

Procédure d'Acquisition, secteur Défense

Aspects clés et potentiels défis

Auteur: Devina Deshpande (Principal Associate, BTG Legal)

Le ministère indien de la Défense («**MoD**») a publié de nouvelles directives en ce qui concerne l'acquisition de capital dans le secteur de la défense (Defence Acquisition Procedure 2020 «**DAP 2020**»).

Le DAP 2020 modifie plusieurs aspects de la procédure de passation des marchés du secteur de la défense de 2016 («**DPP 2016**») qui était la réglementation précédemment applicable.

Cette note traite de ces aspects clés et des changements introduits par le DAP 2020 et identifie les domaines ayant un impact significatif. Cela comprend la modification des seuils de contenu local (**indigenous content** : « **IC** »), des exigences d'offset ou de contreparties industrielles et la modification des dispositions du contrat-type. Le DAP 2020 introduit également de nouvelles dispositions telles que l'innovation par les start-up en tant que nouvelle catégorie de marchés publics, la nécessité d'incorporer l'intelligence artificielle et de tirer parti des logiciels locaux.

1. Révision des exigences relatives à l'IC (Indigenous content)

a. Calcul

Une modification majeure de la politique des marchés publics est l'exigence accrue de « contenu local » pour chaque catégorie d'approvisionnement.

Le contenu local (Indigenous content : «IC») est calculé sur la base du prix total du contrat moins les taxes et droits (appelé dans le DAP 2020 le «prix du contrat de base») et exclut en outre (a) tous les coûts directs des équipements et assemblages importés en Inde, (b) les coûts directs et indirects de tous les services obtenus par des entités et/ou citoyens non indiens, et (c) toutes les redevances et droits de licences, brevets payés en dehors de l'Inde.

No.	Catégorie de marché public (par ordre prioritaire)	Minimum IC DAP 2020	Minimum IC DPP 2016
1.	Buy (Indian – Indian Indigenously Designed Developed and Manufactured ("IDDM")): Passation de marché par un fournisseur indien où les produits sont conçus, mis au point et fabriqués en Inde.	50%	40%
2.	Buy (Indian): Passation de marché par un fournisseur indien où les produits n'ont pas été conçus et mis au point en Inde mais ont été fabriqués en Inde.	60%	40%
3.	Buy & Make (Indian): Achat initial auprès d'un vendeur indien engagé dans un partenariat avec un fabricant étranger, suivi d'une production locale en Inde, par étapes, impliquant un transfert de technologie (« ToT »).	50% (sur la partie « fabrication »)	50% (sur la partie « fabrication »)
4.	Buy (Global – Manufacture in India): Achat initial auprès d'un fournisseur étranger, suivi par la fabrication locale d'équipements par l'intermédiaire de sa filiale locale / joint venture / entité de production indienne (impliquant un transfert de technologie).	50%	-
5.	Buy (Global): Achat d'équipement auprès d'un fournisseur étranger ou indien.	30% pour les vendeurs indiens Inexistant pour les vendeurs étrangers	-

b. Exigences déclaratives

Le DAP 2020 prévoit également des exigences déclaratives détaillées et plus strictes relatives à l'IC. Ainsi, l'IC doit être déclaré dans un format prescrit par le fournisseur principal et par tous les fournisseurs dont le prix du contrat de base est supérieur à (a) 10 crores INR, ou (b) 5% du prix du contrat de base du fournisseur principal (le plus bas). Toutes les livraisons doivent être accompagnées d'un certificat d'IC délivré par le «responsable désigné» (c'est-à-dire le signataire autorisé ou une autre personne désignée par le vendeur principal) et certifié par le commissaire aux comptes du fournisseur principal.

▲ **Les exigences supplémentaires en matière de déclaration et de conformité à la loi augmentent la charge de travail en matière de gestion des contrats à tous les niveaux des fournisseurs.**

c. Vérification de l'IC

Le ministère de la Défense (MoD) a le droit d'entreprendre une vérification IC à n'importe quel stade de la production / de l'assemblage auprès du fournisseur principal et de tous les autres, pendant une durée d'un an après la dernière livraison en vertu du contrat d'approvisionnement. La vérification IC est obligatoire lorsque l'appel d'offres envisage des mesures d'incitation pour un IC plus élevé et dans tous les cas de passation de marchés de la catégorie « Make » supérieurs à 500 crores INR.

En outre, la mainlevée de la garantie bancaire («BG») demandée par le fournisseur dans le cadre d'un appel d'offres («RFP») ou d'un contrat ne pourra être accordée qu'après l'évaluation positive de l'IC par le ministère de la Défense. Toute mesure d'incitation financière liée à un IC plus élevé ne sera également payée qu'après vérification de l'IC.

▲ **Votre garantie bancaire ainsi que tout paiement incitatif lié à l'IC peuvent être séquestrés jusqu'à un an après la dernière livraison en vertu du contrat (c'est-à-dire après l'achèvement de la vérification IC)**

d. Conséquences en cas de défaillance

Si l'IC requis n'est pas respecté, 5% de la valeur du contrat seront retenus (qui peuvent être perdus si l'IC requis est évalué, lors de la vérification par le MoD, comme n'ayant pas été respecté). Des pénalités supplémentaires peuvent être imposées par le MoD si l'IC requis n'est pas atteint, ou si un certificat erroné est soumis par le fournisseur principal ou un sous-traitant.

▲ **En tant que fournisseur principal, vous êtes obligé de prendre en compte les exigences d'IC, de déclaration, de contrôle par le MoD et de rapport (selon les règles prescrites par le DAP 2020) dans vos contrats avec les partenaires commerciaux / sous-traitants. A défaut, il sera présumé que les biens ou services qui vous sont fournis par les sous-traitants ne contiennent aucun IC au regard du DAP 2020. Il est donc conseillé de procéder aux mesures de compliance nécessaires tout au long de votre chaîne d'approvisionnement.**

2. Nouvelles catégories de marchés publics

Le DAP 2020 introduit de nouvelles catégories ainsi que de nouvelles procédures de marchés publics :

a. Buy (Global - Manufacture in India)

Cette procédure remplace la catégorie «Buy & Make» du DPP 2016 (cependant, les principales caractéristiques restent les mêmes). Elle prévoit l'achat de l'équipement auprès d'un vendeur

étranger, suivi d'une fabrication locale, avec 50% d'IC par une filiale indienne ou une joint venture («JV»), ou par ToT (transfert de Technologie) à une agence de production indienne. Tous les paiements pour la partie «manufactured» en Inde seront payés au vendeur en roupies indiennes.

L'objectif de cette nouvelle procédure (combinée à l'autorisation d'une augmentation des investissements étrangers dans le secteur de la défense), est de pousser les vendeurs étrangers à fabriquer une plus grande partie de leurs matériaux en Inde.

▲ **Lorsqu'une production locale est réalisée par l'intermédiaire d'une agence de production, la technologie transférée doit être à jour, à la pointe de la technologie et complète, couvrant tous les aspects allant de la conception, au développement, à la fabrication et contenant des informations techniques détaillées pour la production, la révision et réparation.**

b. Make III

La catégorie «Make» a été introduite pour promouvoir la conception et le développement local de prototypes d'équipements militaires. En plus des 2 catégories Make existantes (Make I et Make II), une nouvelle sous-catégorie «Make III» a été introduite dans le cadre du DAP 2020.

Alors que Make I et Make II traitent de la conception, le développement et la fabrication au niveau local, Make III se concentre sur le remplacement des importations. Dans le cadre de Make III, les produits ne sont pas conçus, développés localement mais sont fabriqués en Inde en collaboration avec le fabricant étranger (ou via un ToT).

Les produits conçus et développés sous Make I et Make II sont acquis dans la catégorie Buy (Indian - IDDM) (qui a la priorité la plus élevée), tandis que les produits Make III sont acquis dans la catégorie Buy (Indian) (dans tous cas, les exigences en matière d'IC doivent être respectées).

▲ **Notez que le «vendeur indien» sous Make III n'est pas soumis aux conditions restrictives de propriété et de contrôle imposés par Make I, Make II et Buy (Indian-IDDM) (voir le paragraphe 3 ci-dessous). Cela peut être un moyen pour les fabricants étrangers de se qualifier dans une catégorie avec une préférence plus élevée tout en conservant la propriété et le contrôle de l'entité de fabrication soumissionnaire.**

c. Leasing

Envisage la location ou crédit-bail (leasing) d'équipement auprès d'un fabricant indien ou étranger, en remplaçant d'énormes dépenses initiales en capital par des loyers périodiques.

Cette solution peut être choisie pour surmonter les contraintes de temps du marché public, quand une petite quantité est requise et que l'actif serait sous-utilisé s'il était acheté, quand l'équipement est considéré comme une nécessité opérationnelle ou quand l'actif est requis pour une durée limitée.

d. Innovation

Comprend l'achat de produits conçus et développés par des start-ups et des micro, petites et moyennes entreprises («MPME») par le biais des «Innovations for Defence Excellence» (qui accorde des subventions pour le développement des technologies dans les domaines de la défense et de l'aérospatiale), le Fonds de développement technologique de l'Organisation de Recherche et de Développement de la Défense DRDO (qui soutient les projets de défense des MPME et des start-ups indiennes) et la recherche et le développement internes par les organisations des forces armées.

3. «Vendeur indien» - restrictions en matière de détention de capital et de contrôle

La création d'une entité locale est suffisante pour constituer un «fournisseur indien» dans le cadre du DAP 2020 pour les catégories de marchés publics suivants : Buy (Indian), Buy & Make (Indian), Buy (Global – Manufacture in India) and Buy (Global).

Le choix de la structure devra être envisagé en fonction de la politique d'investissement étranger en vigueur qui fixe des limites en matière de détention de capital et de contrôle.

D'autre part, le DAP 2020 indique clairement que pour se qualifier en tant que «fournisseur indien» pour les contrats d'achat (Indian-IDDM), Make I, Make II et Design & Development procurement contracts : la détention de capital et le contrôle doivent appartenir à des citoyens indiens résidents :

a. La détention de capital : Plus de 50% du capital doit être détenu directement ou de manière effective par des citoyens indiens résidents ou des entreprises indiennes détenues et contrôlées par des citoyens indiens résidents. L'investissement étranger total (direct / indirect) dans l'entité ne peut excéder 49%.

b. Le contrôle : Le droit de nommer des administrateurs majoritaires ou de contrôler les décisions de gestion / politique (y compris par le biais des droits de participation ou de gestion, des accords de vote, etc.) doit appartenir aux citoyens indiens résidents.

▲ Alors que la procédure d'appel d'offres «Make» a toujours été réservée aux entreprises détenues et contrôlées par des citoyens indiens résidents, le DAP 2020 réserve désormais également les appels d'offres de la catégorie Buy (Indian – IDDM) exclusivement aux vendeurs indiens détenus et contrôlés par des citoyens indiens résidents. Compte tenu de cette volonté d'aller vers l'autonomie du pays, on peut envisager que le ministère de la Défense émette de plus en plus d'appels d'offres axés uniquement sur les processus IDDM, de fabrication et d'innovation (rendant directement ou indirectement les autres catégories de marchés publics inéligibles dans le cadre de ces appels d'offres). Dans cette mesure, les vendeurs devront peut-être par la suite évaluer l'avantage de se qualifier en tant que «vendeur indien» dans ces catégories prioritaires (ce qui signifierait une perte de participation et de contrôle) par rapport au maintien de 74% des actions étrangères (comme cela a été récemment autorisé pour le secteur de la défense en vertu de lois sur l'investissement étranger) dans l'entité soumissionnaire / de fabrication.

4. Liste d'embargo sur les importations

Le ministère de la Défense a publié une liste des armes faisant l'objet d'un embargo sur les importations. C'est à dire que les forces armées ne peuvent pas importer ces équipements sous une forme entièrement achevée. Ces équipements ne peuvent être achetés que dans le cadre de passation de marchés de catégorie Buy (Indian - IDDM) et Buy (Indian), et les catégories Buy and Make (Indian) et Buy and Make (Global – Manufacture in India) (à condition que les quantités «Buy» soient nulles), ce qui exclut complètement l'achat de ces équipements sur étagère par marché public.

La liste comprend actuellement 101 équipements dont des canons d'artillerie, des fusils d'assaut, des lance-roquettes et lance-roquettes anti-sous-marins, des corvettes, des systèmes de sonar, des avions de transport, des hélicoptères de combat légers et des radars. Elle entrera en vigueur sur une période de 5 ans.

- ▲ Compte tenu de l'important investissement et des délais requis pour l'acquisition de technologies permettant une fabrication locale, il est possible que le ministère de la Défense décide de renoncer à l'embargo si l'équipement conçu et fabriqué localement conformément aux spécifications et aux exigences qualitatives des forces armées n'est pas prêt.

5. Modifications du contrat type

Le DAP 2020 comprend un contrat type plus complet. Nous avons identifiés quelques clauses clés ci-dessous :

a. Droits de résiliation du MoD : Les droits de résiliation du MoD ont été considérablement élargis. Le ministère de la Défense a désormais le droit de résilier le contrat pour des raisons de commodité convenance (Auparavant le ministère de la Défense pouvait résilier le contrat dans l'«intérêt public». Cela a maintenant été remplacé par la résiliation « par commodité » (termination for convenience). Cependant, les modalités restent les mêmes.). Aucune exigence particulière ou restriction n'est venue encadrer l'exercice de ce droit (à l'exception d'un délai de préavis dont la durée reste à déterminer). L'acheteur pourra reprendre les biens partiellement construits au moment de la résiliation.

- ▲ Cette disposition de résiliation unilatérale offre des droits très étendus à l'acheteur public. Ceci notamment du fait de l'absence de mesures dissuasives, telles que des frais de résiliation. Lors de la résiliation, la responsabilité contractuelle de l'acheteur et la prise en charge des actifs partiellement construits est également limitée au paiement intermédiaire ultérieur dû pour l'équipement (et non à la valeur totale du contrat). Dans les contrats d'achat du secteur de la défense, le droit du ministère de la Défense de résilier unilatéralement le contrat pour des raisons de commodité peut entraîner de lourdes pertes compte tenu de l'important investissement initial et des frais administratifs pour le fournisseur.

b. Conséquences de la défaillance du fournisseur : En cas de défaillance du fournisseur, le ministère de la Défense peut réclamer, à sa discrétion, la résiliation et la reprise des marchandises, la demande de dommages-intérêts, la mise en jeu des garanties bancaires, etc

- ▲ La multiplicité des demandes possibles pour le ministère de la Défense en cas de défaillance du fournisseur peut entraîner une grande incertitude pour ledit fournisseur.

c. Droits sur la propriété intellectuelle du fournisseur : Le contrat type prévoit expressément que la rémunération versée au fournisseur est une compensation pour l'équipement et la propriété intellectuelle associée, pour la propriété et l'exploitation illimitée de l'équipement pendant son cycle de vie et au-delà.

- ▲ Aucune restriction n'a été spécifiée sur l'exploitation de la propriété intellectuelle acquise ou sur le type de contrats auxquels ce droit d'acquisition de propriété intellectuelle s'applique (par exemple, uniquement la propriété intellectuelle développée conjointement ou uniquement les contrats «Make»).

d. Support après-vente: Des dispositions complètes relatives au Support après-vente ont été incluses : elles couvrent la maintenance annuelle et complète, le support durant le cycle de vie des biens avec la gestion de l'obsolescence, la gestion de la chaîne d'approvisionnement liée aux mesures de performance (appelée «logistique basée sur la performance» « performance based logistics ») et la gestion des stocks en ligne, une assistance produit rapide et le suivi de livraison. Le contrat de support doit toujours être conclu avec le contrat d'acquisition principal.

- ▲ Les clauses de support après-vente donnent à l'acheteur public le droit d'optimiser le support après-vente relatif au cycle de vie du produit et aux améliorations nécessaires en s'appuyant sur des produits et services de tiers. On ne sait pas comment l'implication de tiers s'accordera avec les obligations de propriété intellectuelle et de garantie du fournisseur.

e. Organismes de gestion de contrats : Le DAP 2020 prévoit que différents services seront en charge de l'administration des contrats et du suivi support après-vente afin d'assurer une transition en douceur de l'avant-contrat au post-contrat.

- ▲ Il reste à voir comment ces services se coordonnent entre eux et avec le fournisseur pour assurer une transition transparente. En outre, le DAP 2020 ne prévoit pas et ne fournit pas d'instructions pour les problèmes qui pourraient survenir à diverses étapes du processus contractuel. L'absence d'instruction sur la façon de résoudre les problèmes ou les différends (ou même des orientations générales quant à l'approche) pourrait entraîner une ambiguïté pour les fournisseurs dans des domaines critiques de la gestion des contrats tels que la vérification IC, la modification du contrat, le rachat, la résiliation, l'arbitrage, etc. À cet égard, il serait utile d'avoir un service spécifique pour la coordination entre les différents fournisseurs au sein de la chaîne d'approvisionnement ainsi qu'un processus de résolution rapide des litiges intégré au contrat.

6. Modifications des règles relatives aux offsets

Les dispositions relatives aux offsets (compensations industrielles liées à l'acquisition d'équipements de Défense) ont été modifiées dans le cadre du DAP 2020, en mettant l'accent sur les investissements locaux, le transfert de technologie et l'exportation des principaux équipements (par opposition aux composants).

a. Seuil offset : Comme précédemment, les acquisitions Buy (Global) évaluées à 2000 crores INR ou plus exigent que les offsets représentent au minimum 30% de la valeur du contrat. Cependant, aucune obligation d'offset n'est applicable aux accords intergouvernementaux et aux contrats de vente au travers des FMS américains (Foreign Military Sales). En outre, les fournisseurs indiens fournissant dans la catégorie Buy (Global) seront exemptés d'offset s'ils atteignent un minimum de 30% d'IC.

b. Modifications des crédits offset

- i. HCrédits offsets : des coefficients multiplicateurs plus élevés ont été attribués au transfert de technologie. Ainsi, le transfert de technologie à l'Organisation de recherche et de développement pour la Défense DRDO a le coefficient multiplicateur le plus élevé : 4.
- ii. Un crédit offset réduit pour les composants a été introduit (pour faciliter une plus grande participation de l'industrie indienne en encourageant des produits de Défense complets par rapport aux composants).
- iii. Les investissements dans la fabrication du secteur de la Défense ont également été encouragés par des coefficients multiplicateurs plus élevés pour l'investissement en capital (via l'investissement direct étranger ou les joint ventures) et l'investissement autre qu'en capital (c'est-à-dire la coproduction, le co-développement, la production et la production sous licence).

▲ Les modalités de calcul du crédit offset pour la voie d'investissements autres que des fonds propres ne sont actuellement pas clairs. L'investissement dans la fabrication du secteur de la Défense est également soumis à l'achèvement du matériel et à la vérification des comptes de la société qui crée l'unité de fabrication, ce qui pourrait avoir un impact sur l'évaluation. Le moment de l'émission des crédits doit également être clarifié.

c. Notable exclusions

- i. Les services (à l'exception de la Maintenance Réparation et Révision (MRO) pour les aéronefs et les hélicoptères) et les produits aérospatiaux civils ont été abandonnés en tant que moyens de s'acquitter des obligations d'offset.

▲ Sur cette base, déterminez si votre stratégie offset nécessite une réévaluation

- ii. La possibilité de crédits d'offset (offset banking) - c'est-à-dire l'application ultérieure de crédits d'offsets précédemment accumulés) ont été supprimés (peut-être en raison de l'ambiguïté de son application).

▲ La capacité à tirer parti d'une chaîne d'approvisionnement indienne pour banquer les crédits afin de satisfaire les obligations d'offset futurs n'est plus applicable.

d. Décharge indirecte : La décharge d'offset par des entités autres que le fournisseur principal ou son sous-fournisseur de rang 1 peut être autorisée au cas par cas.

▲ Cependant, la possibilité de remplir les obligations d'offsets consolidées au niveau d'un Groupe n'est pas claire.

Conclusion

Le MoD a clairement fait sa priorité du développement de sa capacité locale. Selon le DAP 2020, quand l'industrie indienne est capable de fabriquer l'équipement requis dans les délais prescrits, les achats doivent être effectués auprès de sources locales.

Cependant, le DAP 2020 supprime un certain nombre de voies d'offset précédemment disponibles et pose également des exigences d'IC plus rigoureuses en supposant que les fournisseurs étrangers transféreront les technologies les plus récentes en Inde et que les fabricants indiens assimileront la technologie à temps pour servir les besoins des forces armées - ce qui s'est avéré être un défi dans le passé -. À cette fin, il est essentiel que l'industrie locale ait le temps d'assimiler progressivement la technologie transférée afin d'atteindre efficacement l'objectif d'autosuffisance.

Mumbai

801, Lodha Supremus,
E. Moses Road, Worli,
Mumbai, Maharashtra
400018

Delhi

242, C Block,
Defence Colony,
New Delhi
110024

Bengaluru

5/8, Brunton Cross Road,
Off Magrath Road
Bengaluru,
560 025

www.btg-legal.fr

Pour plus d'informations sur BTG Legal, leurs partenaires ainsi que leurs qualifications, rendez-vous sur www.btg-legal.fr