

Les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence

Gaspard Terray

▶ **To cite this version:**

Gaspard Terray. Les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence. Droit. 2017. dumas-01625164

HAL Id: dumas-01625164

https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01625164

Submitted on 27 Oct 2017

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

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

MASTER 2 DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

Dirigé par Monsieur le Professeur Sébastien BERNARD

2016-2017

LES MARCHES PUBLICS DE DEFENSE ET DE SECURITE ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Mémoire dirigé par :

Monsieur Jean-Christophe VIDELIN
Maître de conférence en droit public

Et présenté par :

Monsieur Gaspard TERRAY

SOMMAIRE

Introduction **2**

§ 1 La définition des marchés publics de défense ou de sécurité 3

§ 2 Les enjeux des marchés publics de défense ou de sécurité 5

§ 3 Les marchés publics de défense ou de sécurité, un « cantonnement juridique » à la dérogation 14

Chapitre 1 – Une notion flexible **16**

§ 1 Les contrats hors-champs définis 16

§2 Le critère organique acquis 17

§3 Le critère matériel incertain 19

Chapitre 2 – Un régime de passation à éclipse **31**

§ 1 – Les exclusions étendues de procédure de passation 31

§ 2 L'affaiblissement inégal de procédure de passation 44

Chapitre 3 – Un régime d'exécution dirigiste **63**

§1 Une sous-traitance plus transparente 63

§2 Une modification du contrat plus aisée 68

Conclusion générale **76**

Bibliographie **78**

Table des matières **87**

INTRODUCTION

« Le budget de la Défense, malgré toutes les contraintes que vous connaissez, en 2016, progressera par rapport à la trajectoire initiale qui avait été fixée par la Loi de programmation militaire : 700 millions d'euros de crédits supplémentaires. Et le budget de la Défense sera au-dessus de 32 milliards d'euros. »[1]. Lors d'un discours prononcé à l'occasion des vœux aux armées, François Hollande a insisté sur les efforts à venir pour atteindre l'objectif d'un budget de la défense visant deux points du produit intérieur brut (PIB)[2]. A rebours de l'orthodoxie budgétaire observée depuis la crise de 2008, le budget de la défense a été sanctuarisé depuis l'actualisation de la loi de programmation militaire (LPM) 2014-2019 par la loi du 28 juillet 2015[3]. Son adoption s'inscrit en réaction aux attaques terroristes subies par la France au début de l'année 2015.

Elle prévoit un effort significatif sur les équipements et la disponibilité des matériels militaires. Il se décline notamment à travers l'acquisition de treize nouveaux hélicoptères, l'acquisition d'un satellite d'observation ou encore l'anticipation de certains programmes, à l'instar du programme naval « Frégate de taille intermédiaire (FTI) ».

Aussi, l'actualité budgétaire se télescope avec une actualité juridique majeure tenant à la réforme d'ensemble du droit des marchés publics[4]. Ces circonstances particulières invitent à analyser de près les bouleversements que connait l'achat public de défense et plus précisément à s'interroger sur la nouvelle place occupée par les marchés publics de défense ou de sécurité (MPDS) dans ce cadre juridique renouvelé.

Appréhender de la meilleure manière cette étude du droit positif, revient à définir les marchés publics de défense ou de sécurité (§1) afin d'en sérier les principaux enjeux (§2) pour *in fine* dégager une problématique (§3).

[1] François Hollande, *Discours de vœux aux armées*, Discours officiel, 6 janvier 2017.
[2] Nathalie GUIBERT, « François Hollande souhaite attribuer 2% du budget de l'Etat à l'armée », Le Monde, 6 janvier 2017.
[3] Loi n°2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.
[4] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et Décret n°2016-361 relatif aux marchés public de défense ou de sécurité.

§ 1 La définition des marchés publics de défense ou de sécurité

Une approche historique du marché public de défense et de sécurité (A) permet de mieux cerner sa définition et, dans le même temps, sa place dans le cadre général de la réforme des marchés publics (B)

A. Les marchés publics de défense dans l'histoire

L'objectif n'est pas d'être exhaustif dans l'évolution historique des contrats de défense mais plus d'en tirer les grands enjeux selon trois temps identifiés : un temps long, moyen et cour.

Sur un temps long, tout d'abord, les premiers balbutiements de règles encadrant les relations contractuelles entre l'Etat et des opérateurs économiques pour répondre à ses besoins en matière de défense peuvent remonter à l'ancien Régime. Sous Louis XIV, Vauban, alors Commissaire général aux fornications, avise dans une lettre à Louvois (Sous-secrétaire d'Etat à la guerre) plusieurs conseils portant notamment sur des critères objectifs de sélection des candidats ou encore la notion du mieux disant[5]. Suivra ensuite une accumulation de règles éparses posant les fondements de concurrence et de publicité du droit des marchés publics[6]. La réglementation de l'achat public prend une véritable ampleur dès la fin du XVIIIe siècle et forme une étape essentielle dans la construction de l'Etat postrévolutionnaire[7].

Sur un temps moyen, ensuite, la codification des règles s'enchaine au XXe siècle et démontre une ambivalence historique entre une exclusion et une inclusion des règles d'achat public de défense à l'aune du droit commun. La non différentiation a d'abord prévalu à travers plusieurs textes, comme le décret du 18 novembre 1882 relatif à l'accès et à la passation des marchés publics ou encore le décret du 6 avril 1942 qui revient en détail sur de multiples aspects de la réglementation (Cahier des charges, définition du besoin, lotissement, exécution financière et garantie). La première réglementation générale des marchés publics intervient à travers le décret n°64-4 du 6 janvier 1964 resté en vigueur jusqu'à l'adoption du Code des marchés publics de 2001. Néanmoins, une dynamique d'autonomisation du droit des marchés publics de défense a inspiré en parallèle la réglementation. Plusieurs textes ont apporté des spécificités dans l'application de la réglementation des marchés publics dans le secteur de la défense.

[5] Claudine CHARDIGNY, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruylant, 2e éd. Bruxelles, 2013, Bruxelles, 2013, pp.45.
[6] Voir par exemple Décret du 10 Brumaire an XIV relatif aux travaux des hospices et établissements de charité.
[7] Hélène LEMESLE, « Réglementer l'achat public en France (XVIIIe-XIXe) », Genèse, n°80, 2010, p8.

L'adoption du cahier des clauses et conditions générales des marchés de travaux des constructions militaires du 5 avril 1933, ou encore l'instruction n°3456/CC/CBC du 5 aout 1852 relative aux marchés du département de la guerre illustrent l'essor de cette réglementation bis.

Sur un temps court, enfin, trois principaux mouvements marquent l'évolution contemporaine des marchés de défense. Tout d'abord, l'ambivalence historique a laissé place à une autonomisation consacrée par la multiplication de textes spécifiques aux marchés publics de défense en 2004[8], 2011[9] et enfin 2016[10]. Ensuite et plus généralement, cette période est marquée par une instabilité chronique de la réglementation mêlant réforme textuelle et bouleversement jurisprudentiel. Loin de l'application calme et stable pendant près de 37 ans du décret de 1964, pas moins de trois codes des marchés publics se sont frénétiquement succédés entre 2001 et 2006[11]. L'européanisation du droit des marchés publics est marquée par l'utilisation d'instruments de droit dérivé[12] dans un objectif constant d'harmonisation des règles de l'achat public. C'est le droit de l'union européenne qui sera, par ailleurs, à l'origine de la réforme du droit de la commande publique.

B. Les marchés publics de défense dans la réforme actuelle du droit de la commande publique

Le droit français de la commande publique a été profondément bouleversé ces dernières années. Jusqu'à présent, il était un maquis inextricable de dispositions répondant à des contrats avec leurs régimes juridiques propres. La multiplication de définitions restrictives, à l'instar du marché public de travaux devant répondre à l'exigence particulière de maitrise d'ouvrage public[13] était à l'origine d'un droit sans cohérence ni lisibilité. Elle a causé aussi, avec l'aide d'un législateur peu consciencieux, un empilement continu de textes répondant aux besoins ponctuels des acheteurs publics. L'ordonnance relative aux partenariats public-privé[14] ou les

[8] Décret n°2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.
[9] Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité.
[10] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés public de défense ou de sécurité.
[11] Décret n°2001-210 du 7 mars 2001, décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 et décret n°2006-975 du 1er aout 2006.
[12] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 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.
[13] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.
[14] Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.

multiples baux emphytéotiques administratifs sectoriels participent, à titre d'exemple, à cette incrémentation législative. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics avec l'ordonnance concession du 16 janvier 2016[15] articulent de manière fondamentale la commande publique sur la *suma divisio* : Marché public et concession. Dès lors, le droit des marchés publics est désormais « pensé comme une branche particulière d'un droit plus vaste -celui de la commande publique- au service d'une plus grande efficacité de l'achat public »[16].

Le droit des MPDS est, en conséquence, particulièrement remanié tant sur le plan de sa passation que de ses règles d'exécution. Les MPDS sont définis comme des contrats visant à satisfaire les besoins de l'Etat en matière de travaux, fournitures et de services dans le domaine de la défense et de la sécurité. L'étude portera principalement sur l'acheteur en tant que pouvoir adjudicateur et non en tant qu'entité adjudicatrice (lequel obéit à un régime spécifique). Par ailleurs les contrats de type concessif issus de l'ordonnance du 16 janvier 2016 et ses spécificités concernant le domaine de la défense ne seront pas étudiés. Finalement sur le plan de la sémantique, il sera seulement utilisé la terminologie de marché public de défense et de sécurité (MPDS). La différence entre marché de sécurité et marché de défense, un temps retenu, n'a plus lieu d'être aujourd'hui, conformément à la théorie globale de sécurité nationale retenue depuis 2008[17]. Le droit des marchés publics en a pris acte en 2011. Le droit des MPDS est désormais *de jure* monolithique.

§ 2 Les enjeux des marchés publics de défense ou de sécurité

Des mouvements antagonistes sont à l'œuvre et sous-tendent les enjeux de l'achat public de défense. Une dynamique d'inclusion (voir même de banalisation) portée par l'européanisation du droit de la commande publique le guide (A). Aussi, l'européanisation est freinée par des spécificités propres aux marchés publics de défense tendant alors plutôt à les exclure du droit commun (B). Finalement, au-delà de cette confrontation fondamentale, la commande publique de défense poursuit une ligne médiane ; celle d'un outil renouvelé de régulation au service de l'achat de défense (C).

[15] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.
[16] François BRENET « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », AJDA, 2015, p.1783.
[17] Ministère de la défense, *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, 2008.

A. *L'européanisation de la commande publique de défense ou dynamique d'inclusion*

L'européanisation est un vecteur puissant de la dynamique d'inclusion des marchés de défense ou de sécurité dans le droit commun. Il est à la fois présent au sein de l'Union européenne (1) mais aussi en dehors hors de cette-dernière (2).

1. *L'européanisation au sein de l'Union européenne*

L'objectif fondement et historique poursuivi par l'Union européenne est celui de l'intégration. Décliné pour la commande publique de défense ou de sécurité, cet objectif recouvre deux volets. Tout d'abord un volet industriel consacré à la constitution d'une Base industrielle et d'une technologique de défense (BITD) européenne est prévu. Le considérant 3 de la directive 2009/81/CE est sans équivoque : « Les États membres reconnaissent la nécessité de promouvoir, de développer et de maintenir une Base industrielle et technologique de défense européenne, axée sur les capacités, compétente et compétitive »[18]. Un volet juridique, ensuite, avec la constitution d'un véritable marché intérieur intégré de l'achat de défense couvrant l'ensemble des Etats membres. L'harmonisation des règles de passation et d'exécution encadrant les marchés publics de défense est donc un biais privilégié comme l'affirme le considérant 4 du même texte : « La création d'un marché européen des équipements de défense passe par l'établissement d'un cadre législatif adapté. Dans le domaine des marchés, ceci nécessite une coordination des procédures de passation des marchés satisfaisant aux impératifs de sécurité des États membres et aux obligations découlant du traité »[19]. Ces deux impératifs ont guidé l'européanisation des marchés de défense tant sur un plan institutionnel, que sur celui du droit positif.

En premier lieu, l'institutionnalisation d'une « Europe de la défense » est marquée par l'échec originel de l'édification d'une communauté européenne de défense (CED) en 1953. Ainsi, la défense a été exclue du processus de la construction européenne pendant près de cinquante ans[20]. C'est d'abord sous la dénomination de Politique européenne de sécurité et de défense (PESD), composante de la politique étrangère et de sécurité européenne (PESC), qu'est mis en place un instrument propre aux politiques européennes de défense et de sécurité en

[18] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009, Cons 3.
[19] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009, Cons 4.
[20] Bastien IRONDELLE, « L'Europe de la défense à la croisée des chemins ? », Critique internationale, 2005, n°26, p180.

1997[21]. Les Etats membres peuvent mener conjointement, à travers la PESD, des opérations militaires d'évacuation de ressortissant, de maintien, d'imposition ou de rétablissement de la paix. La PESD a été refondée en 2003 sous une nouvelle dénomination : Politique de sécurité et de défense commune (PSDC). Cette nouvelle instance est enrichie sur le plan de ses missions, notamment en matière de coordination européenne de la production et du maintien en condition opérationnel des équipements de défense. Elle est prévue explicitement dans le Traité sur l'Union européenne : « *La politique de sécurité et de défense commune fait partie intégrante de la politique étrangère et de sécurité commune. Elle assure à l'Union une capacité opérationnelle s'appuyant sur des moyens civils et militaires* »[22]. Ainsi, la PESD soutient la coopération en matière de production des moyens militaires, comme (autrement encore une phrase sans verbe) l'illustre la décision du Conseil européen de décembre 2010 adoptant la stratégie de « mutualisation et partage » (*pooling and sharing*) des capacités militaires. Depuis, plus d'une centaine de projets a été initiée par les membres de l'UE[23], dont le plus emblématique celui de la conception et la production de l'avion de transport militaire A400M.

La politique européenne de sécurité et de défense a, par ailleurs, développé son schéma institutionnel à travers la création d'une agence européenne de défense (AED). Décidé par le Conseil européen de Thessalonique du 19 mai 2003, l'AED est intégrée dans la politique européenne de sécurité et de défense (PESC). Ses objectifs sont notamment de promouvoir et de renforcer la coopération européenne en matière d'armement afin de consolider la BITD européenne ou encore de créer un marché européen concurrentiel d'équipements de défense. Sans être une centrale d'achat internationale, elle vise à encourager la libre concurrence entre les Etats membres de l'Union européenne afin de développer les capacités européennes de défense en vue de la réalisation de la PESC. Cet encouragement se traduit également par l'élaboration et la diffusion d'un « *soft law* ». Ainsi, la publication d'un Code de conduite non contraignant en novembre 2005 s'efforce de diffuser les bonnes pratiques en matière de concurrence et de transparence des marchés publics de défense (autant sur le plan de l'acquisition que sur le plan de la chaîne d'approvisionnement).

En second lieu, l'Union européenne, dans l'objectif de constitution d'un marché intérieur de défense, a utilisé la voie du droit dérivé afin d'uniformiser les règles encadrant la passation et la conclusion des marchés de défense ou de sécurité. Avant même d'utiliser le droit

[21] Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997.
[22] Traité sur l'Union européenne, n° C 326/01, 13 décembre 2007, Article 42.
[23] Kempin RONJA et Scheler RONJA, « L'intégration différenciée peut-elle débloquer la PSDC », Politique étrangère, IFRI, 2015, p25.

dérivé, la Commission européenne a multiplié depuis le début des années 2000 les messages visant à décloisonner les marchés nationaux et les pratiques protectionnistes corolaires. En effet, selon la Commission, en moyenne seulement 13% des contrats de défense faisaient l'objet de mesure de publication dans les journaux officiels des Etats membres[24]. Elle a tenté alors de démontrer dans des documents non contraignants l'absence d'efficience économique de telles pratiques. Le cloisonnement des marchés entraîne « *un surcoût pour les contribuables et nuit à la compétitivité de l'industrie de la défense européenne et à sa capacité à répondre aux besoins capacitaires de la PESC* »[25]. La Commission estime même que la défragmentation du marché pourrait faire économiser entre 10 et 30% des budgets des marchés publics de défense[26]. A l'occasion d'une communication en 2007, la Commission interpelle les Etats sur la nécessité d'une harmonisation : «Si rien ne change les citoyens européens continueront à payer pour leur défense et leur sécurité au regard de ce qu'ils retirent et l'industrie européenne de la défense verra sa compétitivité décliner »[27]. A la « *soft law* » succède la « *hard law* », avec la mobilisation d'outils juridiques contraignant comme des textes de droit dérivé visant dans un premier temps l'uniformisation des procédures de passation des marchés publics de défense ou de sécurité[28]. Les impératifs des mesures de publicité et de mise en concurrence sont mis en exergue. La directive précise que ses « dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité »[29]. La directive marchée de 2014 applicable aux marchés de défense ou de sécurité rappelle aussi sans détour ces principes dès le premier considérant[30]. Par ailleurs, l'ordonnance de transposition les reprendra symboliquement en son article 1[er][31] corroborant la dynamique d'inclusion de l'achat de défense dans le droit commun.

[24] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 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.
[25] Commission des communautés européenne n°COM2004608, *Livre Vert – Les marchés publics de la défense*, 23 septembre 2009.
[26]Communication de la Commission, n° COM(96) 10, *Les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense - Contribution en vue d'actions au niveau européen*, 24 janvier 1996.
[27] Communication de la Commission, n°COM(2007) 764, 5 décembre 2007, p.12.
[28] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009.
[29] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009, Cons 15.
[30] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.
[31] Article 1[er] I. de l'Ordonnance n°2015-899 : « *Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* »

2. *L'européanisation en dehors de l'Union européenne*

En parallèle du développement d'une politique intégrée de défense portée par les Communautés puis l'UE, d'autres cadres multilatéraux visent à renforcer la coopération européenne en matière d'achat public de défense. Deux conventions internationales organisent une Europe de la défense en dehors e l'UE.

Dans un premier temps, 6 Etats européens (Allemagne, France, Espagne, Italie, Royaume-Uni et Suède) ont signé le 6 juillet 1988 une lettre d'intention (Letter of Intent ou Lol). Elle organise un cadre commun visant à favoriser l'émergence d'un environnement juridique favorable à l'intégration de l'industrie européenne de défense. S'intéressant à la construction d'une BITD européenne, elle a prioritairement visé les entreprises aéronautiques. A côté de cet objectif industriel, la lettre d'intention possède des conséquences importantes concernant le contenu des contrats d'armement : « *De définir des principes pour la communication, le transfert, l'utilisation et la propriété des informations techniques, afin de faciliter les restructurations et le fonctionnement ultérieur des industries de défense respectives des Parties* »[32]. Ainsi le sous-comité « traitement des informations techniques » de la Lol est en charge d'harmoniser les clauses de propriété intellectuelle des contrats de défense entre les Etats. Sur ce fondement la France a adopté un nouveau Cahier des clauses administratives communes/Propriété intellectuelle (CAC/PI) euro compatible en 2006[33].

Dans un second temps, les Etats européens ont créé l'organisation conjointe de coopération en matière d'armement (OCCAR), dotée d'une personnalité juridique en 1998. Cette organisation gère et coordonne des programmes européens d'équipement de défense, comme par exemple le programme Franco-Allemand d'hélicoptères de combat « Tigre » en 1996 ou encore le programme de démonstrateur de radio-logicielle ESSOR (*European Secure Software Defined Radio*). Davantage tournée vers la mise en œuvre de programmes militaires européens, l'OCCAR est une centrale juridique d'achat avec des règles d'acquisition strictes (*OCCAR Management Procedure*). La recherche de l'efficience économique et de la performance technique est centrale, notamment à travers la promotion d'impératifs de transparence et de mise en concurrence.

[32] Décret n° 2001-1075 du 16 novembre 2001 portant publication de l'accord-cadre relatif aux mesures visant à faciliter les restructurations et le fonctionnement de l'industrie européenne de défense.
[33] Circulaire n° 4537/DEF/CGA/CRM du 26 septembre 2006 relative au cahier administratif des clauses communes propriété intellectuelle applicable aux marchés de la défense portant sur des phases individuelles ou combinées de développement de production et de soutien.

En définitive, la dynamique d'inclusion des MPDS dans le droit commun, portée principalement par l'Union européenne et plus accessoirement par les autres organisations, s'oppose à ses caractéristiques historiques. Liés aux intérêts essentiels de l'Etat ou à son autonomie stratégique, ces contrats doivent rester en marge du droit commun de la commande publique.

B. *Le repli national de la commande publique de défense ou dynamique d'exclusion*

Etant donné leur objet caractère extraordinaire (équipements de défense et de sécurité), ces marchés publics ne doivent poursuivre le droit commun. Deux motifs fondent cette dynamique d'exclusion : l'un stratégique et l'autre économique.

En premier lieu, les contrats de défense ou de sécurité impliquent « un marché et une industrie atypique »[34]. L'analyse du marché de la défense et de ces acteurs industriels permet de comprendre au mieux le motif stratégique à la dynamique d'éviction des marchés publics de défense du droit commun. Mis de côté le cas particulier des entreprises d'aéronautiques[35], l'industrie de la défense est l'expression de la volonté de l'Etat. La configuration de la BITD suit la volonté étatique. Elle est définie comme l'ensemble des « entreprises qui contribuent, de façon directe ou indirecte, au développement, à la production ou au maintien en condition opérationnelle des équipements ou services participant à l'organisation de la défense nationale »[36]. La situation est dès lors la suivante : l'Etat est en position de monopsone et fait face à un ensemble d'entreprises oligopolistiques. Un « monopole bilatéral » ou une dépendance réciproque entre l'acheteur étatique et l'industriel se manifeste. D'un côté, l'Etat a besoin des entreprises pour pouvoir assurer ses besoins d'achat de défense et par conséquent son autonomie de décision sur la scène internationale. De l'autre, l'industriel a besoin de l'Etat car, si ce n'est son unique client, il compose pour autant la très grande partie de sa demande. La relation entre l'Etat et sa BITD nationale, socle de l'indépendance stratégique, est insoluble dans les principes de publicité et de mise en concurrence portés à une échelle européenne. La dépendance bilatérale est exclusive de l'idée de concurrence dans l'achat d'équipement de défense. Elle est, bien au contraire, durable et structurelle.

[34] Renaud BELLAIS, Martial FOUCAULT et Jean-Michel OUDOT, *Economie de la défense*, La découverte, Repère Economie, 2014, Chapitre 2.
[35] Jean-Christophe VIDELIN, *Droit de la défense nationale*, Bruylant, 2e éd. Bruxelles, 2014.
[36] John DUNNE, «The defence industrial base», Handbook of defence economics, vol. 1, 1995, p. 399-430.

Cette particularité de l'achat de défense tenant à l'existence de la BITD nationale a, en outre, été intégrée dans le droit primaire de l'Union européenne. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit une dérogation à l'application des réglementations imposées par le droit de l'Union européenne. L'article 346 du TFUE donne corps à la notion « d'intérêts essentiels de sécurité » selon trois arguments « officiels ». Cette exception est, par ailleurs, explicitement retrouvée dans le corpus juridique interne[37]. L'acheteur peut se dispenser des réglementations, tout d'abord, si la confidentialité est nécessaire à la sûreté de l'Etat. Le deuxième argument s'inscrit dans les raisons liées à la sécurité de l'approvisionnement, finalement l'urgence inhérente aux situations de crise peut justifier un évincement des réglementations. Néanmoins, c'est bien la logique d'une protection nationale qui justifie la mobilisation de l'exception de l'article 346 du TFUE. Liés à des prérogatives de souveraineté, les Etats sont rétifs à l'idée de laisser s'appliquer une libre concurrence sans entrave et une publicité transparente lors de la conclusion et l'exécution de contrats d'armements.

En second lieu, le poids économique des marchés de défense et de sécurité ne doit pas être sous-estimé. L'effort budgétaire important en France s'explique par la tradition Gaullienne,[38] elle demeure une puissance militaire de premier ordre. Malgré la crise de la dette (2008-2009), la période récente montre un volontarisme budgétaire soutenu avec une part de la défense dans le budget de l'Etat située entre 9 et 10%. Le budget de la défense a été sanctuarisé dans la loi LPM 2014-2019[39]. L'objectif de deux points de PIB placerait la France en première place des pays européens sur le plan des dépenses de « défense ». Par ailleurs, certains auteurs ont démontré, à travers des études empiriques la relation de corrélation entre dépense militaire et croissance[40]. La dépense militaire a des effets vertueux sur la recherche et l'innovation civile, notamment à travers les dépenses en capital qui bénéficient à la fois au secteur civil et militaire. Or, la proportion des dépenses d'investissement dans le budget de la défense française est la plus forte au monde (38%). Ainsi selon la DGA, l'achat de défense permet le maintien sur le territoire Français de près de 165 000 emplois de haut niveau peu « délocalisables ». En outre, la conservation d'une BITD française permet d'avoir un taux de couverture (ratio exportation/importation) sur le secteur de l'armement structurellement positif avec une

[37] Par exemple Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Article 16.

[38] Giovanni LAURENT, *L'armement français au XXe siècle : une politique à l'épreuve de l'histoire*, Ellipses, Les cahiers de l'armement, 2000, 203 pages.

[39] Loi n°2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.

[40] Renaud BELLAIS et Renelle GUICHARD., «Defense innovation, technology transfers and public policy», Defense and Peace Economics, 2006, vol. 17, p. 273.

moyenne de 268% sur la période 1990-2011[41]. Pour l'année 2014, l'exportation de système d'armement a permis de générer près de 9,5 milliards d'euros de recettes d'exportation[42].

En dernier lieu, les limites déjà rencontrées de l'européanisation de la commande publique profitent à la logique nationale. L'échec médiatique du programme de l'A400M est une première limite dans la pratique de la coopération européenne de défense[43]. Aussi, les nombreuses interrogations théoriques sur le rôle incertain de l'Union européenne dans les politiques de défense participent à l'ascendant de la logique étatique[44].

En somme, le cloisonnement du marché de l'armement français sur sa BITD poursuit autant un objectif stratégique qu'économique à rebours des velléités de l'Union européenne. Un corpus juridique dérogatoire applicable aux MPDS est le corollaire nécessaire de ce cloisonnement. Néanmoins, au-delà de ces mouvements antinomiques, le nouveau cadre juridique permet de s'interroger sur une nouvelle forme de régulation de la défense par la commande publique.

C. La régulation par la commande publique de défense ou un outil renouvelé

Dans une situation liminale, entre inclusion et exclusion à l'égard du droit commun, les MPDS peuvent être appréhendés d'une autre manière. L'intérêt neuf porté sur ce type de contrat, démontré par la récente profusion de texte, est lié à une fonction régulatrice qui lui incomberait dans le secteur de l'achat de défense. Cette fonction renouvelée pour les MPDS est entraînée par un mouvement plus largement rencontré dans le droit public économique : A la figure séculaire de l'Etat industriel acteur est supplantée celle de l'Etat régulateur.

Dans un premier temps, la privatisation des firmes industrielles, jadis publiques, marque le retrait de l'Etat acteur. Les arsenaux et régies industriels d'armement présents jusqu'à la fin des années 1980 ont progressivement disparu suivant deux mouvements successifs. Une sociétisation généralisée des régies tout d'abord par laquelle l'Etat transforme ses régies ou établissements publics en société anonyme de droit privé. Une privatisation progressive ensuite marquée par la cession des actions à des personnes privées notamment par des opérations

[41] Ministère de la défense, *Annuaire statistique de la défense* 2011-2012, 2012.
[42] Ministère de la défense, Rapport au Parlement 2014 sur les exportations d'armement en France, 2014
[43] Nathalie GUIBERT, « François Hollande souhaite attribuer 2% du budget de l'Etat à l'armée », Le Monde, 6 janvier 2017.
[44] Catherine HOEFFLER et Samuel FAURE, « L'européanisation sans l'Union européenne : Penser le changement de politique militaire », Politique européenne, 2015, n°48.

d'ouverture du capital autorisée par la loi[45]. Il en va, par conséquent, d'un abandon des leviers d'action directe de l'Etat sur sa BITD nationale. Un retrait qui laisse alors la place nécessaire à une forme alternative de contrôle : la régulation.

Dès lors, dans un second temps, la commande publique va être considérée dans une fonction de régulation. Tout comme le contrôle des exportations ou encore le financement de la recherche et du développement, elle constitue alors un levier fondamental de la régulation indirecte. L'Etat, unique acheteur sur le marché de l'armement, peut « *jouer sur les différents outils contractuels pour réguler l'évolution de la base industrielle et assurer une cohérence entre ses objectifs et les stratégies des entreprises* »[46]. Il peut à travers ses choix en matière de commande publique provoquer l'entrée de nouveaux compétiteurs sur le marché ou inciter les compétiteurs actuels à infléchir ou orienter leur stratégie industrielle. Ce fut le cas par exemple lorsque la DGA a menacé la MBDA d'acquérir les missiles Spike de l'entreprise Israélienne Rafael en 2009. Le message envoyé par l'Etat était pour l'industriel français de reconsidérer sa stratégie industrielle et ses propositions et offres en matière d'armement[47]. Plus globalement dans un environnement de « coopétition » entre les acteurs industriels, la place du client étatique est cardinale : il agit comme un organisateur industriel. Par la commande publique, l'Etat en « qualité de client va organiser les relations entre les entreprises de Défense, imposer et orienter la concurrence et la coopération »[48].

La raréfaction des leviers d'action directe laisse place à une nouvelle forme de régulation des firmes de défense par une stratégie d'achat public décidée et implémentée par l'Etat acheteur. Entre une dynamique d'inclusion récente venue de l'Europe, une dynamique d'exclusion historique et la nouvelle fonction de régulation, le dénominateur commun de l'ensemble de ces questions est le positionnement du droit des MPDS vis-à-vis du droit commun.

[45] Voir par exemple Loi n°2004-1487 du 30 décembre 2004 relative à l'ouverture du capital de DCN.
[46] Renaud BELLAIS, Martial FOUCAULT et Jean-Michel OUDOT, *Economie de la défense*, La découverte, Repère Economie, 2014, chapitre 1.
[47] Jean-Dominique MERCHET, « Javelin, ce missile dont l'armée de terre ne voulait pas… », Libération, Blog – Secret-défense, 9 novembre 2009.
[48] Romuald DUPUY, « L'industrie européenne de défense : changements institutionnels et stratégies de compétitions des firmes », Innovations, 2013, n°42.

§ 3 Les marchés publics de défense ou de sécurité, un « cantonnement juridique » à la dérogation

L'ordonnance du 23 juillet 2015, premier acte de la réforme de la commande publique, n'apporte que très peu d'innovation par rapport à l'ancien droit régi par le décret n°2011-1104 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité. C'est moins la nouvelle ordonnance, que le décret de 2011 qui est à l'origine d'une révolution du cadre juridique des MPDS. Finalement, les seules innovations introduites par le nouveau dispositif ne sont pas propres aux marchés publics de défense mais partagées avec les marchés de droit commun. Que ce soient la nouvelle définition de l'acheteur, la création de la catégorie des marchés de partenariat ou encore la rédaction d'une disposition relative aux modifications du contrat, toutes ces nouveautés sont communes à l'ensemble des catégories de marché public.

L'européanisation des marchés publics est tangible, l'ordonnance étudiée n'est qu'une transposition de la directive marché n°2014/24/UE. Nonobstant l'objectif d'inclusion ou même de banalisation des MPDS visé par la Commission, le nouveau droit de la commande public fait œuvre de conservation du caractère singulier des MPDS. En marge de la doxa européenne d'une mise en concurrence et d'une publicité exigeante dans la mise en œuvre de l'achat public, le droit des MPDS reste encadré par un corpus juridique qui y déroge toujours dans le sens d'une moindre concurrence des opérateurs économiques. C'est, bien au contraire, les impératifs de protection des « intérêts essentiels de la nation », ou plus largement la sécurité nationale qui guident la plume du législateur dans une dynamique de marginalisation des MPDS. En dépit des évolutions récentes, la dynamique d'exclusion prime encore sur celle d'inclusion, la liberté de l'acheteur à l'égard de ses opérateurs l'emporte sur la rigidité des procédures. En définitive, le législateur adhère à un *jus singulare* assumé pour des marchés publics dont les enjeux dépassent la simple opération d'achat. Mais plus encore, cet éloignement du droit commun s'inscrit dans un objectif net et unique : réduire l'exigence d'une concurrence libre, égale et transparente entre les opérateurs économiques du secteur de la défense.

La spécificité caractérise donc le droit des MPDS. Elle se manifeste à plusieurs égards. Tout d'abord et préalablement à l'étude des règles de passation ou d'exécution des MPDS, sa notion même semble marquée par l'incertitude. Un flou artistique sciemment conservé par le législateur pour entretenir une notion de MPDS flexible voire extensible au profit d'un acheteur de défense libéré dans son œuvre de qualification juridique (**Chapitre 1**).

Ensuite, le régime de passation, siège des impératifs de mise en concurrence, n'échappe pas non plus à la dérogation pour le droit des MPDS. Autant l'ordonnance que son décret d'application dessinent une procédure singulière et exorbitante au droit commun dans le sens où il prévoit un régime de passation à éclipse tantôt exclu et tantôt appliqué (**Chapitre 2**).

Enfin, même dans le régime relatif à l'exécution des MPDS se nichent des règles exorbitantes du droit commun. Un régime d'exécution spécifique lequel traduit un dirigisme contractuel de l'Etat-acheteur. Ainsi, des conséquences ambivalentes sur le plan de l'exigence concurrentielle découle de ce dirigisme (**Chapitre 3**)

CHAPITRE 1 – UNE NOTION FLEXIBLE

L'ordonnance du 25 juillet 2016 en son article 4 retient que des marchés publics sont « *les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* »[49]. L'ensemble des critères, classiquement systématisés par la doctrine[50], sont repris : critères formel, organique, matériel et relatif à la rémunération.

Connaître les contours de la notion de marché public de défense, revient à déterminer les contrats relevant de ce régime juridique dérogatoire. Il faut en effet rappeler qu'en principe les contrats conclus par le ministère de la défense sont soumis au droit commun[51].

Or, il semble que la nouvelle législation, malgré les nouveautés apportées, conserve encore un flou sur la détermination de la notion de marchés publics de défense. L'ordonnance précise explicitement d'emblée les contrats hors-champ (§1), toutefois certains critères laissent encore des questionnements sur la consistance de la notion de marchés publics de défense. Plus particulièrement, même si le critère organique semble acquis (§2), le critère matériel relatif à l'objet des marchés de défense peut être discuté (§3).

§ 1 Les contrats hors-champs définis

L'article 7 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qualifie d'hors-champ trois types de contrat : les contrats relatifs aux transferts de compétence ou de responsabilité, les subventions et les contrats de travail. Autrement dit, ce sont des contrats qui ne revêtent pas la qualité de marché public.

Tout d'abord, cette disposition peut lever certains doutes sur les contrats conclus par le Ministère de la défense relevant de la simple organisation de service. Par exemple, la qualification de la délégation de gestion cadre du 28 juillet 2008 portant le transfert organique de la gendarmerie au Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des collectivités territoriales[52]

[49] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 4 Alinéa 2.
[50] Voir en ce sens Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 5e éd., Précis Domat, Public, 2016, p. 541s.
[51] Circulaire n° EFIM1201512C du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.
[52] Délégation de gestion du cadre portant sur le transfert organique de la gendarmerie au ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, n°NORDEFM085177 X, 28 juillet 1998.

ne poserait aucun problème. Ce contrat, ayant pour objet de confier au délégataire (soit le ministère de l'intérieur) « *la réalisation, pour son compte, d'actes juridiques, de prestations et d'activités nécessaires au soutien de la gendarmerie nationale* »[53], relève de l'organisation de la gestion des missions de service public et ne peut être qualifié de marché. Aussi, les conventions d'objectif et de moyen conclues par le Ministère de la défense sont des contrats hors-champ au sens de l'article 7 de l'ordonnance. Par exemple, la convention d'objectif triennal pour les quartiers prioritaires 2013-2015 conclue entre le Ministère de la défense et le Ministre délégué chargé de la ville dont l'objectif est « *de renforcer l'action des réservistes locaux à la jeunesse et à la citoyenneté (RLJC) en faveur de la jeunesse des quartiers de politique de la ville* » est hors champ. Dans tous les cas, au-delà des dispositions de l'article 7, l'absence de réunion du critère organique aurait fait obstacle à la qualification de marché public de ces deux contrats. Il s'agit, en effet, de convention entre deux ministères, soit de contrat entre deux services d'une même personne morale de droit public, l'Etat.

Ensuite, le législateur retient que les contrats de travail au sein de l'article 7 de l'ordonnance sont hors champ. Cette disposition existait déjà dans le code des marchés publics mais était considérée comme une exclusion, le législateur l'a par conséquent déplacée dans les activités hors-champs. Il semble plus pertinent de considérer des contrats de travail comme des actes hors champs des marchés publics car « *la relation avec le salarié n'est pas un achat public* »[54]. Les contrats des militaires ne peuvent donc pas être qualifiés de marchés publics.

En définitive, l'article 7 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, même si elle ne fait que reprendre la substance de dispositions déjà existantes, participe à la définition en creux de la notion de marché public de défense ou sécurité. Des critères viennent, en outre, définir positivement cette notion.

§2 Le critère organique acquis

La notion de MPDS se fonde sur la réunion d'un ensemble de critères qui en détermine son champ. La plupart des critères est univoque et ne pose pas de problème dans la définition des marchés publics de défense. Il en va ainsi du critère formel qui impose la conclusion d'un contrat entre les parties. Le dispositif de réquisition militaire destiné aux « *besoins propres des*

[53] Délégation de gestion du cadre portant sur le transfert organique de la gendarmerie au ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, n°NORDEFM085177 X, 28 juillet 1998, Article 1er.
[54] Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 5e éd., Précis Domat, Public, 2016, p. 540.

forces armées »[55] décidé de manière unilatérale par l'administration n'est donc pas un marché public. Le critère financier comme celui de l'origine et de la nature de la rémunération est aussi un critère participant à la notion de MPDS. Le contrat doit être conclu « à titre onéreux »[56], et ,à la prestation, doit être moyennée une contrepartie[57]. A côté de ces deux critères qui ne posent aucune difficulté, le critère organique profondément remanié par l'ordonnance du 23 juillet 2015 est aussi limpide dans sa détermination.

En premier lieu, il n'y a aucune difficulté dans l'identification du pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice. Qualifié d'acheteur[58], le pouvoir adjudicateur est notamment une « personne morale de droit public »[59]. Or, il n'y a qu'un seul acheteur d'armement en France, l'Etat Français. Il pilote ses achats de défense à travers deux services du Ministère de la défense : la direction générale de l'armement (DGA) et le secrétariat général pour l'administration (SGA). En effet, le marché de la défense peut être qualifié de monopsone[60] : soit un marché où il n'y a qu'un demandeur (très généralement étatique) face à une multitude d'offres, il s'agit de la situation symétrique au monopole. La nouvelle ordonnance s'inscrit en pleine continuité avec le Code des marchés publics de 2004 ou le décret de 2011[61]. La qualification d'acheteur ou de pouvoir adjudicateur de l'Etat est définitivement acquise.

Par ailleurs, les différentes innovations de l'ordonnance relatives aux critères organiques n'interfèrent pas dans cette qualification**.** Tout d'abord, le principal apport a été de qualifier de marchés publics des contrats passés par des entités de droit privé relevant de la catégorie des organismes de droit public. Visant principalement les sociétés d'HLM ou des caisses de sécurité sociale, la nouvelle ordonnance n'a aucun impact dans le panorama des acheteurs de défense français. Néanmoins, étant données ses activités de formation, l'opérateur privé DCI (Défense Conseil international) pourrait remplir les conditions de l'article 10 alinéa 2 pour être qualifié d'acheteur. Une absence de conséquence est également retrouvée dans le nouveau cas des « Marchés subventionnés » de l'article 21. En effet, comme le retiennent expressément ses dispositions, son objet n'intéresse que « *Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1o du I de l'article 5 ; b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi*

[55] Code de la défense, Article L2221-1.
[56] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 4.
[57] Au sens de CJCE, 25 mars 2010, Helmut Müller aff. C-451/08.
[58] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 4
[59] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 10 1°
[60] Romuald DUPUY, « L'industrie européenne de défense : changements institutionnels et stratégies de compétitions des firmes », Innovations, 2013, n°42.
[61] Code des marchés publics, Art 178.

qu'aux bâtiments à usage administratif ; c) Des prestations de services liées aux travaux mentionnés au présent article. »[62]. Suivant un raisonnement *a contrario,* les marchés subventionnés ne peuvent avoir pour objet une activité de défense, le critère organique s'en trouve inchangé.

En second lieu, il n'existe aucune difficulté non plus dans l'identification des opérateurs économiques. L'ordonnance apporte de manière inédite une définition de la notion d'opérateur économique en son article 13 alinéa 1 de l'ordonnance : « Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services ». Là aussi, il semble acquis que les industriels de défense soient des opérateurs économiques, d'autant que la CJUE considère que cette notion recouvre toute entité qui décide de se porter candidate, indépendamment du but qu'elle poursuit, de son statut, de son organisation interne ou de sa présence sur le marché[63]. En somme, malgré la diversité d'entités retrouvées dans la BITD française, leurs qualifications d'opérateur économique ne laissent guère de place au doute.

Tout comme le critère formel et celui relatif à la rémunération, le critère organique ne pose aucune difficulté pour sérier la notion de marché public de défense. En revanche, son critère matériel, soit l'objet même du marché public, semble être en proie à des incertitudes.

§3 Le critère matériel incertain

Tout marché public est conclu pour « *répondre à un besoin en matière de travaux, de fourniture et de service* » aux termes de l'article 4 de l'ordonnance. La satisfaction du besoin est comprise comme l'objet du marché. Les marchés de défense traduisent des besoins spécifiques. En plus de répondre à un besoin en matière de travaux, de fourniture et de service, le recours au marché public de défense est conditionné par un objet particulier défini par l'ordonnance.

L'essentiel du débat de la notion de marché public de défense réside dans le critère matériel, en d'autres termes son objet militaire. Il sera le critère discriminant pour qualifier un contrat en MPDS. Très discuté, tant en doctrine que dans le prétoire, l'objet du marché public

[62] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 21 Alinéa 1 2°.
[63] CJUE, 23 décembre 2009, CoNISMa Aff. C-305/08.

de défense est flexible (A). En outre, le législateur délégué a donné un caractère extensible à l'objet des MPDS à travers les nouvelles dispositions encadrant les contrats mixtes (B)

A. La flexibilité des marchés publics de défense à travers son objet

L'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend *in extenso* l'ancien article 179 du Code des marchés publics définissant l'objet des marchés publics de défense dans son article 6. L'innovation majeure n'est que formelle : désormais la définition de l'objet marché public de défense et de sécurité a valeur législative. Par conséquent, sur le fond, son caractère extensible est maintenu.

Le caractère extensible de l'objet des marchés publics de défense peut être fondé sur trois dispositions de l'ordonnance n°2015-899 : d'abord sur la définition des équipements de défense (1), puis ceux de sécurité (2) mais aussi sur les besoins liés au cycle de vie de l'équipement (3).

1. L'article 6 1° de l'ordonnance et les équipements à vocation duale

L'ordonnance définit les équipements de défense au sein de son article 6 1°: *« 1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;*

Tout d'abord, constitue un marché de défense la fourniture d'équipement « *spécifiquement conçue à des fins militaires* » ou « *conçue pour une utilisation civile puis adaptée à des fins militaires* ». La dernière partie de cette disposition a donné lieu à de nombreux débats, notamment devant la CJUE, pour déterminer la nature de cette « adaptation à des fins militaires ». La Cour, empreinte d'une philosophie utilitariste du droit de la commande publique, s'est efforcée, par deux jurisprudences, à limiter l'application du droit des marchés défenses à des équipements duales (soit ayant une finalité civile et militaire).

La décision du 2 octobre 2008 Commission c/ Italie[64] pose la première pierre du raisonnement du juge européen. Selon les faits, l'Italie avait organisé par un décret ministériel un régime juridique de passation de marché de fourniture d'hélicoptère destiné aux besoins des forces de police nationale sans règle de publicité et de mise en concurrence préalable. Suite à

[64] CJCE, 2 oct. 2008, aff. C-157/06, Comm. CE c/ Rép. Italienne

un recours en manquement introduit par la Commission, l'Italie met en avant le fait que ses hélicoptères constituaient des biens à double finalité civile et militaire. Ainsi, elle était en droit de s'affranchir des procédures de droit commun. La Cour retient d'abord que l'atteinte aux règles de concurrence ne peut être tolérée que pour des biens ou équipements dont la finalité est spécifiquement militaire. En l'espèce, les hélicoptères étaient destinés à une utilisation civile certaine alors que la finalité militaire n'était qu'éventuelle. L'Italie est sanctionnée en manquement de la législation communautaire des marchés publics. En somme, la simple possibilité de finalité militaire d'un équipement civil ne suffit pas à le qualifier d'équipement de sécurité ou de défense au sens de l'article 6 de l'ordonnance.

La seconde décision de la Cour du Luxembourg du 7 juin 2012 Insinööritoim isto InsTiim c/ Finlande précise encore son interprétation dans une décision particulièrement étayée[65]. En 2008, l'armée finlandaise a lancé un appel d'offre portant sur une plateforme tournante destinée à effectuer des mesures électromagnétiques, mais pouvant aussi servir à des simulations de combat. La procédure de passation s'est appliquée sans respect de la publicité préalable de droit commun. La société finlandaise évincée soutient que la procédure a violé le droit européen dérivé car la plateforme est avant tout une innovation civile. A l'inverse, la Finlande soutient que la plateforme a été acquise à « *des fins spécifiquement militaires […] destinées à des simulations de combat* ». Selon la Cour, pour que « l'objet en cause soit destiné à des fins spécifiquement militaires non seulement cela doit découler de son application concrète, déterminé par le pouvoir adjudicateur, mais aussi de par sa conception et ses propriétés ». Autrement dit, la finalité militaire ne doit pas se limiter à une dimension subjective édictée par le pouvoir adjudicateur, encore faut-il qu'objectivement l'équipement soit de manière intrinsèque dans sa conception, ses propriétés, ses caractéristiques ou encore sa réalisation un équipement de défense. Partant, la Cour de Luxembourg précise la nature de l'adaptation à des fins militaires : cette-dernière doit constituer des « modifications substantielles ». En définitive, l'équipement civil doit être modifié substantiellement à des fins militaires pour entrer dans le cadre de l'article 6 1°. Le juge européen a permis ainsi d'éviter d'ouvrir « la boite de Pandore » (celle de l'explosion des équipements de défense à vocation duale).

[65] CJUE, 7 juin 2012, n° C-615/10, Insinööritoim isto InsTiim i Oy , AJDA 2012. 1575, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ;

Toutefois, malgré la profusion de jurisprudence devant la CJUE, la question des équipements à vocation duale n'a jamais été évoquée devant le juge interne et reste, par conséquent, en suspens. En faisant œuvre de prospective, le juge administratif pourrait, à l'instar de son homologue européen, se reposer sur une liste des équipements militaires arrêté par le Ministre de la défense[66]. Néanmoins deux faiblesses l'affectent. Il s'agit d'abord d'une liste, non pas relative à la législation des marchés publics, mais liée à celle de l'exportation des équipements militaires[67], Cela demanderait un effort particulier d'interprétation du juge à l'aune du principe d'indépendance des législations. Ensuite et surtout, le juge administratif pourrait ne pas se sentir lié par celle-ci. Elle revêt un degré de normativité faible, celle d'un arrêté ministériel sur lequel le juge peut revenir dans son office. En définitive, pour reprendre l'illustration de M. Simonel, « *tous les écrous d'origine civile dès lors qu'ils sont intégrés dans un équipement militaire* »[68] pourraient être qualifiés d'équipements militaires par l'acheteur public. Des conséquences pratiques non négligeables seraient à constater comme la mobilisation extensive du corpus juridique des marchés publics de défense.

La disposition suivante relative aux équipements de sécurité participe aussi au caractère extensible de l'objet des marchés de défense.

2. *L'article 6 2° et la notion « d'information protégée »*

L'ordonnance définit les équipements de sécurité au sein de son article 6 2° : « *2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale […] ».*

Pour être qualifié comme tels, les équipements de sécurité doivent remplir deux conditions cumulatives. Ils doivent, d'une part, être « destinés à la sécurité », soit relever d'un service public en charge de la sécurité. D'autre part, l'équipement doit comporter des « supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de sécurité nationale. Ces deux conditions, à travers leur nature large, participent au caractère extensible de l'objet de l'équipement de sécurité.

[66] Arrêté n°DEFD1222014A du 27 juin 2012 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.
[67] Loi n°2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés.
[68] Laurent-Xavier SIMONEL, « Marchés publics de défense et de sécurité : Contrepoint et harmonie », K.pratique Chronique juridique, 21 septembre 2011.

Concernant en premier lieu la finalité d'emploi pour une mission de sécurité, elle relève de d'une diversité tentaculaire de services publics. Le service public de la police est visé qu' il soit administratif ou judiciaire dans ses activités, ou relevant de la police municipale, nationale ou de la gendarmerie dans ses organes. Cela inclut également les activités de sécurité civile, que cela soit à travers l'action des services d'incendie et de secours ou à travers celle des associations de protection civile ont des missions de sécurité au sens de l'article 6 2° de l'ordonnance. La véritable condition filtre serait alors celle relative à l'existence de support ou d'information protégé, mais ici le flou textuel persiste.

En second lieu, l'ordonnance prévoit que pour être qualifié d'équipement de sécurité, ledit équipement comporte « des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ». Dans la rédaction de la disposition, le législateur utilise de nombreuses notions dont certaines renvoient à des régimes juridiques législatifs et réglementaires précis. Tel est le cas des « informations classifiées » pour la protection du secret de la défense nationale visées par l'ordonnance. Elles renvoient à des dispositions du Code pénal[69], du Code de la défense[70], mais aussi du décret n° 2010-678 du 21 juin 2010 relatif à la protection du secret de la défense nationale et de l'arrêté du 23 juillet 2010 portant approbation de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale. Ainsi, la présence d'un support ou d'une information légalement classifié « Très Secret-défense », « Secret-défense » ou « Confidentiel-défense »[71] dans un équipement destiné à la sécurité le qualifie de marché de défense. Toutefois, il est plus délicat d'apercevoir le régime juridique visé par le législateur sous la notion « de support ou d'information protégé dans l'intérêt de la sécurité nationale ». Cette notion ne « *renvoie à aucune catégorie déterminée par un appareil normatif législatif ou réglementaire* »[72]. Dès lors, l'acheteur est libre de déterminer ce qui relève de la protection de l'intérêt de la sécurité nationale ou non sans faire aucune référence à un régime juridique de protection défini par la loi. La détermination de l'information protégée dans l'intérêt de la sécurité nationale serait élastique, loin de la qualification textuelle claire prévue par le Code de la défense. Cette élasticité permet à l'Etat de classifier un très grand nombre d'informations.

[69] Code Pénal, Article 413-9s.
[70] Code de la défense, Articles R.2311-1s.
[71] Code de la défense, Article R2311-2.
[72] Laurent-Xavier Simonel, *ibidem*.

En dernier lieu, cette souplesse se traduit concrètement par une qualification d'équipement de sécurité variable voire hasardeuse par l'acheteur. Certes, il ne paraît pas saugrenu que des marchés publics relatifs à l'acquisition de canadair (sous forme de crédit-bail)[73] ou à leur prestation de maintenance[74] ne soient pas qualifiés d'équipement de sécurité et donc relèvent du droit commun de la passation. La seconde condition relative à la protection d'une information sensible semble ne pas être réunie. En revanche, la qualification d'équipement de sécurité d'un véhicule blindé « TITUS » destiné à la Brigade de recherche et d'intervention (BRI)[75] pour le transport de policiers en intervention est plus discutable. La condition relative à la sécurité semble acquise, mais la seconde relative à la protection d'éléments sensibles est plus floue. Dans le cas présent, c'est en effet moins la protection d'information relevant de l'intérêt de la sécurité nationale que la protection du savoir-faire industriel de Nexter qui est visée (blindage modulaire permettant une protection balistique, aux mines ou les technologies d'intégration du facteur humain). La protection du secret commercial peut être garantie dans le droit commun[76], la mobilisation de la procédure dérogatoire des marchés de défense dans cette finalité peut être considérée comme un « détournement de procédure ».

Tout comme les deux premières dispositions, l'article 6 3° est un fondement du caractère extensible de l'objet des marchés de défense.

3. *L'article 6 3° et le cycle de vie*

L'ordonnance retient un ensemble de contrats, lié aux cycle de vie d'équipement de sécurité ou de défense, qui entre dans le champ des marchés publics de défense ou de sécurité : « *3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou au 2°, 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 ; 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 ;* »

[73] BOAMP, Avis n°66140000-3, Avis de marché, annonce diffusée le 19 octobre 2005.
[74] BOAMP, Avis n°13-117731, Avis de marché, annonce diffusée le 9 aout 2013.
[75] Martine BRESSON, « Le Titus, un blindé de 20 tonnes, est en test à la préfecture de police de Paris », France Bleu, 5 mai 2016.
[76] Voir en ce sens Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 44.

Tout d'abord, l'article 6 3° de l'ordonnance permet de qualifier de marchés publics de défense ou de sécurité des contrats couvrant des prestations de toute nature, dès lors qu'elles sont « directement liées » aux cycles de vie d'un équipement de défense (Article 6 1°) ou de sécurité (Article 6 2°). Par ailleurs, à l'inverse de l'article 6 1°, il n'y a aucune condition tenant à la finalité de la prestation délivrée par l'opérateur privé. Le critère de l'adaptation d'une prestation initialement civile vers une nature militaire est omis. Par conséquent, cette disposition admet que des prestations de nature purement civile puissent revêtir l'objet d'un marché public de défense ou de sécurité. La logique est effectivement différente des deux premiers cas : l'analyse ne porte pas sur la finalité intrinsèque de l'objet de la prestation (équipement de défense ou de sécurité), mais plutôt sur son environnement. Ainsi, une prestation de travaux, fourniture ou service d'usage civil pourra prendre la coloration d'un marché de défense si elle s'intègre dans le cycle de vie d'un équipement de défense ou de sécurité ; seule compte cette relation directe avec ce dernier. En outre, l'adverbe « notamment » utilisé dans l'ordonnance sous-entend que le cycle de vie ne se limite pas aux seules prestations énumérées déjà très nombreuses (« *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* »). Contrairement à la directive qui fixe une liste exhaustive, le législateur délégué préfère laisser de la souplesse dans l'appréciation de l'acheteur des éléments constituant un cycle de vie. Ce dernier pourrait par exemple qualifier de MPDS des prestations particulières tenant par exemple à la promotion des équipements de défense absents de la présente liste. La rédaction de l'article participe à la flexibilité de la notion.

Cette disposition possède, ensuite, un prolongement au sein du texte du décret d'application n°2016-361. L'article 24 énumère une liste de 20 types de marchés publics de service passés conformément à la procédure de passation spécifique aux marchés de défense et de sécurité[77]. La plupart des marchés égrainés est d'usage civil (marchés de service financiers,

[77] Décret n°2016-361, Art 24 : *« Les marchés publics relatifs aux services énumérés ci-dessous sont passés conformément aux articles 21 à 23: 1o Services d'entretien et de réparation; 2o Services liés à l'aide militaire aux pays étrangers; 3o Services de défense, services de défense militaires et services de défense civils; 4o Services d'enquête et de sécurité; 5o Services de transports terrestres; 6o Services de transports aériens: transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier; 7o Transports de courrier par transport terrestre et par air; 8o Services de transports ferroviaires; 9o Services de transport par eau; 10o Services annexes et auxiliaires des transports; 11o Services de télécommunications; 12o Services financiers: services d'assurances; 13o Services informatiques et services connexes; 14o Services de recherche et de développement et tests d'évaluation, à l'exclusion des services de recherche et de développement exclus du champ d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée en application du 1o de son article 16; 15o Services comptables, d'audit et de tenue de livres; 16o Services de conseil en gestion, à l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation, et services connexes; 17o Services d'architecture, services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie, services*

conseil de gestion, transport de courrier, service d'assurance, d'enlèvement des ordures, service de nettoyage et gestion de propriété, etc…). L'application des règles dérogatoires des marchés de défense à cet ensemble de marché de service n'est pas automatique, comme pourraient le laisser penser la rédaction et l'articulation du décret. Pour être qualifié de marché de défense et de sécurité, l'acheteur devra démontrer précisément, au cas par cas, le lien direct avec tout ou partie du cycle de vie d'un équipement de défense ou de sécurité. Cette disposition peut être, somme toute, entendue comme une déclinaison de la théorie de l'accessoire : le principal (le contrat d'acquisition d'un équipement de défense ou de sécurité) est un marché public de défense, l'accessoire (les contrats liés à son cycle de vie) l'est également.

Cette disposition est, enfin, amplement utilisée par la Direction générale de l'armement. Tout d'abord il y a des cas où l'utilisation par la DGA de l'article 6 3° est incontestable. Par exemple un marché de service portant sur la réalisation de 10 « visites » périodiques sur des Hélicoptères de type FENNEC As555[78] ne fait guère de doute quant à l'adéquate qualification de marché de défense d'un tel contrat. La prestation de service d'entretien et de réparation possède un lien direct avec un des éléments du cycle de vie d'un équipement de défense (l'hélicoptère FENNEC As555). Le maintien en condition opérationnelle (MCO) est, plus globalement, une prestation cardinale dans l'achat public de défense ; acquérir du matériel moderne est nécessaire mais encore faut-il qu'il soit disponible lors des opérations. Par exemple au début des années 2000, la Cour des comptes a constaté une situation dégradée du MCO avec des taux de disponibilité oscillant entre 55 et 70% selon les corps d'armées[79]. La DGA utilise également le droit commun des marchés publics à bon escient à l'occasion de contrat n'entretenant aucun lien direct avec le cycle de vie d'équipement de défense ou de sécurité. Tel fut le cas pour des marchés de fournitures courantes (sur étagères) comme l'achat de tentes qui relèvent sans conteste du droit commun[80]. Il en va également de la construction de bureaux susceptibles d'accueillir 450 personnes de la direction des ressources humaines de l'armée de l'air (DRHA) sur la base aérienne 705 de Tours[81]. Les ressources humaines en tant que fonction support n'entretiennent aucun lien direct avec des équipements de défense ou de sécurité. Le

d'aménagement urbain et d'ingénierie paysagère, services connexes de consultations scientifiques et techniques, services d'essais et d'analyses techniques; 18o Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés; 19o Services de voirie et d'enlèvement des ordures: services d'assainissement et services analogues; 20o Services de simulation et de formation dans les domaines de la défense et de la sécurité. »

[78] BOAMP, Avis n°16-168445, Avis de marché pour les marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité, annonce diffusée le 26 novembre 2016.

[79] Cour des comptes, *Le maintien en condition opérationnelle des matériels des armées*, Rapport thématique, 2004.

[80] CE, 19 juin 2009, n° 321844, Ministère de la Défense.

[81] CAA Nantes, 1er juill. 2011, n° 10NT00987, min. Défense.

bâtiment accueillant des activités de recrutement, de gestion des pensions ou encore de gestion des carrières de militaires sont autant de tâches administratives de nature civile que l'on pourrait retrouver dans une direction de ressources humaines d'une société privée.

Néanmoins, il persiste des cas où le choix de la DGA est plus discutable, démontrant alors la malléabilité de la notion de MPDS. Tel est le cas d'un marché de conception-réalisation, ayant fait l'objet de mesure de publicité, consistant à des travaux de réhabilitation/adaptation d'une zone technique pour accueillir des équipements militaires types VBMR (Véhicule blindé multi-rôles)[82]. Les VBMR sont des véhicules tactiques de transport de fantassins sur lesquels sont placés des canons, la qualification d'équipement militaire en vertu de l'article 6 1° est admise. Le lien direct avec cet équipement est toutefois ténu. En effet l'opération comprend, dans le détail, la réhabilitation de « *4 travées pour VBMR dans un bâtiment de 438 m2* », la « *déconstruction de bâtiment et parking* » ou encore « *l'aménagement de magasins multi technique ou de zone de stockage d'ingrédient* ». La prestation ne porte pas directement sur le cycle de vie de l'équipement de défense mais indirectement, à travers des travaux de réhabilitation des infrastructures permettant l'accueil des VBMR. Il s'agit d'un cas topique de marchés travaux de bâtiment de nature purement civil mais estampillé pourtant « défense-sécurité » grâce au lien indirect avec un équipement sensible.

L'objet, au cœur de la notion des marchés publics de défense et sécurité, défini dans l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est particulièrement flexible. Cette définition du MPDS permet ainsi à toute une série de contrats ayant pour objet des prestations de nature civile d'échapper aussi au droit commun de la commande publique. Reste aussi, la définition des « marchés mixtes » qui permet d'étendre encore le champ des MPDS.

B. L'extensibilité des marchés de défense à travers les marchés mixtes

L'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend la notion de marché mixte dont la méthode de qualification est reprise en son article 25 : « *I. – Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas en vertu de son article 16 ou qui relèvent de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la présente ordonnance ne s'applique pas, quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons*

[82] BOAMP, Avis, n°16-167870, Avis de marché pour les marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité, annonce diffusée le 21 novembre 2016.

objectives. II. – Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des contrats de concession, les dispositions applicables sont, au choix de l'acheteur, les dispositions de la présente ordonnance applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité ou les règles applicables aux contrats de concession, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives. III. – Lorsque le marché public unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les règles applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité s'appliquent, quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives. ».

L'ordonnance identifie trois types de contrats mixtes. Tout d'abord, l'article 25 I. et II. dépeint deux situations de contrats mixtes entendus comme des « contrats comportant des prestations relevant du droit des marchés publics « classiques » et des prestations relevant d'autres régimes juridiques »[83] . Ces autres régimes peuvent être ceux des « secteurs spéciaux », de la concession. La première situation est relative à celle d'un contrat unique dont les prestations relèvent à la fois de l'ordonnance et d'autres non car exclues par son article 16 et par l'article 346 du TFUE. La seconde situation est relative au contrat unique avec des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou sécurité et des prestations relevant du contrat de concession. Le dernier cas disposé à l'article 25 III. est davantage un marché mixte qu'un contrat mixte, car il s'agit d'un marché public ayant à la fois des prestations relevant des marchés publics de défense et sécurité et du droit commun. C'est ce-dernier cas qui constitue un vecteur d'extension des marchés publics de défense et sécurité avec de grandes incidences sur un plan pratique.

En premier lieu, le texte est sans ambiguïté, dès lors qu'il y a une mixité entre prestation de droit commun et des prestations de défense et sécurité (au sens de l'article 6 de l'ordonnance). Ce sont les règles applicables aux marchés publics de défense et sécurité qui s'appliquent. Un droit dérogatoire qui s'applique « quel que soit l'objet principal du contrat ». Autrement dit, même si l'objet relevant des marchés publics de défense et sécurité est accessoire, l'entier contrat, y compris les prestations relevant du droit commun, sera passé selon des règles dérogatoires. Cette règle singulière contraste avec les autres cas de mixité où il y a

[83] Hélène HOEPFFNER, « Les marchés et contrats mixtes », Contrats et marchés publics, n°10, Octobre 2015.

un alignement entre l'objet principal du contrat et celui du régime applicable : le second détermine le premier[84].

Cette règle a, en second lieu, d'importantes et douteuses incidences en pratique. Tel est le cas par exemple d'un marché de travaux de peinture industrielle réalisés sur 4 sites dont certains sont des sites sensibles de lancement de missile balistique publié dans le BOAMP le 24 décembre 2016[85]. Il s'agit, en l'espèce, d'un marché de travaux de peinture industrielle et de traitement de surface à exécuter dans 4 lieux différents (zone Bretagne, zone Aquitaine, Zone centre et zone méditerranée). La qualification de ce contrat en marché de défense est discutable à double titre. D'une part, la justification tenant à l'existence d'un lien direct des prestations de peintures industrielles avec le cycle de vie des sites de la DGA Essais de missiles est fragile. La description succincte des prestations en zone Aquitaine, sur le site de la DGA Essais de missiles des landes, est obscure quant au lien direct entre ses prestations de peintures et l'équipement de défense au sens de l'article 6 3° de l'ordonnance. En effet, seuls les missiles peuvent être qualifiés d'équipement de défense, car ce sont des « *équipements […] qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre* »[86]. *A contrario*, les bâtiments environnant sont dénués d'une telle qualification. Or, d'après la description, la peinture industrielle tend plutôt vers l'entretien desdits bâtiments avoisinant les équipements de défense. Par conséquent ils ne visent pas une étape du cycle de vie des missiles eux-mêmes. Le pouvoir adjudicateur apprécie de manière très souple les dispositions juridiques fondant la notion de marché public de défense. D'autre part, ce même marché illustre de manière éloquente le pouvoir d'extension de la notion de marché de défense tiré de l'article 25 III. Le total de la surface à traiter par la peinture industrielle sur les 4 sites est de 1870 m². Or, l'addition de la surface de peinture qui, sous les réserves émises ci-dessus, « serait » directement liée à un équipement de défense représente à peine 220 m². Vu autrement, seuls 11% de la prestation de peinture peuvent revêtir l'objet de marché de défense. De surcroît, l'ensemble des prestations listées sur le site de la « zone centre » sont de nature exclusivement civile. Elles n'intéressent, en l'espèce, que des bâtiments du site d'Angers spécialisé dans les pistes de roulage et disposant de chambres climatiques[87]. Ainsi, quand bien même la part « défense ou sécurité » représenterait l'objet minoritaire d'un marché, l'entier contrat demeurera régi par des règles

[84] Voir en ce sens Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Articles 23 et 24.
[85] BOAMP, Avis n°16-182924, Avis de marché pour les marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité, annonce diffusée le 24 décembre 2016.
[86] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 6 1°.
[87] Voir : https://aorca.fr/public/index.php/2016/06/02/visite-de-dga-techniques-terrestres/ (Consulté le 10 février 2017).

dérogatoires. Dans ce cas, un marché dont l'objet principal est civil, peut quand même être qualifié de défense ou de sécurité en vertu de l'article 25 de l'ordonnance.

Au total, quand bien même persisteraient quelques éléments de certitude dans la définition de la notion de marché public de défense et de sécurité, ce-dernier est marqué par une grande malléabilité au bénéfice de l'acheteur de défense. Causée à la fois par un objet flexible et par des règles relatives aux contrats mixtes extensible, cette souplesse permet de qualifier nombre de contrats par nature civile de MPDS. Ainsi, échappant au droit commun de la commande publique rigoureux, ils vont, au contraire, obéir à un régime dérogatoire plus clément pour les acheteurs.

CHAPITRE 2 – UN REGIME DE PASSATION A ECLIPSE

La passation des marchés publics de défense et de sécurité est au cœur des débats depuis l'adoption du premier dispositif réglementant la procédure de passation des marchés publics de défense, autrement dit le Décret n°2004-16 du 7 janvier 2004. Tant des enjeux régaliens d'indépendance nationale ou d'autonomie stratégique que des enjeux économiques liés à la maitrise des prix d'acquisitions irriguent la *ratio legis* d'une procédure de passation dérogatoire appliquée aux MPDS.

Les grands principes de la commande publique solennellement énoncés à l'article 1 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures) restent, tout de même, applicables aux MPDS. Néanmoins, derrière cette position de principe se décline une réalité juridique tout autre retrouvée notamment dans les dispositions détaillées dans le décret n°2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Ainsi, le régime de passation des MPDS peut être qualifié d'intermittent. Un régime de passation à éclipse dans la mesure où cette-dernière se retrouve largement évincée pour de très nombreux MPDS (§1). Et quand elle vient à s'appliquer, les procédures de passation sont inégalement affaiblies (§2).

§ 1 – Les exclusions étendues de procédure de passation

L'ordonnance du 23 juillet 2015 exclut expressément tout régime de passation dans ses articles 14 à 20 pour des contrats répondant *a priori* à la qualification de marché public. Le texte reprend tant la liste des exclusions classiques liées au critère matériel que les exclusions tenant à l'existence de relations internes au secteur public liées à un critère organique.

Les exclusions matérielles propres aux marchés de défense prévues dans l'ancien droit régi par le décret de 2011 sont intégralement reprises par l'ordonnance. Une véritable liste à la Prévert d'exclusion qui atténue d'autant la portée des règles posées (A). Malgré le remaniement des exclusions organiques, la caractérisation des relations internes au secteur public n'a, au contraire, que très peu d'incidence sur pour les marchés de défense (B).

A. *La multitude des exclusions matérielles*

Le législateur délégué n'a pas réellement innové sur la liste d'exclusions, comprenant 15 alinéas, prévue à l'article 180 de l'ancien Code des marchés publics. Chacun de ses éléments se retrouve aujourd'hui dans l'article 16 de l'ordonnance définissant les exclusions propres aux marchés de défense. Composé de 10 aliénas, ce nouvel article plus lisible dans sa structure liste d'innombrables exclusions matérielles pouvant se lire en deux temps. Tout d'abord par un renvoi, en son premier alinéa, à des exclusions applicables aux marchés publics prévus à l'article 14 de l'ordonnance (1), ensuite par une liste d'exclusions spécifiques aux marchés de défense (2).

1. Le renvoi aux exclusions de droit commun

L'article 16 Alinéa 1er de l'ordonnance n°2015-899 exclut expressément par renvoi aux cinq premiers alinéas de l'article 14. A côté de nombreuses exclusions accessoires, celle relative aux marchés de service de prestation et de recherche retient particulièrement l'attention.

En premier lieu, il exclut de régime de passation des contrats relatifs à l'existence d'un droit exclusif, à des marchés publics de service ayant pour objet « *l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles* », à « *l'arbitrage et à la conciliation* » ou encore les marchés publics « *qui doivent être conclus selon des procédures prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes* ». Pour ce dernier cas, l'article 16 revient très largement sur les exclusions relatives à des implications internationales, certains y verront un écueil de répétition au détriment de la lisibilité. Néanmoins, le législateur s'efforce de limiter la reprise d'exclusion générale sûrement dans l'objectif « d'en reformuler la teneur tout en ajoutant des exclusions spécifiques »[88].

En second lieu, l'article 16 renvoie à l'exclusion générale relative aux marchés de service des prestations de recherche et développement : « *Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.* »[89]. Cette exclusion est alternativement conditionnée par une double absence : l'absence de propriété exclusive de l'acheteur et l'absence d'entier financement public de la prestation. Par conséquent, cela

[88] Guylain CLAMOUR, « Les marchés exclus », Contrats et Marchés publics, n°10, Octobre 2015, dossier 3.
[89] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 16 Al. 3.

suppose un contrat qui soit répartit les droits de propriété intellectuelle entre l'Etat acheteur et la firme industrielle ou soit prévoit mixité des financements. Cet étroit conditionnement contraste avec la définition très large du législateur des prestations de recherche et développement comprises comme : « *l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de pré-production, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication […]* »[90]. La typologie de marché ainsi visée est le contrat tripartite conclu entre la DGA, une entité publique de recherche (CNRS, ONERA) et une firme industrielle de défense (DCNS, EADS, Thalès…). Sur un plan budgétaire (au sein de la nomenclature de la LOLF), il s'agit des agrégats « dépense de recherche et technologie » et « étude de défense », or la loi de programmation militaire 2009-2014 a établi pour ces dépenses une enveloppe de 5,25 milliards d'euros. Vu autrement, tous les contrats relatifs à la stratégie industrielle de défense française échappent aux règles de l'ordonnance. Cet argent public pourra être mobilisé en pleine liberté, sans contrainte aucune par les acheteurs publics dans la poursuite des programmes de recherche avec des firmes industrielles choisies de gré à gré. Cela s'inscrit à rebours de l'objectif de décloisonnement des marchés nationaux recherché par l'Union européenne.

Pour continuer et à titre d'exemple, la conception de nombreux démonstrateurs technologiques a été permise en dehors de toute application du droit des marchés publics. C'est notamment le cas pour le démonstrateur de la partie haute pour le missile balistique M51, le démonstrateur de drone de combat Neuron (dont le montant du contrat industriel s'élève à 410 millions d'euros dont 252 millions pour l'Etat français) ou encore le démonstrateur d'alerte spatial Spirale (dont le montant du contrat s'élève à 156 millions d'euros)[91]. Plus globalement, l'activité des industries de défense est consubstantielle avec l'innovation technologique. « *L'intégration dans les produits militaires de technologies de l'information et de la communication (TIC)* »[92] occupe une place fondamentale. Aussi, la croissance des pratiques de *Network centric Warfare* (NCW) conçu comme des architectures en réseau afin d'optimiser les échanges sur les théâtres d'opération, ou l'hégémonie des « systèmes de systèmes » permettant

[90] *Ibidem*.
[91] Hélène MASSON, « Industrie de défense et soutien public à la R&D en Europe », Recherches&Documents, Fondation pour la recherche stratégique, 2010, p. 68s.
[92] Romuald DUPUY, « L'industrie européenne de défense : changements institutionnels et stratégies de compétitions des firmes », Innovations, 2013, n°42.

l'intégration de ces NCW dans les équipements militaires[93], montrent la place incontournable de la R&D dans les programmations militaires modernes.

En définitive, la reprise des exclusions générales est loin d'être neutre sur la consistance d'un paradigme concurrentiel européen de l'achat public militaire, il en va aussi et surtout pour la liste des exclusions propres à ce type de marché.

2. La liste (ou la détermination expresse) d'exclusions propres aux marchés de défense

L'article 16 de l'ordonnance prévoit une liste de 9 exclusions propres aux marchés de défense ou de sécurité reprenant au mot près le texte du décret du 16 septembre 2011. De cette litanie sans réelle cohérence d'ensemble se dégage une typologie d'exclusion. Sera, dès lors, successivement évoquées les exclusions fondées sur l'article 346 du TFUE (a) ou sur le contexte d'internationalité (b) en plus d'exclusions sui-generis (c)

a) Les exclusions fondées sur la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat

Deux exclusions[94] font expressément références à la réserve posée par l'article 346 du TFUE, laquelle prévoit que le principe de libre concurrence ne fait pas obstacle aux deux règles suivantes : *« 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 […]. ». Sur le fondement de cette disposition, un bras de fer fut engagé entre une interprétation extensive des Etats membres et, *a contrario*, une interprétation limitative de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). L'âpreté des débats entourant l'interprétation de l'article 346 s'explique principalement par sur un régime juridique des marchés de défense empreint d'ambiguïté. Ambiguïté résultant elle-même du péché originel d'une construction européenne écartelée entre logique d'intégration (principe d'ouverture des marchés) et protection des intérêts nationaux (impératif de sécurité). Cette dualité normative irréconciliable constitue un terrain propice à l'intervention de la CJUE. Il faut en évoquer deux arrêts fondateurs de son interprétation de

[93] *Ibidem*.
[94] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 16 al 3 et 4.

l'article 346 du TFUE absolument nécessaire pour appréhender la portée en droit interne de ses deux exclusions.

Au niveau européen, tout d'abord, la CJUE se prononce sur la notion « d'intérêts essentiels de sécurité » dans le prolongement de la décision *Commission c/ Italie* du 8 avril 2008[95]. Plus précisément, la Cour consacre l'existence d'une charge de la preuve incombant à l'Etat qui souhaite soulever cette exception. Selon elle, l'invocation d'un intérêt essentiel de sécurité n'est pas une formule incantatoire ou encore moins une exception automatique. L'Etat doit apporter la preuve de sa mobilisation *in concreto* à chaque occasion où celui-ci ne souhaite pas appliquer les règles des marchés publics. Finalement, il appartient à l'Etat de vérifier au préalable si lesdits intérêts ne peuvent pas être protégés dans le cadre d'une mise en concurrence. La décision *Instiimi Oy* du 7 juin 2012, dans le prolongement de la décision *Commission c/ Italie* rappelle solennellement, au sein d'un considérant de principe, que l'Etat membre qui souhaite invoquer le bénéfice de l'article 346 du TFUE doit « démontrer la nécessité de recourir à la dérogation prévue à ladite disposition dans le but de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité, et si le besoin de protéger ces intérêts essentiels n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence […] »[96]. La CJUE se fonde sur sa ligne jurisprudentielle traditionnelle en considérant que les dérogations aux principes fondamentaux (parmi lesquels la libre concurrence) ne peuvent subir des entorses que de manière exceptionnelle ; les dérogations de l'article 349 doivent rester rares[97]. Par ailleurs, deux arrêts plus récents reprennent cette interprétation restrictive et confirment sa prospérité. La différence des cas d'espèce corrobore le caractère stable et hégémonique de cette solution. Un cas est relatif à l'octroi d'aide d'Etat à une firme industrielle d'armement[98], alors que l'autre concerne la liberté d'établissement d'un ressortissant de l'Union souhaitant démarrer une activité de commerce d'armes dans un Etat membre autre que celui de son origine[99].

Au niveau étatique, ensuite, cette jurisprudence limitative se confronte à des chiffres qui laissent songeurs sur l'utilisation permissive de l'article 346 du TFUE. Il a été estimé[100] que 50% des acquisitions de matériels militaires échappent aux règles de publicité et de mise en concurrence sur le fondement de cette disposition. Pis encore, cet article est activé dans 20%

[95] CJUE, 2 oct. 2008, aff. C-157/06, Comm. CE c/ Rép. Italienne
[96] CJUE, 7 juin 2012 aff C-615/10, *Op. cit.*,
[97] Ann Lawrence DURVIAUX, « Chronique Droit européen des marchés et contrats publics -Marchés publics de défense », RDT Europe, 2013, p. 349.
[98] CJUE 28 févr. 2013, aff. C-246/12, Ellinika Nafpigeia c/Commission.
[99] CJUE 4 sept. 2014, aff. C-474/12, SchiebelAircraft GmbH.
[100] Bauduin HEUNINCKX, « Evolution récentes du droit européen des marchés publics de Défense », Revue du Centre d'Etudes et de Recherches en Administration publique, n°21, 2011, p. 139.

des cas pour des raisons injustifiées. Comme le démontre par exemple sa mobilisation pour des marchés de fourniture où, même vus de près, il est difficile de déceler l'intérêt essentiel de sécurité : achat d'uniforme, de carburant ou encore de munitions à blanc pour des usages cérémoniels. Y compris sur un plan juridique, le texte même de l'ordonnance constitue un obstacle dirimant au développement d'un marché concurrentiel commun de défense sur un plan européen. L'article 16 alinéa 4, relatif à l'exclusion de projet permettant « *la divulgation d'informations contraires aux intérêts essentiel de sécurité de l'Etat* » renvoie implicitement à la notion de protection du secret de défense nationale. Ces modalités sont encadrées par un arrêté du Premier ministre aux termes de l'article 1er Alinéa 2 du décret d'application n°2016-361. Le droit positif émane pour l'instant d'un arrêté en date du 30 novembre 2011[101]. Or, la disparité des réglementations de la protection du secret de la défense nationale entre les Etats membres nuit nécessairement à l'harmonisation des règles et pratiques de l'achat public de défense. Il paraît impossible de promouvoir un marché commun de l'achat de défense avec 28 définitions différentes du secret national débouchant sur l'évincement systématique des règles de publicité et mise en concurrence. Selon le professeur Pourcel, ce « nœud gordien » pourrait être tranché par le juge de l'Union européenne qui « pourrait très bien s'inspirer pour créer un nouveau cadre juridique bénéficiant de la primauté du droit communautaire afin de trancher des litiges inhérents à des marchés qui feraient appel à la notion nationalement définie de secret »[102]. L'auteur vise la primauté de la directive « Défense et sécurité » qui prévoit en son sein un ensemble de règles pouvant caractériser une définition européenne du secret.

In fine, en plus d'être nombreuses, les exclusions matérielles portent dans leur germe les futurs obstacles auxquels sera confronté le développement d'un marché commun. Par ailleurs, d'autres se fondent plus sur un contexte de coopération internationale.

b) Les exclusions fondées sur un contexte d'internationalité

Six aliénas (ou exclusion) énumérés par l'article 16 se fondent sur un contexte international. Ce type d'exclusion est favorisé par un raffinement institutionnel qui promeut la coopération européenne dans l'achat d'armement (OCCAR, AED ou encore l'OTAN). Ces types d'évincement, pour la plupart liés à l'existence d'organisations internationale, sont relativement divers et de portée inégale.

[101] Arrêté du 30 novembre 2011 n° PRMD1132480A portant approbation de l'instruction générale interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale.
[102] Eric POURCEL, « Décret défense et sécurité : Quel impact ? » (1er partie), Contrats et Marchés publics, Janvier 2012, étude n°1.

Tout d'abord, les exclusions prévues à article 16 alinéas 5, 6 et 8 s'interprètent à l'aune du renforcement de la coopération internationale. Les alinéas 5 et 6 visent à s'appliquer dans le cadre de l'OTAN avec la conclusion d'accords bilatéraux de défense avec les Etats alliés, les Etats-Unis au premier plan. Plus précisément, l'alinéa 5 est relatif à l'exclusion par un accord multilatéral : *« Les marchés publics conclus en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ».* Alors que l'alinéa 6 est relatif à l'exclusion fondée sur un ou des accords bilatéraux *: « Les marchés publics conclus selon des règles de passation particulières prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ».* D'ailleurs, certains auteurs fustigent cette exclusion sur un plan stratégique au motif qu'elle laisse la porte ouverte à une « otanisation » des marchés de défense au détriment de son européanisation[103].

L'alinéa 8 prévoit, ensuite, une exclusion directement liée à la nécessaire promotion d'une coopération des Etats européens dans l'achat d'équipements militaires. Ainsi peuvent se soustraire aux règles de passations, « *les marchés publics passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article 6 […]*». Cette exclusion est un « dispositif promoteur de la coopération européenne bilatérale ou multilatérale en matière de défense nationale entre pouvoirs adjudicateur […] afin d'émergence d'équipements militaires ou de sécurité communs »[104]. Elle a été spécialement prévue en réponse à la création d'institutions transnationales visant à promouvoir et développer la coopération européenne en matière de défense notamment sur le plan d'acquisition d'équipements militaires ; telles OCCAR ou l'AED. Ce sont en réalité des « fausses exclusions », car les règles de la commande publique de défense s'effacent au profit des règles propres encadrant l'achat de défense au sein de ces organisations. L'OCCAR dispose d'un corpus de règle, auquel obéissent ses acquisitions, désigné sous le terme d'OMP (OCCAR Management Procédure). Ce règlement s'appuie sur la nécessité et même sur les vertus tirées de la concurrence : « The proper and effective application

[103] Olivier SCHMITT, « Européanisation ou otanisation ? Le Royaume-Unis, la France et l'Allemagne en Afghanistan », Politique européenne, n°48, 2015.

[104] POURCEL Eric, *op. cit.*

of competition should produce a price which precludes the requirement for further analysis. An assessment of the effectiveness of the competition shall be performed »[105]. Elles doivent être observées par les Etats collaborateurs sous l'étroit contrôle du Conseil de l'OCCAR qui assure l'application des règles de concurrence et le principe de réciprocité[106]. C'est exactement le même esprit avec l'AED où l'objectif est moins d'appliquer strictement le droit de la commande publique que de créer des synergies entre les Etats membres et les firmes européennes de défense. D'ailleurs, à travers l'obligation de notification à la Commission, prévue par le texte[107], ces synergies se font sous la supervision de cette institution attachée au développement d'une libre concurrence.

Enfin, l'exclusion de l'article 16 al 9 *« Les marchés […] passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ; »* est relative à une doctrine de stratégie militaire française appelé « Hearts and minds »[108]. Il s'agit d'une stratégie pour gagner les cœurs des populations autochtones lors d'opérations extérieures en nouant des contacts par l'achat (tant civil que militaire) et la consommation des produits locaux. C'est le cas de figure topique d'une exclusion entièrement justifiée sur l'existence d'une doctrine ou d'une pratique militaire, même si son efficacité reste très discutée en doctrine[109]. De surcroît, la « lourdeur » administrative prêtée au respect des règles de passations de marché public ne serait pas adaptée aux situations d'urgence souvent rencontrées lors d'opérations extérieures.

En plus de ces exclusions présentées, d'autres, tout aussi mobilisées en pratique, n'entrent pas dans les deux catégories définies.

c) Les autres types d'exclusion

L'article 16 de l'ordonnance prévoit deux autres possibilités d'exclusions relatives aux marchés publics financiers et aux marchés publics pour les activités de renseignement.

En premier lieu, l'article 16 prévoit l'exclusion des procédures de passation pour les « marchés publics de services financier […] »[110]. Déjà existante sous l'empire de l'ancienne

[105] OCCAR Management Procedure, 4 décembre 2014, Article 3.1.3.3.
[106] Convention OCCAR, 28 janvier 2001, Article 12.
[107] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 Al 8.
[108] POURCEL Eric, *op. cit.*
[109] Andrew BEATH, Fotini CHRISTIA, ENIKOLOPOV Ruben, « Winning Hearts and Minds? Evidence from a Field Expermiment in Afghanistan », The World Bank, Policy Research Working Paper, n°6129, Juillet 2012.
[110] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 16 al 1er.

législation, cette exclusion est beaucoup plus large que le droit commun pour les marchés de défense. En effet, pour ces derniers, le législateur énumère précisément et de manière exhaustive les types d'opération exclus du champ d'application de l'ordonnance. Ainsi peuvent se soustraire aux procédures de passation, « les marchés publics de services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité »[111]. La formule lapidaire et floue prévue pour les marchés de services financiers dans des activités de défense ou de sécurité laisse une plus grande marche de manœuvre aux acheteurs, une plus grande liberté pour se dispenser des obligations de publicités et de mise en concurrence.

En second lieu, connexe à la préoccupation de la protection des intérêts essentiels de sécurité, l'article 16 exclut : « les marchés publics destinés au service de renseignement ». L'écriture de ce motif d'exclusion a été quelque peu modifiée, en effet le décret de 2011 évoquait les « marchés spécifiquement destinées aux activités de renseignement ». La nouvelle rédaction semble être par conséquent plus permissive pour les acheteurs. Aussi, elle aura sans doute des conséquences sur le régime juridique des marchés de nettoyage ou de maintenance d'installation de chauffage ou de climatisation dans les locaux sensibles. Des marchés « limites » qui relevaient jusqu'alors du droit commun. Dans un tel cas, tout dépendra de l'interprétation donnée par l'acheteur du critère matériel dans le cerclage de la notion de marché public de défense (cf Chapitre 1).

En somme, le répertoire à rallonge des exclusions matérielles permet à de très nombreux contrats, pourtant qualifiés de marchés publics de défense, de pouvoir se soustraire aux règles de mise en concurrence et de publicité. Quand bien même certaines participeraient au développement d'un marché commun de défense européen, d'autres, au premier rang desquelles celles découlant de l'article 346 du TFUE, portent un sérieux coup de canif dans la consistance des règles de passation. En revanche, les exclusions organiques, également prévues par l'ordonnance, ont moins d'incidence sur la passation des marchés publics de défense.

[111] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 14 al 7.

B. *La non-incidence des exclusions organiques*

L'ordonnance n°2015-899 apporte de nombreuses innovations aux règles du contrat domestique dans une section dénommée « Exclusions applicables aux relatons internes au secteur public ». Loin de prendre simplement acte, la réforme apportée par l'ordonnance du 25 juillet 2016 tend à inscrire l'exclusion « in house » dans une philosophie différente. Comme l'indique le professeur Guylain Clamour, cette nouvelle approche conduit à passer « d'un rapport « mère-fille » ou « fille-mère » à un rapport en « structure sœurs »[112] Sous-tendues par une logique partenariale, les nouvelles conditions posées par l'ordonnance semblent démontrer une plus grande souplesse dans la mobilisation de cette notion. Un paradoxe face à une jurisprudence européenne qui, à travers une sophistication chronique des conditions, est très rétive à une expansion des cas de figure « in house »[113]. Les relations internes au secteur public concernant le pouvoir adjudicateur s'articulent autour de deux notions : la quasi-régie décrite à l'article 17 et la coopération entre pouvoir adjudicateur à l'article 18 de l'ordonnance n°2015-899. Il faut s'attacher à les étudier successivement.

Afin d'apprécier la portée de l'exclusion organique, il faut confronter les conditions renouvelées de l'ordonnance à la réalité du panorama de la Base industrielle et technologique de défense (BITD) française. Les différentes caractéristiques actuelles de cette-dernière ne sont pas favorables au développement du « in house », tant sur le plan de la quasi-régie inapplicable (1) que sur celui de la collaboration entre pouvoirs adjudicateurs inutile (2).

1. *L'hypothèse inapplicable de la quasi-régie*

En vertu de l'article 17, la situation de quasi-régie suppose la réunion de 3 conditions cumulatives : l'existence d'un contrôle analogue, une part d'activité de plus de 80% réalisée avec le pouvoir adjudicateur et l'absence de participation directe de capitaux privés sous certaines réserves. Cette disposition prolixe prévoit trois cas de figure : la quasi-régie classique ou « descendante », « ascendante » et « conjointe » selon les appellations doctrinales[114]. Quelle que soit la situation, il subsiste des obstacles propres aux firmes de défense. Ces derniers

[112] Guylain CLAMOUR, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », Contrats et marchés publics, n°6, Juin 2014, Dossier 6.
[113] Pour exemple : CJCE, 18 janvier 2007, affaire C-220/05, Jean Haurou et autres c/ France
[114] Guylain CLAMOUR, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », Contrats et marchés publics, n°6, Juin 2014, Dossier 6.

s'inscrivent, par ailleurs, dans des dynamiques de fond structurant la BITD française depuis une dizaine d'années.

L'activité essentiellement réalisée avec le pouvoir adjudicateur (autrement dit l'Etat français) ne résiste pas aux différentes stratégies définies par les acteurs industriels telles la diversification d'activité ou encore l'internationalisation[115]. Ainsi voit-on depuis les années 1990 Dassault Aviation sortir de la mono-activité des avions de combat pour développer sa gamme d'avions d'affaires « Falcon » destinée, par conséquent, à d'autres clients que l'Etat. Parallèlement, la taille des marchés nationaux devient insuffisante et incite les groupes à opter pour une stratégie d'internationalisation. Par exemple, la stratégie « multidomestique » de Thalès permettant d'être proche de plusieurs Etats pour faire prospérer ses activités lui empêche, *ipso facto*, de bénéficier du « in house ». Une stratégie tournée vers l'international également appliquée par la société Défense et sécurité internationale (DCI). Détenue par près de 50% par l'Etat français, le spécialiste du transfert du savoir-faire militaire français à l'international opère logiquement avec des Etats ou opérateurs étrangers. Ainsi, pour l'exercice 2016, près de 70% de son chiffre d'affaire opérationnel est réalisé auprès d'Etats du Moyen-Orient[116]. L'internationalisation de l'activité des firmes de la BITD française est un obstacle dirimant à l'application du « In house ».

Il semble toutefois que la condition tirée de l'absence de participation directe de capitaux privés ne soit pas remplie. Deux mouvements généralisés, un de sociétisation puis un de privatisation, ont marqué l'évolution de la structure et la composition du capital des firmes de défense[117]. Ils frappent tant les entreprises de poudre et d'explosif que celles d'armement terrestre ou de construction navale. Les entreprises aérospatiales sont laissées de côté car elles ressortent historiquement de l'initiative privée. L'actionnariat public reste trop minoritaire encore aujourd'hui (par exemple 24,9% au sein du capital de Dassault Aviation). Il semble en revanche plus pertinent d'analyser le capital de la société nationale Nexter. Elle est l'illustration parfaite de ce double mouvement. Il faut remonter en 1973, où le Groupement industriel de l'armement terrestre (GIAT) devient un Etablissement industriel et commercial autonome de la direction technique de l'armement terrestre relevant de l'Etat (ministère de la défense). Dans un premier temps, la loi du 23 décembre 1989[118] modifie le statut de la GIAT qui devient société

[115] Renaud BELLAIS, « Restructuration et coopération, l'avenir des industries de défense françaises ?», Choiseul, Géoéconomie, n°57, 2011-2, p109
[116] Michel CABIROL, « Défense Conseil International a été résilient en 2016 », La Tribune, 22 février 2017.
[117] VIDELIN Jean-Christophe, *op. cit.*
[118] Loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres (G. I. A. T.).

anonyme. Minée par les dettes du fait de la démilitarisation après la chute du bloc soviétique, l'Etat créer une filiale opérationnelle, Nexter, intégralement détenue par la GIAT devenue société mère de holding. Le renforcement de Nexter se fera par des stratégies d'acquisition telle la Société nationale des poudres et explosifs en 2013. La logique de privatisation a d'abord été abandonnée en 2011 avec l'échec du rapprochement avec Thales[119]. Elle reviendra en 2016 avec la fusion réussie avec l'allemand Krauss-Maffei Wegmann (KMW)[120]. Sur le plan capitalistique, ce mariage se définit à travers la création d'un nouveau groupe dont Nexter et KMW sont des filiales détenues à 100% ; lequel groupe dénommé KNDS est codétenu à parité entre l'Etat Français (à travers la GIAT) et la famille Bode-Wegmann (à travers la société Wegmann & CO GMBH). Cet ultime acte consacre la privatisation de Nexter. Soit la fin d'un capital 100% public, elle est détenue désormais indirectement de pour moitié par une société privée. En définitive, cette prise de participation de capitaux privés à hauteur de 50% a nécessairement une capacité de blocage et exerce une influence décisive sur la société opérationnelle Nexter. Par conséquent, y compris pour la firme de l'emblématique char Leclerc, sa sociétisation puis sa privatisation ont eu raison de l'application de la théorie du « in house ». La condition de l'absence de capitaux privés (malgré les assouplissements de l'ordonnance) ne peut être remplie.

Il ne reste finalement que la condition du contrôle analogue qui, selon les firmes, peut être remplie. Nonobstant la privatisation l'Etat français, à travers divers outils relevant de l'exorbitance, peut maintenir son contrôle. Le contrôle du mouvement des capitaux institué par la loi du 6 aout 1986 permet d'abord à l'Etat, par l'agrément, d'autoriser ou non la prise de participations privées de plus de 5% dans des entreprises dont l'activité relève de l'article 346 du TFUE[121]. L'existence d'action spécifique (*Golden share*) de l'Etat français, lui permettant de disposer de pouvoir exorbitant du droit commun des sociétés ou encore des pouvoirs de nomination de dirigeants ou de membres du Conseil d'administration, peut également être des indices d'un contrôle analogue. D'ailleurs, au sein de la société Nexter, l'Etat français bénéficie de ces deux types de pouvoir.

Au total les conditions du « In house » semblent loin d'être réunies pour les firmes industrielles aujourd'hui.

[119] Dominique GALLOIS, « L'Europe des blindés est enlisée depuis 10 ans », Le Monde, 12 juin 2012.
[120] Dominique GALLOIS, « Mariage de raison entre les chars Leclerc et Léopard », Le Monde, 13 juin 2016.
[121] Loi n°86-912 du 6 aout 1986 relatives aux modalités d'application des privatisations.

2. *L'hypothèse inutile de la collaboration entre pouvoirs adjudicateurs*

L'ordonnance cristallise en son article 18 les règles prétoriennes relatives à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs. C'est le cas particulier où des pouvoirs adjudicateurs « mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ». Il s'agit, somme toute, d'une liberté reconnue pour les personnes publiques d'instaurer des coopérations institutionnelles (à l'instar de l'EPCI) ou contractuelles.

Tout d'abord, de nombreux doutes quant à la présence d'une collaboration entres pouvoirs adjudicateur au sens de l'article 18 de l'ordonnance n°2015-866 peuvent aussi subsister. Plusieurs indices tendent à démontrer l'inapplicabilité d'une telle exception en pratique. En premier lieu, une collaboration de pouvoirs adjudicateurs en suppose l'existence de plusieurs. Excepté l'Etat-acheteur, peu d'entités dans le secteur de la défense disposent de ce statut. Les acteurs industriels ne peuvent être qualifiés de pouvoir adjudicateurs car ils ne « *sont pas créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial […] » selon une des définitions prévues par l'ordonnance*[122]. De surcroît, quand bien même cette condition serait remplie, « *les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernés par cette opération* »[123]. Cette condition propre à ce type d'exclusion évince définitivement l'hypothèse des acteurs industriels.

Les seules perspectives à tirer de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs peuvent, néanmoins, être de deux ordres. En premier lieu, une telle coopération peut exister entre deux Etats, toutefois ces derniers préféreront utiliser plus simplement les exclusions matérielles propres à des coopérations internationales[124]. En second lieu, elle peut être envisagée entre l'Etat et des acteurs de l'enseignement supérieur et de la recherche. Ainsi, la DGA noue des relations étroites avec des écoles d'ingénieurs dont elle a la tutelle, comme l'école Polytechnique ou encore l'institut supérieur de l'aéronautique et de l'espace (ISAE) de Toulouse. Loin d'être limitée à la formation, ces établissements possèdent des laboratoires de recherche de haut-niveau. Il est possible, dès lors, d'imaginer une collaboration, au sens de l'article 18 de l'ordonnance, sur des activités de recherche fondamentale, de la recherche appliquée ou encore du développement expérimental. Cela paraît être une optique séduisante,

[122] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Art 10.
[123] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 18 2°.
[124] Ordonnances n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 16.

mais là-aussi l'Etat peut préférer mobiliser une exclusion matérielle des marchés publics de service relatif à la recherche et au développement de l'article 16 1° de l'ordonnance. En ce sens, l'hypothèse de la collaboration entre pouvoirs adjudicateurs est inutile.

Finalement, l'inconsistance des exclusions « in house » peut s'expliquer, plus globalement, par l'absence d'une véritable stratégie des participations de l'Etat actionnaire à travers son Agence des participations de l'Etat (APE). Ces errements ont été mis en avant dans un rapport cinglant publié par la Cour des comptes en 2013[125]. Les magistrats de la rue Cambon pointent notamment une restructuration du secteur de la défense globalement mal accompagnée où les enjeux industriels ne seraient plus en ligne avec l'impératif de défense nationale.

Malgré l'absence remarquée en pratique des exclusions organiques, les exclusions matérielles des règles d'application sont particulièrement étendues. Une caractéristique conservée par l'ordonnance n°2015-899 qui n'a, d'ailleurs apporté quasiment aucune innovation majeure à l'aune de cette typologie particulière de contrat. Aussi, elle est responsable d'un évincement (trop) aisé des règles de la commande publique au détriment d'une concurrence effective pour ces marchés. Par ailleurs, quand bien même ce corpus se trouverait appliqué, les règles de passations sont d'une faiblesse inégale sur le plan d'une concurrence concourant à la création d'un marché européen de la défense.

§ 2 L'affaiblissement inégal de procédure de passation

A côté des exclusions énumérées par l'article 16 de l'ordonnance, le décret d'application revient très largement sur le déroulement des procédures de passation des MPDS qui souffrent d'un inégal affaiblissement.

Un affaiblissement qui peut être total où la concurrence est (de nouveau) inexistante à travers le dispositif des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables (A). En dehors de ce cas, l'affaiblissement est partiel avec une mise en concurrence dont la portée est particulièrement atténuée par de nombreuses dispositions (B).

[125] Cour des comptes, *Les faiblesses de l'Etat actionnaire d'entreprises industrielles de défense*, Rapport thématique, avril 2013.

A. *Une concurrence absente*

Les textes prévoient certains cas où un contrat qui, malgré sa qualification en marché public de défense et sa non-exclusion des procédures de passation, pourra être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables. Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables existent aussi en droit commun[126] mais se cantonnent à certaines hypothèses strictement délimitées par les textes (urgence impérieuse, concurrence inutile ou impossible lorsqu'une autre procédure a été diligentée mais s'est révélée être infructueuse).

S'ajoutant à ses hypothèses, les MPDS peuvent être négociés sans publicité ni concurrence préalable dans 4 autres cas. Certains ont seulement été adaptés du droit commun (1) alors que d'autres sont créés en dehors de celui-ci (2).

1) *Les hypothèses adaptées du droit commun*

L'article 23 du décret n°2016-361 énumère deux hypothèses pouvant donner lieu à passation d'un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables. Elles sont des adaptations de dispositions retrouvées dans le droit commun.

Premièrement, le droit commun retient l'hypothèse de circonstances indépendantes de la volonté de l'acheteur. Un marché public peut se dispenser de toute mise en concurrence et publicité lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles survient et ne permet pas d'observer les délais réglementaires[127]. Pour les MPDS, il est possible de recourir à une telle procédure lorsque *« les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais minimaux […], parce qu'ils sont conclus pour faire face à une urgence résultant d'une crise en France ou à l'étranger »*[128]. L'urgence s'appuie non plus sur des circonstances imprévisibles de droit commun mais sur une situation de crise, le dispositif s'adapte à la spécificité des MDPS. La réunion de deux conditions cumulatives permet de recourir à ce dispositif : l'urgence incompatible avec les délais minimaux et l'existence d'une crise. Autrement dit, la circonstance imprévisible de droit commun est remplacée par la notion de crise définie par le même article comme un « *conflit armé ou une guerre ou toute situation dans laquelle ont été causés, ou bien sont imminents, des dommages dépassant clairement ceux de la vie courante et, qui compromettent substantiellement la vie et la santé de la population ou qui ont des effets substantiels sur la valeur des biens ou qui nécessitent des mesures concernant*

[126] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Articles 30.
[127] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Articles 30 I. 1°.
[128] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 23 3°.

l'approvisionnement de la population en produits de première nécessité ». Il s'agit d'un spectre extrêmement large concernant autant des crises en France qu'à l'étranger quelle que soit leur nature (conflit armé, maintien de la paix, catastrophe naturelle, technologique) et quel que soit le type d'engagement de la France dans le conflit (alliance, opération unilatérale ou dans le cadre onusien). Etant données l'instabilité géopolitique actuelle et la politique étrangère interventionniste française[129], cette hypothèse peut aisément être mobilisée. Son périmètre n'étant pas précisé, il peut alors s'agir de tout type de marché. Il appartiendra simplement à l'acheteur de démontrer la consistance du lien entre ledit marché et la situation de crise.

Secondement, le décret n°2016-361 adapte aussi l'hypothèse de droit commun réservé aux marchés publics de fourniture ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentations, d'étude ou de développement[130]. Il prévoit que l'acheteur peut se dispenser de toute concurrence et publicité préalables « *Pour les marchés publics de services de recherche et développement pour lesquels l'acheteur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation* »[131]. Cette disposition est beaucoup moins conditionnée que celle de droit commun. Aucune référence au type de marché (marché de fourniture), à son objet (fins de recherche, d'expérimentations, d'étude ou de développement) ou encore à son exécution (sans objectif de rentabilité) n'est prévue. L'absence de caractère économique n'est pas l'objet central de la disposition, il s'agit plutôt de la propriété et du financement de la recherche qui doivent être intégralement publics. Cette disposition résonne avec l'article 16 de l'ordonnance lequel exclut toute procédure de passation pour *« Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ».* Dès lors, un financement et une propriété non exclusivement publics de la prestation de recherche permettent de se dispenser d'emblée de toute procédure de passation, à l'inverse, l'acheteur pourra négocier le marché sans procédure ni concurrence préalable. En somme, quelles que soient les modalités de répartition des droits de propriété ou de financement, les marchés publics de service de recherche et de développement sont à l'abri de toute publicité et mise en concurrence entre opérateurs économiques. Un dispositif qui est assez regrettable à l'aune du poids considérable des prestations de R&D dans les programmes militaires.

---

[129] La France est actuellement engagée dans 7 opérations extérieures voir : http://www.defense.gouv.fr/operations/rubriques_complementaires/carte-des-operations-et-missions-militaires (Consulté le 10 avril 2017).

[130] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Articles 30 II.

[131] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 23 6°.

2) *Les hypothèses créées en dehors du droit commun*

Le décret n°2016-361 crée deux hypothèses propres aux MPDS qui n'ont aucun rapport avec le droit commun justifiées pour des raisons techniques ou temporelles.

En premier lieu, l'article 23 5° du décret décline 3 possibilités de recours à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables justifiées sur des raisons techniques. Tout d'abord, le texte retient la nécessité de la « protection de droit d'exclusivité ». Différente de la notion purement juridique de « droit exclusif », l'exclusivité renvoie à la situation d'un opérateur économique jouissant des entiers droits de propriété intellectuelle sur un équipement. Toutefois, le juge a eu l'occasion de préciser l'acception du droit d'exclusivité en retenant son invocabilité seulement dans le cas où il n'existe pas d'autres opérateurs disposant de droit sur l'équipement en cause et qu'il n'existe aucun autre équipement susceptible de répondre de manière équivalente au besoin de l'acheteur[132]. Autrement dit, cette possibilité se rabat finalement sur l'hypothèse de droit commun d'impossibilité de mise en concurrence car il n'y a qu'un opérateur susceptible de répondre au besoin. En revanche, la deuxième hypothèse est strictement propre aux MPDS, l'acheteur peut passer une procédure négociée sans publicité et concurrence préalables pour des raisons tenantes à *« des exigences spécifiques d'interopérabilité ou de sécurité qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des forces armées ou de sécurité »*. L'interopérabilité, définie comme la capacité pour un équipement à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en œuvre, est une condition *sine qua none* pour assurer une coopération de défense internationale avec des relations interarmées de type ONU, OTAN ou même Europole. L'interopérabilité seule permet à l'acheteur de se libérer d'une procédure de passation contraignante, Il s'agit d'un motif technique assez souple car elle peut facilement être mobilisée au sein du cahier des charges fixé par l'acheteur. Enfin, *« la stricte impossibilité technique, pour un candidat autre que l'opérateur économique retenu, de réaliser les objectifs requis, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, un outillage ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur, notamment en cas de modification ou de mise en conformité rétroactive d'un équipement particulièrement complexe »* est l'hypothèse de l'existence d'un unique opérateur sur le marché (soit celui d'une mise en concurrence impossible). La particularité est qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un marché complémentaire accessoire relatif à la modification ou à la mise en conformité d'un équipement complexe. En

[132] CE, 11 oct. 1999, n° 165510 M.Y, RDI 2000. 38 note F. Lorens.

pratique, l'acheteur pourra mobiliser cette disposition concernant des équipements à longue durée de vie (bâtiments et sous-marins de la marine, ou aéronefs de l'armée de l'air).

En second et dernier lieu, l'hypothèse reposant sur un motif temporel (des périodes très brèves) est relative aux « *marchés publics liés à la fourniture de services de transport maritime et aérien pour les forces armées ou les forces de sécurité d'un Etat membre, qui sont ou vont être déployées à l'étranger* »[133]. Ce dispositif interpelle à double titre. Tout d'abord par son objet ultra spécifique (transport aérien et maritime), le fait de ne viser que le transport maritime et aérien en laissant de côté le transport terrestre interroge sur sa pertinence. Ensuite et surtout, le transport de forces armées par voie aérienne ou maritime relève des compétences régaliennes de l'Etat surtout dans des zones de crise. Cette disposition, en soustrayant toute procédure de publicité et mise en concurrence préalables, facilite une forme « d'externalisation » de l'activité de défense.

La multiplication des cas de procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables affaiblit la portée d'une commande publique de défense dans la liberté des opérateurs pour candidater, dans leur égalité de traitement et évidemment dans la transparence de la procédure. De surcroît, la mobilisation de ce type de procédure ne se décide qu'après avoir étudié les possibilités d'exclusions pures et simples de toute procédure de passation au terme de l'article 16 de l'ordonnance n°2015-899. L'existence d'une procédure de passation avec une publicité et une concurrence préalables intéressera alors une minorité de MPDS. Or, en plus d'être partielle dans son application, elle est atténuée dans sa portée.

B. Une concurrence atténuée

Dans leur ensemble, les dispositions relatives à la procédure de passation des MPDS sont partagées entre deux dynamiques. Une puissante dynamique d'exclusion du droit commun sur laquelle se repose de très nombreuses dispositions affaiblissant l'exigence de concurrence (A). Face à elle, la dynamique d'inclusion plus timorée se traduit par quelques dispositions éparses qui tendent à insérer la procédure de passation des MPDS dans le droit commun pour une égale concurrence européenne (B).

[133] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 23 13°.

1. *Les vecteurs d'amenuisement puissants*

Les dispositions venant amoindrir la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats peuvent être classées selon leur motivation. Tout d'abord, l'incroyable technicité des programmes de défense justifie des grandes souplesses à l'égard d'une procédure d'adjudication supposément rigoureuse (a). *A contrario*, l'impératif de défense nationale[134] impose des rigidités favorables aux entreprises nationales (b)

a) *La souplesse justifiée par la technicité des programmes*

Les espaces de liberté dans la procédure de passations se trouvent tant à l'égard de l'opérateur économique (α) que de l'acheteur (β).

α) Du côté des opérateurs économiques

Le décret aménage certaines libertés pour les opérateurs économiques durant la procédure de passation. Une souplesse est permise à deux égards.

Le décret autorise d'abord de manière expresse lors de l'étape de la définition préalable des besoins le recours par l'acheteur à des études et échanges préalables avec les opérateurs : « *Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.* »[135]. Egalement présente dans le droit commun, cette disposition est particulièrement pertinente pour les MPDS. Il s'agit effectivement de contrats avec des enjeux techniques prégnants et des défis technologiques omniprésents (cf Système de système). En outre, contrairement à l'Etat, les opérateurs économiques sont des professionnels et seront plus à même d'estimer la réalité des besoins, leur caractère réalisable, leur montant, ou encore de déterminer des spécifications techniques particulières. La Cour des comptes avait, par ailleurs, mis à l'index la Direction générale de l'armement dans sa conduite des programmes d'armement en mettant notamment en avant la faiblesse des travaux préalables à la décision de lancement. Dans ce cas précis, les magistrats de la rue Cambon évoquaient le projet d'A400M[136]. Cette disposition répond surement à cette préoccupation. En revanche, le travail préalable avec des opérateurs économiques ou leur simple information du projet avant toute procédure de passation provoque assurément une distorsion dans la concurrence. Les futurs

[135] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 2.
[136] Cour des comptes, *La conduite des programmes d'armement*, Rapport thématique, Février 2010.

candidats ne seront, *de facto*, pas traités de manière égale, malgré les garde-fous textuels posés par le second alinéa. Plus profondément, cette disposition favorise une relation privilégiée, entre l'Etat et les opérateurs économiques (nationaux) dans la préparation et le lancement de procédure de passation. En effet, la DGA sera plus encline à dialoguer avec les opérateurs nationaux avec lesquels elle a déjà de nombreuses relations et habitudes de travail plutôt qu'avec des entreprises européennes et *a fortiori* ressortissantes d'Etats tiers. Le risque du détournement de procédure de dialogue compétitif n'est, finalement, pas à écarter.

Le décret permet également aux industriels de modifier plus aisément les groupements d'opérateurs économiques (GOE) en vue de candidater à des appels d'offres. L'article 38 du décret précise alors que « *l'acheteur peut prévoir, dans les documents de la consultation, la possibilité de modifier la composition des groupements et d'en constituer de nouveaux entre la remise des candidatures et la remise des offres initiales ou, le cas échéant, lorsque les circonstances liées à la complexité des spécifications techniques le justifient, jusqu'au terme de la négociation ou du dialogue* ». Si le règlement de consultation le prévoit, il peut persister une malléabilité des groupements d'opérateurs économiques entre la remise des candidatures jusqu'au terme de la négociation. Autrement dit, il peut y avoir des ajustements jusqu'au moment ultime de la remise de l'offre finale. Dans un tel cas, les opérateurs économiques bénéficient d'une véritable aisance dans la réponse à l'offre émise par l'acheteur. L'objectif étant l'efficacité dans le programme fonctionnel et/ou les performances attendues du maître d'ouvrage du programme (cf la DGA). Ce mécanisme répond, en outre, à la pratique ancrée depuis le mouvement de privatisation des apporteurs d'affaires de la défense. Il s'agit souvent de société de conseil, créée par d'ancien hauts-fonctionnaires du Ministère de la Défense, qui ont une activité d'intermédiaire entre le Ministère acheteur et les firmes de défense. En ce sens, les entreprises (par l'intermédiaire des apporteurs d'affaires) candidatent seules afin de mieux connaître les attentes pour ensuite mieux se regrouper avec les autres opérateurs. Comme le note, par ailleurs le professeur Pourcel : « *certaines candidatures groupées distinctes se recomposent parfois même au risque de « fusionner », ce qui n'est pas rare, afin de répartir la charge financière et technique définie par l'Administration ou afin de prendre en compte l'arrivée d'un nouveau produit ou système mis au point par un opérateur non impétrant au moment de la remise des candidatures* »[137]. Plus globalement, cette souplesse dans la décomposition et la recomposition des groupements permet de désarmer toute logique

[137] Eric POURCEL, « Décret défense et sécurité : Quel impact ? » (2e partie), Contrats et Marchés publics, Janvier 2012, étude n°2.

concurrentielle entre les opérateurs. Elle est supplantée par une logique de coopétition, soit la situation dans laquelle l'entreprise tire un plus grand avantage à coopérer et à partager ses savoir-faire et connaissances avec ses concurrents plutôt que de les conserver de manière égoïste. Par exemple, le groupement ayant remporté le projet de drones de combat nEuron (programme lancé en 2003) est porté par Dassault et ses concurrents directs sur le marché de la construction des avions de chasse, ici relayés en sous-traitant (comme le suédois Saab, l'espagnol EADS CASA ou encore l'italien Alenia Aerautica).

En somme, cette liberté, même subordonnée à l'autorisation de l'acheteur, des opérateurs économiques, que cela soit préalablement au lancement de la procédure de passation des MPDS ou durant cette-dernière à travers la constitution des GOE, porte atteinte à la logique concurrentielle.

β) Du côté de l'acheteur

Le décret prévoit pareils espaces libertés pour l'acheteur de défense à l'égard de deux principaux éléments.

Tout d'abord, concernant le choix de la procédure, l'article 21 du décret n°2016-361 prévoit que l'acheteur choisit librement entre 3 procédures formalisées : l'appel d'offres restreint, la procédure concurrentielle avec négociation (autrement dénommée procédure négociée avec publicité préalable). En outre, la procédure de dialogue compétitif est conditionnée selon la survenance de l'un des deux cas suivants : « 1° *L'acheteur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; 2° L'acheteur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.* »[138]. Une liberté de choix beaucoup plus large qu'en droit commun, où la procédure concurrentielle avec négociation ne peut être mobilisée que dans l'un des cas énumérés par les textes[139]. De plus, les conditions de mobilisation du dialogue compétitif sont moins exigeantes pour les MPDS. Le recours à la négociation pour la passation de MPDS n'est donc soumis à aucun obstacle posé par les textes. L'acheteur de défense peut librement choisir entre une procédure d'appel d'offre (adjudication) et une procédure négociée[140]. Le critère de choix entre ces deux types de procédure est le degré de complexité du marché. Or, les marchés de production d'armement sont marqués d'une grande complexité étant donnés le caractère non redéployable des investissements et la difficulté de définir

[138] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 21 II.
[139] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Articles 25 II.
[140] Dont le régime est fixé à l'article 64 du Décret n°2016-361 du 25 mars 2016.

précisément les droits et devoirs des parties (notamment sur les clauses de propriété intellectuelle[141]). Le changement de la stratégie d'achat d'armement britannique est éloquent sur la place cardinale de la négociation dans ce type de marchés. Au début des années 1990, la Grande-Bretagne a tout d'abord privilégié une stratégie focalisée sur les procédures d'appel d'offre (*Tough love*). Le gouvernement britannique souhaitait maintenir une pression concurrentielle très forte sur les industriels, et ce notamment sur les prix à travers l'initiative nommée : *« No Acceptable Price, No Contract »*[142]. Cette option stratégique a, d'une part affaiblie sa BITD et aussi limité la performance des matériels. En réaction, le gouvernement, au début des années 2000, a initié la politique du *Smart Procurement*[143] fondée sur une association entre « le client et le fournisseur afin de définir en commun l'équilibre coût/performance technique du matériel »[144]. Ceci explique qu'en pratique, l'acheteur aura toujours recours à une procédure négociée. La procédure concurrentielle est inadaptée à la complexité exponentielle des systèmes d'arme. Un rejet de l'appel d'offre d'autant plus aisé, qu'à l'inverse du droit commun, l'acheteur n'est tenu par aucune obligation d'évaluation préalable du mode de projet d'investissement[145]. En définitive, et quand bien même les négociations seraient conduites dans le respect de l'égalité de traitement du candidat, le pouvoir pour l'acheteur de modification des spécifications techniques ou tout autre élément des documents de consultation est susceptible d'affecter lourdement cette égalité.

L'absence d'obligation d'allotissement est, ensuite, un second espace de liberté laissé à l'acheteur. Contrairement au droit commun où l'allotissement est devenu le principe[146], les MPDS globaux n'ont pas obligatoirement à être passés en lots séparés. Cette technique, au cœur de la commande publique[147], a depuis quelques années pour objectif initial de susciter une plus large concurrence en évitant notamment l'exclusion des petites et moyennes entreprises (PME) aux plus faibles capacités financières de la passation des marchés publics globaux. Le décret n°2016-361 laisse l'option à l'acheteur de défense de recourir ou non à l'allotissement. En pratique, cette technique alourdit la procédure d'appel d'offres. Il est très peu probable qu'un acheteur choisisse un allotissement alors qu'il n'en est pas contraint. Les textes offrent donc

[141] Eric POURCEL, « Rencontre du quatrième type : les marchés industriels de la défense nationale », Contrats et marchés publics, n°12, Décembre 2009, étude 12.
[142] « Pas de prix acceptable, pas de contrat »
[143] « Achat intelligent »
[144] Renaud BELLAIS, Martial FOUCAULT et Jean-Michel OUDOT, *Economie de la défense*, La découverte, Repère Economie, 2014, 128 pages.
[145] Ordonnances n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 40.
[146] Ordonnances n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 32.
[147] F. SCANVIC, « L'allotissement au cœur de la commande publique, CP-ACCP sept. 2006, P47.

une liberté de l'acheteur de défense au détriment une nouvelle fois de la concurrence, l'accessibilité aux PME aux MPDS est considérablement resserrée.

En plus d'espaces de liberté regrettables au regard de l'exigence d'une égale concurrence, les textes prévoient *a contrario* certains éléments de rigidité imposés par l'impératif de défense nationale tout aussi néfastes.

b) *Les rigidités imposées par l'impératif de défense nationale*

L'impératif de défense nationale d'où découle le principe d'une réponse efficace et continue aux besoins en travaux, fournitures et services des forces armées alourdit la procédure de passation de règles rigides tant sur le plan de la candidature (α) que de l'offre (β).

α) La phase de candidature

En plus de la capacité technique et financière ou l'aptitude à exercer l'activité professionnelle[148] de droit commun, les textes ajoutent des exigences propres demandées aux impétrants. Ces dernières peuvent à certains égards nettement favoriser les candidatures d'opérateurs nationaux.

L'article 40 du décret n°2016-361 impose aux candidats qu'ils produisent une habilitation. Elle est exigée lorsque le marché nécessite ou comporte des supports d'informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale (dont la définition souffre d'un flou juridique[149]). En pratique, c'est quasiment toujours le cas pour les MPDS. C'est l'arrêté n°PRMX0508204A du 18 avril 2005[150] qui prévoit le régime juridique de l'habilitation. La procédure d'habilitation est menée sous la forme d'une investigation pouvant conclure selon trois types d'avis : « Avis sans objection », « avis restrictif », « avis défavorable »[151]. Or, il est également prévu à l'article 14 de l'arrêté de 2005 « *qu'aucune entreprise de droit étranger ne peut être habilité […] lorsque les informations ou supports protégés portent la mention « spécial France » […]* ». Ainsi, cette procédure d'habilitation entrave la concurrence à deux degrés différents. Elle l'entrave d'abord de manière relative en imposant aux entreprises souhaitant candidater l'obtention de l'habilitation, tout en considérant que l'habilitation est naturellement plus simple à obtenir pour des entreprises nationales partiellement détenues par l'Etat plutôt que pour des opérateurs étrangers. Elle l'entrave de

[148] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 36.
[149] Voir infra. C1, §3, 2
[150] Arrêté n°PRMX0508204A du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les contrats.
[151] Arrêté n° PRMD1132480A du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale, Article 99s.

manière absolue ensuite car pour les marchés publics comportant des supports d'informations protégés ou classifiés « spécial France », toute entreprise de droit étranger ne peut être habilitée par principe. Le traitement inégal des candidats est prégnant ici entre entreprises françaises et étrangères. Se pose, en outre, le problème de l'absence du principe de reconnaissance mutuelle des habilitations entre les Etats européens. En effet, sous réserve des membres de la letter of intent (Lol) et des accords bilatéraux de sécurités, une entreprise habilitée dans un des Etats membres ne pourra aucunement se prévaloir devant un autre Etat de cette habilitation. Il persiste une méfiance réciproque entre les Etats membres sur leur procédure d'habilitation. Autrement dit, en l'absence de reconnaissance mutuelle, les opérateurs européens doivent multiplier les demandes d'habilitation devant chaque Etat à rebours alors d'un marché européen unifié.

Plus formellement sur la présentation des candidatures, à l'inverse du droit commun, le texte ne retient pas le document unique de marché européen (DUME). Devant se substituer aux formulaires nationaux de type DC1 et DC2, le DUME a pour objectif d'alléger la production de certificats ou autres documents relatifs aux critères d'exclusion et de sélection. Autrement dit, ce document facilite sur un plan administratif la candidature des opérateurs économiques au marché public : un document et des informations uniques quel que soit l'acheteur pour tous les Etats membres de l'UE. Il n'en va pas ainsi des MPDS français dont les candidats devront utiliser les anciens formulaires de présentation. Au-delà de l'aspect symbolique d'un refus d'uniformiser formellement la phase de candidature, cela posera en pratique des problèmes pour les opérateurs économiques étrangers desservis face à leurs homologues français habitués à remplir ces formulaires.

β) La phase de l'offre

La phase de l'offre ouvre aussi des spécificités propres à la passation des MPDS. Le décret exige des exigences particulières relatives à la protection des informations ou supports protégés ou classifiés et à la sécurité des approvisionnements.

En premier lieu, le décret en son article 52 exige du candidat de nombreux documents visant à prévenir toute atteinte des secrets de défense lors de l'exécution de marché public. En plus des différents engagements pris par l'opérateur économique notamment « *la confidentialité de toutes les informations et supports protégés ou classifiés en sa possession, ou dont il viendrait à prendre connaissance tout au long de l'exécution du marché public et après résiliation ou expiration du contrat* »[152] y compris pour ses sous-cocontractants, le texte s'en

[152] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 52.

remet à l'obtention des habilitations. Toutes les limites apportées aux habilitations lors de la phase de candidature, sur le bon fonctionnement de la concurrence (notamment eu égard au secret « spécial France »), sont répétées durant la phase de l'offre. Par ailleurs, le législateur délégué n'a pas corrigé l'approximation rédactionnelle identifiée par le professeur Pourcel dans le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011. En effet, la phrase « *[…] les opérateurs sont susceptibles de bénéficier des habilitations* » manque de cohérence car les candidats sont supposés détenir l'habilitation avant la date limite de remise des candidatures[153].

En second lieu, l'article 53 du décret n°2016-361 précise que l'acheteur doit fixer des exigences en termes de sécurité d'approvisionnement et peut demander à ce titre aux candidats de fournir de nombreuses informations. La sécurité des approvisionnements se définit de la manière suivante : la capacité des industriels de défense à satisfaire de façon continue la demande en termes de matériels de sécurité et de défense. Ce principe de continuité est directement imposé par l'article L1111-1 du Code de la défense relatif au principe général de défense nationale. Deux types de documents exigés dans l'article 53 au titre de la sécurité d'approvisionnement peuvent avoir des conséquences au regard du principe d'égalité de traitement des candidats. Tout d'abord, l'article 53 al 1° précise que le candidat doit porter à connaissance de l'acheteur « *La certification ou des documents démontrant qu'il sera à même de remplir les obligations en matière d'exportation, d'importation, de transfert et de transit de marchandises liées au contrat* ». Le régime juridique de circulation intra-communautaire de systèmes d'armes est fixé par la une directive[154] et transposé en droit français par la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011. Or, malgré une tentative d'harmonisation européenne, les certifications et/ou autorisation émanant des Etats membres sont éclatées. Ainsi, concernant la France, la Direction Générale des Douanes et des Droits Indirects (DGDDI) ne propose pas moins de vingt formulaires de type « Cerfa » concernant la circulation d'armes, de matériels de guerre et biens à double usage selon le type d'armement (explosif, arme à feux) et le type de procédure (importation, exportation, vérification des livraisons)[155]. A titre de comparaison, le Grand-Duché du Luxembourg met à disposition des entreprises un unique formulaire pour une licence de transit[156]. Deux constats peuvent alors être tirés de ce contraste. Tout d'abord, l'obstacle

[153] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Articles 40.

[154] Directive 2009/43/CE du 10 juin 2009 du Parlement européen et du Conseil simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la communauté.

[155] Cf Site internet de la douane française : *http://www.douane.gouv.fr/articles/a11937-formulaires-armes-materiels-de-guerre-et-biens-a-double-usage* (vu le 7 avril 2017).

[156] Cf Site internet du gouvernement du Grand-Duché du Luxembourg : *http://www.guichet.public.lu/entreprises/fr/marche-international/licences/transit/licence-transit/index.html* (Vu le 7 avril 2017).

administratif français peut dissuader des opérateurs économiques étrangers de candidater. Par ailleurs, et plus globalement, le manque d'harmonisation des certifications en pratique pénalise la liberté des entreprises européennes de candidater dans chacun des Etats membres pour des MPDS. Il sera, par exemple, délicat pour un opérateur de se prévaloir de l'unique certification luxembourgeoise pour appuyer son offre lors d'une passation d'un marché public français. L'article 53 alinéa 3° prévoit, en outre, que le candidat doit présenter *« La certification, ou des documents démontrant que l'organisation et la localisation de sa chaîne d'approvisionnement lui permettront de respecter les exigences de l'acheteur en matière de sécurité d'approvisionnement »*. L'acheteur doit être en mesure d'apprécier la sécurité de toute la chaîne d'approvisionnement de la construction du système d'arme de l'extraction de la matière première à sa livraison en passant par la construction des pièces et son assemblage. Autrement dit, au plus les différentes étapes de la chaine d'approvisionnement se trouvent sur le territoire français au mieux la sécurité de celle-ci sera préservée. Par conséquent, les entreprises qui construisent et assemblent les systèmes d'armes sur le territoire français ont objectivement une meilleure sécurité d'approvisionnement. Cette-dernière est principalement évaluée par un critère géographique, et *ispso facto* les industriels français sont avantagés par rapport à leurs homologues étrangers. En somme, cette disposition institue une inégalité de fait dans le traitement des offres des candidats.

Finalement, l'autonomie stratégique et la dépendance bilatérale entre l'Etat acheteur et les entreprises d'armement conduisent à admettre à la fois des souplesses et des rigidités dans le régime de passation qui, à quelques égards, ont des conséquences négatives sur l'impératif de concurrence. Certaines dispositions législatives et réglementaires sont alors des vecteurs très puissants d'un affaiblissement de la concurrence. Aussi s'opposent-elles à d'autres règles, plus éparses, qui tendent à remettre l'impératif concurrentiel au centre de la passation des MPDS.

2. *Les vecteurs de renforcement timorés*

Certaines dispositions de l'ordonnance et du décret contrebalancent cet affaiblissement avec un semblant d'alignement sur le droit commun de la passation renforçant tout autant l'exigence concurrentielle de manière générale (a), et sur un plan européen en particulier (b).

a) *La concurrence favorisée de manière générale*

La dérogation, caractéristique centrale du droit des MPDS, se dissipe en partie sur certaines règles encadrant la procédure de passation avec un effet salutaire sur une libre et égale concurrence entre les opérateurs économiques.

En premier lieu, lorsque la procédure choisie par l'acheteur de défense n'en dispense pas, le décret prévoit de nombreuses obligations concernant la publicité préalable des opérateurs économiques. Par ailleurs, l'ordonnance n°2015-899 pose, de manière inédite, une obligation générale de publicité : « *Afin de susciter la plus large concurrence, les acheteurs procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire, selon l'objet du marché public, la valeur estimée hors taxe du besoin ou l'acheteur concerné*. »[157]. Même conditionnée par les actes réglementaires, elle démontre bien l'importance attachée par les pouvoirs publics à la nécessité d'une publicité préalable y compris pour les MPDS. Ainsi le décret précise-t-il la possibilité pour l'acheteur de publier un avis de préinformation. Aligné sur le droit commun, « Les acheteurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics »[158]. Néanmoins, en pratique, les acheteurs de défense se passent aisément d'une étape de préinformation et préfèrent seulement publier l'avis de marché. Une obligation est prévue à l'article 27 en cas de procédure formalisée et 28 en cas de procédure adaptée, avec pour ce dernier le même seuil de 90.000 € pour définir le type de support à utiliser. Enfin l'avis d'attribution est également prévu à l'article 92 du décret.

Même si les mesures de publicité sont alignées sur le droit commun, il en va plus largement du droit à l'information des opérateurs économiques. Même si la notification du rejet de l'offre est prévue dans les mêmes conditions que le droit commun[159], les nouvelles obligations de transparence sont beaucoup plus légères concernant les MDPS. Par exemple, l'acheteur n'est pas tenu de présenter, au sein du rapport de présentation de la procédure les « *La description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché public en application des articles 4 et 5 »*[160] ou encore les motifs ayant conduit à opter pour une *« procédure concurrentielle avec négociation* »[161]. Aussi, les exigences sont moindres dans les obligations d'accès aux données essentielles des marchés publics. Ainsi, concernant son contenu, en lieu et place des onze typologies d'information demandées en droit

[157] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 40.
[158] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Article 26 I.
[159] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Article 91.
[160] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Article 105 I 5°
[161] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Article 105 I 1°

commun, le droit des MPDS se borne seulement à des informations de nature très générale (identification de l'acheteur, nature et objet du marché public et procédure utilisée)[162].

En second lieu, l'alignement avec le droit commun a aussi été recherché concernant la fin de la procédure de passation, et plus particulièrement la sélection de l'offre. Ainsi, l'appréciation de l'offre de l'acheteur de défense est conditionnée par l'obligation de refus de l'offre anormalement basse[163], ou encore par l'obligation d'opter pour « l'offre économiquement la plus avantageuse »[164]. L'alignement sur le droit commun du régime de l'offre anormalement basse est retenu malgré son sensible renforcement notamment dans ses modalités de contrôle beaucoup plus contraignantes pour l'acheteur[165].

Ensuite et plus surprenant encore, les critères économiques, sociaux et environnementaux sont compris dans la grille de lecture de la sélection de l'offre de l'acheteur de défense. Ainsi, le droit des MPDS intègre désormais une considération environnementale par le biais des critères de sélection de l'offre (caractéristique fonctionnelle ou environnementale)[166] mais aussi par le biais des spécifications techniques avec la référence à des écolabels. Toutefois pour ce dernier, il s'agit d'une disposition *a minima* dans la mesure où il n'est envisagé que sur son aspect environnemental. Une divergence avec le droit commun, où le label s'étend à « *des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre […]* »[167]. Autrement dit, le champ d'application des clauses dites « sociales et environnementales » est beaucoup plus strict pour les marchés publics de défense. De surcroît, s'ajoutant à cette limite matérielle, il persiste une limite fonctionnelle irréductible pour ce type de marché : celle d'une justification à l'égard de l'objet du marché. La justification de la prise en compte du développement durable dans un contrat ayant pour objet « *la fourniture d'équipements […] destiné à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre »* n'est donc qu'un vœu pieux[168] pour les MPDS. Cet alignement partiel sur le droit commun des « clauses sociales et environnementales » relèverait de l'effet d'affichage. Cette position n'est, en revanche pas partagée par le professeur Idoux. Selon lui « *les conditions d'exécution du contrat peuvent, notamment en matière de défense ou de sécurité, imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un contrat, […]*

[162] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Article 94.
[163] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Article 57.
[164] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Article 58.
[165] NICINSKI Sophie, *op. cit.* p. 627.
[166] Décret n°2016-361 du 25 mars 2016, Article 58 II. 1°.
[167] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Article 10 I.
[168] Marie-Laetitia DE LA VILLE BAUGE, « Le développement durable dans les marchés publics : une réforme ou un vœu pieu ? », RLCT, 2006, n°16 p. 20..

soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin notamment de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales […] »[169]. L'insertion d'une telle clause permettrait par conséquent tant de favoriser une concurrence égale entre les industriels de défense européens que de renforcer la BITD européenne.

Ajoutées à ces premières dispositions, d'autres vont dans le sens du renforcement d'une concurrence sur un plan européen.

b) La concurrence favorisée sur un plan européen

Ces dispositions s'inspirent directement des objectifs fixés dans les considérants de la directive à l'origine du nouveau droit de la commande publique. Ainsi, à travers elles, il est recherché *« La création d'un marché européen des équipements de défense passe par l'établissement d'un cadre législatif adapté »* ou encore *« la nécessité de promouvoir, de développer et de maintenir une Base industrielle et technologique de défense européenne »*[170]. Ainsi, certains articles viennent soutenir cette nécessaire concurrence européenne des marchés de défense affranchie des barrières nationales.

Il est solennellement consacré en l'article 1er de l'ordonnance un principe propre aux MPDS, soit celui « *d'assurer le renforcement d'une base industrielle et technologique de défense européenne* »[171]. Axe nodal du projet européen, cette BITD élevée à un niveau européen vise à établir une concurrence européenne. Une règle aussi légitimée par la théorie économique qui estime inévitable un changement d'échelle dans la production d'armement. Le professeur Renaud Bellais souligne ainsi « *qu'une nouvelle transformation de l'industrie de défense et de ses relations avec l'État [cf. BITD européenne] semble inévitable au regard des réalités budgétaires et industrielles, au risque sinon de perdre une industrie construite par la France et les pays européens depuis les années 1950* »[172]. Un principe audacieux juridiquement et nécessaire économiquement qui, néanmoins, semble plus revêtir un caractère déclaratoire sans véritable portée normative. En effet, pour le moment, aucune jurisprudence n'a jamais remis en cause une procédure de passation d'un MPDS sur ce fondement. Eu égard à son caractère extrêmes vague, le juge ne pourrait sanctionner un acheteur au motif qu'il ait préféré une firme industrielle française à une firme européenne sur ce fondement. De surcroît, les entreprises françaises font intégralement parties de celle-ci. La BITD est, par ailleurs, non pas une notion

[169] Pascal IDOUX, « Les considérations sociales et environnementales », RFDA mars-avril 2016, p. 260.
[170] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 13 juillet 2009, Cons. 3 et 4.
[171] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 1er.
[172] Renaud BELLAIS, « Restructuration et coopération, l'avenir des industries de défense françaises ?», Choiseul, Géoéconomie, n°57, 2011-2, p109.

juridique mais un concept économique. Si l'on reprend la définition d'origine de John Dunne[173], elle désigne avant tout un « *ensemble d'entreprises qui permettent aux armées de conduire leurs opérations* ». Même si le juge administratif s'est déjà approprié des notions économiques[174], l'invocabilité par les opérateurs économiques d'un objectif de constitution d'une BITD européenne est compromise. Finalement, seuls les trois premiers principes prévus à l'article 1er I de l'ordonnance sont invocables devant le juge. Tel a été le cas, par exemple, pour une affaire de rupture du principe d'égalité en application d'un système de notation ayant favorisé une entreprise. En l'espèce, les magistrats du palais royal ont confirmé l'indemnisation d'un groupement de société irrégulièrement évincé sur le fondement de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats. En effet, les règles de notation prescrites par le règlement de consultation ont été modifiées sans être portées à la connaissance des candidats. Par conséquent, ces circonstances ont exercé une influence déterminante dans la présentation des offres. Par ailleurs, le Conseil d'Etat, plutôt que de se référer au principe général d'égalité de traitement, préfère se référer à l'article 53 du Code des marchés publics, lequel encadre la détermination et pondération des critères[175].

Il s'établit, plus discrètement, en creux un régime de faveur de la candidature des entreprises européennes aux MPDS passés par les Etats membres de l'Union européenne. Pour le mettre en lumière, il suffit de le comparer aux obstacles posés par l'ordonnance et le décret pour la candidature des opérateurs économiques ressortissant d'Etats tiers à l'Union européenne. Les textes visent explicitement, non pas à distinguer entreprise nationale et entreprise étrangère pour un marché national donné (ce qui est par ailleurs prohibé au regard du principe de non-discrimination[176]), mais à distinguer entreprise ressortissante d'un Etat membre et entreprise non-ressortissante d'un Etat membre de l'Union. Une « préférence européenne »[177] est consacrée par les textes, non seulement pour les opérateurs ressortissants de l'Union mais aussi pour des Etats de l'Espace économique européen (Islande, Liechtenstein et Norvège). En substance, l'ordonnance reprend le principe d'interdiction de participation des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union. L'autorisation doit être expresse et au « cas par cas »[178]. En ce sens, le décret d'application prévoit une procédure supplémentaire pour les opérateurs

[173] DUNNE John, *op. cit.*
[174] Voir en ce sens CE, Sect., 9 avril 1999 n°201853, Coca-Cola entreprise, concl. J.-H. Stahl, RFDA 1999. 777, AJDA 1999. 611, note M. Bazex et B. Thiry
[175] CAA Nantes, 1er juill. 2011, n° 10NT00987, Min. Défense.
[176] Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, n° C 326 du 26 octobre 2012, Article 18.
[177] Laurent-Xavier SIMONEL, « L'accès des opérateurs des pays tiers aux marchés publics de défense ou de sécurité », K.pratique Chronique juridique, 30 mars 2016.
[178] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 2 II.

économiques des pays tiers : avant toute candidature ces-derniers sont soumis à une phase « d'accessibilité » au marché public[179]. Les opérateurs sont tenus de présenter un dossier d'accessibilité, lequel doit répondre aux critères d'accessibilité choisis par l'acheteur dans une liste réglementaire. Un choix qui se porte sur six critères : trois ayant une valeur « négative » (ne pas compromettre la sécurité de l'information, la sécurité des approvisionnements ou ne pas porter atteinte à la défense ou la sécurité nationale), trois ayant une valeur « positive »[180] (favoriser la BITD européenne, le développement durable, servir le principe de réciprocité avec l'Etat d'origine de l'opérateur). Un dossier non seulement contrôlé en début de procédure de passation par l'acheteur, mais aussi en fin de procédure à travers le rapport de présentation de la procédure de passation qui doit exposer les motifs de décision d'ouverture de la passation à ce type d'opérateur étranger[181]. En somme, en alourdissant la procédure de passation des opérateurs d'Etat tiers, les textes favorisent en creux l'accessibilité des opérateurs économiques européens au marché public. La préférence européenne est vectrice d'une concurrence européenne.

Finalement, le mécanisme d'agrémentation prévu par le décret peut soutenir l'émergence d'une concurrence à l'échelle européenne. Il s'agit d'une liste officielle d'opérateurs agrées par l'un des Etats membres de l'Union, l'industriel agrée peut présenter à l'acheteur ce certificat pour appuyer sa candidature[182]. Cette disposition va dans le sens de la constitution d'un « vivier d'opérateurs économiques européens »[183]. Loin d'une obligation imposée aux candidats lors de la passation, ce dispositif relève plus de la « *soft law* » afin d'inciter les acheteurs européens à avoir des relations ou habitudes de travail avec tout opérateur économique européen. Néanmoins, l'arrêté du ministre de l'économie et de la défense déterminant les modalités d'établissement de la liste n'a toujours pas été publié retardant ainsi sa mise en œuvre.

Somme toute, en dépit d'une procédure de passation affaiblie sur un plan concurrentiel, il reste possible de déceler quelques dispositions disséminées tout le long de l'ordonnance qui favorisent une égale compétition des opérateurs économiques. Le droit des MPDS demeure, quelles qu'en soit les réformes, toujours marqué par des enjeux qui le dépassent (d'indépendance nationale ou de rapport de force géopolitique) et justifient alors son caractère

[179] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Article 37.
[180] Laurent-Xavier Simonel, *ibidem*.
[181] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Article 93 7° e).
[182] Décret n°2016-360 du 25 mars 2016, Article 46.
[183] Eric POURCEL, *ibidem*.

dérogatoire. Le régalien se dissout mieux dans un dirigisme étatique que dans un libéralisme économique. La phase d'exécution des marchés publics de défense, elle-même marquée par cette résurgence de l'Etat-directeur, peut-elle aussi remettre en cause l'impératif de concurrence.

CHAPITRE 3 – UN REGIME D'EXECUTION DIRIGISTE

Les nouveaux textes renforcent sensiblement les dispositions relatives à l'exécution des marchés publics, l'ordonnance et les décrets disposent d'une partie entièrement dédiée à la vie du contrat. Il est néanmoins plus délicat de déduire des conséquences sur le respect de l'impératif concurrentiel des opérateurs économiques de dispositions relatives à l'exécution. A l'inverse des règles relatives aux régimes de passation, elles n'ont qu'un impact indirect.

Dès lors, il ne sera pas évoqué les règles d'exécution à caractère financier ni la possibilité de recourir aux prix provisoires. La consistance de leur impact sur le fonctionnement de la concurrence entre les opérateurs économiques est trop hasardeuse.

Néanmoins, d'autres règles d'exécution des MPDS ont une certaine implication quant à l'exigence de concurrence entre les firmes de défense. En effet « faire jouer la concurrence […] suppose aussi que les résultats obtenus du jeu de la concurrence soient préservés une fois le contrat signé »[184]. Même si elles ont pour socle une philosophie identique, celle d'un dirigisme accordé à l'acheteur étatique, la réforme de la commande publique leur a donné des effets variables. Alors que les règles encadrant la sous-traitance des MPDS sont plus transparentes (§1), il en va différemment des dispositions très souples relatives à la modification du contrat (§2).

§1 Une sous-traitance plus transparente

L'ordonnance du 23 juillet 2015 tout comme ses actes d'application comportent de très nombreuses dispositions en matière de sous-traitance. L'ordonnance prévoit même une section propre aux sous-contrats des MPDS : « Dispositions relatives aux sous-contrats dans les marchés publics de défense ou de sécurité »[185]. L'analyse portera seulement sur la problématique de la sous-traitance et non sur les sous-contrats ne présentant par le caractère de sous-traités. La portée de cette distinction porte principalement sur le régime financier, loin de l'enjeu concurrentiel.

Ces nouvelles dispositions traduisent la nette volonté d'un contrôle affermi de l'acheteur sur les chaînes de sous-contrats dans le secteur de la défense. Elle s'exprime principalement à

[184] Xavier LIBERT, « Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants, décisions de poursuivre, régularisations », AJDA 1994, n°6.
[185] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 63.

deux égards, tout d'abord par un durcissement de l'obligation d'exécution par le titulaire du marché (A), ainsi qu'à travers un renforcement du pouvoir de direction de l'acheteur (B).

A. Le durcissement de l'obligation d'exécution par le titulaire

Fondé sur le principe d'exécution personnelle des marchés publics par le titulaire, l'article 63 III. de l'ordonnance prévoit que « *L'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire, notamment pour des motifs liés à la sécurité des approvisionnements ou des informations* ». A travers cette disposition, l'ordonnance modifie le champ de la sous-traitance des marchés publics. Jusqu'à présent, il y avait simplement une limite « quantitative » dans l'exécution par un sous-traitant du marché public. Il était interdit de sous-traiter totalement l'exécution du marché, elle devait porter seulement sur « l'exécution de certaines parties »[186]. Désormais, les règles imposent une limite « qualitative »[187], l'acheteur peut exiger que le titulaire exécute certaines « tâches essentielles » personnellement. Autrement dit, l'ordonnance permet à l'acheteur d'interdire par principe toute sous-traitance sur certaines tâches identifiées dès la phase d'attribution du marché public, et cela contrairement d'ailleurs à une ancienne position prise par la CJCE[188].

Cette nouvelle déclinaison de l'obligation d'exécution personnelle demeure particulièrement floue sur son périmètre[189]. En effet, à aucun moment, le décret vient préciser la notion législative de « tâches essentielles ». Rien ne précise si la tâche est une obligation ou plutôt une déclinaison en action concrète de celle-ci. Par ailleurs, aucune clé de lecture n'est apportée, non plus, pour distinguer les tâches essentielles des autres, moins essentielles ou accessoires. Même en fixant une grille de lecture reposant sur des facteurs objectifs, une tâche perçue comme essentielle pour l'acheteur ne peut pas forcément l'être pour le cocontractant industriel. En somme, la détermination des « tâches essentielles », éléments de prohibition de toute sous-traitance, reste peu aisée.

Les conséquences de ce durcissement de l'obligation d'exécution par le titulaire sont préjudiciables pour la mise en concurrence. En effet, en plus d'octroyer un régime financier

[186] Ancien article 112 du Code des marchés publics repris par l'article 63 I. de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015.
[187] Pascal DEVILLERS, « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », Contrats et Marchés publics, n°10, octobre 2015, dossier n°10.
[188] CJCE, 18 mars 2004, Aff. C-314/01, Siemens AG Ostereich.
[189] Laurent-Xavier SIMONEL, « La Nouvelle donne pour la sous-traitance dans les marchés publics de défense ou de sécurité », K.pratique Chronique juridique, 1er avril 2016.

protecteur pour le sous-traité, la sous-traitance permet surtout de stimuler la concurrence dans l'exécution des marchés publics. C'est un vecteur prépondérant de participation des PME à la commande publique. Une conception trop extensive des « tâches essentielles », rendue possible par le flou entourant cette notion, constituerait un frein à la concurrence. Surtout dans le secteur de la défense, comme le projette M. Laurent-Xavier Simonel : *« l'obligation d'exécution directe risque d'atténuer l'intensité concurrentielle et d'appauvrir la diversité qualitative et financière des offres, finalement au détriment de l'acheteur public »*. La sous-traitance est parfois le seul moyen de faire intervenir des opérateurs étrangers (ressortissant européen ou non) dans le processus de production de systèmes d'armes. Pourtant, fermer purement et simplement la porte de la sous-traitance entrainerait *de facto* une hausse des prix car les opérateurs nationaux et réguliers de Ministère de la défense devront faire un effort d'investissement en R&D ou en matériel pour assurer eux-mêmes des prestations naguère sous-traitées. Ce durcissement juridique va finalement à rebours de certaines pratiques observées au sein de la BITD. Cela va à l'encontre, par exemple, du « Pacte défense PME » qui prévoit un cadre pour la signature de conventions bilatérales entre le Ministère de la défense et les principaux maîtres d'œuvre industriels de l'armement portant des engagements réciproques pour favoriser la croissance des PME[190]. A ce jour, 7 conventions ont pu être signées avec les maîtres d'œuvre industriels[191].

L'effet néfaste sur un plan concurrentiel dû à la limitation qualitative des cas de sous-traitance peut être nuancé par le renforcement du pouvoir de direction de l'acheteur dans le contrôle des chaînes de contrat.

B. *Le renforcement d'un pouvoir de direction de l'acheteur*

Les textes apportent un renforcement caractérisé du pouvoir de l'Etat-acheteur dans le contrôle du recours à la sous-traitance tant par l'accroissement des pouvoirs de contrôle (1) que par la consécration de pouvoir d'injonction (2).

1) *L'accroissement de pouvoirs de contrôle*

Les exigences sont beaucoup plus élevées qu'en droit commun avec un droit de regard portant à la fois sur les capacités du sous-traitant et sur l'offre qu'il remet.

Concernant tout d'abord la capacité de la sous-traitance à intervenir au moment de la passation ou de l'exécution du contrat, le candidat doit transmettre à l'acheteur une déclaration

[190] Site internet : https://www.ixarm.com/Marches-en-sous-traitance-d-un,144205 (consulté le 20 avril 2017).
[191] EADS, SAFRAN, THALES, MBDA, NEXTER, DCNS et DASSAULT AVIATION

mentionnant : « 1° *La nature des prestations sous-traitées ; 2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ; 3° Le lieu d'exécution des prestations sous-traitées ; 4° Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ; 5° Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ; 6° Les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie*. »[192]. C'est à partir de ces informations que l'acheteur pourra décider du rejet du sous-traitant au regard des capacités techniques, financières mais aussi au regard de la sécurité des informations ou de la sécurité des approvisionnements[193]. Tout comme dans la sélection du titulaire du marché lors de la passation, les textes laissent une grande marge de manœuvre à l'acheteur pour rejeter un sous-traitant qui ne saurait réunir les capacités exigées.

La réelle innovation se situe, ensuite, sur le droit accordé à l'acheteur d'aller au-delà de la seule analyse de la candidature du sous-traitant pour en apprécier aussi son offre. L'ordonnance étend le contrôle de l'offre anormalement basse au sous-traitant : « Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la demande de sous-traitance est présentée après le dépôt de l'offre »[194]. Ce régime est calqué sur celui de « l'offre anormalement basse » du candidat. L'opérateur économique, titulaire du marché, devra apporter à l'acheteur les preuves justifiant une offre qui ne serait pas anormalement basse. Ce nouveau pouvoir s'inscrit dans une lutte contre les pratiques concurrentielles anormales notamment contre le travail dissimulé. En effet, jusqu'alors il était tentant pour le titulaire de recourir à des sous-traitants peu précautionneux à l'égard du droit du travail afin d'avoir le prix le plus compétitif. En ce sens, ce dispositif serait, de prime abord, une avancée pour assurer la concurrence effective entre les opérateurs économiques. Néanmoins, le contrôle de l'offre est dans le même temps une forme d'ingérence de l'Etat-acheteur dans les relations entre le titulaire et ses sous-traités. Il accroît considérablement sa capacité de contrôle de la chaîne de contrat. Un dirigisme contractuel qui, selon certains auteurs, pourrait restreindre à terme la liberté de la sous-traitance (composante de la liberté constitutionnelle d'entreprendre). Une restriction permise par les pouvoirs accrus de l'acheteur, lesquels pourraient « *être exercés de manière discrétionnaire et sans réelle*

[192] Décret n°2016-361, Article 122 I.
[193] Décret n°2016-361, Article 123 II.
[194] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, Article 62.

motivation »[195] à rebours, cette fois, d'une concurrence égale entre les opérateurs économiques. Le dirigisme contractuel dans l'exécution des programmes d'armement était déjà prégnant en pratique[196], les nouveaux textes ne font que suivre et approuver les usages.

En parallèle de l'accroissement du droit de contrôle de l'acheteur, le nouveau droit de la commande publique lui consacre un pouvoir d'injonction à l'égard des titulaires dans la gestion de leurs sous-traitants.

2) *La consécration de pouvoirs d'injonction*

Ces pouvoirs d'injonctions spécifiques au MPDS sont expressément prévus par l'article 63 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « *L'acheteur peut : 1° Imposer au titulaire de mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de les choisir comme sous-contractants ; 2° Imposer au titulaire de sous-contracter une partie des marchés publics de défense ou de sécurité.* ». Cette innovation est la conséquence directe de la disparition du principe de liberté de choix des sous-cocontractants antérieurement énoncé par le Code des marchés publics[197] non reprise dans l'ordonnance. Ces pouvoirs reconnus et propres au Ministère de la défense corroborent son caractère dirigiste dans l'exécution des contrats de commande publique à deux égards.

En premier lieu et de manière inédite, l'Etat peut imposer à l'égard du titulaire du marché une mise en concurrence des opérateurs économiques pour choisir les sous-cocontractants. L'objectif est d'instiller de nouvelles mises en concurrence soit en aval de la passation du marché (dans le cas où sous-traitants sont choisis au moment de la passation) soit en amont de la passation (dans le cas où de nouveaux sous-traitants sont choisis lors de l'exécution). Ce dirigisme contractuel a pour conséquence paradoxale de renforcer la transparence dans le choix des sous-traitants et de rendre ainsi les chaînes de contrat moins opaque. La nature « privée », dont le socle serait la liberté, du contrat de sous-traitance tel qu'imaginée au sein de la loi de 1975[198] se « publicise ». La liberté de contracter est supplantée par la liberté de candidater et par l'égalité de traitement des candidats à des contrats de sous-traitance. Cette mise en concurrence des sous-traitants est néanmoins doublement limitée. Tout d'abord, il s'agit d'un choix discrétionnaire de l'acheteur public. Le principe demeure la

[195] Laurent-Xavier SIMONEL, « Nouvelle étape du droit des marchés publics de défense ou de sécurité », K.pratique Chronique juridique, 30 mars 2016.
[196] Romuald DUPUY, « L'industrie européenne de défense : changements institutionnels et stratégies de compétitions des firmes », Innovations, 2013, n°42.
[197] Ancien Article 275-III du Code des marchés publics.
[198] Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

conclusion de gré à gré des contrats de sous-traitance, la mise en concurrence étant cantonnée à l'exception. Dès lors, la transparence dépendra de la pratique faite de cette possibilité par l'acheteur public. Par ailleurs, le groupement d'opérateur économique (GOE) fait obstacle à cette mise en concurrence, cette obligation ne vaut pas pour les prestations réalisées par un ensemble de firmes lié au sein d'un accord de groupement. Or, dans le secteur de la défense les GOE sont légions ; cette habitude pourrait ainsi restreindre la portée de cette disposition.

En second lieu, l'acheteur public peut imposer au titulaire de sous-contracter une partie de l'exécution des prestations du MPDS. Accessoire à cette obligation de sous-contracter, le titulaire est contraint d'observer les exigences de publicité et de mise en concurrence. La part des prestations sous-traitées ne peut dépasser 30% du montant du marché conformément au principe d'exécution personnelle reposant sur le titulaire[199]. Cette obligation de sous-contracter imposée par l'acheteur est complémentaire à l'obligation d'exécution personnelle des tâches essentielles. La combinaison de ces deux dispositions met l'acheteur en situation de conduire en intégralité l'exécution du contrat et de répartir dans les plus grands détails la part de l'exécution reposant sur le titulaire du marché de celle reposant sur le ou les sous-traités. Les nouveaux textes sont le socle juridique sur lequel repose le pilotage contractuel de l'Etat par le biais de la DGA des programmes d'armement.

En définitive, le durcissement à la fois de l'exécution personnelle du contrat et plus largement des pouvoirs de direction de l'acheteur sur les chaînes de contrat permet une sous-traitance globalement moins opaque. Néanmoins, ce gage de transparence ne doit pas dissimuler la tutelle caractérisée de l'Etat en la matière. Plus généralement, en plus de contrôler étroitement les acteurs eux-mêmes (via les mouvements de privatisation et de fusion-acquisition), l'Etat contrôle la manière dont il exécute leur contrat, soit un contrôle de leur activité. Ce dirigisme contractuel est également symptomatique dans la possibilité de modification des contrats, rendue plus aisée par les textes.

§2 Une modification du contrat plus aisée

La réforme est venue codifier une jurisprudence nationale et européenne pléthorique en matière de modification des marchés publics. Tant l'ordonnance que le décret réglementent le

[199] Décret n°2016-361, Article 134 I.

recours à des avenants lors de l'exécution sans mise en concurrence. Voulant laisser toute latitude à l'Etat acheteur dans la gestion contractuelle de ses programmes d'armement, le législateur, loin de seulement reprendre l'édifice jurisprudentiel existant, a facilité le recours à des modifications lors de leur exécution.

La modification du contrat se retrouve ainsi plus aisée, tant de manière directe par un recours assoupli à la modification du contenu du contrat (A), que de manière indirecte par un recours non dénué de toute ambiguïté pour la modification du titulaire du contrat (B).

A. Le recours assoupli à la modification du contenu du contrat

L'assouplissement remarqué dans la modification du contenu du contrat est à la fois présent dans sa définition conceptuelle donnée par l'ordonnance (1) que dans celle énumérative exposée par le décret (2).

1) La définition conceptuelle

L'ordonnance du 23 juillet 2015 donne une définition conceptuelle négative de la modification du contrat : « *Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public.* ». *A contrario*, l'acheteur devra recourir à une procédure de mise en concurrence en vue de conclure un nouveau contrat si la nature globale du marché public initial est changée par la modification.

Cette nouvelle définition conceptuelle de la modification du contrat est beaucoup plus large que celle qui prévalait dans l'ancien droit. Inspirée de la célèbre décision de la CJUE *Pressetext*[200] , la directive retenait pourtant le critère du caractère substantiel de la modification. Ainsi, une modification était considérée comme substantielle « *lorsqu'elle rend les caractéristiques du contrat initial substantiellement différentes de celles prévues initialement* ». L'adjectif substantiel est plus clair que la notion « de changement de la nature globale » ; il renvoie à une « importante » modification du contenu du contrat tant sur un plan quantitatif (coût, montant de la prestation) que qualitatif (changement de nature de la prestation ou ajout d'une nouvelle prestation). A l'inverse, le changement de la nature globale du marché public pourrait admettre un changement dans la qualification ou même dans la sous-qualification du contrat qui est jusqu'à présent proscrit par la jurisprudence administrative, laquelle impose la

[200] CJCE, 19 juin 2008, Aff. C-454/06, *Pressetext*.

conclusion d'un nouveau contrat[201]. Cet assouplissement juridique de la définition conceptuelle s'aligne avec l'approche en termes de gestion des risques dans les marchés publics de défense.

L'approche aussi conceptuelle de la gestion des risques dans les MPDS impose, en effet, un recours facilité à la conclusion d'avenant. L'exécution des contrats de défense a été théorisée par certains économistes sur le plan de la gestion des risques. En effet, face aux comportements opportunistes des cocontractants, la théorie de l'équité[202] repose sur le postulat central d'une grande adaptabilité de l'outil contractuel pour conforter la continuité des relations. L'interdépendance des cocontractants, situation propre aux MPDS, suppose une confiance réciproque qui doit se prolonger juridiquement par la possibilité de conclure de nombreux avenants tout au long de l'exécution du marché public initial. L'impossibilité pourrait, par ailleurs, faire reposer un risque trop grand tant sur l'acheteur (qui devrait lancer une nouvelle longue et coûteuse procédure de passation), que sur le cocontractant (qui ne pourrait mobiliser pleinement les actifs très spécifiques découlant de l'exécution du 1er contrat), mais aussi sur le nouveau cocontractant (qui se trouverait dans la situation d'une asymétrie d'information par rapport aux deux autres acteurs). Certaines études sont parvenues, en outre, à démontrer qu'en moyenne deux avenants sont signés par contrat d'armement. A noter que dans l'étude en question, il est exposé un contrat ayant fait l'objet de dix avenants[203].

Dans le prolongement d'une définition conceptuelle plus large, la définition énumérative prévue par le décret assouplit le recours à l'avenant.

2) *La définition énumérative*

Le législateur délégué a tenté de faire œuvre de synthèse de toutes les jurisprudences encadrant la modification du contenu des marchés publics. Il est, en revanche, tombé dans l'écueil de la complexité. En souhaitant reprendre l'ensemble des cas traités en jurisprudence, les dispositions relatives à la modification se perdent dans le détail avec des mécanismes de renvoi entre articles et alinéas peu lisibles. En somme, cinq cas sont énumérés par l'article 137 du décret n°2016-361. Ceux relatifs à la clause dite *« de minimis »* pour les modifications inférieures au seuil européen (Article 137 I. 1°) et à l'application de clause de réexamen (Article 137 I. 6°) sont mis de côté car moins problématiques sur un plan concurrentiel. En revanche,

[201] CE, 6 mai 1991, n°66846, *Syndicat intercommunal du Bocage*, Lebon p.170, Recueil Dalloz 1993. 144 note P. Bon.
[202] Renaud BELLAIS, Martial FOUCAULT et Jean-Michel OUDOT, *Economie de la défense*, La découverte, Repère Economie, 2014, 128 pages.
[203] Jean-Michel OUDOT, « Marché d'armement : Choix contractuels et performance », Le bulletin de l'observatoire économique de la défense, n°51, Mai 2009.

les cas liés aux prestations supplémentaires rendus nécessaires ou les modifications non substantielles laissent une grande souplesse pour recourir à l'avenant.

En premier lieu, l'article 137 I. 2° et 3° permet respectivement à l'acheteur de modifier le contenu du contrat par voie d'avenant dans le cas où « *Pour les travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel qu'en soit le montant, qui sont devenus nécessaires et qui ne figuraient pas dans le marché public initial […]* » ou « *Lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir […]* ». A préciser que le recours au premier cas est conditionné par deux conditions cumulatives : « a*) Il est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, logiciels, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché public initial ; b) Il présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'acheteur.* ». Ainsi, la règle est assez souple, l'acheteur de défense peut se passer de toute nouvelle procédure de passation en raison d'un motif technique ou financier. Cela est d'autant plus vrai pour les MPDS qui sont des contrats exécutés sur plusieurs années, avec des coûts et une complexité technique très importants. En ce sens, ce type de contrat engage des actifs tellement spécifiques que le changement d'opérateur en cours d'exécution du contrat pour une modification entrainerait *ipso facto* une problématique de surcoût. Le décret prévoit, en outre, une autre limite pour ces deux cas : « *Lorsque l'acheteur est un pouvoir adjudicateur, l'augmentation du montant du marché public ne peut pas être supérieure à 50 % de son montant initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.* ». Il s'agit aussi d'une limite factice, la limite de 50% ne s'appliquant que pour le montant de chaque modification en cas de conclusion d'avenants successifs. En d'autres termes, il est loisible pour l'acheteur de tripler voire même de quadrupler le montant initial du marché public si seulement cela s'est fait par la conclusion de plusieurs avenants. Cette souplesse textuelle est particulièrement bienvenue dans l'exécution des contrats de défense. En pratique, les écarts de coûts entre le marché public initial et le prix effectif sont quasi-systématiques et substantiels. Même si cela n'atteint pas la moyenne extrême de 26 % d'écart constaté pour les contrats d'armement aux Etats-Unis, en France, des écarts de coût interviennent dans 87 % des contrats étudiés et représentent en moyenne 10 % du coût initialement prévu ; de plus, 92 % des contrats connaissent des retards[204]. Les ajustements contractuels sont légion, le coût et les délais des MPDS sont abondamment utilisés comme des

[204] Renaud BELLAIS, Martial FOUCAULT et Jean-Michel OUDOT, *Ibidem*.

variables d'ajustement de l'économie finale du contrat[205]. C'est en ce sens que le décret prévoit, contrairement au droit commun, la possibilité de recourir à des « prix provisoires » dans les MPDS[206].

En second lieu, le décret précise que l'acheteur peut recourir à l'avenant lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles. Reprenant mot pour mot la directive, elle-même inspirée de la jurisprudence *Presstext*, le législateur énumère une liste qui en tout état de cause regroupe des modifications de nature substantielles. Par conséquent, tout ce qui n'est pas inscrit sur la liste est de manière résiduelle considéré comme une modification non substantielle : un nouvel élément d'aisance pour un acheteur imaginatif. De surcroît, la liste elle-même est en proie aux incertitudes. Par exemple, une modification est substantielle quand « *elle modifie considérablement l'objet du marché public* »[207]. La question est de savoir à partir de quel moment le législateur entend-il que l'objet du marché est modifié de manière « considérable ». La simple adjonction d'un objet accessoire au marché, par exemple une prestation supplémentaire de service d'ingénierie à un marché de fourniture de système d'arme, peut-elle être entendue comme considérable ? De cette question très pratique, le recours ou non à un avenant est posée. Des incertitudes qui devront être éclaircies par le juge, mais qui laisse pour le moment une certaine marge de manœuvre quant à l'interprétation de l'acheteur.

En dernier lieu, contrairement au droit commun[208], l'acheteur de défense n'est pas tenu par la contrainte relative à la nouvelle obligation de publication d'un avis au JOUE des modifications. Une dérogation qui corrobore ainsi la facilité pour l'acheteur de défense de recourir à l'avenant en toute discrétion sans craindre des recours de tiers.

B. Le recours obscur à la modification de l'identité du titulaire du contrat

Depuis longtemps admises par la jurisprudence administrative[209] et théorisées en doctrine, la modification de l'identité du titulaire et cession du contrat ont été codifiées par le décret n°2016-361[210]. Une rédaction ambiguë qui semble retenir insidieusement le principe

[205] William Evan KOVACIC (1991), « Commitment in regulation : defense contracting and extensions to price caps », Journal of Regulatory Economics, vol. 3, n°3, 1991, p. 219-240.
[206] Décret n°2016-361, article 16.
[207] Décret n°2016-361, article 137 c).
[208] Décret n°2016-360, article 107 I. 2°.
[209] CE, 6 mars 1856, Corduriès, Lebon p184.
[210] Décret n°2016-360, article 137 I. 4°.

d'un effet translatif de la cession, autrement dit sans conclure un nouveau contrat (1) mais aussi maintenir implicitement l'autorisation de l'acheteur (2).

1) *L'effet translatif de la cession insidieusement retenu*

Le décret tend à trancher un long débat dans les prétoires sur la nature de l'effet de la cession de contrat. Le droit national retenait le principe de l'effet translatif[211], alors que le droit de l'Union européenne préférait, à l'inverse, lui confier un effet novatoire[212]. Par principe, le texte, fidèle à la directive européenne, opte pour le caractère novatoire de la cession. En effet, le décret retient qu'en tout état de cause est une modification substantielle « *celle qui a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire* »[213]. Néanmoins, tout l'intérêt réside dans les exceptions prévues par l'article 137 I. 4). Leur analyse conduit à « vider de son sens »[214] le principe énoncé plus haut.

Tout d'abord, une exception « anticipée » par laquelle une cession peut avoir lieu sans mise en concurrence en application d'une clause de réexamen ou d'option « *claire précise et sans équivoque* ». La question principale tenant à la nécessité d'identifier dans cette clause l'identité de nouveau titulaire n'a pas été tranchée ni par le juge européen, ni par le législateur. Pourtant, cela laisse une pleine liberté aux cocontractants puis, le cas échéant, au juge pour apprécier le degré de précision nécessaire à une clause « claire, précise et sans équivoque ». L'absence d'interprétation pour l'instant fixée peut profiter à l'acheteur de défense qui peut faire une lecture libérale de l'article en considérant que seuls comptes les capacités économique, financières et professionnelles du nouveau titulaire.

Ensuite, une exception « spontanée » est aussi prévue. La cession de contrat pourra se dispenser de toute procédure de mise en concurrence dans le cas « *d'une cession du marché public à la suite d'une opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les conditions de participation à la procédure de passation du marché public* »[215]. Cette hypothèse envisage la situation d'un changement dans le capital de la société titulaire du marché public initial. Cette exception peut être particulièrement mobilisée dans le cas des MPDS. Le panorama industriel des firmes de défense a été en profonde mutation dans les années 1990 et 2000 avec des changements majeurs dans le capital. Deux mouvements successifs, d'introduction de capitaux

[211] CE Avis, 8 juin 2000, n°141654, AJDA 2000. 758, note L. Richer.
[212] CJCE, 19 juin 2008, Aff. C-454/06, *Pressetext*.
[213] Décret n°2016-361, article 137 I. 5) d).
[214] Hélène HOEPFFNER, « La modification des contrats », RFDA, 2016, p. 280.
[215] Décret n°2016-361, article 137 I. 4° b).

privés, d'abord par des opérations de privatisations puis de recomposition de la structure du capital, ensuite par des opérations de fusion-acquisition justifient le recours à cette exception de cession du contrat sans mise en concurrence. Elle a surement été mobilisée en pratique lors de la fusion réussie entre l'Allemand Krauss-Maffei Wegmann et le Français Nexter. Par conséquent, le marché de rénovation du Char Leclerc attribué initialement au groupe français le 12 mars 2015[216] a dû faire l'objet d'une cession dotée d'un effet translatif (sans mise en concurrence) à l'endroit du nouveau titulaire NEXTER-KMW né de l'opération de fusion le 10 juin 2016.

En plus de l'effet translatif insidieusement retenu par le décret, la cession doit toujours faire l'objet d'une autorisation de l'acheteur.

2) *L'autorisation de l'acheteur de la cession implicitement maintenu*

L'autorisation de l'acheteur est une exigence posée par la jurisprudence administrative depuis l'arrêt *Corduriès* consacrant le principe de cessibilité des actes administratifs. *Prima facie*, le décret n°2016-361 reste étonnamment muet sur la nécessité d'obtenir une autorisation du cédé.

L'absence d'autorisation de l'acheteur ne pose pas de problème lorsque le changement de titulaire entraîne des modifications substantielles ; dans un tel cas la publicité et la mise en concurrence présidant à la conclusion d'un nouveau contrat équivaut à une autorisation. Néanmoins, dans l'autre cas, l'obligation d'une autorisation de l'acheteur est implicitement retenue par le décret. Ce dernier prévoit en effet que *« l'autre opérateur économique (cf le nouveau titulaire) remplit les conditions de participation à la procédure de passation du marché public* ». En d'autres termes, la cession du marché est conditionnée par les capacités économiques, financières et techniques du nouveau titulaire. Seul l'acheteur peut eméttre un avis sur l'aptitude ou non d'un opérateur économique à candidater. L'autorisation de l'acheteur apparaît ici en filigrane, en étant suggérée par les textes. L'exigence d'autorisation subsiste donc et corrobore bien la nouvelle place de l'Etat-acheteur, celle d'un Etat-directeur dans l'exécution des MPDS et plus globalement dans le secteur de la défense.

En résumé, la phase d'exécution des MPDS peut, elle aussi, avoir des conséquences non négligeables sur la concurrence entre les opérateurs économiques. En substance, les

[216] Ministère de la Défense, *Programme Scorpion-Lancement de la rénovation du char LECLERC*, Communiqué de presse, 12 mars 2015.

conséquences sont inégales. Alors qu'une dose de transparence est injectée dans la sous-traitance et les chaînes de contrat, la modification du contrat sans mise en concurrence est particulièrement facilitée. Ces règles d'exécution renouvelées prennent racine dans un dirigisme industriel étatique très présent dans le secteur de la défense. La mise en œuvre des programmes d'armement demeure, pour des raisons stratégiques, sous un étroit contrôle de l'Etat-acheteur.

CONCLUSION GENERALE

Le livre blanc sur la défense et la sécurité nationale publié en 2013 rappelle que *« L'industrie de défense est une composante majeure de l'autonomie stratégique de la France » ;* il réaffirme alors *« l'impératif de maintien en France d'une industrie de défense parmi les premières mondiales »*[217]. Cette volonté politique de maintien d'une BITD nationale (et de ses 4000 entreprises) comme composante cardinale de l'autonomie stratégique de la France contraste avec l'objectif par ailleurs poursuivi de création d'un marché de l'armement européen décloisonné. Un marché européen qui se construit notamment à travers un droit de la commande publique de défense unifié et gage de liberté d'accès, d'égalité de traitement des opérateurs économiques européens ainsi que de transparence des procédures. Néanmoins, ce dessein ne résiste pas à l'étude du nouveau cadre juridique français des marchés publics de défense et de sécurité transposé du droit européen. Il n'est qu'un vœu pieux au moins à trois égards.

Premièrement, la notion de marché public unifiée pour le droit commun souffre encore d'un flou tenace concernant ceux relatifs à l'acquisition d'équipements de sécurité ou de défense. L'incertitude de son critère central, le critère matériel, engendre une grande malléabilité de la notion de MDPS. Un périmètre à géométrie variable qui tend à inclure des marchés publics dont l'objet est exclusivement civil afin de bénéficier d'un régime juridique plus souple.

Deuxièmement, passée l'étape hasardeuse de la qualification, le régime de passation continuellement renforcé en droit commun n'est qu'intermittent pour les MPDS. Le régime de passation est d'emblée exclu dans de très nombreuses situations. Et dans le cas inverse, l'intensité de la concurrence entre les opérateurs économiques demeure faible : entre une absence totale de concurrence ou une atténuation marquée à l'aune du droit commun.

Finalement, une fois le marché attribué à une industrie titulaire, les règles d'exécution du contrat se déroulent sous la coupe d'un Etat dirigiste. Grâce à des moyens juridiques exorbitants du droit commun, tant sur le plan de l'organisation des chaines de contrat que sur celui de la modification du contrat principal. La Direction générale de l'armement, loin d'être

[217] Ministère de la défense, *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, 2013, page 140.

un simple acheteur, est acteur dans le déroulement du programme d'armement. Un interventionnisme qui, indirectement, nuit aussi à l'impératif de concurrence.

En somme, le corpus de règle de passation des MPDS n'est pas le seul frein au décloisonnement des marchés nationaux d'armement. Participe aussi, plus furtivement, la manière dont le contrat de MPDS est défini et exécuté. Le législateur délégué a donc prévu un corpus juridique très dérogatoire au droit commun pour cette catégorie particulière de contrat. Un éloignement du droit commun qui tend finalement à affaiblir inexorablement l'exigence d'une concurrence libre, égale et transparente entre les opérateurs économiques du secteur de la défense à l'échelle européenne.

Néanmoins, la situation politique en Europe est actuellement bousculée. La sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'accession d'un président américain rompu à la logique isolationniste et enfin l'élection d'un chef d'Etat français pro-européen sont d'autant d'évènements qui replacent l'Union européenne et plus particulièrement sa politique de défense dans l'agenda diplomatique. En ce sens, pour la nouvelle ministre des armées, Sylvie Goulard[218], le dossier de l'Europe de la défense est une priorité. Elle estime même *« qu'il y a un agenda européen crucial »*[219]. Ce volontarisme affiché pose la question d'une éventuelle refondation d'une « Europe de la défense » avec comme corollaire une politique de défense intégrée, qui entre en résonnance avec l'échec historique de 1954. Ce nouvel acte serait non sans conséquence sur une nouvelle acception de l'autonomie stratégique émancipée du cadre national pour être réellement promue à un niveau européen. La pérennité du cadre juridique actuel des MPDS, défini par l'ordonnance du 25 juillet 2016, encore trop guidé par des logiques nationales serait, dans un tel cas, menacé.

[218] Remplacée aujourd'hui par Mme Florence Parly.

[219] Nathalie Guibert, « Pour la ministre des armées, « il y a un agenda européen crucial » sur la défense », Le Monde, 29 mai 2017.

BIBLIOGRAPHIE

I. Les ouvrages généraux

- Niels BERNARDINI et Valentin LAMY, L'ess*entiel des contrats administratifs*, Ellipse, 2016, 127 pages.
- Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, 10e éd., Précis Domat, Public, 2015, 646 pages.
- Sophie NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 5e éd., Précis Domat, Public, 2016, 784 pages.
- Laurent RICHER et François LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10e éd., Manuels, Droit public, 784 pages.
- Laurent RICHER, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, 2009, 400 pages.
- Marion UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, Manuel, 2015, 483 pages.

II. Les ouvrages spéciaux

- Renaud BELLAIS, Martial FOUCAULT et Jean-Michel OUDOT, *Economie de la défense*, La découverte, Repère Economie, 2014, 128 pages.
- Claudine CHARDIGNY, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruylant, 2e éd. Bruxelles, 2013, 396 pages.
- Giovanni LAURENT, *L'armement français au XXe siècle : une politique à l'épreuve de l'histoire*, Ellipses, Les cahiers de l'armement, 2000, 203 pages.
- Jean-Christophe VIDELIN, *Droit de la défense nationale*, Bruylant, 2e éd. Bruxelles, 2014, 331 pages.

III. Les codes

- Code de la défense
- Code des marchés publics
- Code général des collectivités territoriales
- Code pénal

IV. Les textes

A. *Textes européens et internationaux*

- Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997.
- Traité sur l'Union européenne, n° C 326/01, 13 décembre 2007.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, n° C 326 du 26 octobre 2012.
- Directive 2009/43/CE du 10 juin 2009 du Parlement européen et du Conseil simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la communauté.
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.
- Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, 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.
- Décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958 relative à la liste des matériels sensibles.
- OCCAR Management Procedure, 4 décembre 2014.
- Convention OCCAR, 28 janvier 2001

B. *Textes à valeur législative*

- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.
- Loi n°2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.
- Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- Loi n°2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés.
- Loi n°2004-1487 du 30 décembre 2004 relative à l'ouverture du capital de DCN.
- Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats.
- Loi n° 89-924 du 23 décembre 1989 autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres (G. I. A. T.).
- Loi n°86-912 du 6 aout 1986 relatives aux modalités d'application des privatisations.

- Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

C. Textes à valeur réglementaire

- Décret n°2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés public de défense ou de sécurité.
- Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.
- Décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité.
- Décret n°2006-975 du 1er aout 2006 portant code des marchés publics.
- Décret n° 2006-915 du 25 juillet 2006 portant publication de l'accord de sécurité OCCAR.
- Décret n°2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense.
- Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics.
- Décret n° 2001-1075 du 16 novembre 2001 portant publication de l'accord-cadre relatif aux mesures visant à faciliter les restructurations et le fonctionnement de l'industrie européenne de défense
- Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics.
- Décret du 10 Brumaire an XIV relatif aux travaux des hospices et établissements de charité
- Arrêté n°DEFD1222014A du 27 juin 2012 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
- Arrêté du 30 novembre 2011 n° PRMD1132480A portant approbation de l'instruction générale interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale.
- Arrêté n°PRMX0508204A du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les contrats.
- Circulaire n° EFIM1201512C du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

- Circulaire n° 4537/DEF/CGA/CRM du 26 septembre 2006 relative au cahier administratif des clauses communes propriété intellectuelle applicable aux marchés de la défense portant sur des phases individuelles ou combinées de développement de production et de soutien
- Ordonnance Royale du 4 décembre 1836 relatif aux achats publics de l'Etat

D. Autres actes administratifs

- BOAMP, Avis n°16-182924, Avis de marché pour les marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité, annonce diffusée le 24 décembre 2016.
- BOAMP, Avis n°16-168445, Avis de marché pour les marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité, annonce diffusée le 26 novembre 2016.
- BOAMP, Avis, n°16-167870, Avis de marché pour les marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité, annonce diffusée le 21 novembre 2016.
- BOAMP, Avis n°13-117731, Avis de marché, annonce diffusée le 9 aout 2013.
- BOAMP, Avis n°66140000-3, Avis de marché, annonce diffusée le 19 octobre 2005.
- Délégation de gestion du cadre portant sur le transfert organique de la gendarmerie au ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, n°NORDEFM085177 X, 28 juillet 1998.

V. Les jurisprudences

A. Juridictions nationales

- CAA Nantes, n° 10NT00987, 1er juill. 2011, Min. Défense.
- CE, n° 321844, 19 juin 2009, Ministère de la Défense.
- CE Avis, n°141654, 8 juin 2000, AJDA 2000. 758, note L. Richer.
- CE, 11 oct. 1999, n° 165510, M.Y, RDI 2000. 38 note F. Lorens.
- CE, Sect., n°201853, 9 avril 1999, Coca-Cola entreprise, concl. J.-H. Stahl, RFDA 1999. 777, AJDA 1999. 611, note M. Bazex et B. Thiry
- CE, 6 mai 1991, n°66846, Syndicat intercommunal du Bocage, Lebon p.170, Recueil Dalloz 1993. 144 note P. Bon.
- CE, 6 mars 1856, Corduriès, Lebon p184.

B. Juridictions européennes

- CJUE, 4 sept. 2014, aff. C-474/12, SchiebelAircraft GmbH.
- CJUE, 28 févr. 2013, aff. C-246/12, Ellinika Nafpigeia c/Commission.
- CJUE, 7 juin 2012, aff. n° C-615/10, Insinööritoim isto InsTiim.
- CJCE, 25 mars 2010, aff f. C-451/08 Helmut Müller.
- CJUE, 23 décembre 2009, aff. C-107/98, CoNISMa.
- CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, Commission c/ République fédérale d'Allemagne.
- CJCE, 2 oct. 2008, aff. C-157/06, Comm. CE c/ Rép. Italienne.
- CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Pressetext.
- CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, ASEMFO.
- CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, Jean Haurou et autres c/ France.
- CJCE, 18 mars 2004, aff. C-314/01, Siemens AG Ostereich.
- CJUE, 18 novembre 1999, aff. C-107/98 Teckal.

VI. Les articles académiques

- Andrew BEATH, Fotini CHRISTIA, ENIKOLOPOV Ruben, « Winning Hearts and Minds? Evidence from a Field Expermiment in Afghanistan », The World Bank, Policy Research Working Paper, n°6129, July 2012.
- Renaud BELLAIS et Renelle GUICHARD., «Defense innovation, technology transfers and public policy», Defense and Peace Economics, 2006, vol. 17, p. 273.
- Renaud BELLAIS et Jean-Marie OUDOT, « Le recours aux contrats de partenariat dans la défense en France », Revue française d'administration publique, n° 130, 2009, p. 263-274.
- Renaud BELLAIS, « Restructuration et coopération, l'avenir des industries de défense françaises ?», Choiseul, Géoéconomie, n°57, 2011-2, p109
- François BRENET « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », AJDA, 2015, p.1783.
- Guylain CLAMOUR, « Marchés et concessions « entre entités dans le secteur public » », Contrats et marchés publics, n°6, Juin 2014, Dossier 6.
- Guylain CLAMOUR, « Les marchés exclus », Contrats et Marchés publics, n°10, Octobre 2015, dossier 3.

- Claude DEVES, « Le « In house » toujours en chantier », Contrats et marchés publics, n°4, Avril 2013, Etude 4.
- Pascal DEVILLERS, « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », Contrats et Marchés publics, n°10, octobre 2015, dossier n°10.
- Pierre DEVOLVE, « Marchés publics : les critères des « contrats maisons », RDUE 2002-1, p. 53.
- John DUNNE, «The defence industrial base», Handbook of defence economics, vol. 1, 1995, p. 399-430.
- Romuald DUPUY, « L'industrie européenne de défense : changements institutionnels et stratégies de compétitions des firmes », Innovations, 2013, n°42.
- Ann Lawrence DURVIAUX, « Chronique Droit européen des marchés et contrats publics -Marchés publics de défense », RDT Europe, 2013, p. 349.
- Yves GAUDEMET, « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », Cah. Cons. const., n° 17, 2004, p. 91
- Bauduin HEUNINCKX, « Evolution récentes du droit européen des marchés publics de Défense », Revue du Centre d'Etudes et de Recherches en Administration publique, n°21, 2011, p. 139.
- Catherine HOEFFLER et Samuel FAURE, « L'européanisation sans l'Union européenne : Penser le changement de politique militaire », Politique européenne, 2015, n°48.
- Hélène HOEPFFNER, « Les marchés et contrats mixtes », Contrats et marchés publics, n°10, Octobre 2015.
- Hélène HOEPFFNER, « La modification des contrats », RFDA, 2016, p. 280.
- Pascal IDOUX, « Les considérations sociales et environnementales », RFDA mars-avril 2016, p. 260
- Bastien IRONDELLE, « L'Europe de la défense à la croisée des chemins ? », Critique internationale, 2005, n°26, p180.
- William Evan KOVACIC (1991), « Commitment in regulation: defense contracting and extensions to price caps », Journal of Regulatory Economics, vol. 3, n°3, 1991, p. 219-240.
- Hélène LEMESLE, « Réglementer l'achat public en France (XVIIIe-XIXe) », Genèse, n°80, 2010, p8.

- Xavier LIBERT, « Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants, décisions de poursuivre, régularisations », AJDA 1994, n°6.
- Hélène MASSON, « Industrie de défense et soutien public à la R&D en Europe », Recherches&Documents, Fondation pour la recherche stratégique, 2010, p. 68s.
- Rozen NOGUELLOU, « Le nouveau champ d'application du droit des marchés publics », AJDA 2015, p.1789.
- Jean-Michel OUDOT, « Marché d'armement : Choix contractuels et performance », Le bulletin de l'observatoire économique de la défense, n°51, Mai 2009.
- Jean-Marie OUDOT et Claude MENARD, « Opportunisme ou équité ? Le cas des contrats d'approvisionnement de défense », Revue française d'économie, vol. 24, nº 3, p. 195-226, 2010.
- Morgan Scott PECK et Frederic M. SCHERER, « The Weapons Acquisition Process. An Economic Analysis », Harvard University Press, Harvard, 1962.
- Eric POURCEL, « Rencontre du quatrième type : les marchés industriels de la défense nationale », Contrats et marchés publics, n°12, Décembre 2009, étude 12.
- Eric POURCEL, « Décret défense et sécurité : Quel impact ? » (1er partie), Contrats et Marchés publics, Janvier 2012, étude n°1.
- Eric POURCEL, « Décret défense et sécurité : Quel impact ? » (2e partie), Contrats et Marchés publics, Janvier 2012, étude n°2.
- Laurent RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », Contrats et marchés publics, n°2, Février 2015, étude 2.
- Kempin RONJA et Scheler RONJA, « L'intégration différenciée peut-elle débloquer la PSDC », Politique étrangère, IFRI, 2015, p25.
- Frédéric SCANVIC, « L'allotissement au cœur de la commande publique, CP-ACCP sept. 2006, P47.
- Olivier SCHMITT, « Européanisation ou otanisation ? Le Royaume-Unis, la France et l'Allemagne en Afghanistan », Politique européenne, n°48, 2015.
- Laurent-Xavier SIMONEL, « Marchés publics de défense et de sécurité : Contrepoint et harmonie », K.pratique Chronique juridique, 21 septembre 2011.
- Laurent-Xavier SIMONEL, « L'accès des opérateurs des pays tiers aux marchés publics de défense ou de sécurité », K.pratique Chronique juridique, 30 mars 2016.
- Laurent-Xavier SIMONEL, « Nouvelle étape du droit des marchés publics de défense ou de sécurité », K.pratique Chronique juridique, 30 mars 2016.

- Laurent-Xavier SIMONEL, « La Nouvelle donne pour la sous-traitance dans les marchés publics de défense ou de sécurité », K.pratique Chronique juridique, 1er avril 2016.
- Marie-Laetitia DE LA VILLE BAUGE, « Le développement durable dans les marchés publics : une réforme ou un vœu pieu ? », RLCT, 2006, n°16 p. 20.
- Willy ZIMMER, « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », Contrats et marchés publics, n°10, Octobre 2015, Dossier 4.

VII. Les rapports

- Commission des communautés européenne n°COM2004608, Livre *Vert – Les marchés publics de la défense*, 23 septembre 2009.
- Cour des comptes, *Les faiblesses de l'Etat actionnaire d'entreprises industrielles de défense*, Rapport thématique, avril 2013.
- Cour des comptes, *La conduite des programmes d'armement*, Rapport thématique, Février 2010.
- Cour des comptes, *Le maintien en condition opérationnelle des matériels des armées*, Rapport thématique, 2004.
- Ministère de la défense, *Rapport au Parlement 2014 sur les exportations d'armement en France*, 2014
- Ministère de la défense, *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, 2013.
- Ministère de la défense, *Annuaire statistique de la défense* 2011-2012, 2012.
- Ministère de la défense, *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale*, 2008.

VIII. Articles de presse

- Nathalie Guibert, « Pour la ministre des armées, « il y a un agenda européen crucial » sur la défense », Le Monde, 29 mai 2017.
- Michel CABIROL, « Défense Conseil International a été résilient en 2016 », La Tribune, 22 février 2017.
- Nathalie GUIBERT, « François Hollande souhaite attribuer 2% du budget de l'Etat à l'armée », Le Monde, 6 janvier 2017.

- Dominique GALLOIS, « Mariage de raison entre les chars Leclerc et Léopard », Le Monde, 13 juin 2016
- Martine BRESSON, « Le Titus, un blindé de 20 tonnes, est en test à la préfecture de police de Paris », France Bleu, 5 mai 2016.
- Dominique GALLOIS, « L'Europe des blindés est enlisée depuis 10 ans », Le Monde, 12 juin 2012.
- Jean-Dominique MERCHET, « Javelin, ce missile dont l'armée de terre ne voulait pas… », Libération, Blog – Secret-défense, 9 novembre 2009.

IX. Webographie

- http://www.defense.gouv.fr/operations/rubriques_complementaires/carte-des-operations-et-missions-militaires (Consulté le 10 avril 2017).
- http://www.douane.gouv.fr/articles/a11937-formulaires-armes-materiels-de-guerre-et-biens-a-double-usage (vu le 7 avril 2017).
- http://www.guichet.public.lu/entreprises/fr/marche-international/licences/transit/licence-transit/index.html (Vu le 7 avril 2017).
- https://aorca.fr/public/index.php/2016/06/02/visite-de-dga-techniques-terrestres/ (Consulté le 10 février 2017).
- https://www.ixarm.com/Marches-en-sous-traitance-d-un,144205 (consulté le 20 avril 2017).

X. Les autres documents.

- François Hollande, *Discours de vœux aux armées*, Discours officiel, 6 janvier 2017.
- Ministère de la Défense, *Programme Scorpion-Lancement de la rénovation du char LECLERC*, Communiqué de presse, 12 mars 2015.
- Communication de la Commission, n°COM(2007) 764, *Une stratégie pour une industrie européenne de défense plus forte et compétitive*, 5 décembre 2007.
- Communication de la Commission, n° COM (96) 10, *Les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense - Contribution en vue d'actions au niveau européen*, 24 janvier 1996.

TABLE DES MATIERES

Sommaire **1**

Introduction **2**

§ 1 La définition des marchés publics de défense ou de sécurité 3

A. Les marchés publics de défense dans l'histoire 3

B. Les marchés publics de défense dans la réforme actuelle du droit de la commande publique 4

§ 2 Les enjeux des marchés publics de défense ou de sécurité 5

A. L'européanisation de la commande publique de défense ou dynamique d'inclusion 6

1. L'européanisation au sein de l'Union européenne 6

2. L'européanisation en dehors de l'Union européenne 9

B. Le repli national de la commande publique de défense ou dynamique d'exclusion 10

C. La régulation par la commande publique de défense ou un outil renouvelé 12

§ 3 Les marchés publics de défense ou de sécurité, un « cantonnement juridique » à la dérogation 14

Chapitre 1 – Une notion flexible **16**

§ 1 Les contrats hors-champs définis 16

§2 Le critère organique acquis 17

§3 Le critère matériel incertain 19

A. La flexibilité des marchés publics de défense à travers son objet 20

1. L'article 6 1° de l'ordonnance et les équipements à vocation duale 20

2. L'article 6 2° et la notion « d'information protégée » 22

3. L'article 6 3° et le cycle de vie 24

B. L'extensibilité des marchés de défense à travers les marchés mixtes 27

Chapitre 2 – Un régime de passation à éclipse **31**

§ 1 – Les exclusions étendues de procédure de passation 31

A. La multitude des exclusions matérielles 32

1. Le renvoi aux exclusions de droit commun 32
2. La liste (ou la détermination expresse) d'exclusions propres aux marchés de défense 34
a) Les exclusions fondées sur la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat 34
b) Les exclusions fondées sur un contexte d'internationalité 36
c) Les autres types d'exclusions 38
B. La non-incidence des exclusions organiques 40
1. L'hypothèse inapplicable de la quasi-régie 40
2. L'hypothèse inutile de la collaboration entre pouvoirs adjudicateurs 43
§ 2 L'affaiblissement inégal de procédure de passation 44
A. Une concurrence absente 45
1) Les hypothèses adaptées du droit commun 45
2) Les hypothèses créées en dehors du droit commun 47
B. Une concurrence atténuée 48
1. Les vecteurs d'amenuisement puissants 49
a) La souplesse justifiée par la technicité des programmes 49
α) Du côté des opérateurs économiques 49
β) Du côté de l'acheteur 51
b) Les rigidités imposées par l'impératif de défense nationale 53
α) La phase de candidature 53
β) La phase de l'offre 54
2. Les vecteurs de renforcement timorés 56
a) La concurrence favorisée de manière générale 56
b) La concurrence favorisée sur un plan européen 59
Chapitre 3 – Un régime d'exécution dirigiste 63
§1 Une sous-traitance plus transparente 63
A. Le durcissement de l'obligation d'exécution par le titulaire 64

B. Le renforcement d'un pouvoir de direction de l'acheteur 65
1) L'accroissement de pouvoirs de contrôle 65
2) La consécration de pouvoirs d'injonction 67
§2 Une modification du contrat plus aisée 68
A. Le recours assoupli à la modification du contenu du contrat 69
1) La définition conceptuelle 69
2) La définition énumérative 70
B. Le recours obscur à la modification de l'identité du titulaire du contrat 72
1) L'effet translatif de la cession insidieusement retenu 73
2) L'autorisation de l'acheteur de la cession implicitement maintenu 74
Conclusion générale 76
Bibliographie 78
I. Les ouvrages généraux 78
II. Les ouvrages spéciaux 78
III. Les codes 78
IV. Les textes 79
A. Textes européens et internationaux 79
B. Textes à valeur législative 79
C. Textes à valeur réglementaire 80
D. Autres actes administratifs 81
V. Les jurisprudences 81
A. Juridictions nationales 81
B. Juridictions européennes 82
VI. Les articles académiques 82
VII. Les rapports 85
VIII. Articles de presse 85
IX. Webographie 86

X. Les autres documents. 86

Table des matières 87