission d'intérêt général mais un objectif d'intérêt général, s'inscrivant dans le cadre de la stratégie d'influence et de rayonnement du MINARM. À cet égard, il peut être relevé que, dans les visas du projet de décret, aucun texte législatif ou réglementaire ne renvoie à cette stratégie d'influence et de rayonnement octroyée au MINARM.
71. En second lieu, comme indiqué au paragraphe 39 ci-dessus, l'article 3 de ce projet précise les trois missions confiées à l'ORMA, lesquelles visent, en substance, la transmission des savoir-faire militaires français, l'assistance de l'État partenaire, et l'accomplissement du rôle d'aggregateur et de chef de file, sur le segment qui lui est attribué, afin de favoriser l'émergence d'un secteur économique sur lequel le MINARM pourra s'appuyer.
72. Dans la RNS 2022, seule l'activité de formation est identifiée comme un levier d'influence. En effet, il y est indiqué que l'influence s'inscrit d'abord dans une stratégie de temps long et que le discours et l'action de la France doivent se déployer dans tous les champs possibles, dont notamment la formation de militaires étrangers⁶⁴.
73. En outre, le projet de décret ne précise pas si l'objectif d'intérêt général doit être lu en combinaison avec les missions énoncées à son article 3. En effet, si cette disposition énumère les missions dévolues aux ORMA, la généralité de leur formulation ne permet pas d'en apprécier les contours avec certitude. Par exemple, il peut être relevé que le rôle d'aggregateur et de chef de file sur le segment qui est attribué à un ORMA vise à lui permettre de favoriser l'émergence d'un secteur économique. Ainsi, il semble être accordé à l'ORMA un large rôle pour stimuler un secteur économique. Cependant, lors de l'instruction, le MINARM a circonscrit ce rôle au choix des co-contractants et des sous-traitants.
74. En conclusion, l'Autorité reconnaît que les objectifs liés à l'influence militaire française sont des objectifs d'intérêt général et qu'il ne lui appartient pas d'évaluer. En revanche, il ressort de ce qui précède que, dans sa version soumise au présent avis, le projet de décret n'apparaît pas définir de manière suffisamment précise le SIEG dévolu aux ORMA pour satisfaire les principes posés par la jurisprudence rappelée aux paragraphes 60 et suivants ci-dessus.

⁶³ Revue nationale stratégique 2022 (RNS 2022), novembre 2022, point 6, p. 8.

⁶⁴ *Ibid.*, point 91, p. 24.

2. LA NATURE DES ACTIVITÉS CONFIÉES AUX ORMA ET LES MODALITÉS D'OCTROI DES DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX Y AFFÉRENTS

a) Sur les prestations dévolues

75. En premier lieu, comme indiqué au paragraphe 38 ci-dessus, l'article 2 du projet de décret énumère les quatre types de prestations qu'il est envisagé de confier aux opérateurs de référence, à savoir des prestations de formation, des prestations d'entraînement, des opérations de MCO et des opérations de soutien. En réponse à une demande d'informations des services d'instruction, le MINARM a précisé qu'en pratique, ces quatre catégories recouvrent :
- en matière de formation : les formations initiales d'officiers, les formations au combat en montagne, à la lutte anti-sous-marin, en génie, au combat blindé, et à l'apprentissage des méthodes de planification ;
 - en matière d'entraînement : l'appui à la mise en œuvre d'un centre d'entraînement (fourniture d'entraîneurs), l'appui à la mise en œuvre de simulateurs, l'organisation des stages d'entraînement, et les programmes d'entraînement des unités terrestres spécialisées ;
 - en matière de MCO : les opérations de MCO des matériels, l'aide à la réalisation des plans de maintenance des systèmes, le développement des capacités de maîtrise d'ouvrage étatique (processus d'acquisition, le management de programmes d'armement et savoir-faire techniques) ; et,
 - en matière de soutien (aussi appelé « assistance opérationnelle et technique ») : l'accompagnement dans le développement de nouvelles composantes/capacités militaires, l'accompagnement et le conseil dans la construction et la protection d'infrastructures de commandement, l'accompagnement et le conseil dans le domaine du renseignement militaire, et la fourniture d'un service ISR (renseignement, surveillance et reconnaissance).
76. Bien que, lors de son audition, le MINARM ait précisé aux services d'instruction que le projet de décret n'englobe aucune prestation relevant de prérogatives de puissance publique, il convient de relever que certains opérateurs économiques, entendus au cours de l'instruction, ont souligné que, en matière de coopération militaire, la délimitation de la notion d'activité économique peut évoluer en fonction du contexte. Elle dépendrait, notamment, de la situation de l'État partenaire, et plus particulièrement s'il est en état de guerre, ainsi que des intérêts géostratégiques de la France.
77. Si la qualification d'économiques des activités de formation initiale ne semblent pas devoir être discutée, il pourrait en être différemment pour les trois autres types de prestations prévues par l'article 2 du projet de décret, pour lesquelles, en l'absence d'éléments complémentaires, il ne peut être exclu que l'ORMA soit amené à mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique.
78. En effet, aux termes de cette disposition, certaines activités pourraient être dispensées au profit d'un État tiers faisant face à une situation de crise ou de conflit armé. Ainsi, la mise en œuvre de la prestation concernée pourrait se rattacher à l'exercice de prérogatives de puissance publique, appartenant au domaine régalien de la défense. À titre d'exemple, les prestations de soutien, au sujet desquelles le MINARM a précisé qu'elles recouvrent l'assistance opérationnelle et technique, pourraient conduire à une participation de l'ORMA à des actions faisant appel à l'utilisation de la force armée au nom de la France.

79. En second lieu, comme indiqué au paragraphe 39 ci-dessus, il est prévu que l'ORMA soit chargé de la transmission contrôlée des savoir-faire militaires des forces armées françaises et d'en garantir la protection. À cette fin, le MINARM lui confierait l'exploitation de documents classifiés au titre, notamment, de la protection du secret de la défense nationale.
80. À cet égard, dans le rapport de présentation, tout d'abord, le MINARM explique que la transmission des savoir-faire tactiques et techniques militaires français est l'un des principaux leviers de l'influence en matière de coopération internationale militaire. Ensuite, il ajoute que ces savoir-faire, protégés ou non par des mentions de confidentialité, de classification ou par des droits de propriété intellectuelle, sont en perpétuelle évolution dans la mesure où ils sont enrichis en continu non seulement par les forces françaises mais également par l'établissement de relations de coopération avec les forces des États partenaires. Enfin, le MINARM précise que, lorsqu'il choisit d'externaliser ponctuellement la transmission de son savoir-faire pour les besoins spécifiques d'une coopération internationale militaire, il met à disposition du prestataire retenu l'ensemble des informations et documents nécessaires à la réalisation de ces prestations, à charge pour le prestataire de transformer ces apports en résultats adaptés à leur propres modes d'ingénierie de formation et de transmission.
81. Dans ce contexte, le MINARM a indiqué, lors de son audition, que le renseignement ne fait pas partie du projet de décret dans la mesure où cette activité n'est pas considérée comme une activité économique.
82. Néanmoins, d'une part, si le simple fait de disposer d'informations protégées ne confère pas à la prestation la nature d'une activité se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique, le texte dudit projet ne permet pas, au regard de ce qui précède, d'exclure la possibilité que l'exercice de certaines activités par l'ORMA soit susceptible d'impliquer l'accès à un savoir-faire militaire que seul le MINARM maîtrise et pourrait, à ce titre, relever des prérogatives de puissance publique. D'autre part, il est ressorti de l'instruction que, malgré les précisions apportées par le MINARM, il ne peut être écarté, en l'état actuel du projet de décret, le risque que les prestations de « soutien » puissent inclure des activités de renseignement militaire, lesquelles ne peuvent être considérées comme de simples activités économiques.
83. En conclusion, s'il ne fait pas de doute que les activités visées aux articles 2 et 3 du projet de décret recouvrent, dans leur plus grande partie, des prestations de nature économique, et – dès lors – entrent dans le champ de la grille d'analyse fondée sur les principes applicables aux droits exclusifs et spéciaux, tels que rappelés aux paragraphes 46 à 65 ci-dessus, certaines prestations semblent pouvoir sortir de ce champ et relever d'opérations militaires, domaine pour lequel l'Autorité n'est pas compétente pour se prononcer. Or, à ce stade, le projet de décret ne permet pas d'identifier avec suffisamment de précision les activités qu'il recouvre, de sorte que l'Autorité n'est pas en mesure de distinguer celles qui mettent en œuvre ou non des prérogatives de puissance publique.
84. Par conséquent, l'Autorité estime que la rédaction du décret nécessiterait d'être ajustée pour correspondre sur ce point aux déclarations recueillies au cours de l'instruction.

b) Sur les modalités d'octroi des droits exclusifs et des droits spéciaux

85. En premier lieu, il ressort, en substance, de l'article 1^{er} du projet de décret que le MINARM désignera un ORMA comme titulaire de droits exclusifs et de droits spéciaux. Aux termes de l'article 2 de ce projet, l'ORMA est susceptible d'intervenir lors d'actions de coopération

dans les domaines terrestre, maritime, aérien, spatial et de la cyberdéfense. Il se déduit de la lecture combinée de ces deux articles qu'un seul ORMA sera désigné.

86. Cependant, l'article 5 dudit projet précise que l'autorité administrative compétente déterminera librement le nombre d'ORMA auxquels seront attribués, selon le besoin du MINARM, les droits exclusifs ou spéciaux.
87. Ainsi, il apparaît qu'à la lecture du projet de décret, il ne peut être identifié avec certitude ni la situation dans laquelle un ORMA sera détenteur de droits exclusifs et/ou de droits spéciaux, ni le nombre d'ORMA retenus dans chaque domaine.
88. À cet égard, le MINARM a précisé, au cours de l'instruction, que les domaines et les droits afférents seront à détailler dans un document technique, composante de la convention cadre d'engagement au terme de la procédure. Cependant, dans la mesure où le projet de décret ne mentionne pas les stipulations devant obligatoirement figurer dans ces conventions, le fait que le mécanisme envisagé puisse être ultérieurement explicité dans lesdites conventions conclus par les ORMA avec l'État partenaire ne permet pas de répondre aux incertitudes relevées au paragraphe 87 ci-dessus. En outre, une telle démarche ne permet pas de pallier l'absence de précision quant à la détermination du nombre d'ORMA titulaires à l'issue de la procédure de sélection.
89. Dès lors, bien que des clarifications aient été fournies par le MINARM dans le cadre tant de l'instruction que de la séance, il n'en demeure pas moins que les modalités d'octroi des droits exclusifs et/ou spéciaux aux ORMA, telles que figurant dans le projet de décret, apparaissent équivoques.
90. En second lieu, dans le projet de règlement de la procédure transparente (ci-après, le « projet de RPT »), document transmis par le MINARM à l'Autorité détaillant la procédure relative à l'attribution de droits exclusifs et spéciaux aux ORMA, il est indiqué que, pour chacun des domaines renvoyant à un milieu militaire (*i.e.*, terrestre, maritime, aérien, spatial), un régime de droits exclusifs sera mis en place alors que, pour le domaine de la cyberdéfense, un régime de droits spéciaux s'appliquera.
91. Or, au cours de l'instruction, le MINARM a précisé que les prestations de cyberdéfense accompagneront souvent les prestations dans l'un des quatre autres milieux militaires.
92. À cet égard, l'Autorité observe que le domaine de la cyberdéfense, contrairement aux quatre autres domaines, est un domaine transversal auquel est appliqué un régime distinct de celui des autres domaines. Cependant, le projet de décret n'explique pas, lors d'une mission impliquant le domaine de cyberdéfense, les modalités de choix entre les régimes applicables.
93. Dès lors, malgré les explications données par le MINARM tout au long de la procédure, la lecture du projet de décret fait naître des incertitudes quant aux modalités d'octroi des droits exclusifs et/ou spéciaux aux ORMA en cas de chevauchement des domaines dans lesquels les prestations interviennent.
94. En conclusion, des réserves doivent être exprimées quant à la capacité de l'Autorité d'apprécier la conformité du projet de décret aux articles 102 et 106 du TFUE en raison des doutes qui entourent les modalités d'octroi des droits exclusifs et/ou spéciaux aux ORMA.
95. Par conséquent, l'Autorité estime que la rédaction du décret nécessiterait d'être ajustée pour correspondre sur ce point aux déclarations recueillies au cours de l'instruction.

3. SUR LE CARACTÈRE NÉCESSAIRE ET PROPORTIONNÉ DES DROITS EXCLUSIFS ET SPÉCIAUX OCTROYÉS

a) Sur le caractère nécessaire du dispositif

96. Tel qu'il ressort de l'article 1^{er}, alinéa 1, du projet de décret, le mécanisme mis en place vise à répondre aux besoins de la France en matière de coopération internationale militaire sans affecter les capacités opérationnelles des formes armées.
97. À cette fin et aux termes de cette disposition, un ORMA est désigné pour être titulaire de droits exclusifs et/ou spéciaux. Il est alors chargé d'accompagner et de prolonger l'action de coopération de la France avec les États étrangers dans les secteurs stratégique, industriel ou opérationnel. Dans ce contexte, le MINARM indique, dans la fiche d'impact, que l'opérateur est chargé d'accompagner l'État partenaire dans la définition de son besoin et d'interagir avec le MINARM pour proposer une solution adéquate.
98. Selon le MINARM, d'une part, ce système doit permettre (i) de bénéficier d'une plus grande rapidité d'intervention lorsqu'une situation de crise ou de conflit armé le commande, (ii) de disposer de la capacité d'apporter des prestations « sur-mesure » et d'accroître la réactivité et polyvalence du MINARM, (iii) de ne traiter qu'avec un seul interlocuteur, et (iv) de s'appuyer sur un agrégateur et chef de file pour stimuler le marché face à la carence privée.
99. D'autre part, l'objectif d'intérêt général poursuivi ne pourrait pas être atteint en appliquant les procédures du code de la commande publique dans la mesure où, notamment, les règles de passation des marchés publics ne permettent pas au MINARM de répondre avec suffisamment de célérité aux États partenaires. En outre, ces règles imposeraient la définition préalable d'un besoin avant la passation du marché. Or, le MINARM considère qu'il est indispensable que l'ORMA puisse être déjà désigné avant la définition des besoins pour qu'il puisse participer aux négociations avec les États partenaires et déterminer ensemble le besoin et les modalités de sa rémunération.
100. À cet égard, la nécessité d'une célérité accrue dans l'intervention auprès des États partenaires a été soulignée par l'ensemble des opérateurs économiques auditionnés, notamment les industriels de l'armement. En effet, la situation géopolitique actuelle impose un nouveau rythme de négociation en raison des situations d'urgence auxquelles les États partenaires sont confrontés, les incitant à vouloir s'armer rapidement. Ces derniers favorisent, par conséquent, les relations de gouvernement à gouvernement, accompagnées de prestations de services leur permettant d'être rapidement opérationnels. Par ailleurs, comme il est ressorti de la séance, ces partenariats stratégiques doivent souvent rester secrets et le nom de l'État partenaire constitue alors une information sensible qui peut, dans certains cas, imposer l'absence de publicité.
101. Au regard de ce qui précède, deux observations doivent être formulées.
102. En premier lieu, compte tenu, d'une part, de l'évolution du contexte géostratégique et des demandes des États partenaires et, d'autre part, des capacités limitées du MINARM, l'Autorité considère que, dans une perspective d'externalisation par le MINARM d'une partie de ses activités, l'organisation d'un système d'octroi de droits exclusifs par domaine pourrait être nécessaire pour lui permettre d'assurer sa mission de SIEG.
103. Cependant, il convient de conditionner cette appréciation à la levée des réserves exprimées à l'égard, tout d'abord, de la définition du SIEG (voir paragraphe 74 ci-dessus), ensuite, de la délimitation des activités dont l'ORMA serait chargé (voir paragraphe 83 ci-dessus) et,

enfin, des modalités d'octroi des droits exclusifs et/ou spéciaux (voir paragraphes 89, 93 et 94 ci-dessus).

104. En second lieu, l'Autorité relève que les justifications du MINARM, centrées sur la nécessité de rapidité et d'exclusion des règles de la commande publique, nécessiteraient d'être clarifiées afin d'écartier toute contradiction éventuelle avec le fait que la procédure de sélection des co-contractants et des sous-traitants par les ORMA sera, quant à elle, soumise aux règles de la commande publique.

b) Sur la proportionnalité du dispositif

105. En application des principes rappelés au paragraphe 59 ci-dessus, afin d'apprécier le caractère proportionné du dispositif, il convient d'examiner s'il n'existe pas de moyens moins restrictifs de concurrence pour atteindre l'objectif défini à l'article 1^{er} du projet de décret.

La procédure de sélection du bénéficiaire des droits exclusifs ou spéciaux

106. S'agissant de la sélection du bénéficiaire des droits exclusifs ou spéciaux, l'article 7 du projet de décret indique que la procédure devra, d'une part, respecter les principes d'impartialité, de transparence et de non-discrimination et, d'autre part, garantir un degré de publicité adéquat.
107. À cet égard, le projet de RPT prévoit que, pour chaque domaine, un ORMA se verra attribuer des droits exclusifs ou spéciaux et qu'un même ORMA pourra être désigné pour plusieurs domaines. Cette procédure, qui s'apparente à une procédure avec négociation, se déroule en trois phases successives.
108. Lors de la première phase (« phase de publicité et de candidature »), les candidats devront remettre un « dossier de capacités ». Pour apprécier les capacités techniques, il est notamment demandé aux candidats de fournir une note de présentation d'au moins trois missions effectuées lors des cinq dernières années passées, en détaillant les moyens mis en œuvre pour la transmission de savoir-faire dans le domaine où ils candidatent ainsi que les objectifs et les moyens mis en œuvre en termes d'assistance d'un État partenaire.
109. Conformément à la méthode d'évaluation décrite dans le projet de RPT, le MINARM appréciera alors les candidatures par domaine, selon la capacité à satisfaire les objectifs présentés et l'intérêt de chaque profil de candidature au regard de la capacité à mettre en œuvre des savoir-faire du MINARM.
110. Lors de la deuxième phase (« phase de remise du dossier initial d'engagement et de dialogue »), plusieurs critères d'évaluation seront pris en compte : tout d'abord, la qualité du processus d'organisation et la capacité à répondre rapidement à une demande de mission, ensuite, la qualité du vivier d'opérateurs partenaires, la capacité d'agrégation de partenariats pertinents et du rôle de chef de file des candidats, et la qualité du processus de recrutement d'experts en complément d'équipe et, enfin, la qualité et la pertinence de l'implantation à l'international et la capacité de développer sa présence à l'international (logistique, infrastructure, matériel et humain).
111. Par la suite, un dialogue sera engagé entre une commission⁶⁵ et les candidats, de manière indépendante les uns des autres. La commission fixera les axes de dialogue et les candidats

⁶⁵ La composition de cette commission n'est pas précisée.

seront convoqués à des auditions par courrier qui définira les modalités de déroulement de ces dernières.

112. Au terme de ces auditions, une troisième et dernière phase (« phase de remise du dossier final d’engagement, d’attribution des droits et de conclusion de la convention cadre d’engagement ») s’ouvrira, lors de laquelle les candidats remettront leur dossier final d’engagement, le MINARM attribuera les droits et la convention cadre d’engagement sera conclue.
113. Lors de l’instruction, le MINARM a précisé que la sélection se fera également à la lumière de l’article 4 du projet de décret qui impose à l’ORMA, d’une part, de mettre en œuvre des capacités d’accueil, d’adaptation et de réaction permanentes en matière de déploiement humain, matériel et d’infrastructure et, d’autre part, de s’associer avec les services de l’État ou de ses établissements publics afin de proposer une offre aux États partenaires qui soit cohérente avec les moyens publics existants.
114. Au regard de ce qui précède, d’une part, l’Autorité relève que, bien que le procédé envisagé pourrait être favorable à un processus de sélection concurrentielle, l’insuffisance de précision dans le projet de décret, lu à la lumière du projet de RPT, ne permet pas d’apprécier avec certitude sa teneur. D’autre part, l’inadéquation de certains critères de sélection ne permet pas de garantir le respect des principes énoncés au paragraphe 106 ci-dessus. À cet égard, il convient de relever, notamment, que l’article 7 du projet de décret indique que, lors de la vérification des conditions de participation par l’autorité administrative compétente, celle-ci tiendra compte, notamment, de l’expérience acquise par le candidat dans le secteur concerné. Or, compte tenu du constat relatif à la carence de l’initiative privée (voir, à cet égard, paragraphe 98 ci-dessus), le critère concernant l’expérience acquise par le candidat dans le secteur concerné avantage mécaniquement le ou les opérateurs qui est ou sont d’ores et déjà présents sur le marché au détriment de ceux qui pourraient y émerger, risquant de figer la situation sur le plan concurrentiel.

La durée et la zone géographique d’octroi des droits exclusifs et/ou spéciaux

115. S’agissant de la durée et de la zone géographique d’octroi des droits exclusifs et/ou spéciaux, l’article 1^{er} du projet de décret prévoit une période de dix ans et ne limite pas la zone géographique d’intervention des opérateurs.
116. Dans le projet de RPT, le MINARM considère que cette durée reflète un équilibre recherché entre remise en concurrence performante et amortissement des investissements que les titulaires des droits seront amenés à faire dans l’exercice de leurs missions. Selon le MINARM, ces investissements peuvent être des travaux d’infrastructure, d’équipement et de logistique, le recrutement et la formation des personnels (transmission, consolidation et maintien des savoirs), des travaux de recherche et innovation dans le domaine de la cybersécurité, des droits de propriété intellectuelle (prix de cession automatique complète des droits de propriété intellectuelle au MINARM, pour la durée légale de ces droits dans le monde, à échéance des droits exclusifs ou spéciaux).
117. Cependant, l’Autorité considère que la fixation à dix ans, sans autre modulation, de la durée de jouissance des droits exclusifs ou spéciaux peut apparaître excessive pour deux raisons. D’une part, au regard de l’objectif du MINARM de dynamiser le marché et de permettre l’émergence d’un vivier d’opérateurs partenaires, il est à craindre qu’une telle durée fige l’état du marché tel que structuré par le décret. D’autre part, cette durée ne semble pas pouvoir être justifiée, de manière générale, par la durée d’amortissement des investissements des ORMA, étant donné que celle-ci paraît très variable en fonction des prestations concernées.

118. En conclusion, il convient d'émettre de fortes réserves quant à la proportionnalité du dispositif d'octroi de droits exclusifs et de droit spéciaux, tel qu'envisagé par le projet de décret.

Les modalités de financement de la mission d'intérêt général octroyée à l'ORMA

119. Lors de l'instruction, le MINARM a précisé qu'à chaque mission, l'instrument international, prévu à l'article 1^{er} du projet de décret, réglera la question de l'État chargé de la rémunération de la prestation de l'ORMA (soit la France soit l'État partenaire en fonction des intérêts de la France). Le projet de décret ne précise cependant pas les modalités de calcul de la rémunération de l'opérateur et ne prévoit donc pas la manière selon laquelle la mission d'intérêt général confiée sera financée. Les modalités de financement de l'ORMA feront partie des négociations entre le MINARM, l'État partenaire et l'ORMA.
120. La spécificité du projet de décret réside dans le fait que le MINARM est à la fois la puissance publique attribuant les droits exclusifs à l'ORMA et le futur client de l'ORMA lors de la période d'octroi des droits exclusifs.
121. L'Autorité relève que le projet de décret n'établit pas de mesures visant à prévenir la perception, par l'ORMA, d'une rémunération excessive par rapport au service rendu. L'absence de dispositions à cet égard est d'autant plus problématique que l'instauration d'un droit exclusif fait échapper le MINARM au respect des règles de la commande publique pour l'attribution des missions. Par ailleurs, l'Autorité n'est pas en mesure d'apprécier si l'ORMA supportera les risques financiers des activités confiées, comme le ferait un opérateur économique exerçant son activité dans le cadre d'une gestion commerciale.

4. LE RISQUE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DES ORMA

122. L'attribution de droits exclusifs à chaque ORMA par domaine, en application de l'article 1^{er} du projet de décret, lui accorde le bénéfice d'une exclusivité dans la réalisation, au nom de la France, des prestations visées à l'article 2 de ce projet.
123. Dans sa rédaction soumise au présent avis, le projet de décret n'interdit pas aux entreprises d'offrir les prestations mentionnées auprès des États tiers. Ainsi, ledit projet n'instaure pas formellement un monopole.
124. Néanmoins, d'une part, l'Autorité observe que, du point de vue de la demande, le MINARM reste le principal, voire l'unique, « client » pour les entreprises françaises. À cet égard, il y a lieu de relever que le MINARM est le seul à disposer, à ce jour, du savoir-faire militaire français. Or, le projet de décret réserve une exclusivité aux ORMA pour les besoins de coopération internationale du MINARM. D'autre part, du point de vue de l'offre, il est ressorti de l'instruction que les États partenaires exigent l'accompagnement de la France dans leurs relations avec les opérateurs économiques (voir paragraphe 100 ci-dessus). Par conséquent, l'externalisation d'une partie des activités du MINARM aux ORMA conduira ceux-ci à développer leurs activités principalement au nom du MINARM, et non de manière directe avec les États étrangers. En outre, ce projet réserve aux ORMA une exclusivité de contracter avec les États partenaires au nom de la France et pour répondre aux besoins de coopération internationale du MINARM.
125. Au regard de ce qui précède, il convient de conclure que l'octroi de droits exclusifs par domaine établirait un quasi-monopole dans chacun des domaines au profit de l'ORMA.

126. Dans ces conditions, l'Autorité examinera les risques d'abus de position dominante par les ORMA sur le marché concerné par les droits exclusifs (a) puis sur le marché ouvert à la concurrence (b).

a) Sur le marché concerné par les droits exclusifs

127. Deux aspects du projet de décret peuvent conduire à émettre des réserves en raison de risques d'abus de position dominante des ORMA : le cumul de rôles attribués aux ORMA et les règles de passation de marché par l'ORMA pour le choix des co-contractants et des sous-traitants.

Le cumul des rôles de l'ORMA

128. En premier lieu, il ressort du projet de décret que l'ORMA se verra attribuer le rôle d'agrégeateur/chef de file.
129. Comme indiqué au paragraphe 39 ci-dessus, l'article 3 du projet de décret prévoit que l'ORMA assure le rôle d'agrégeateur/chef de file sur le segment qui lui est attribué afin de favoriser l'émergence d'un secteur économique sur lequel le ministère de la défense pourra s'appuyer. Le projet de décret vise, en effet, à pallier la défaillance de l'offre privée, illustrée notamment par le fait qu'à ce jour, aucune entreprise ne serait capable de répondre à l'ensemble des prestations mentionnées à l'article 2 de ce projet.
130. Bien que la différence entre le rôle d'agrégeateur et le rôle de chef de file n'apparaisse pas clairement dans le projet de décret, il ressort de l'instruction que les rôles d'agrégeateur et de chef de file sont deux fonctions qui interviennent dans le cadre d'hypothèses différentes : si la mission nécessite la mobilisation d'un seul domaine l'ORMA aura un rôle d'agrégeateur vis-à-vis des co-contractants et des sous-traitants ; si la mission nécessite la mobilisation de plusieurs domaines, l'ORMA du domaine prédominant aura un rôle de chef de file vis-à-vis des ORMA des autres domaines.
131. Lors de son audition, le MINARM a précisé, tout d'abord, que le rôle de chef de file est circonscrit à la recherche et au choix des co-contractants et des sous-traitants par mission (voir paragraphe 73 ci-dessus) ; ensuite, que l'article 3 ne cherche pas à accorder à l'ORMA un rôle de stimulateur économique sur l'ensemble du secteur ; et, enfin, qu'il est attendu que l'ORMA stimule le marché grâce à sa tâche visant à constituer un consortium avec des sous-traitants pour répondre aux besoins définis à chaque mission. En tant qu'agrégeateur, l'ORMA aura pour mission de sélectionner les co-contractants ou les sous-traitants qui seront à même de compléter ce qu'il peut faire lui-même pour répondre pleinement au(x) besoin(s) défini(s) par l'État partenaire.
132. En second lieu, dans le projet de RPT, le MINARM a indiqué sa volonté de confier un autre rôle à l'ORMA.
133. En effet, un partage des rôles entre le MINARM et l'ORMA est envisagé lors de la négociation de l'instrument international entre la France et l'État partenaire. D'une part, le MINARM aura pour tâche l'identification et le recueil des besoins et des enjeux de coopération, l'expression initiale des besoins opérationnels et techniques, la validation finale des propositions techniques et opérationnelles de l'ORMA, et l'accompagnement stratégique de l'État partenaire. D'autre part, l'ORMA aura pour tâche le recueil des besoins capacitaire des États bénéficiaires, l'identification des compétences sollicitées et des profils en adéquation avec les besoins, la sollicitation d'opérateurs économiques dans une logique de

partenariat (sous-traitance), l'accompagnement logistique de l'État partenaire et la formulation de propositions.

134. Au regard de ce qui précède, l'Autorité estime devoir appeler l'attention sur les risques d'abus de position dominante que pourrait commettre l'ORMA en raison de ce cumul des rôles. À cet égard, ledit cumul induit l'apparition de problématiques concurrentielles liées à trois aspects de ce projet, à savoir la détermination du rôle de l'ORMA dans la négociation avec l'État partenaire, l'absence de contrôle du comportement de l'ORMA et la durée d'octroi des droits exclusifs combinée à l'étendue des prestations dévolues à l'ORMA.
135. En effet, tout d'abord, le cumul des deux rôles envisagés, à savoir celui présenté dans le projet de décret et l'autre dans le projet de RPT, est de nature à placer l'ORMA en position d'abuser de sa position dominante. En effet, en raison de la définition large des prestations dévolues à l'ORMA (voir paragraphe 83 ci-dessus), il ne peut être exclu que ce dernier soit potentiellement en concurrence avec des opérateurs économiques présents sur les marchés concernés, et notamment ses co-contractants et sous-traitants. Or, il ressort du mécanisme envisagé que, lors de la négociation entre la France et l'État partenaire, au fur et à mesure de l'avancée des négociations, il reviendra à l'ORMA – et non au MINARM – de choisir si le besoin de l'État partenaire sera rempli par les services propres à l'ORMA ou si ce dernier estime devoir faire appel à des co-contractants ou des sous-traitants. Dès lors, le choix accordé à l'ORMA à cet égard est susceptible de créer une situation dans laquelle cette entreprise pourrait enfreindre l'article 102 du TFUE en mettant en œuvre des comportements d'auto-préférence.
136. Ensuite, il convient de relever que le projet de décret ne définit ni le partage des rôles entre le MINARM et l'ORMA lors des négociations de l'instrument international, ni les contrôles que le MINARM exercera sur l'ORMA lors de cette phase, que ce soit au début de la relation ou lors de l'exécution de la mission. Aucune garantie n'est, ainsi, apportée sur le fait que le MINARM pourra exercer un contrôle effectif sur l'ORMA. Plus particulièrement, le dispositif prévu par le projet de décret n'envisage pas de mécanismes permettant de prévenir le risque que l'ORMA oriente les échanges avec l'État partenaire sur les besoins qu'il maîtrise le mieux et préfère ainsi se réservé (à lui-même ou aux entreprises qui lui sont affiliées) la fourniture de l'ensemble des prestations – à rebours du rôle d'aggregateur que le MINARM entend lui faire jouer – plutôt que de cultiver et faire appel à un vivier d'entreprises du secteur. Une telle occurrence est d'autant plus probable en l'état du projet de décret que, selon le MINARM, certains États partenaires ont besoin d'être accompagnés par l'opérateur dans la définition de leurs besoins.
137. Enfin, la durée importante d'octroi des droits exclusifs et le vaste éventail des prestations, objet du projet de décret, (voir paragraphe 115 ci-dessus) constituent des éléments renforçant le risque d'abus dans la mesure où ils permettent à l'ORMA d'organiser ses activités internes pour répondre de manière directe aux besoins exprimés par les États partenaires, le plaçant dans une position privilégiée pour conquérir de nouveaux marchés. L'ORMA aura, en conséquence, de moins en moins besoin de faire appel à des co-contractants ou à des sous-traitants.
138. En conclusion, il apparaît que le projet de décret ne prévoit pas les mesures nécessaires à l'encadrement du comportement de l'ORMA lors des négociations (ou lors de l'exécution de la convention de mission) pour l'évaluation du besoin et de sa capacité à y répondre et qui seraient de nature à réduire le risque que l'ORMA abuse de sa situation dans le secteur objet du droit exclusif.

Les modalités de choix des co-contractants et des sous-traitants

139. Le I de l'article 4 du projet de décret prévoit que « *l'opérateur est créé pour satisfaire spécifiquement le besoin d'intérêt général défini à l'article 1^{er} et assurer l'exécution effective des missions prévues à l'article 2* ».
140. À cet égard, dans la fiche d'impact, le MINARM indique, en substance, que, d'une part, un mécanisme de distinction comptable – fondé sur une clé de répartition objective – sera mis en place et, d'autre part, la création d'une filiale *ad hoc* sera imposée aux candidats.
141. L'article 3 du projet de décret dispose que l'ORMA doit respecter les exigences de l'article 7 dudit projet vis-à-vis des acteurs économiques auxquels il fait appel pour mettre en œuvre la mission confiée, lorsque le code de la défense l'impose. L'article 7 dudit projet prévoit, à cet égard, l'organisation d'une procédure de sélection respectant les principes d'impartialité, de transparence et de non-discrimination et garantissant un degré de publicité adéquat.
142. Dans ce contexte, le MINARM a indiqué, dans la fiche d'impact, que l'ORMA sera soumis au code de la commande publique dans la mesure où il pourra être qualifié d'organisme de droit public au regard de l'article L. 1211-1 de ce code. Cet article prévoit qu'un opérateur privé peut être qualifié d'organisme de droit public s'il remplit notamment deux conditions : d'une part, il est créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, d'autre part, sa gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur. Dans le cadre de la seconde condition, le MINARM souligne l'existence, dans le rapport de présentation, de plusieurs contrôles qu'il effectue à l'égard de l'ORMA, à savoir (i) la remise par l'ORMA d'un rapport annuel au MINARM sur le rôle de chef de file, (ii) le contrôle du MINARM sur les prix pratiqués auprès des États partenaires, (iii) le contrôle par la maîtrise de la demande, le ministère étant le seul pourvoyeur d'affaires en France, (iv) la validation des sous-traitants, (v) la validation de la qualité des prestations et (vi) la validation de la bonne application du droit international humanitaire par l'ORMA.
143. L'Autorité émet trois réserves sur le processus de sélection par l'ORMA des co-contractants et des sous-traitants.
144. Tout d'abord, la description du processus de sélection envisagé à l'article 7 du projet n'apparaît pas suffisamment détaillée pour permettre à l'Autorité d'apprécier s'il sera réellement de nature à permettre le respect des principes qui y sont énumérés (voir, à cet égard, paragraphe 114 ci-dessus).
145. Ensuite, force est de constater que le rapport annuel sur le rôle de chef de file ne figure pas dans le texte du projet de décret. Or, ce rapport semble être indispensable pour obtenir les informations nécessaires pour procéder au contrôle de la gestion de l'ORMA. Ainsi, au regard de la rédaction actuelle du projet de décret, il n'est pas évident que la seconde condition relative à la qualification de l'ORMA comme organisme de droit public soit remplie et, partant, que l'ORMA sera soumis au respect des règles de la commande publique.
146. Dès lors, les contrôles prévus ne permettent pas de considérer avec certitude que l'ORMA sera soumis au code de la commande publique, en application de l'article L. 1211-1 dudit code.
147. Enfin, si l'ORMA devait être soumis au code de la commande publique, il devra respecter des obligations imposant une publicité préalable, une mise en concurrence et l'égalité d'accès et de traitement reconnue à toute entreprise intéressée. Le respect des règles de la commande publique imposera également la communication à l'ORMA, par les candidats co-contractants ou sous-traitants, concurrents de celui-ci, de leur tarification et de leurs

coûts. L'ORMA aura alors accès à des informations financières appartenant à ses concurrents, ce qui lui permettra de connaître leur structure de prix ainsi que leurs marges.

148. De même, au regard de l'exigence de filialisation exposée au paragraphe 140 *in fine* ci-dessus, il convient de relever que la société mère de l'ORMA sera également amenée à participer à l'appel d'offres lancé par sa filiale pour soumissionner en tant que co-contractant ou sous-traitant. Or, il ne peut être exclu qu'à cette occasion des informations soient communiquées entre la filiale (*i.e.*, l'ORMA) et sa société mère lors de la phase de réponse à l'appel d'offres. En effet, la simple filialisation ne permet pas d'assurer une séparation fonctionnelle et organisationnelle totale. Or, le projet de décret n'envisage aucune mesure pour limiter ce risque concurrentiel.
149. Dès lors, les échanges d'informations à même de se produire tant entre l'ORMA et les co-contractants ou les sous-traitants qu'entre la société mère et la filiale peuvent présenter un caractère anticoncurrentiel.
150. Au regard de ce qui précède, il ressort que le projet de décret soumis au présent avis apparaît susceptible de mettre l'ORMA en mesure d'abuser de la position dominante dont il pourrait jouir sur le marché concerné par les droits exclusifs, à savoir celui de la gestion des prestations de l'article 2 au nom du MINARM.

b) Sur les marchés concurrentiels

151. En premier lieu, le I de l'article 4 du projet de décret prévoit que le statut d'ORMA est créé pour satisfaire spécifiquement le besoin d'intérêt général défini à l'article 1^{er} de ce projet et assurer l'exécution effective des missions prévues à l'article 3 dudit projet.
152. Cependant, il a été constaté que ne ressortaient pas clairement du projet de décret, d'une part, la délimitation des missions dévolues aux ORMA (voir paragraphe 73 ci-dessus), et, d'autre part, le champ des activités, qui est – en outre – susceptible d'évoluer selon les missions et les besoins des États partenaires (voir paragraphe 83 ci-dessus).
153. Il en résulte que l'évaluation des marchés concernés par le projet de décret et son impact concurrentiel sur ces derniers pourrait être différente en fonction, d'une part, de l'entreprise choisie et du domaine affecté et, d'autre part, de l'étendue des prestations qui seront mobilisées dans les conventions de missions et de la combinaison des prestations.
154. Par conséquent, l'Autorité n'est pas en mesure de procéder à une analyse sur le plan concurrentiel étant donné que tous les marchés potentiellement impactés par le projet de décret ne peuvent être identifiés.
155. À toutes fins utiles, il peut être rappelé que l'article 4 du projet de décret impose la création d'une entité propre pour assurer la mission d'ORMA (voir ci-avant paragraphe 41) et, partant, dans l'hypothèse d'une filialisation, une séparation comptable entre les activités de l'ORMA et celles de sa ou de ses sociétés mères. Cette filialisation, qui implique une autonomie juridique, est, néanmoins, insuffisante pour assurer l'autonomie fonctionnelle et organisationnelle de la société mère, co-contractant ou sous-traitant, vis-à-vis de sa filiale, l'ORMA. Or, cette autonomie est indispensable pour garantir que la société mère n'aura pas accès au savoir-faire du MINARM acquis par la filiale et ne l'utilisera pas pour développer son activité sur les marchés concurrentiels.
156. En second lieu, dans le projet de RPT, il est précisé, d'une part, que la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours

professionnels⁶⁶ permet à une société mère de prêter en toute légalité ses ressources humaines à sa filiale, qui n'emploie dès lors aucun salarié hormis le directeur général et l'officier de sécurité, et, d'autre part, qu'afin d'être en mesure d'exécuter les futurs marchés, la filiale bénéficiera d'un prêt de personnel mis à disposition par sa société mère par le biais de ses sociétés déjà constituées⁶⁷.

157. Cependant, aucune indication n'est fournie quant à la durée de la mise à disposition des ressources humaines, ce qui pourrait impliquer qu'elle ne coïncide pas avec la durée de dix ans de l'octroi des droits exclusifs. Ainsi, pendant une période de dix ans, il pourrait y avoir des mises à disposition successives de personnels entre la société mère et la filiale, impliquant un aller-retour de personnels entre ces dernières. Ces mouvements pourraient, ainsi, aboutir à une transmission du savoir-faire du MINARM acquis par la filiale à sa société mère, qui pourrait alors le valoriser sur les marchés concurrentiels et bénéficier d'un avantage concurrentiel.
158. Au regard de ce qui précède, à l'instar des conclusions relatives au marché concerné par les droits exclusifs (voir paragraphe 150 ci-dessus) bien que de manière plus limitée, il ressort que, sur le marché ouvert à la concurrence, le projet de décret soumis au présent avis apparaît également susceptible de mettre l'ORMA en mesure d'abuser de la position dominante dont il pourrait jouir.

⁶⁶ *Journal officiel* de la République française n° 0174 du 29 juillet 2011.

⁶⁷ Voir les articles L. 8241-1 et L. 8241-2 du code du travail.

Conclusion

159. Dans une perspective d'externalisation d'une partie des activités par le MINARM en matière de coopération militaire, l'organisation d'un système d'octroi de droits exclusifs par domaine peut revêtir un caractère de nécessité avéré compte tenu de l'évolution du contexte géostratégique et de la demande des États partenaires, d'une part, et des capacités opérationnelles du MINARM, d'autre part.
160. Cependant, l'Autorité considère que, en l'état de sa rédaction, le projet de décret ne lui permet pas de se prononcer avec certitude sur l'adéquation du système envisagé avec les règles de concurrence.
161. Tout d'abord, des précisions seraient nécessaires afin de pouvoir apprécier, avec le degré d'analyse requis, la mission d'intérêt général justifiant l'octroi de droits exclusifs et/ou spéciaux aux ORMA, les modalités de cet octroi, la nature des activités concernées ainsi que l'absence d'illogisme dans la légitimation du caractère nécessaire de la mise en place d'un tel système.
162. Ensuite, la durée de dix ans prévue pour l'octroi des droits exclusifs et des droits spéciaux, associée à l'étendue de la zone géographique couverte par ces mêmes droits, apparaît en elle-même conférer à l'octroi de droits exclusifs, tel qu'il est prévu par le projet de décret, un caractère disproportionné, de même que la procédure de sélection du bénéficiaire des droits exclusifs et/ou spéciaux ainsi que les modalités de sa rémunération.
163. Enfin, sur les marchés concernés par les droits exclusifs, le cumul des rôles de l'ORMA, d'une part, et l'incertitude concernant les règles de passation de marché par l'ORMA pour le choix des co-contractants et des sous-traitants, d'autre part, placent l'ORMA en situation d'abuser de sa position dominante. Le décret devrait donc prévoir les mesures nécessaires à l'encadrement du comportement de l'ORMA qui seraient de nature à réduire ce risque. Sur les marchés concurrentiels, un risque similaire ne peut être exclu dans la mesure où la rédaction actuelle du projet de décret ne permet pas de lever tous les doutes quant aux marchés potentiellement affectés, à la mise en œuvre concrète de la filialisation envisagée et à l'avantage concurrentiel qui pourrait résulter de l'accès des sociétés mères aux savoir-faire acquis par leurs filiales désignées comme ORMA.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Rebecca Rossi Lindh et Mme Anissa Bensalah, rapporteuses, et l'intervention de M. Julien Neto, rapporteur général adjoint, par M. Vivien Terrien, vice-président, président de séance, Mme Fabienne Siredey-Garnier, Mme Irène Luc et M. Thibaud Vergé, vice-présidents.

La chargée de séance,

Le président de séance,

Habiba Kaïd-Slimane

Vivien Terrien