

# Spécificités de la négociation dans le cadre des marchés de défense

S'ils répondent à un nombre de règles de passation identiques à celles applicables aux marchés publics « civils », les marchés de défense font également l'objet de dispositions spécifiques notamment en matière de négociation, du fait de leur participation à l'exercice de pouvoirs régaliens de l'État et de leurs contraintes propres.

Longtemps restés dans l'ombre, les marchés publics de défense et de sécurité – qui seront dénommés ici marchés de défense –, ont débarqué dans la sphère de la commande publique il y a presque dix ans avec la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 et avec la Partie III du Code des marchés publics issue de la transposition de cette directive par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011.

Si la France n'avait pas attendue cette directive puisqu'un décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 prévoyait des règles particulières en ce domaine en complément du Code des marchés publics<sup>(1)</sup>, cette directive a permis de consacrer, au plan européen et aux côtés des marchés de l'ordonnance 2004/18/CE du 31 mars 2004, l'existence des marchés de défense à l'instar de ce qui avait été fait pour les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux avec la directive 2004/17/CE (remplacée depuis par la directive 2014/25/UE du 26 février 2014).

(1) Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004.

## Auteur

**Yvonnick Le Fustec**  
Avocat à la Cour  
SCP Seban et Associés

## Mots clés

Exclusions • Procédure négociée avec publicité préalable • Procédure négociée sans mise en concurrence

À ce titre, l'intervention de cette directive de 2009 ne provient pas d'une volonté d'élargir les règles de la commande publique aux marchés de défense mais d'un souhait, au travers de plusieurs mesures dont l'adoption de règles de mise en concurrence spécifiques pour ces marchés, de relancer la compétitivité du secteur industriel de défense de l'Union européenne en développant une base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE). Cette directive est en effet le résultat d'une offensive de la Commission européenne, lancée en 1996 avec une communication intitulée « les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense – contribution en vue d'actions au niveau européen »<sup>(2)</sup>, et visant à secourir ce secteur industriel qui avait connu une crise résultant, notamment, d'une diminution conséquente des besoins en armements de nombreux Etats européens à la fin de la guerre froide.

Cette directive n'a pas été remise en cause lors de la réforme de la commande publique car, à la différence des directives de 2004 qui ont été remplacées par la directive précitée et la directive 2014/24/CE du 26 février 2014, celle-ci a été maintenue ce qui a conduit, en France, à reprendre – tout en les adaptant –, les dispositions de l'ancienne Partie III du Code des marchés publics au sein de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016. À cet égard, bien que les présents propos soient liés à la négociation des marchés de défense, notons que cette réforme a fait émerger les contrats de concession de défense ou de sécurité régis par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et le décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016.

Ceci étant exposé, précisons que la passation de marchés de défense ne concerne qu'un nombre limité d'acheteurs : l'État et ses établissements publics<sup>(3)</sup>. Et, ce nombre est d'autant plus limité qu'il s'agit des acheteurs qui sont amenés à conclure un marché de défense, soit, au sens de l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, un marché ayant pour objet :

– « 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 » – ce dernier cas pouvant être illustré par un bâtiment de la Marine Nationale, le Malin, ancien navire de pêche saisi par les autorités françaises en flagrant délit de pêche illicite au large des îles Kerguelen et qui a été armé de mitrailleuses pour devenir un patrouilleur de haute mer ;

– « 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 » ;

– « des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1<sup>o</sup> ou au 2<sup>o</sup>, 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 » ;

– « des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ».

En leur qualité de marché public, les marchés de défense sont donc soumis, en partie du moins, aux dispositions applicables aux marchés « civils » soit, essentiellement, aux trois principes fondamentaux de la commande publique<sup>(4)</sup>, aux règles de définition préalable des besoins<sup>(5)</sup>, de durée – laquelle est « fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique »<sup>(6)</sup> –, et de prix, lesquels peuvent être définitifs, provisoire ou encore fermes ou révisables<sup>(7)</sup>.

Néanmoins, participant notamment aux missions assurant la souveraineté de l'État et ayant des contraintes propres, les marchés de défense sont aussi régis par un arsenal de dispositions spécifiques. Exemple marquant, le principe d'allotissement n'existe pas pour ces marchés, étant rappelé qu'aux termes de l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ce sont « les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité [qui] sont passés en lots séparés ».

Une souplesse existe aussi en matière de dématérialisation des procédures, les acheteurs concernés par la passation de marchés de défense n'étant pas soumis à une obligation mais à une faculté de donner un accès dématérialisé aux documents de la consultation et d'imposer le dépôt des offres dématérialisées<sup>(8)</sup>.

Par ailleurs, et en ce qu'il s'agit d'impératifs majeurs pour les marchés de défense – lesquels concernent des équipements militaires devant être disponibles en tout temps et comportant des informations qui sont le plus souvent couvertes par le secret de la défense –, les textes prévoient des règles liées à la protection de la sécurité des approvisionnements et des informations. En effet, l'acheteur peut imposer, en la matière, des conditions particulières au cours du processus de sélection des candidatures<sup>(9)</sup> ou des offres<sup>(10)</sup> mais aussi au stade

(2) Communication COM(96) 10 du 24 janvier 1996.

(3) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 6.

(4) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 1.

(5) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 30.

(6) Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 13.

(7) Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 14 à 16.

(8) Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 31 à 34.

(9) Il de l'art. 2 et art. 46 de l'ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ; art. 37, 40 I 3<sup>o</sup>, 41, 42 et 47 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, ainsi que le 14<sup>o</sup> du I de l'art. 3 de l'arrêté du 29 mars 2016 (NOR : EINM1600215A) fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

(10) Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 52, 53 et 54.

de l'exécution<sup>[11]</sup>. De telles exigences peuvent également être imposées dans le cadre des sous-contrats, qui dépassent la notion de sous-traitance et sont eux aussi une spécificité des marchés de défense<sup>[12]</sup>.

Outre la volonté de mettre en place des conditions de passation et d'exécution spécifiques, le législateur a également pris garde de mettre ces marchés à l'abri du risque d'annulation de la procédure de passation, dans le cadre d'un référé précontractuel, grâce aux dispositions du II de l'article L. 551-2 du Code de justice administrative. Et, s'il semble ne pas avoir pris l'entière mesure de cette disposition en n'ayant pas retenu, dans une décision du 11 mars 2013, l'erreur d'un juge des référés qui avait annulé la procédure de passation d'un marché de défense<sup>[13]</sup>, le Conseil d'État a rectifié le tir, dans une récente décision du 24 mai 2017, en ayant considéré qu'il résulte de la disposition précitée « que le juge des référés (...) ne pouvait pas prononcer l'annulation d'un tel marché sur le fondement des dispositions du I de cet article mais seulement prononcer, le cas échéant, les mesures d'injonction et d'astreinte prévues à l'article L. 551-6 du même code »<sup>[14]</sup>.

Enfin, les règles relatives à la négociation – laquelle est en quelque sorte le principe en matière de marchés de défense –, s'inscrivent dans cette armada de dispositions spécifiques. À titre liminaire, rappelons que l'appel d'offres ouvert n'existe pas pour ces marchés, les procédures formalisées étant : l'appel d'offres restreint, la procédure négociée avec publicité préalable et le dialogue compétitif<sup>[15]</sup>.

Ceci étant rappelé, il convient de présenter les hypothèses de négociation spécifiques aux marchés de défense et les particularités de la procédure négociée avec publicité préalable qui leur est applicable.

## La négociation des marchés de défense exclus du champ d'application des règles de la commande publique

La négociation est évidemment offerte pour certains marchés de défense qui, bien que répondant à la qualification de marché public, ne sont pas soumis aux règles de la commande publique et ce, non pas sur le fondement de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23

juillet 2015, mais sur celui de l'article 16 qui prévoit des cas d'exclusions propres aux marchés de défense dont certains méritent d'être exposés.

Tout d'abord, la négociation est totalement possible pour les « marchés publics portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État l'exige, notamment pour des achats qui nécessitent une confidentialité extrêmement élevée ou une grande rapidité d'acquisition »<sup>[16]</sup>.

Relevons à cet égard que, outre son ancienneté – étant une reprise de l'article 296 du Traité instituant la Communauté Européenne et, avant lui, de l'article 223 du Traité de Rome –, cette disposition a été, en réalité, utilisée de manière extensive<sup>[17]</sup> par les États membres afin d'écarter les règles de la commande publique pour la passation de leurs marchés de défense.

En effet, si le recours à cette exclusion pouvait, et peut toujours, être justifié dans le cadre de la construction, par exemple en France, des sous-marins nucléaires lanceurs d'engins (SNLE) – lesquels sont un des outils essentiels de la politique de dissuasion nucléaire qui mérite évidemment la plus grande confidentialité et représente un intérêt essentiel de sécurité de la France –, il s'est avéré que, face à une inadaptation des règles de la directive 2004/24/CE pour les marchés de défense, de nombreux États ont eu tendance à recourir de manière excessive à l'exclusion précitée. Et, c'est ce qui a conduit la CJUE – à l'époque CJCE –, dans le cadre des travaux visant à l'élaboration de la directive de 2009, à encadrer strictement le recours à cette exclusion dans une décision fondatrice du 2 avril 2008 concernant l'affaire dite des « hélicoptères italiens »<sup>[18]</sup>.

Ensuite, peuvent être négociés sans difficulté, du fait de l'exclusion des règles de la commande publique, « les marchés publics pour lesquels l'application de la présente ordonnance obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'État, notamment pour des travaux, fournitures ou services particulièrement sensibles, qui nécessitent une confidentialité extrêmement élevée, tels que certains achats destinés à la protection des frontières ou à la lutte contre le terrorisme ou la criminalité organisée, des achats liés au cryptage ou destinés spécifiquement à des activités secrètes ou à d'autres activités tout aussi sensibles menées par les forces de sécurité intérieure ou par les forces armées ».

Enfin, on relèvera le cas des « marchés publics conclus en vertu de la procédure propre à une organisation

[11] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 38-II et art. 12 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016.

[12] La notion de sous-contrat, plus large que celle de sous-traitant, est prévue à l'art. 63 de l'ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui dispose que « le titulaire peut, sous sa responsabilité, confier à un autre opérateur économique, dénommé sous-contractant, l'exécution d'une partie d'un marché public, y compris un marché public de fournitures, sans que cela consiste en une cession du marché public ».

[13] CE 11 mars 2013, Ministre de la Défense, req. n° 364827.

[14] CE 24 mai 2017, Ministre de la Défense, req. n° 405787.

[15] Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 21.

[16] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 16, 3°.

[17] Voir en ce sens la Communication interprétative de la Commission Européenne du 7 décembre 2006 sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense.

[18] CJCE 8 avril 2008, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, aff. C-337/05.

internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure », mais aussi des « marchés publics destinés aux activités de renseignement, y compris les activités de contre-espionnage, de contre-terrorisme et de lutte contre la criminalité organisée » et des marchés publics « y compris pour des achats civils 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 ».

## La procédure négociée sans mise en concurrence et sans publicité applicable aux marchés de défense

Toujours afin de prendre en compte les enjeux de certains marchés de défense, l'article 23 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 prévoit des hypothèses de recours à la procédure négociée sans mise en concurrence et sans publicité qui vont au-delà de celles prévues par l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 pour les marchés publics « civils ».

En effet, on notera tout d'abord que, s'ils ne peuvent le faire pour leurs marchés publics « civils », les acheteurs peuvent, pour leurs marchés de défense, recourir à cette procédure « lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables (...) ont été présentées », sous réserve toutefois de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché et de ne faire participer à la négociation que le ou les soumissionnaires ayant présenté une offre conforme.

Ensuite, différant de l'hypothèse d'urgence prévue par l'article 30 précité, l'article 23 dispose en son 3° que cette procédure peut être mise en œuvre « lorsque les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais minimaux d'urgence prévus (dans les procédures formalisées), parce qu'ils sont conclus pour faire face à une urgence résultant d'une crise en France ou à l'étranger (...) ». Le texte précisant qu'une crise « est 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 l'approvisionnement de la population en produits de première nécessité ».

Par ailleurs, l'article 23 prévoit lui aussi une hypothèse liée aux droits d'exclusivité et aux raisons techniques mais adaptée aux marchés de défense en ce qu'il précise que les raisons techniques sont, par exemple, « des exigences spécifiques d'interopérabilité ou de sécurité qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des forces armées ou de sécurité, ou 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 ».

Enfin, on relèvera le cas spécifique des « marchés publics de services de recherche et développement pour lesquels l'acheteur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation » et ceux « qui concernent des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche et de développement à l'exception de la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement »<sup>[19]</sup>. Complétant l'exclusion prévue par le 3° de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, qui est applicable aux marchés de défense, pour les « 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 »<sup>[20]</sup>, les hypothèses précitées s'expliquent aisément tant le domaine de la défense est fortement concerné par la R&D. En effet, si certains équipements et matériels militaires sont disponibles « sur étagères », d'autres méritent évidemment une phase de R&D au regard de leur complexité et de leur caractère unique, ce que démontre l'exemple le plus parlant du porte-avions nucléaire Charles de Gaulle qui a le statut de prototype.

## La procédure négociée avec publicité préalable spécifique aux marchés de défense

Dans un objectif d'offrir le plus de souplesse en matière de passation des marchés de défense, les textes offrent donc le recours à la procédure négociée avec publicité préalable qui est « la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations » et dans laquelle « l'acheteur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres »<sup>[21]</sup>.

Si elle correspond à la procédure concurrentielle avec négociation des marchés publics « civils »<sup>[22]</sup>, cette procédure comporte des modalités de mise en œuvre différentes et allégées puisque, tout d'abord, la possibilité d'y recourir n'est soumise à aucune condition contrairement à ce qui prévaut pour les marchés publics « civils » qui ne peuvent être conclus via cette procédure que dans les six cas listés à l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

De manière étonnante, ensuite, si l'article 66 du décret n° 2016-361 prévoit, comme l'article 73 du décret n° 2016-360, que la négociation peut porter sur « les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'except-

[19] Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 23 6° et 7°.

[20] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 14 3°.

[21] Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 64.

[22] Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 66.

tion des offres finales », il ne précise toutefois pas que l'acheteur peut attribuer le marché sans avoir négocié les offres comme cela existe pour les marchés publics « civils ». S'il appartiendra au juge de se prononcer à ce sujet, il est permis de penser que cette faculté devrait pouvoir être mise en œuvre, même sans texte, à condition que l'acheteur l'ait prévue dans les documents de la consultation.

Ensuite, cet article énonce lui aussi que les exigences minimales et les critères d'attribution sont exclus de toute négociation en ajoutant – de manière assez étonnante tant cela paraît évident –, que la négociation « ne peut porter sur l'objet du marché public ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché public telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation ».

Par ailleurs, si le phasage de la négociation est repris par la procédure négociée des marchés de défense,

celle-ci est sensiblement plus souple que la procédure concurrentielle en ce qu'elle ne précise pas – et donc n'impose pas –, que durant la phase finale de négociation « le nombre d'offres restant à négocier soit suffisant pour assurer une concurrence réelle ». Autrement posé, la phase finale devrait pouvoir être engagée, pour un marché de défense, avec un seul opérateur.

Enfin, on relèvera que si, pour ces deux procédures, la négociation « est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires » et qu'à cette fin, l'acheteur « s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres », l'article 66 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 apporte, là aussi, de la souplesse puisqu'il ne prévoit aucune obligation pour l'acheteur d'informer les soumissionnaires quant au rejet de leur offre, quant aux changements apportés aux documents contractuels et, non plus, quant à son intention de conclure les négociations.