THESE DE DOCTORAT

NNT : 2024UPASH016

Marchés de défense ou de sécurité : entre marchés publics et politiques publiques

Defence and security procurement : between public procurement and public policies

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630, Droit, Économie, Management (DEM)
Spécialité de doctorat : Droit
Graduate School : Droit. Référent : Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Thèse préparée dans l'unité de recherche Centre de recherche Versailles Saint-Quentin institutions publiques VIP (Université Paris-Saclay, UVSQ), sous la direction d'**Olivier GUÉZOU**, Professeur des universités

Thèse soutenue à Guyancourt, le 10 décembre 2024, par

Quentin MARIE

Composition du Jury

Membres du jury avec voix délibérative

Laurence FOLLIOT LALLIOT Professeure des universités, Université Paris Nanterre	Présidente
Grégory KALFLÈCHE Professeur des universités, Université Toulouse Capitole	Rapporteur & Examinateur
Stéphane RODRIGUES Maître de conférences, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne	Rapporteur & Examinateur
François BRENET Professeur des universités, Université de Poitiers	Examinateur

université PARIS-SACLAY

ÉCOLE DOCTORALE
Droit, Économie, Management (DEM)

Titre : Marchés de défense ou de sécurité : entre marchés publics et politiques publiques

Mots clés : « Marchés de défense ou de sécurité », « Droit des marchés publics », « Politiques publiques », « Droit de l'Union européenne », « Instrumentalisation de la commande publique »

Résumé : Les marchés de défense ou de sécurité (MDS) sont-ils des marchés comme les autres ? Quel est l'impact de leur dimension régalienne marquée et des impératifs de politiques publiques qu'ils peuvent contribuer à atteindre ? Leur nature (Partie 1) et leur régime (Partie 2) sont-ils avant tout ceux des marchés publics ou bien leur dimension de politique publique l'emporte-t-elle ? Pour répondre à ces question, force est de constater que les marchés publics dans le domaine de la défense ont longtemps été attribués selon des procédures nationales, le plus souvent en dehors de toute logique de transparence. Depuis l'adoption de la directive 2009/81/CE, les achats de défense ou de sécurité font par principe l'objet d'obligations de publicité et de mise en concurrence à l'échelle de l'Union européenne. Malgré leurs spécificités, ces achats constituent l'archétype du marché public. En effet, la défense est une fonction régalienne par excellence, de sorte que les achats en la matière sont particulièrement « publics », avec des enjeux de souveraineté très forts. En France, la défense est un marché économique de première importance, notamment en termes d'emploi, avec en outre un solde commercial nettement positif. De plus, les achats de défense et de sécurité sont au service de la politique de défense nationale et européenne, en particulier s'agissant de l'objectif du développement de la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE). Ils sont également concernés par l'ensemble des politiques publiques intégrées dans le droit des marchés publics comme le développement durable, l'innovation et le soutien des PME. Les achats de défense et de sécurité sont aussi, de ce point de vue, des « politiques publiques ». Ils sont, de ce fait, amenés à tirer profit des développements politiques du droit des marchés publics, développements qui constituent l'une des évolutions la plus significative de ce droit.

Les MDS sont donc l'angle idoine pour étudier les possibilités et les limites d'une instrumentalisation des achats de défense en particulier, et de la commande publique en général, au service d'objectifs de politique publique. Ce faisant, ils permettent d'évaluer la flexibilité du droit des marchés publics et, dans le même temps, celle de la logique de concurrence qu'il diffuse. Le droit des marchés publics a dû intégrer les spécificités politiques, économiques et techniques des achats de défense et de sécurité, faire apparaitre une notion sur mesure de « marché de défense ou de sécurité », permettant, tout en renforçant la BITDE, de mettre en œuvre une logique de concurrence adaptée à la défense, et donc plus efficace. Cette notion spécifique de MDS permet ensuite de déclencher l'application d'un régime qui vient concrétiser l'instrumentalisation de ces contrats, tant au stade de leur passation que lors de leur exécution. Les obligations de publicité et de mise en concurrence sont pour grande partie dédiées à la prise en compte des spécificités des achats qu'elles encadrent et spécialement des impératifs de sécurité d'approvisionnement et de sécurité des informations. La dimension « politiques publiques » des MDS se trouvent, non seulement au sein des principes et des notions fondamentales, mais également dans les règles plus détaillées de la passation et de l'exécution de ces contrats. Ainsi, l'instrumentalisation des MDS repose sur la flexibilité du droit des marchés publics propre à rendre efficace l'interaction entre « marchés publics » et « politiques publiques ». Tout en étant encadrée par le respect du libre jeu de la concurrence, l'instrumentalisation permet aux achats publics d'assumer pleinement leur dimension politique. Les MDS réussissent donc, par leur nature et leur régime, une combinaison efficace entre marchés publics et politiques publiques.

Title: Defence and security procurement: between public procurement and public policies

Keywords: '' Defence and security contracts, "Public Procurement", "Public Policies", "European Law"

Abstract: Are defence or security contracts (DSC) like public procurement? What is the impact of their strong regalian dimension and the public policies they can help to achieve? Are their nature (Part 1) and their regime (Part 2) above all those of public procurement, or does their 'public policies' dimension take precedence? To answer these questions, it must be said that for a long time, defence procurement was awarded according to national procedures, most often without any logic of transparency. Since the adoption of Directive 2009/81/EC, defence and security purchases have in principle been subject to EU-wide advertising and competitive tendering requirements. Despite their specific characteristics, these purchases constitute the archetypal public procurement contract. Defence is a sovereign function par excellence, so procurement in this area is particularly 'public', with very high stakes for sovereignty. In France, defence is a major economic market, particularly in terms of employment, with a clearly positive trade balance. Defence and security procurement also serves national and European defence policy, particularly regarding the objective of developing the European Defence Technological and Industrial Base (EDTIB). They are also affected by all the public policies incorporated into public procurement law, such as sustainable development, innovation and support for SMEs. From this point of view, defence and security purchases are also 'public policies'. As a result, they are bound to benefit from political developments in public procurement law, developments which constitute one of the most significant changes in this law.

DSC are therefore an ideal way of studying the possibilities and limits of using defence procurement in particular, and public procurement in general, to achieve public policy objectives. In so doing, they provide an opportunity to assess the flexibility of public procurement law and, at the same time, the flexibility of the competitive rationale it promotes. Public procurement law has had to take account of the specific political, economic and technical features of defence and security purchases, and to introduce a tailor-made concept of 'defence or security contract', which, while strengthening the EDTIB, makes it possible to implement a competitive approach tailored to defence, and therefore more effective. This specific concept of 'defence or security contract' then triggers the application of a regime that gives concrete form to the instrumentalization of these contracts, both at the stage of their award and during their performance. The advertising and competitive tendering requirements are largely dedicated to considering the specific features of the purchases they govern, and in particular the imperatives of security of supply and security of information. The 'public policies' dimension of DSC is to be found not only in the fundamental principles and concepts, but also in the more detailed rules governing the award and performance of these contracts. In this way, the use of DSC is based on the flexibility of public procurement law, which makes the interaction between 'public procurement' and 'public policies' effective. While respecting the free play of competition, this instrumentalization allows public procurement to fully assume its political dimension. By their very nature and the way they are governed, DSC are an effective combination of public procurement and public policy.

MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ : ENTRE MARCHÉS PUBLICS ET POLITIQUES PUBLIQUES

L'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs

REMERCIEMENTS

Je remercie tout d'abord Monsieur le Professeur Olivier Guézou pour sa confiance et son soutien indéfectible durant la préparation de cette thèse.

Je remercie également Madame la Professeure Laurence Folliot Lalliot, Messieurs les Professeurs François Brenet, Grégory Kalflèche et Stéphane Rodrigues qui m'ont fait l'honneur de siéger dans mon jury et de lire les présents travaux.

Je remercie enfin mes amis et ma famille.

À la mémoire du Professeur Hugues Le Berre

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AC-ACCP : Contrats publics – Le Moniteur
aff. : affaire
AJCT : Actualité juridique des collectivités territoriales
AJDA : Actualité juridique - Droit administratif
Ass. : Assemblée
BJCP : Bulletin Juridique des Contrats Publics
CC : Conseil constitutionnel
CCP : Code de la commande publique
C. Défense : Code de la défense
chron. : chronique
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CMP : Code des marchés publics
coll. : collection
comm. : commentaire
Dir. : Direction
EDCE : Études et documents du Conseil d'État
Ibid. : ibidem
In : dans
JCP A : Juris-Classeur périodique - La semaine juridique - Édition Administrations et Collectivités territoriales
JCP G : Juris-Classeur périodique - La semaine juridique – Édition générale
JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
JORF : Journal officiel de la République française
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
op. cit. : ouvrage cité
PESC : Politique étrangère et de sécurité commune
PSDC : Politique de sécurité et de défense commune
PUF : Presses Universitaires de France
Rec. : Recueil
RFAP : Revue française d'administration publique
RFDA : Revue française de droit administratif
RMCUE : Revue de l'Union européenne
RDI : Revue de droit immobilier
RDP : Revue du droit public
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
TCE : Traité instituant la Communauté européenne
TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE : Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE : Tribunal de l'Union européenne
TUE : Traité sur l'Union européenne
vol. : volume
voy. : voyez

SOMMAIRE

PARTIE 1.
LA NATURE DES MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ : UN ÉCOSYSTÈME PROPICE À L'INSTRUMENTALISATION

Titre 1. Défense et achats publics : le potentiel d'un écosystème

Chap. 1. L'impact des fondements concurrentiels du droit des marchés publics

Chap. 2. Les développements politiques du droit des marchés publics

Titre 2. L'émergence d'une notion de marché de défense ou de sécurité intégrée aux contrats de la commande publique

Chap. 1. La proto-notion de marché de défense ou de sécurité par l'instrumentalisation de l'article 346 TFUE

Chap. 2. La mise en place d'une notion de marché de défense ou de sécurité sur mesure

PARTIE 2.
LE RÉGIME DES MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ : LA CONCRÉTISATION DE L'INSTRUMENTALISATION

Titre 1. La passation des marchés de défense ou de sécurité

Chap. 1. L'organisation de la mise en concurrence des marchés de défense ou de sécurité

Chap. 2. Le choix du titulaire du marché de défense ou de sécurité

Titre 2. L'exécution des marchés de défense ou de sécurité

Chap. 1. Les conditions d'exécution dans les marchés de défense ou de sécurité

Chap. 2. La mise en concurrence des sous-contrats

INTRODUCTION

« *La politique, c'est la division "divertissement" du complexe militaro-industriel.* »
Frank ZAPPA

1. Dans l'histoire du droit contemporain des marchés publics, les marchés de défense ou de sécurité (MDS) sont encore « jeunes ». La coordination des règles applicables à ces marchés à l'échelle de l'Union européenne, organisée par la directive 2009/81/CE[1], peut être conçue comme le dernier développement d'une invasion par le droit des marchés publics et la logique de concurrence qui l'accompagne, qui va jusqu'à « contaminer » un secteur aussi souverain que celui de la défense. La relation entre achats de défense et marchés publics – défense et concurrence – n'est pourtant pas nouvelle.

2. Dès l'Ancien Régime, l'État a recours aux marchés publics pour les besoins des armées, notamment pour l'approvisionnement des ressources « *en matière de munitions, d'alimentation ou encore d'habillement* »[2]. L'ordonnance de Louis XIV du 15 avril 1689 pour les armées navales et arsenaux de marine organisait par exemple une procédure d'adjudication pour la fourniture des marchandises, armes et munitions nécessaires auxdits arsenaux. La procédure décrivait le besoin pour l'État de connaître le marché, puisque les intendants de la Marine devaient s'informer des prix courants des marchandises et du coût de leur acheminement jusque dans les arsenaux, « *afin de les avoir au prix de leur juste valeur dans les temps des adjudications* » (Livre XVIII, Titre 2, Chapitre III). De même, des obligations de publicité étaient prévues : les intendants devaient dresser des affiches, « *mises dans les Places publiques des Villes et Bourgs du voisinage des Arsenaux* (…) *et il sera fixé un jour pour l'adjudication au rabais de chaque sorte de marchandises* (…) » (Livre XVIII, Titre 1, Chapitre VI). La procédure de sélection entendait respecter un principe d'égalité de traitement des candidatures, puisque « *le Contrôleur de marine* (…) *aura une application particulière à empêcher qu'il ne*

[1] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JOUE L 216 du 20 août 2009, p. 76-136.
[2] P. LEMOINE et M. THOMIN, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission de la défense nationale et des forces armées en conclusion des travaux d'une mission d'information, constituée le 15 novembre 2023, sur la Défense et les territoires : quels rôles pour les acteurs du territoire dans la défense nationale ?, Assemblée nationale, Rapport n°2650, 22 mai 2024, p. 23.

soit fait dans les adjudications, aucune préférence d'un marchand ou ouvrier à un autre, s'il ne fait la condition de sa Majesté meilleure » (Livre XVIII, Titre 2, Chapitre XI). L'ordonnance garantissait également la stabilité des marchés, puisqu'aucun changement ne pouvait y être apporté, à moins que le maintien ne causât un préjudice au Roi (Livre XVIII, Titre 2, Chapitre XII). Néanmoins, ces adjudications faisaient face à un phénomène d'entente[3], malgré les mesures prévues pour les interdire et les sanctionner[4]. De façon générale, « *Rares sont les marchés qui donnent réellement satisfaction car partout et toujours, l'appât du gain du privé nécessite un contrôle constant de la part de l'État pour en faire appliquer les marchés* »[5]. La Révolution ne revint pourtant pas sur l'application de la publicité et de la mise en concurrence aux achats de défense. Au contraire, les règles relatives aux achats publics s'appliquaient essentiellement au domaine militaire. G. Kalflèche souligne en ce sens que les textes postrévolutionnaires sur les marchés publics concernaient « *quasi exclusivement les armées, ministères fort consommateurs de fournitures diverses, qui ont été soumis très tôt à des procédures de publicité et mise en concurrence* »[6].

3. L'application de la logique de concurrence à la défense est donc ancienne. Les débats qui accompagnent cette application également. La compatibilité entre l'impératif du secret militaire et la publicité était déjà discutée[7] lors des travaux menant à l'adoption de l'ordonnance

---

[3] D. PLOUVIEZ, « L'État, la marine de guerre et les réseaux économiques en France au XVIIIe siècle », *Revista da Faculda de de Lettras da Universidade do Porto*, IV Série, n°2, 2012, p. 61-62. Ainsi, O. CHALINE (*Les armées du Roi Le grand chantier - XVIIe-XVIIIe siècle*, Paris, Armand Colin. Coll. « Hors collection », p. 233) note que la Marine a de plus en plus recours à des procédures « gré à gré », « *plus souple*[s] *et donc plus susceptible*[s] *de répondre à des besoins urgents et imprévus* ».

[4] Ordonnance du 15 avril 1689 pour les armées navales et arsenaux de marine, Livre XVIII[e], Titre 1[er], Chapitre X. « Les Entrepreneurs et ouvriers ne feront aucunes associations pour raison des ouvrages que Sa Majesté fait faire dans les Ports, à moins qu'ils n'en aient la permission des Intendants de la marine, à peine de cinq cents livres d'amende contre les contrevenants (…) ».

[5] P. LEMOINE et M. THOMIN, *op. cit.*, p. 23.

[6] G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics*, thèse Paris II, 2004, p. 110. L'auteur recense par ailleurs les différentes textes applicables au ministère de la guerre et au ministère de la marine. Voy. notamment l'Arrêté du Directoire exécutif, concernant l'adjudication publique et au rabais des fournitures du département de la guerre (DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 10, p. 394), dont l'article 1[er] dispose que « *les fournitures de la guerre pour les neuf derniers mois de l'an 7, seront adjugées publiquement et au rabais, à Paris, le 15 brumaire prochain, par-devant les préposés qui seront nommés à cet effet par le ministre de la guerre* ».

[7] H. LEMESLE, « Concurrence et publicité pour tous les marchés publics ? De la naissance d'un principe à sa mise en application dans la France du XIX[e] siècle » (p. 191-208), *in* P. BEZES, F. DESCAMPS, S. KOTT et L. TALLINEAU (dir.), *L'invention de la gestion des finances publiques. Élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX[e] siècle (1815-1914)*, p. 200. L'autrice écrit : « *Face à ce plaidoyer en faveur de la publicité, le commissaire du roi avance l'argument du secret nécessaire aux opérations militaires : les approvisionnements de places doivent être tenus secrets afin que l'ennemi ignore tout de la stratégie suivie. Destutt de Tracy, un proche de Dubois-Aymé, répond que les*

du 4 décembre 1836[8]. Cette dernière s'appliquait à l'ensemble des marchés publics de l'État, lesquels « *seront faits avec concurrence et publicité* »[9]. Or, elle n'opérait aucune distinction entre marchés publics civils et marchés publics de défense. En revanche, son article 2 disposait qu'« *il pourra être traité de gré à gré (…) 2° pour toute espèce de fournitures, de transports ou de travaux, lorsque les circonstances exigeront que les opérations du gouvernement soient tenues secrètes* (…) ». Ce dispositif sera ensuite repris dans le décret impérial du 31 mai 1862[10], puis dans le décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications publiques passés au nom de l'État[11] (confirmé par l'instruction du 21 novembre 1921 relative aux marchés du département de la guerre[12]).

4. Défense et (mise en) concurrence entretiennent ainsi des rapports anciens mais complexes. Les marchés publics dans le domaine de la défense sont historiquement partagés entre une intégration au sein du droit commun, étant soumis aux obligations de « concurrence et publicité » dès les origines du droit des marchés publics, sauf exception liée au secret militaire. Cette spécificité ne saurait toutefois surprendre, tant la défense se distingue par sa dimension fortement stratégique[13], renvoyant à des enjeux politiques et économiques de première importance.

---

expéditions militaires ne peuvent plus désormais rester secrètes : « avec la liberté de la presse et les relations de toutes les parties de l'Europe, toutes ces expéditions mystérieuses sont des créations de l'imagination » » (citant l'intervention de Tracy à la Chambre des députés du 4 février 1832, archives parlementaires, tome 74, p. 776-772, 4 février 1832).

[8] Ordonnance du Roi portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État (DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 36, p. 487).

[9] *Ibid.*, article 1.

[10] L'article 3 du décret impérial du 31 mai 1862 (DUVERGIER, *Lois et décrets* Tome 62, p. 316) reproduit l'ordonnance de 1836.

[11] CHARLES-LAVAUZELLE, Décret du 18 novembre 1882 et instruction du 31 juillet 1889 relatifs aux adjudications publiques et aux marchés passés au nom de l'État, 1893, 3e édition. L'article 1 du décret dispose que les marchés de l'État « sont faits avec concurrence et publicité », tandis que l'article 18 prévoit l'application de la procédure gré à gré « lorsque les circonstances exigent que les opérations du Gouvernement soient tenues secrètes ».

[12] CHARLES-LAVAUZELLE, Instruction du 21 novembre 1921 relative aux marchés du département de la guerre, 1928. L'article 2 prévoit que « en principe, et sauf les exceptions prévues au décret relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État, tous les marchés du Département de la guerre sont passés par adjudication publique ».

[13] V. DE BEAUFORT, P.-O. GUY et H. MASSON, « « L'exception défense » et sa normalisation progressive », p. 119-128 *in* V. DE BEAUFORT (dir.), *Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens*, Bruylant, 2012, p. 119. « *S'il est un secteur clairement et unanimement considéré comme « secteur stratégique » à la fois à partir d'une approche juridique et économique, c'est bien le secteur défense* ».

5. Les enjeux politiques de la défense trouvent leur source dans la nature régalienne de cette dernière. Dans la *Richesse des nations*, Adam Smith considère ainsi que la défense est la première des activités de l'État qui doit être financée par des dépenses publiques[14], et, de ce fait, non privatisable[15]. Elle est à ce titre classiquement considérée comme un bien collectif typique[16], dans la mesure où seul l'État[17] peut et doit l'exercer. En France, l'article L. 1111-1 du code de la défense définit ainsi la « politique de défense »[18] comme ayant « *pour objet d'assurer l'intégrité du territoire et la protection de la population contre les agressions armées. Elle contribue à la lutte contre les autres menaces susceptibles de mettre en cause la sécurité nationale. Elle pourvoit au respect des alliances, des traités et des accords internationaux et participe, dans le cadre des traités européens en vigueur, à la politique européenne de sécurité et de défense commune.* ». Il en ressort que la finalité de la politique de défense, qui est désormais une composante de la politique de sécurité nationale[19], renvoie à la protection des intérêts fondamentaux et l'indépendance de la Nation (ce qui suppose une autonomie d'action et de décision), et constitue également un pan de la politique diplomatique[20], s'intégrant dans une dimension européenne.

---

[14] C. SCHMIDT, *Penser la guerre, penser l'économie*, Paris, Odile Jacob, hors collection, p. 82-83.

[15] Voy. notamment N. CAMPAGNA, « La pensée militaire d'Adam Smith », *Inflexions*, 2010, n°14, p. 125-138.

[16] Voy. notamment R. BALME, « Biens collectifs », *in* L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT et P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2019, 5e édition, p. 109-116.

[17] Ce monopole se retrouve dans la Constitution. Ainsi, l'article 15 de la Constitution prévoit que « *Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale* », et l'article 21 fait du Premier ministre le « *responsable de la défense nationale* »

[18] Voy. notamment J. TOURNIER, « La politique française de défense », *Commentaire*, 2018, n°163, p. 587-594.

[19] Afin de répondre aux évolutions des menaces intérieures et extérieures, la France a mis en place une stratégie de « sécurité nationale », notion d'origine anglo-saxonne, avec le Livre Blanc de 2012. Cette stratégie est censée associer la politique de défense, la politique de sécurité intérieure, la politique étrangère et la politique économique. Intégrée au Code de la défense, la définition de la stratégie de sécurité nationale constitue aujourd'hui la première disposition de ce dernier, avant la définition de la politique de défense. Son flou conceptuel et sa dimension globalisante ayant pour notamment pour conséquence d'élargir les pouvoirs du Président de la République, et de reléguer la politique de défense au rang de simple composante de la stratégie de sécurité nationale. Voy. notamment P. BEAUDOUIN et Y. FROMION, Rapport fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n°1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, Tome 1, Assemblée nationale, Rapport n°1615, 8 avril 2009, p. 21 et s. ; C. GIRARD, « Défense et sécurité : du renversement de la hiérarchie des concepts à la stratégie de sécurité nationale », *Revue Défense Nationale*, 2020, n°830, p.78-84. Cf. *infra* §666 et s., §722 et §855.

[20] Voy. notamment F. CHARILLON, T. BALZACQ et F. RAMEL, « Chapitre 18. La diplomatie de défense », *in* F. CHARILLON, T. BALZACQ et F. RAMEL, *Manuel de diplomatie*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Relations internationales », 2018, p. 307-319.

6. Or, si la défense, « *industrie de souveraineté* »[21], est « *le fruit d'une volonté politique avant d'être une activité économique* (…) »[22], sa nature de mission régalienne n'interdit pas à la défense de constituer une telle activité. En effet, « *une industrie de défense robuste et innovante demeure un élément essentiel de la politique de défense au XXIe siècle.* »[23]. Ainsi, en France, la défense est un secteur économique majeur. Il s'agit du deuxième poste de dépense publique après l'éducation[24], avec l'objectif d'atteindre 2% du PIB entre 2025 et 2027[25], conformément aux objectifs de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN). De plus, la défense est l'un des rares secteurs d'activité où la balance commerciale est positive[26]. La France est d'ailleurs devenue en 2023 le deuxième exportateur mondial d'armes derrière les États-Unis, avec près de 11% des ventes[27]. L'industrie de défense est également une importante pourvoyeuse d'emplois : en 2024, elle environ 200 000 emplois directs[28] (dont 4000 petites et moyennes entreprises et entreprises de taille intermédiaire (PME et ETI)), et, en tenant compte des emplois indirects, près de 400 000[29].

7. Forte de sa nature régalienne, la défense est une activité économique irrémédiablement marquée par l'intervention de l'État. Or, si cette intervention « *ne conduit pas nécessairement et uniquement à une production entièrement publique* »[30], il en résulte que la défense est un

[21] R. BELLAIS, M. FOUCAULT, J.-M. OUDOT, *Économie de la défense*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2014, p. 21.
[22] R. BELLAIS, M. FOUCAULT, J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 21.
[23] L. BÉRAUD-SUDREAU et H. MEIJER, « Enjeux stratégiques et économiques des politiques d'exportation d'armement Une comparaison franco-américaine », *Revue internationale de politique comparée*, 2016, vol. 23, p. 57-84.
[24] La loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense (LPM 2024-2030) prévoit une augmentation moyenne de 3,5% par an. En 2024, le budget de la défense est porté à 47,2 milliards d'euros (contre 43,9 milliards d'euros en 2023), et à 67,4 milliards d'euros en 2030.
[25] L'article 3 de la LPM 2024-2030 pose « l'objectif de porter l'effort national de défense à hauteur de 2 % du produit intérieur brut entre 2025 et 2027 ».
[26] Voy. OED, « L'excédent commercial lié aux matériels de guerre se contracte en 2022 », *Ecodef*, Mars 2024, n°240, p. 1. En France, l'excédent commercial des matériels de guerre est de plus de 6 milliards d'euros en 2022 (avec un pic historique à 10,2 milliards d'euros en 2021).
[27] SIPRI, « Les importations européennes d'armes ont presque doublé ; les exportations américaines et françaises augmentent tandis que celles de la Russie chutent », communiqué de presse du 11 mars 2024.
[28] D'après M. le Député C. PERRIN, président de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat (voy. D. DE LEGGE, « Rapport fait au nom de la commission des finances sur la proposition de loi relative au financement des entreprises de l'industrie de défense française », Sénat, n°364, 28 février 2024, p. 48).
[29] *Ibid.*, p. 49.
[30] R. BELLAIS, M. FOUCAULT, J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 73.

marché économique atypique[31]. Il prend la forme d'un monopsone contrarié, dans lequel il n'y a qu'un seul demandeur pour quelques offreurs, avec d'importantes barrières à l'entrée du marché[32]. L'État est en effet l'unique client sur le marché, et dispose ainsi d'une force de marché sans commune mesure. Dans ce contexte, c'est donc la demande qui détermine l'offre, tant dans son contenu que son volume. De plus, l'État n'est pas seulement demandeur, puisqu'il est également régulateur[33]. C'est par exemple lui qui autorise ou non l'exportation nécessaire à l'exécution d'une commande (sur des fondements liés à sa politique étrangère, notamment).

8. Du côté de l'offre, seules quelques entreprises sont en mesure de satisfaire le besoin de l'État. Ces dernières sont donc le plus souvent en situation d'oligopole, voire de monopole, et s'appuient schématiquement sur un réseau de PME sous-traitantes. En effet, ledit besoin est marqué par sa grande complexité technologique, obéissant à des cycles de productions plus longs que ceux du secteur civil[34]. Les commandes sont donc généralement volumineuses et peu nombreuses[35] (de sorte qu'un industriel qui n'obtient pas tel marché peut ne pas y survivre ou devoir basculer tout ou partie de ses activités dans le secteur civil).

---

[31] Cet atypisme n'est pas sans lien avec la dimension politique de la défense. Ainsi, dans l'émission « Entendez-vous l'éco ? » du 29 janvier 2021 (« Armement : une industrie qui ne connait pas la crise ») sur France Culture, Olivier MARTIN, ingénieur de l'armement et Président du comité de pilotage de la Chaire Économie de défense, dit : « *La défense n'est pas un marché comme les autres. Si un État comme la France investit dans ce domaine, c'est avant tout pour des raisons politiques.* ».

[32] V. DE BEAUFORT, P.-O. GUY et H. MASSON, *op. cit*., p. 120. Les auteurs écrivent : « *Le principe du client unique (qui diminue les possibilités de faire des bénéfices et de rentabiliser les innovations) et l'existence d'opérateurs historiques (longue tradition de dépendance mutuelle entre l'État et ces opérateurs) viennent renforcer les barrières à l'entrée sur le marché de la Défense et, partant, affaiblir la pluralité des acteurs susceptibles d'y intervenir.* »

[33] J. BURIN DES ROZIERS, « Quel rôle pour l'État face aux enjeux de financement de la Base industrielle et technologique de défense (BITD) ? », *Revue Défense Nationale*, 2023, Hors-série n°13, p. 209-224. L'autrice écrit ainsi : « *L'État est avant tout client, l'industrie de défense étant la première bénéficiaire de la commande publique malgré un contexte budgétaire qui reste contraint, mais également actionnaire et stratège (régulateur, impulseur). Il dispose de l'ensemble de ces leviers pour influer dans les champs économique et de politique industrielle, au profit de sa stratégie de défense.* »

[34] Voy. notamment B. GRIVEAUX et J.-L. THIÉRIOT, « Mission « flash » sur la place de l'industrie de défense dans la politique de relance », Assemblée nationale, 22 juillet 2020, p. 3. Pour une explication de la longueur de ces cycles, et une comparaison des cycles de production entre marché historique et marché émergent de l'armement, voy. Fondation pour la recherche stratégique, « Évolution des conflits et reconfigurations de l'industrie de l'armement : l'hypothèse des deux marchés », *Défense & Industries*, 2024, n°18, p. 28-34.

[35] P. DEMIGNÉ Philippe, P. GRISET Pascal, H. JOLY et C. LAURENT, « Entreprises et commandes militaires », *Entreprises et histoire*, 2016, n° 85, p. 120-121. P. DÉMIGNÉ dit : « *Je crois que l'industrie de défense, outre le domaine des logiciels, est très loin du monde des consumer goods. Celui-ci est caractérisé par des temps de mise sur le marché et des cycles de vie de produits très courts. Au contraire, les investissements de défense s'effectuent dans la durée, avec un fort contenu de recherche et développement, qui aboutit souvent à des séries très limitées.* »

9. Sur le plan international, la défense a fait l'objet d'une évolution significative à la fin de la guerre froide. Les années 1990 ont été marquées par une baisse globale des budgets[36] (avant que ces derniers ne remontent à la fin des années 1990[37]). Cette baisse a entraîné une réduction drastique de la taille des marchés de la défense. Les industriels ont donc été incités à se regrouper en grands groupes (d'abord aux États-Unis, puis en Europe)[38], afin de pouvoir maintenir les capacités de production malgré l'augmentation continue des coûts. Par ailleurs, la diffusion d'une logique libérale dans le secteur de la défense, ayant entraîné un désengagement de l'État dans la production des équipements de défense, a associé à la consolidation des industriels un mouvement de privatisation. L'activité de ces grands groupes s'est exportée, afin de palier la rétraction des marchés nationaux. Il en résulte une internationalisation des industriels de défense. La période post-guerre froide a transformé l'industrie de la défense, laquelle est passée « *d'une production très majoritairement sous contrôle étatique à une production en partie dérégulée* »[39].

10. Ce changement de contexte a ainsi exercé une influence considérable sur les politiques d'acquisition des États. Faute de pouvoir produire sur le territoire national tout ce qui est nécessaire aux besoins des armées, un État comme la France a dû opérer un recentrage de sa stratégie industrielle autour des éléments stratégiques et souverains, tandis que le recours à la coopération voire à l'importation est privilégiée pour le reste. Ce contexte a accéléré et légitimé l'objectif d'une européanisation de l'industrie de défense. Au cours des années 1990, en effet, « *la Commission européenne souhaita encourager la restructuration de l'industrie européenne de défense et appela à la consolidation d'un marché européen des équipements de défense* »[40].

---

[36] Voy. notamment R. DUPUY, « L'industrie européenne de défense : changements institutionnels et stratégies de coopétition des firmes », *Innovations*, 2013, n° 42, p. 85-107.

[37] F. COULOMB, « L'industrie mondiale de défense, entre mondialisation et politique de puissance des États », *Paix et sécurité européenne et internationale*, 2018, n°10. L'autrice relève que « *Depuis la fin des années 1990, les dépenses militaires mondiales sont à nouveau à la hausse (+64,4% en volume entre 1996 et 2015 selon le SIPRI)* ». La crise de 2008 a néanmoins eu un impact négatif sur les dépenses militaires d'un bon nombre de pays (voy. C. HOEFFLER, J. JOANA et F. MÉRAND, « Chapitre 7. La guerre austère : la politique de défense dans la crise », in C. HOEFFLER, J. JOANA et F. MÉRAND, *Les Politiques publiques dans la crise*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Académique », 2021, p. 205-206)

[38] Voy. notamment R. BELLAIS, « Restructuration et coopération, l'avenir des industries de défense française ? », *Géoéconomie*, 2011, n° 57, p. 110. En 2011, l'auteur relève ainsi : « *Si nous analysons le Top 100 publié par le SIPRI, la taille des principaux groupes industriels de défense a triplé depuis 1994. Le chiffre d'affaires de la défense cumulé des vingt principaux groupes mondiaux est passé de 115 à 285 milliards de dollars (G$) constants.* ».

[39] F. COULOMB, *op. cit.*

[40] S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *in* N. CLINCHAMPS et P.-Y. MONJAL (dir.), *L'autonomie stratégique de l'Union européenne.*

Cette européanisation doit permettre aux États membres, par le biais d'une politique libérale, de faire face aux changements structurels du secteur de la défense, aux industries de défense de pouvoir s'épanouir sur un marché européen de la défense, et, dans un même temps de réaliser « *l'Europe de la défense* ».

11. Cette libéralisation[41] n'implique pas pour autant une pleine application de la logique d'économie de marché au secteur de la défense. Les États conservent encore aujourd'hui une influence déterminante, et disposent de nombreux leviers pour la conserver (notamment à travers l'actionnariat public, la législation en matière de contrôle des exportations ou de commande publique, etc.). Toutefois, bien que la logique de concurrence ne puisse en tout état de cause intervenir dans les mêmes conditions que le secteur civil, elle est aujourd'hui au cœur des méthodes d'acquisition d'un État comme la France[42]. Ainsi, alors que « *l'industrie de défense a bénéficié jusqu'à présent d'un statut privilégié par rapport au « tout marché » régnant* »[43], l'application d'obligations de publicité de mise en concurrence dans les commandes publiques de défense est aujourd'hui promue, notamment au niveau de l'UE. En effet, la concurrence est en effet considérée comme le moyen de susciter l'innovation et la baisse des prix. Plus largement, elle est appréhendée comme l'un des voies de réalisation d'une politique européenne de défense, en participant à l'ouverture du marché européen dans le secteur de la défense.

12. La politique libérale européenne en matière de défense s'est donc « naturellement » reposée pour partie sur le droit des marchés publics, lequel déploie précisément des obligations de publicité et de mise en concurrence. Jusqu'alors, les achats de défense faisaient l'objet de procédures nationales non harmonisées à l'échelle de l'UE. Ce sont pourtant des achats publics

---

Perspectives, responsabilité, ambitions et limites de la défense européenne, Larcier, coll « Europe(s) », 2015, p. 137.

[41] C. HOEFFLER, « L'émergence d'une politique industrielle de défense libérale en Europe. Appréhender le changement de la politique d'armement par ses instruments », Gouvernement et action publique, 2013, vol. 2, p. 642. L'autrice synthétise ainsi : « *Des facteurs exogènes (fin de la Guerre froide, redéfinition des opérations militaires) mais surtout endogènes (réforme de l'État, importation des principes du nouveau management public, contrainte budgétaire) ont été les catalyseurs de nombreuses réformes mettant en œuvre une libéralisation relative du secteur de l'armement.* ».

[42] Voy. notamment le document du ministère de la Défense « Pour une autonomie compétitive en Europe. La politique d'acquisition du ministère de la Défense », juillet 2004, p. 6 (cité par C. HOEFFLER, *ibid.*) : « *l'efficacité économique* [est] *au cœur des priorités du ministère. Chaque euro dépensé doit procurer le meilleur retour sur investissement en termes d'efficacité de notre outil de défense. Dans ce but, il est fait en priorité appel aux mécanismes de marché et à la mise en concurrence, qui constituent de puissants leviers au service de la compétitivité et de l'innovation* ».

[43] V. DE BEAUFORT, P.-O. GUY et H. MASSON, *op. cit*., p. 119.

par essence. Ils sont « particulièrement » publics, eu égard notamment à la nature et à la nature (publique) et à la position de l'acheteur (qui justifie la mise en œuvre des obligations de publicité et de mise en concurrence), au sein d'un marché économique de première importance. Ainsi, l'achat de défense constitue, à tout le moins dans certains de ses aspects, un marché public archétypal, qui permet de mettre en perspective les caractéristiques les plus essentielles des commandes publiques. Cela vient rappeler l'ambivalence fondamentale des marchés publics, qui se retrouve *a fortiori* dans les achats publics de défense : ce sont des contrats qui sont la conjonction d'une dimension publique et d'une dimension économique.

13. Or, parallèlement à cette libéralisation (relative) du secteur de la défense, le droit des marchés publics était quant à lui progressivement concerné par la prise en compte d'objectifs politiques, notamment à partir des années 2000, et plus encore au cours des années 2010. La commande publique est, à l'instar de la défense, considérée comme stratégique : son poids économique en fait un instrument au service de tels objectifs.

14. Il y a comme un « alignement des planètes » entre la défense et la concurrence, à travers la commande publique et son instrumentalisation. Au regard de la nature régalienne de la défense, les achats de défense peuvent être présentées comme les commandes publiques les plus « politiques ». Ces achats sont d'autant plus concernés par les politiques publiques, sur le plan industriel, diplomatique, économique, stratégique, etc. En outre, l'instrumentalisation est en « voisinage » avec des enjeux tels que la réciprocité[44], voire le protectionnisme[45] ; enjeux particulièrement présents dans la défense, et qui, dans le même temps, interroge quant à leur compatibilité avec la logique de concurrence. Enfin, les enjeux liés, d'une part, à la défense, et, d'autre part, à l'instrumentalisation de la commande publique trouvent une actualité concomitante. L'intérêt d'une commande publique instrumentalisée est, plus que jamais, mise

[44] C. FRACKOWIAK, « Commande publique, préférence et réciprocité : de l'intérêt de liaisons dangereuses ? », *BJCP*, 2021, n°135, p. 83-92.
[45] L. FOLLIOT LALLIOT et C. R. YULKINS, « Will protectionism prevail in global public procurement? », *Concurrences*, n°2, 2024.

en avant dans le contexte de la Covid-19[46], une question d'actualité, de la même façon que la guerre en Ukraine renforce l'impératif d'une « défense européenne »[47].

15. Ainsi, les achats de défense, « marchés de défense ou de sécurité », se trouvent être « entre marchés publics et politiques publiques ». Ces achats peuvent donc constituer la clé de lecture idoine pour comprendre cette interaction particulière, et, par conséquent, le phénomène d'instrumentalisation de la commande publique.

16. Il convient enfin de revenir sur le choix de se focaliser sur les MDS. Les contrats de la commande publique dans le domaine de la défense ou de sécurité comprennent, à l'instar du secteur civil, les marchés et les concessions. La recherche se concentrera cependant sur les premiers, qui sont les plus significatifs dans le cadre de la présente étude. Les règles relatives aux concessions de défense ou de sécurité, mais aussi la jurisprudence et la doctrine ne sont pas aussi fournies que celles des marchés de défense ou de sécurité. Partant, ces contrats de la commande publique ne présentent pas le même intérêt que les marchés pour ce qui concerne l'étude de l'instrumentalisation de la commande publique. Par ailleurs, les enseignements tirés des marchés (de défense ou de sécurité) doivent pouvoir être reportés aux concessions. Il ne sera donc pas utile de revenir à chaque fois sur le fait que ce qui vaut pour les marchés vaut également pour les concessions.

17. L'étude de l'articulation entre les « marchés publics » et les « politiques publiques » à travers les marchés de défense ou de sécurité (MDS) nécessite de définir au préalable les termes de la recherche (I), puis d'en déterminer les intérêts (II). Il conviendra ensuite de détailler la méthode adoptée (III), avant de présenter la problématique et le plan retenus (IV).

---

[46] G. CLAMOUR, « La commande publique, instrument de soutien aux entreprises fragilisées par la crise sanitaire », *Contrats et marchés publics*, 2020, n° 7, comm. 193 ; G. ECKERT, « LE droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », *Contrats et marchés publics*, 2020, n° 6, étude 4 ; L. FOLLIOT-LALLIOT, « COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal », *Concurrences* , 2020, n°3

[47] Voy. notamment J.-P. DARNIS, « La relance de la défense européenne et conflit en Ukraine : dynamiques et paradoxes », *Notes de la Fondation pour la recherche stratégique*, 2022, n° 15 ; E. BERNARD, « La communautarisation de la défense européenne dans le contexte de la guerre en Ukraine », *RTDE*, 2023, p. 325.

I. Objet de la recherche

18. Les termes de la recherche comprennent la notion de « marchés de défense ou de sécurité » (A), celle de « marchés publics » (B) et celle de « politiques publiques » (C).

A. Les marchés de défense ou de sécurité

19. Avant de recevoir la dénomination de « marchés de défense ou de sécurité », les achats publics de défense n'étaient pas définis à proprement parler : ce ne sont alors que des marchés publics dans le domaine de la défense (1). C'est avec l'adoption et la transposition de la directive 2009/81/CE que les « marchés de défense ou de sécurité » ont vu le jour (2).

1. L'absence initiale de définition

20. En France, tout comme l'ordonnance du 4 décembre 1836, le code des marchés publics de 1964 appliquait par principe les dispositions de droit commun aux marchés publics dans le domaine de la défense. Cependant, l'adoption du code des marchés publics de 1964 renforça la « dynamique d'autonomisation »[48] de ces marchés publics. Alors que l'ordonnance susmentionnée ne distinguait pas ces marchés publics, l'article 40 du code prévoyait qu'un « *décret particulier remplace, si besoin est, pour les marchés passés par les services de la défense, les dispositions des titres Ier et IV* ». Il s'agissait de la première distinction des achats de défense dans leur ensemble, certes au sein du régime général des marchés publics. Ces achats recouvraient par ailleurs plusieurs appellations qui rendaient délicate leur identification (« marchés passés par les services de la défense », « marchés passés pour les besoins de la défense », etc.). L'article 40 du code des marchés publics de 1964 marquait donc, d'une certaine façon, un éloignement (relatif) des achats de défense par rapport au droit commun. En outre, le code prévoyait quelques dispositions spécifiques aux marchés dans le domaine de la défense[49].

[48] G. TERRAY, *Les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence*, mémoire, 2017, Université de Grenoble, p. 3.

[49] Parmi ces dispositions, peuvent être notamment relevés l'échange de lettres en cas de prix provisoire (CMP de 1964, article 80), les cas de marchés négociés avec mise en concurrence et sans publicité

Ces règles seront d'ailleurs peu ou prou reprises dans le code de la commande publique. Il reste que, de façon générale, le code des marchés publics n'abordait que très partiellement les marchés publics dans le domaine de la défense[50].

21. Le code des marchés publics de 2001 n'apporta aucune évolution significative par rapport à celui de 1964. Reprenant les dispositions de ce dernier, il appliquait aux marchés de fournitures ou de services dans le domaine de la défense les règles applicables aux marchés négociés, autorisant par ailleurs l'échange de lettres en cas d' « *urgence impérieuse* »[51]. Le code des marchés publics de 2001 ne livrait aucune précision sur la notion de marché public dans le domaine de la défense, et se limitait comme son prédécesseur à prévoir des dispositions éparses et spécifiques, dans le cadre du droit des marchés publics applicables aux achats publics civils.

22. La première rupture fut apportée par le code des marchés publics de 2004. Le pouvoir réglementaire mit en œuvre un décret spécifiquement consacré aux marchés publics dans le domaine de la défense. Ainsi, le décret n°2004-15 du 7 janvier 2004[52] s'accompagne le même jour du décret n°2004-16[53], dit « *décret défense* ». Ce dernier est pris en application de l'article 4-II du code des marchés publics, et préfigure un certain nombre des règles de la future directive 2009/81/CE.

23. La rupture avec le droit antérieur demeurait toutefois mesurée, puisque le décret défense reposait sur la même logique que celle du code des marchés publics de 1964, c'est-à-

applicables aux marchés dans le domaine de la défense. La personne responsable du marché (PRM) peut passer un tel marché pour « *les travaux, fournitures ou services déclarés secrets, ou dont la livraison ou l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige* » (article 104-5 du CMP 1964). Il en va de même pour les « *travaux, fournitures et services qui intéressent les besoins de la défense* », lorsqu'il importe « *d'assurer la mobilisation ou* (…) *une production rapide des fournitures dont la fabrication nécessite soit des études techniques préalables, soit la constitution ou la mise au point d'installations ou d'outillages spéciaux* », ou « *de maintenir ou de développer, dans le cadre des mesures qui ont été préalablement décidées par le Gouvernement, la capacité de production d'entreprises déterminées dont l'activité est jugée nécessaire dans l'intérêt de la défense* (…) » (article 104-6° du CMP 1964).

[50] C. CHARDIGNY, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruylant, 2013, p. 51. L'autrice note que « *les textes sur les marchés publics étaient essentiellement inspirés par les marchés de travaux et avaient une très nette connotation « collectivités locales »* ».

[51] Article 35-IV du CMP de 2001.

[52] Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, JORF n° 6 du 8 janvier 2004, texte n° 19.

[53] 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, JORF n° 6 du 8 janvier 2004, texte n° 20.

dire le partage entre l'application d'un régime de droit commun et d'un régime spécial. Son article 1-I prévoyait ainsi le principe de la soumission des marchés publics passés pour les besoins de la défense au code des marchés publics. Cependant, l'article 1-II disposait que, par exception, ces mêmes marchés font l'objet de dispositions dérogatoires, « *lorsqu'ils sont passés pour les besoins exclusifs de la défense et mettent en cause les intérêts essentiels de sécurité de l'État* », et selon certains cas listés. Le Conseil d'État avait pu relever que les marchés entrant dans le champ d'application du décret défense « *sont régis par les dispositions du code des marchés publics à l'exception de celles auxquelles le décret déroge expressément* »[54]. Plus complet que les code des marchés publics de 1964 et 2001, le décret défense énumérait un plus grand nombre d'opérations pouvant se voir appliquer ses dispositions spécifiques à la défense[55], sans toutefois définir les « marchés publics passés pour les besoins de la défense ».

24. Par ailleurs, le droit de l'Union européenne ne prévoyait originellement aucune disposition dédiée aux marchés publics dans le domaine de la défense. Certes, les premières directives marchés publics faisaient référence à l'article 223 du Traité instituant la Communauté économique européenne (TCE), devenu 296 TCE, puis 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), relatif à la mise à l'écart de la (mise en) concurrence en présence d'intérêts essentiels de sécurité[56]. Néanmoins, cette incise venait précisément souligner que les directives « *ne* [font] *pas obstacle à l'application, notamment, des articles 36 et 223 du traité* ». Les premières références aux marchés publics dans le domaine de la défense remontent aux directives marchés publics, respectivement de 1992[57] et 1993[58]. Celles-ci affirmaient leur application aux marchés passés « (…) *dans le domaine de la défense, à l'exception des produits auxquels l'article 223 paragraphe 1 point b) s'applique* »[59]. Par la suite, la directive

[54] CE, 5 avril 2006, *Ministre de la défense*, n° 288441, tables du *Lebon*.
[55] Décret défense, article 1-II-1° à 5°.
[56] Cf. *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. L'article 346 TFUE permet également la mise à l'écart du droit de la concurrence. Voy. notamment en matière de contrôle des concentrations dans le cadre de la fusion Aerospatiale-Matra (Commission européenne, décision du 28 avril 1999 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration, aff. N IV/M.1309, JOCE 133 du 13 mai 1999, p. 5). Dans cette décision, la Commission relève que les conditions de l'article 223 CE sont réunies dans l'opération de concentration en cause (points 15 à 17).
[57] Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE L 209 du 24 juillet 1992, p. 1-24.
[58] Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, JOCE L 199 du 09/08/1993 p. 1-53.
[59] Article 3 de la directive 93/36 et article 4 de la directive 92/50, article 4.

2004/18/CE[60] a repris cette logique et prévu son application « *aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense, sous réserve de l'article 296 du traité* »[61].

25. Ainsi, et contrairement au droit interne, les directives marchés publics ne mettaient en œuvre aucune disposition spécifique pour « *faire tampon* » entre le droit commun des marchés publics et l'application du régime dérogatoire de l'article 296 TCE. Le partage entre les dispositions de droit commun et les dispositions spécifiques demeurait l'élément déterminant. Il avait *de facto* pour conséquence de faire échapper au droit des marchés publics la majorité des achats de défense. En effet, faute d'adaptation aux spécificités de ces achats, ce droit était, en l'état, inadapté. Ce vide juridique soulignait tout autant l'absence d'une notion du marché public de défense que son utilité, et constitua la raison d'être majeure de la directive 2009/81/CE[62] qui allait offrir, enfin, une définition des marchés publics de défense.

2. La mise en place d'une définition à part entière

26. La directive 2009/81/CE[63] forme avec la directive 2009/43/CE simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense[64], le « *paquet défense* ». Ce dernier a ceci de remarquable que « *c'est la première fois de l'histoire de l'UE que des normes contraignantes (hard law) régulent le secteur de la défense* »[65]. La directive 2009/81/CE est équivalente en droit de l'Union européenne au *décret défense* en droit interne, en ce qu'elle constitue le premier texte propre aux marchés publics de défense (et de la sécurité, s'agissant de la directive MPDS). La comparaison se prolonge si l'on considère (à raison) que le décret défense préfigurait un certain nombre de principes et de règles applicables dans la directive 2009/81/CE.

[60] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L. 134 du 30 avril 2004, p. 114-240.
[61] *Ibid*., article 10.
[62] Directive 2009/81/CE, *op. cit*.
[63] Voy. notamment S. RODRIGUES, « La directive sur les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité – Ou de l'art difficile de rentrer dans le rang (du marché intérieur) », *Europe*, 2009, n° 11, étude 10.
[64] Directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 simplifiant les conditions des transferts de produits liés à la défense dans la Communauté, JOUE L 146 du 10 juin 2009, p. 1-36.
[65] S. B. H. FAURE, « La relance de la défense européenne : par les États, pour les États », *Le Rubicon*, 29 avril 2022.

27. Toutefois, contrairement au décret défense, la directive procède – enfin – à la définition du marché public de défense (et de sécurité). Cette définition était nécessaire pour que cette directive puisse mettre en œuvre ses objectifs les plus fondamentaux, parmi lesquels la rationalisation du recours à l'article 346 TFUE[66], et, en parallèle, l'application optimale du droit des marchés publics aux achats de défense. En outre, et c'est une autre différence avec le décret défense, le domaine de la sécurité fait son apparition au côté de la défense[67].

28. En visant les marchés « *passés dans les domaines de la défense et de la sécurité* » qui sont soumis à son champ d'application, selon des cas limitativement énumérés, la directive 2009/81/CE offre les éléments de base d'une définition du marché public de défense ou de sécurité (MPDS). Contrairement au décret défense, elle ne procède pas à l'énumération de cas spécifiques. La directive a recours à des définitions générales, sur la base desquelles sont prévues quatre hypothèses de MPDS[68]. S'appuyant pour partie sur les définitions fondamentales applicables aux marchés publics civils, la directive 2009/81/CE illustre que les MPDS sont avant tout des marchés publics. La logique de partage entre le droit commun et le droit spécial se retrouve ainsi.

29. La transposition de la directive 2009/81/CE en droit interne conduit à l'adoption de la loi du 22 juin 2011[69] et du décret du 14 septembre 2011[70]. Les MPDS intègrent alors le code des marchés publics dans un livre à part entière. Le Livre III formait un corpus de règles tantôt analogues au droit commun (voire rigoureusement identiques), tantôt spécifiques ou

[66] Cf. *infra* §513.
[67] Cf. *infra* §840.
[68] Article 2 de la directive 2009/81/CE.
[69] Loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité, JORF n°0144 du 23 juin 2011 ; voy. G. CLAMOUR, « Transposition des directives européennes et principes relatifs aux marchés de la défense », *Contrats et marchés publics*, 2011, n° 10, comm. 280.
[70] Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité, JORF n°0214 du 15 septembre 2011 ; voy. G. CLAMOUR, « Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2011, n° 11, comm. 313 ; R. GRAND, « Les marchés de défense intègrent le code des marchés publics modifié à cette occasion », *AJDA*, 2011, p. 1765 ; C. CHARDIGNY et S. RODRIGUES, « La transposition de la directive européenne sur les marchés publics de défense. À propos de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 et du décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 », *BJCP*, 2011, n° 79, p. 407-413.

dérogatoires. Bien qu'elle posât les nouvelles bases du droit des marchés publics[71], l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics[72] conserve l'appellation de « marché public de défense ou de sécurité ». Ce n'est qu'avec l'adoption du code de la commande publique qu'apparait la notion de « marché de défense ou de sécurité »[73].

30. Contrairement au code des marchés publics, où les MPDS étaient comme en vase clos vis-à-vis des marchés publics civils, les MDS se fondent dans les dispositions générales tout en faisant l'objet, pour les dispositions qui leur sont *véritablement* propres, d'un livre spécifique. Ainsi, le code de la commande publique illustre dans sa structure-même la logique de partage entre le droit commun et le droit spécial, en même temps qu'il la clarifie. À la lecture du code, les MDS font aujourd'hui partie intégrante des contrats de la commande publique[74], en tant que marchés publics[75]. Le code de la commande publique accentue même cette logique. L'essentiel des dispositions applicables aux MDS renvoient aux dispositions générales du code de la commande publique, inscrivant ces marchés dans une dynamique de « normalisation ».

31. L'article L. 1113-1 du code de la commande publique, qui définit les MDS, fait de ces derniers des marchés publics *spéciaux*. Il s'agit d'une définition complémentaire à celle de marché au sens de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique. Bien que le critère organique[76] applicable au MDS présente un certain particularisme, la spécificité des MDS s'explique très largement au regard d'un critère matériel[77]. Plus remarquable est l'adjonction d'un objectif propre aux MDS. Lorsque les principes fondamentaux de la commande publique « *s'appliquent à des marchés de défense ou de sécurité* »[78], ceux-ci, en sus des objectifs classiques de l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics[79], ont *également* pour objectif le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE)[80]. Une troisième dimension s'applique alors aux MDS : outre celles

[71] F. BRENET, « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, p. 1783.
[72] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169 du 24 juillet 2015.
[73] De la même façon que les « marchés publics » deviennent « marchés » (article L. 1111-1 du CCP). Sur le passage du code des marchés publics au code de la commande publique, voy. E. POURCEL, « Marchés publics de défense et de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2019, n°1, dossier 9.
[74] Article L. 2 du CCP.
[75] Article L. 1111-1 du CCP.
[76] Cf. *infra* §704 et s.
[77] Cf. *infra* §745 et s.
[78] Article L. 1113-1, al. 2 du CCP.
[79] Cf. *infra* §227 et s.
[80] Cf. *infra* §256 et s.

organique et matérielle, apparait une dimension politique. Cette dernière, qui n'est pas étrangère aux marchés publics civils, est en revanche clairement affichée s'agissant des MDS.

32. Ainsi, la notion de MDS maintient une logique de partage entre le droit commun et le droit spécifique. La mise en œuvre progressive d'une définition de MDS a facilité la compréhension de cette logique, sans pour autant l'effacer. En outre, au regard des fondements juridiques et politiques à l'origine de sa mise en place, la notion de MDS fait apparaitre leur double-nature : ils sont à la fois des « marchés publics » et des « politiques publiques ».

B. Marchés publics

33. La notion de « marchés publics » peut être saisie matériellement, en tant que « commandes publiques » (1) avant de l'être, juridiquement, en tant que « contrats de la commande publique » (2).

1. Les « marchés publics », matériellement des commandes publiques

34. La compréhension de l'instrumentalisation des marchés publics nécessite de revenir sur le sens matériel des « marchés publics », lequel renvoie à leur nature de « commandes publiques ». Pour ce faire, un retour sur les composantes d'une commande publique parait nécessaire.

35. La « commande » telle qu'entendue ici est un terme de commerce désignant une « *demande, pour une époque déterminée, d'une certaine quantité d'objets fabriqués, ou de marchandises* »[81]. L'Académie française la définit autrement comme l'« *ordre donné à un fabricant, à un ouvrier, à un artiste d'exécuter un certain ouvrage, ou à un marchand de faire une certaine livraison* »[82]. Étant entendu qu'une commande est, selon ces définitions, une demande ou un ordre, elle suppose par conséquent une offre (puisque la demande ne saurait être satisfaite que si elle rencontre une telle offre). Il y a donc une dimension marchande dans

[81] LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1874.
[82] Académie française, *Dictionnaire*, 9e édition.

la notion de commande, et plus précisément une relation marchande entre deux acteurs : un demandeur et un offreur (« *fabricant* », « *marchand* »)[83]. En outre, la « commande » vise à satisfaire un besoin, celui de la personne qui *commande* (« *une certaine quantité d'objets fabriqués* », des « *marchandises* », un « *ouvrage* », ou une « *livraison* »).

36. Or, en l'occurrence, la commande est « publique » parce qu'elle vise à satisfaire le besoin d'une personne publique. Cette dernière est susceptible de prendre en compte des considérations autres que celles strictement économiques, telles que l'environnement, l'emploi, la dimension locale, etc. Sa fonction implique, au-delà du strict approvisionnement, la satisfaction de l'intérêt général. Le recours au terme de « commande publique » est d'ailleurs retenu, dans un premier temps, pour souligner son poids économique et mettre en avant sa nature de « *levier économique* »[84] ou sa « *dimension stratégique* »[85]. De telles considérations ne sont pas celles d'un demandeur « privé ». Ainsi, le demandeur public ne se comporte pas, ou pas nécessairement, conformément au modèle classique du demandeur rationnel et éclairé de la théorie économique.

37. Au regard de ces caractéristiques, il importe que la thèse appréhende le sens matériel des « marchés publics », afin de pouvoir relever le sens profond de leur dimension juridique, le droit ne pouvant ignorer ce qu'il encadre.

2. Les « marchés publics », juridiquement des contrats de la commande publique

38. Sur le plan juridique, les « marchés publics » sont des « contrats de la commande publique »[86], définis à l'article L. 2 du code de la commande publique comme étant « *les*

[83] Pour éclairer la notion de « commande publique », O. GUÉZOU (*Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, 3e édition, 2023, p. 13) propose en ce sens une approche « *centrée sur la relation marchande et donc sur la position de l'offreur économique* (…) *à l'origine de nombreuses jurisprudences importantes qui utilisent explicitement la « notion d'opérateur économique sur le marché concurrentiel »* ».

[84] B. GOSSELIN, « Actualités des travaux de la Commission centrale des marchés », *AJDA*, 1994, p. 34.

[85] C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Actualité des marchés publics : synthèse », *AJDA*, 1994, p. 118.

[86] Sur le choix du « contrat de la commande publique », et non du « contrat de commande publique », voy. O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, *op. cit*., p. 13-14.

contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. ». Cette définition donne les critères qui réunissent les marchés publics et concessions. Elle renseigne sur le caractère fonctionnel de la notion de « contrat de la commande publique ». C'est parce que « *le contrat est identifié comme devant être soumis au régime concurrentiel de passation, en raison de certaines particularités de la situation, et il entre donc dans la catégorie des contrats de la commande publique* », d'où une « *inversion de logique* »[87].

39. La définition de « marché » au sens de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique possède le même caractère fonctionnel. Il s'agit d'un « *contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent*. ». La dimension publique de l'acheteur n'apparait pas dans cette définition (les acheteurs étant définis dans d'autres dispositions). *A fortiori*, il n'y a pas plus de référence aux objectifs et à la fonction de la personne publique. Pourtant, lorsqu'elle cherche à satisfaire son besoin via un marché public, il est indéniable que ses « *besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » visent à remplir sa fonction de satisfaction de l'intérêt général. Bien que certains acheteurs puissent être privés, il n'en demeure pas moins que les marchés sont fondamentalement des achats qui doivent satisfaire un besoin public. La notion juridique de « marché public » est donc délimitée pour rendre applicable un régime de mise en concurrence : c'est là toute son utilité. Ainsi, cette notion est indissociable des logiques de concurrence et de transparence. Les particularismes du demandeur et de son besoin imposent l'application d'un principe de concurrence pour la satisfaction dudit besoin.

40. La thèse aura donc recours aux sens matériel et juridique des « marchés publics ». Le premier sens révèle rapidement un potentiel instrumental, eu égard aux fonctions et à la nature publiques du demandeur. Sur le plan matériel donc, l'interaction « marchés publics » et « politiques publiques » apparait comme naturelle. Néanmoins, dans le même temps, le sens juridique souligne que c'est notamment ce potentiel instrumental – et donc les dérives sur le

[87] *Ibid*. Dans le même sens, voy G. KALFLÈCHE, *op. cit.*, p. 349. L'auteur écrit : « *Le terme de commande publique est aujourd'hui courant et devient familier à l'oreille du juriste. Il n'est pourtant utilisé que comme un terme générique, voire sociologique, signifiant non seulement « les marchés publics » au sens large mais aussi l'ensemble des contrats soumis à procédure de passation.* ».

plan de la rationalité économique que les commandes publiques peuvent générer – qui justifie l'encadrement juridique des achats publics. Ainsi, à ce stade, une certaine tension apparait entre le potentiel instrumental et le besoin d'encadrement juridique, inhérente aux « marchés publics ».

C. Politiques publiques

41. Analysées comme « *le mode de gouvernement des sociétés complexes* »[88], les politiques publiques ont fait l'objet de nombreuses définitions, principalement en sciences politiques (1). Par ailleurs, les politiques publiques sont de plus en plus présentes en droit, et notamment en droit de la commande publique (2).

1. Définition

42. Les politiques publiques ne sont pas un phénomène nouveau. Elles remontent dans leur forme moderne au XIXe siècle (d'abord en Angleterre et en France), et furent initialement mises en place pour lutter contre les effets du marché[89] (de sorte que les premières politiques publiques sont sociales). J.-C. Thoenig définit la politique publique comme se présentant « *sous la forme d'un programme d'action propre à une ou plusieurs autorités publiques ou gouvernementales* »[90]. De façon analogue, C. Nyeck définit les politiques publiques « *comme des actions spécifiques interreliées et officielles, annoncées ou entreprises à un moment donné par une autorité étatique légitime, au niveau local, national ou international et orientées vers la résolution d'un problème public* »[91]. Ces définitions ont en commun de s'appuyer peu ou

[88] P. MULLER, *Les politiques publiques*, PUB, coll. « Que sais-je ? », 2018.
[89] *Ibid*., p. 8.
[90] J.-C. THOENIG, « Politique publique », *in* L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT et P. RAVINET (dir.), *op. cit.*, p. 462.
[91] C. NYECK, « Politique publique », *in* N. KADA, *Dictionnaire d'administration publique*, PUG, coll. « Droit et action publique », 2014, p. 384-385.

prou sur deux critères : d'une part, *l'existence d'un programme d'actions*, et, d'autre part, le *rôle de l'autorité publique*[92].

43. Une politique publique suppose ainsi l'existence d'un programme avec des mesures concrètes, formant un « *ensemble de décisions interreliées* »[93]. Toutefois, en pratique, les décisions appartenant en principe à un même programme manquent souvent de cohérence entre elles : un programme peut être constitué d'une « *pluralité d'actions hétéroclites sans lien entre elles* »[94]. Ainsi, le critère de l'interrelation doit également être nuancé. En raison de cette cohérence toute relative des mesures prises au nom d'une politique publique, certains auteurs privilégient ainsi la notion d'« *action publique* »[95]. Si ce terme correspond davantage à la réalité, il semble toutefois trop générique, sinon trop neutre. La « *politique publique* » renvoie à l'idée d'objectifs distincts entre eux, tandis que l'« *action publique* » a une dimension globalisante et purement descriptive. S'il y a une seule action publique, il existe en revanche plusieurs politiques publiques, y compris dans le cadre du droit de la commande publique[96].

44. Une politique publique suppose par ailleurs qu'une autorité publique détermine, met en œuvre et évalue des politiques publiques. Ici, s'affirme la dimension publique de la notion. Cela ne signifie pas que les politiques publiques sont exclusives de la présence d'entreprises ou d'associations, par exemple. L'opposition entre acteur public et acteur privé s'avère de moins en moins pertinente, y compris dans le cadre de l'étude des politiques publiques[97]. Avec la modification des rapports entre l'État et le marché[98], l'action publique connait une logique de

[92] Des critères qui sont peu ou prou identiques lorsqu'ils sont relevés par les auteurs. Voy. notamment J. DE MAILLARD et D. KÜBLER, *Analyser les politiques publiques*, PUG, coll. « Politiques en + », 2016, p. 10-11 ; également P. HASSENTEUFEL (dir.), *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, Armand Colin, coll. « Collection U », 2011, p. 7-8.
[93] J. DE MAILLARD et D. KÜBLER, *op. cit.* p. 11.
[94] *Ibid.*, p. 8. Les auteurs soulignent que ce défaut de cohérence explique pourquoi certains auteurs préfèrent le terme d' « action publique » à celui de « politique publique ».
[95] J.-C. RICCI, « Le contrat au service des politiques publiques – Rapport de synthèse », *RFDA*, 2014, p. 652. L'auteur distingue « action publique » et « politiques publiques », dans le cadre d'une étude des rapports entre contrat et politiques publiques. L'auteur souligne que, dans la première, « *le contrat est envisagé comme un des moyens par lesquels l'administration exerce sa fonction de satisfaction de l'intérêt général* », tandis les secondes désignent « *un ensemble coordonné d'actions, toutes tendues vers un ou plusieurs objectifs préfixés, assorti de techniques d'évaluation a posteriori pour mesurer le degré d'accomplissement desdits objectifs* ».
[96] Cf. *infra* §283.
[97] P. HASSENTEUFEL, *op. cit.*, p. 8-9.
[98] Ces rapports ne cessent d'évoluer. Après être passé de l'État gendarme à l'État providence, la structure étatique se mute désormais en État régulateur (avec pour arme celle du contrat. Voy. notamment J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, p. 473).

« *coproduction* »[99]. Dans ce cadre, les politiques publiques font l'objet d'une conception dite horizontale, au sein de laquelle les autorités publiques « *agissent en interaction avec des auteurs non étatiques pour coproduire de l'action publique* »[100].

45. Ces évolutions ont favorisé le phénomène de contractualisation de l'action publique. Ainsi, le contrat devient un « *mode d'action publique* »[101], et la « *négociation de l'action publique* »[102] se renforce. Ce phénomène concerne au premier plan les politiques publiques. Il en résulte une « *multiplication de contrats dans les politiques publiques* », de sorte que « *quand bien même les modalités de la contractualisation restent assez variables, aujourd'hui presque toutes les politiques publiques sont concernées, même les plus régaliennes.* »[103].

46. Nonobstant ces évolutions fondamentales, le critère du rôle de l'autorité publique, bien que susceptible de nuance, demeure. Une politique publique requiert à tout le moins la direction de l'autorité publique dans l'établissement, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques publiques. Ces éléments et évolutions des politiques publiques se confirment par ailleurs lorsque ces dernières sont analysées sous l'angle du droit.

2. Les politiques publiques en droit

47. Les politiques publiques ont été appréhendées par le droit[104], en particulier dans le contexte de leur contractualisation. Or, cette contractualisation suppose de recourir à des contrats administratifs. Cela est d'autant plus le cas que la personne publique dispose de marges de manœuvre importantes dans la mise en œuvre de ces contrats, dont le régime offre des possibilité renforcées d'action (à travers les pouvoirs de l'administration[105]). Dans ce cadre, les

[99] J. DE MAILLARD et D. KÜBLER, *op. cit.*, p. 223.
[100] P. HASSENTEUFEL, *op. cit.*, p. 8-9.
[101] Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, La Documentation Française, coll. « EDCE », 397 p.
[102] J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2007, 280 p.
[103] *Ibid*., p. 8.
[104] Et inversement : les politiques publiques s'appuient sur le droit constitutionnel, le droit pénal, le droit des contrats, etc.
[105] Pouvoirs rappelés par l'article L. 6 du CCP : pouvoir de contrôle (Article L. 6-1°) du CCP, de modification (Article L. 6-4°) et de résiliation unilatérale (Article L. 6-5°).

contrats de la commande publique, qui constituent les principaux contrats administratifs, sont nécessairement des moyens majeurs pour réaliser les politiques publiques.

48. Alors que la contractualisation de l'action publique se constate depuis des décennies, le droit des marchés publics, se voulant neutre, a initialement refusé cette instrumentalisation. La première génération de directives européennes en matière de marchés publics ne prévoyait donc aucune disposition visant à promouvoir ni même à permettre la réalisation d'objectifs de politiques publiques. Pour autant, leur mise en œuvre n'était pas formellement interdite. Les acteurs principaux des politiques publiques, c'est-à-dire les autorités publiques (et, dans le cadre des marchés publics, les acheteurs) ont quant à elles rapidement pris conscience du potentiel instrumental de la commande publique.

49. Progressivement, le droit des marchés publics a introduit des objectifs de politique publique en son sein. C'est notamment le cas dans les directives marchés publics de 2004. Il s'agissait d'encadrer ces objectifs, alors que les acheteurs avaient pris la liberté de prévoir des critères de sélection et d'attribution[106] ou des conditions d'exécution[107] relatifs à des politiques publiques, notamment d'ordre social ou environnemental. De même, en France, l'accès des PME aux marchés publics[108] est central dans les réformes successives du droit des marchés publics intervenues depuis les années 2000, notamment en France.

50. Par la suite, la directive 2014/24/UE a mis fermement à l'honneur les politiques publiques. Le contexte post-crise de 2008 l'explique pour bonne partie. La révision et la modernisation de la réglementation applicable aux marchés publics visent notamment à « *permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* » (nous soulignons)[109]. L'adoption de la directive 2014/24/UE est un vrai tournant dans l'analyse de l'instrumentalisation de la commande publique. La doctrine s'empare de la question[110], mettant en avant un changement de cap dans le droit des marchés publics (une orientation qui, à bien des égards, est avant tout une prise en compte de

[106] Cf. *infra* §1146 et s.
[107] Cf. *infra* §1328 et s.
[108] Cf. *infra* §336 et s.
[109] Directive 2014/24/UE, considérant 2.
[110] Voy. notamment F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2014, n° 6, rep. 6 ; L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°2, étude n° 2.

la réalité pratique des marchés publics en tant qu'outils des politiques publiques). De nombreux auteurs reprennent la terminologie de « politiques publiques » pour les consacrer dans le cadre de la commande publique. Ainsi, le « *contrat* » est « *au service des politiques publiques* »[111], tandis que la commande publique est un « *instrument au service des politiques publiques* »[112] ; instrument qui a pu être qualifié de « *stratégique* »[113]. On s'interroge sur la possibilité de faire des marchés publics un levier des politiques publiques.

51. Dans l'appréciation de la « *politisation* » des marchés publics, la directive 2009/81/CE est d'ailleurs trop souvent mise de côté dans l'analyse de la promotion des politiques publiques. Cette directive constituait déjà une rupture par rapport à 2004. Les MDS s'y affichent comme par principe l'instrument de politiques publiques, à commencer par celle de la défense et de la sécurité de l'UE (et des États membres). Désormais, les politiques publiques font partie intégrante du droit des marchés publics.

52. Au sein de ce dernier, les politiques publiques se font plus précises que celles entendues au sens des sciences politiques. En droit, elles se matérialisent par des « objectifs », d'une intensité inégale en termes qualitatif comme quantitatif. Les mécanismes visant à satisfaire ces objectifs sont tantôt incitatifs, tantôt obligatoires. Certains de ces objectifs sont nés de la pratique préexistante des acheteurs, tels les objectifs d'ordre social et environnemental. Il faudra alors déterminer si cette prise en compte par le droit réduit leur pertinence, « contraint » les acheteurs, ou, au contraire, si elle ne renforce pas les objectifs de politique publique, en « accompagnant » les acheteurs dans la prise en compte desdits objectifs.

53. Ensuite, et c'est somme toute logique, les objectifs de politiques publiques sont encadrés par les principes directeurs du droit des marchés publics[114], et donc, par la logique de concurrence. Il restera à déterminer la nature de cet encadrement. Le paradoxe est le suivant : la commande publique peut, certes, être considérée comme étant « au service » des politiques publiques, mais, dans le même temps, elle ne peut l'être que dans le respect de la nécessaire

[111] Voy. notamment la publication dans la RFDA du colloque intitulé « Le contrat au service des politiques publiques » (*RFDA*, 2014, p. 617-655).
[112] E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018. La deuxième partie de l'ouvrage est intitulée « La commande publique comme instrument des politiques publiques ».
[113] F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », *Contrats et marchés publics*, 2017, Repère 10.
[114] Cf. *infra* §94 et s.

satisfaction des besoins de l'acheteur et du principe de concurrence promu par le droit des marchés publics, lequel peut sembler de prime abord une contrainte trop rigide pour les politiques publiques.

II. Intérêts de l'étude

54. L'intérêt d'une étude sur les rapports entre « marchés publics » et « politiques publiques » à travers les MDS est, d'une part, théorique (A), et, d'autre part, pratique (B).

A. Intérêt théorique

55. La thèse devrait d'abord permettre de mieux connaître les MDS. Ces marchés publics spécifiques n'ont pas encore fait l'objet d'une étude dédiée sur le plan juridique en France. La thèse de J.-B. MARIS[115] constitue certainement à ce jour les travaux les plus complets sur ces marchés. Néanmoins, ils ne consacrent qu'une partie de ces développements aux « *marchés publics liés à la* défense » et à leur « *communautarisation* », en les replaçant dans le contexte du marché européen de l'armement[116]. Bien que le rôle du droit des marchés publics dans l'édification de ce marché spécifique soit également abordée, la présente thèse fait des MDS un objet d'étude transverse, et ce dans le cadre de la question de leur instrumentalisation. De façon plus générale, en partant de l'hypothèse que les marchés publics dans le domaine de la défense sont des achats publics archétypaux, la thèse devrait par conséquent permettre de mieux connaître les marchés publics dans leur ensemble.

56. Ensuite, la présente étude entend également présenter un intérêt pour les politiques publiques elles-mêmes. Les marchés publics constituent en effet un instrument potentiellement très efficace pour la mise en œuvre des politiques publiques. En outre, l'obligation d'appliquer les règles de publicité et de mise en concurrence est partagée par une multitude de personnes

[115] J.-B. MARIS, *La structuration du marché européen de l'armement*, thèse, Université de Toulouse, L'Harmattan, 2012, 545 p.
[116] J.-B. MARIS place ainsi la « *communautarisation des marchés publics liés à la défense* » en tant qu' « *action directe* » pour la construction du marché européen de l'armement.

publiques (à commencer par l'État et les collectivités locales). Pour peu que le droit des marchés publics intègre efficacement des objectifs de politiques publiques, les marchés publics permettraient alors de corriger certaines « faiblesses » imputées aux politiques publiques. En fournissant un tel cadre, le droit des marchés publics pourrait notamment améliorer la cohérence qui manque à certains programmes d'actions. Ce cadre commun relativiserait également le besoin de concertation entre les autorités publiques. Chacune d'elles, indépendamment et dans le cadre de la satisfaction de leur besoin, concourraient à la réalisation de tel objectif de politiques publiques. Elles exploiteraient pour cela les mêmes règles de la commande publique qui sont dédiées aux politiques publiques.

57. Enfin, si la question de l'instrumentalisation de la commande publique n'est pas nouvelle, elle reste encore aujourd'hui relativement peu étudiée, à tout le moins dans une approche d'ensemble. Des travaux ont certes été menés sur des objectifs de politiques publiques en particulier[117]. C'est principalement le cas des objectifs de développement durable[118], à travers les considérations sociales et[119]/ou environnementales[120]. C'est encore le cas des actions en faveur des petites et moyennes entreprises (PME) et de leur accès aux marchés publics[121], ou, plus récemment, de l'innovation[122].

58. La présente étude est singulière dans son approche qui est, en quelque sorte, inverse à celle des travaux précédemment cités. Il ne s'agit pas d'appréhender un objectif spécifique de politiques publiques au sein des marchés publics dans leur ensemble, mais, au contraire, d'analyser l'ensemble de ces objectifs à partir d'un marché spécifique, les MDS.

---

[117] Sur une approche transverse des objectifs de politiques publiques, voy. G. CANTILLON, *Concurrence et objectifs de politiques publiques en droit des marchés publics : le droit des marchés publics et la régulation*, thèse, Paris I, 2015, 466 p.

[118] A. CAMOZZI, *Recherche sur les contrats de la commande publique à objet de développement durable : contribution à l'évolution du droit de la commande publique*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2015, 516 p.

[119] A. CHAROULI, *Les considérations sociales et environnementales dans la passation des marchés publics*, thèse, Paris I, 2013, 402 p.

[120] F. AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, thèse, 2019, Université d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit[s] de l'environnement », 2020, 470 p.

[121] M. VERGER, *Petites et moyennes entreprises (PME) et marchés publics*, thèse, 2014, Université de Limoges, 343 p.

[122] S. MESLIN-LIÈRE, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, thèse, Paris II, LGDJ, 2022, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 326, 504 p. Voy. également, sur la procédure du partenariat d'innovation, S. HAMMOUD-CHOBERT, *Les partenariats d'innovation en droit de la commande publique*, thèse, 2017, Université d'Aix-Marseille, 413 p.

59. Parce qu'ils représentent l'archétype des achats publics et de leur instrumentalisation, les MDS sont un terrain d'expérimentation particulièrement prometteur et susceptibles d'apporter des enseignements sur les marchés publics en général et leur articulation avec les politiques publiques. La thèse devrait donc permettre de systématiser les objectifs de politiques publiques, de délimiter ce que recouvre exactement l'instrumentalisation de la commande publique et de consolider les connaissances sur l'intégration des politiques publiques en droit des marchés publics.

B. Intérêt pratique

60. La thèse devrait contribuer à sécuriser la pratique des MDS. À l'échelle du droit des marchés publics, ce sont des contrats dont l'encadrement est relativement récent, ce qui, opérationnellement, soulève parfois encore des difficultés. L'une des difficultés principales porte sur la qualification-même des MDS et le contentieux de ces marchés porte très majoritairement sur leur nature. Telle opération est-elle constitutive d'un MDS ou bien d'un marché public civil ? Au cours de la présente recherche, il est apparu que les praticiens ont souvent des incertitude sur ce point. L'exercice de qualification de MDS, ainsi que l'application des règles qui sont spécifiques à ces marchés, sont marqués par la tension entre, d'une part, les impératifs de publicité et de mise en concurrence, et, d'autre part, la protection du secret de la défense nationale, avec le risque d'une requalification juridictionnelle. En contribuant à l'identification de l'objet « MDS », la thèse devrait donc participer à la sécurisation du recours à ces contrats, et, par conséquent, à la bonne application des règles spéciales et notamment celles permettant de garantir à l'acheteur la satisfaction de ses impératifs de sécurité d'approvisionnement et de sécurité des informations.

61. Par ailleurs, la défense est un domaine où des sommes considérables sont en jeu, dans un contexte marqué par le besoin de renforcer la défense et son industrie. Mieux connaître les MDS est donc impératif, alors que le poids économique de la commande publique fait de cette dernière un moyen privilégié de parvenir aux objectifs industriels du secteur.

62. À l'échelle de l'UE, et au regard de la résurgence des menaces militaires sur le sol européen, la défense européenne[123] apparait indispensable, malgré les difficultés de réalisation[124] et ses besoins de relance[125]. L'étude des MDS et de la possibilité de remplir à l'échelle européenne des objectifs stratégiques (en termes de sécurité des informations et de sécurité d'approvisionnement, principalement) devrait permettre de tirer des enseignements sur le projet d'une *Europe de la défense*. Ce projet passe en effet inévitablement, mais pas exclusivement, par un droit des marchés publics appliqué efficacement aux opérations de défense ou de sécurité, au-delà des intérêts strictement nationaux. Or, la réglementation spécifique relative aux MDS est, encore aujourd'hui, concurrencée par l'article 346 TFUE qui permet aux États membres de déroger aux règles du traité en présence d'intérêts essentiels de sécurité. Ce régime juridique d'exception relativise considérablement l'efficacité de la coordination des procédures de passation dans le domaine de la défense et de la sécurité, et donc, fragilise le projet d'une défense européenne.

III. Méthode

63. La thèse repose sur une méthode de vérification des hypothèses de recherche par l'étude des textes applicables aux MDS. Pour ce faire, l'étude s'est principalement appuyée sur des sources internes et européennes, législatives, réglementaires, mais aussi issues de la *soft law*, notamment européenne[126]. Le choix de cette méthode s'est imposé pour plusieurs raisons.

64. D'abord, les MDS souffrent d'une certaine pauvreté du point de vue des autres sources, notamment la doctrine juridique et la jurisprudence. Si la première s'est enrichie, notamment depuis l'adoption de la directive 2009/81/CE[127], elle demeure encore aujourd'hui relativement

[123] Voy. notamment les dossiers du Comité d'études de Défense Nationale consacrés au sujet : « Relancer la défense de l'Europe », *Revue Défense Nationale*, 2019, n°819 ; « L'Europe de la défense : quelle réalité ? », *Revue Défense Nationale*, 2020, n°830.
[124] Voy. notamment D. DESCHAUX-DUTARD, « Europe de la défense, un mirage stratégique ? », *Politique étrangère*, 2023, n° 3, p. 49-60.
[125] Voy. notamment F. TERPAN, « La relance du projet européen de défense au-delà du contrôle des États », *Politique européenne*, 2020, n° 70, p.40-69 ; S. B. H. FAURE, « La relance de la défense européenne : par les États, pour les États », *op. cit.*
[126] La thèse s'est par exemple appuyée sur les travaux de la Commission européenne (communications, lignes directrices, etc.).
[127] Principalement les communications de la Commission européenne et ses lignes directrices ('*guidances notes*') sur la directive 2009/81/CE.

réduite. Il en va de même pour la jurisprudence, européenne comme française. Peu fournie, elle concerne quasi-exclusivement la seule question de la qualification des MDS[128].

65. En second lieu, cette méthode présente l'avantage considérable de travailler sur les sources brutes et leur contenu, en se libérant autant que possible de certains *a priori* politiques ou doctrinaux particulièrement forts s'agissant de l'instrumentalisation de la commande publique, spécifiquement pour les achats de défense. Parmi ces idées, parfois contradictoires entre elles, figure celle selon laquelle le droit des marchés publics ne devrait pas ou ne pourrait pas prendre en compte d'autres éléments que la satisfaction du strict besoin « primaire » de l'acheteur. À cet égard, la *neutralité* du droit des marchés publics[129] ressurgit dans le contexte des achats de défense. De prime abord, à travers la logique de concurrence qu'il applique, le droit des marchés publics ne devrait viser que l'efficacité économique. Instrumentaliser les marchés publics serait contrevenir à ladite logique, et donc vider de sa cohérence le droit applicable. Dans un tel paradigme, soit la *défense* s'adapte purement et simplement à la *concurrence*, soit les deux domaines s'ignorent, mais en aucun cas la logique de concurrence ne devrait s'adapter aux objectifs stratégiques, industriels, etc. liés à la défense.

66. *A contrario*, l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence contraindrait l'État dans sa fonction régalienne de défense. De telles obligations iraient à rebours de ce que requiert l'exercice de ladite fonction : elle contrarierait par exemple la capacité des États à se faire « *stratège* »[130]. L'ouverture des marchés publics de défense empêcherait les États de mener une « *politique de défense autonome* »[131]. Cette vision, que l'on

[128] Ce qui est, en soi, un enseignement sur le fait que la qualification de MDS est un trait saillant de la spécificité de ces marchés.
[129] Cf. *infra* §310 et s.
[130] Voy. par exemple G. FONOUNI-FARDE et J. PERGER, « L'industrie de défense à venir : plaidoyer pour un retour de l' « État stratège » », *Revue Défense nationale*, 2013, n° 764, p. 37-40. Les auteurs écrivent : « *Trop marqué par le postulat libéral en vertu duquel la concurrence garantit l'efficacité des politiques économiques, le processus de construction de l'Europe a abouti paradoxalement à une guerre fratricide entre industries européennes dans une Union qui interdit les aides d'État, alors même que nos partenaires et concurrents hors d'Europe (États-Unis, par exemple) se sont dotés de dispositifs de protection de leurs industries stratégiques* (…) ».
[131] Voy. la position de J.-P . CHEVÈNEMENT sur l'ouverture des marchés de défense au niveau de l'Union : « *Il convient de faire une étude juridique extrêmement précise de cette question. Traditionnellement, les matériels de défense étaient exclus du marché commun. Il semble qu'insidieusement, on se retrouve dans une situation dans laquelle ce principe est devenu une exception et l'on devra mettre systématiquement en concurrence les appels d'offre d'équipements militaires. Nous sommes confrontés à travers cette directive à une puissante machine dont l'objectif est d'éradiquer toute volonté d'avoir une politique de défense autonome.* » (Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Transposition de la directive européenne 2009-43-CE relative à la coordination

peut qualifier de « souverainiste », se faisant critique d'une approche trop fermement néolibérale, a longtemps prévalu. Elle considère qu'il y a incompatibilité entre la politique de défense et l'ouverture à la concurrence des achats de défense, précisément au regard de leur lien avec la souveraineté d'un État.

67. Aujourd'hui, l'opposition entre défense et concurrence est plus mesurée. Désormais, la concurrence est de plus en plus conçue comme un moyen de parvenir aux objectifs industriels et économiques assignés à la défense[132]. L'étude des textes bruts devrait permettre de mieux apprécier l'articulation entre souveraineté et économie, de comprendre comment s'organise la rencontre entre défense et mise en concurrence.

68. Pour être efficace, cette méthode de vérification par le texte s'accompagne d'une approche opérationnelle pour une compréhension du contexte des MDS. Un domaine aussi complexe que celui de la défense, sur le plan technique, stratégique et politique, nécessite de prendre en compte tous les paramètres du secteur, ses enjeux opérationnels et spécialement s'agissant des aspects sécuritaires. Sans prétendre à une étude exhaustive en la matière dans le cadre d'une thèse de droit, une telle approche globale permet de mesurer la pertinence et le caractère opératoire et efficace de la règle de droit. Le droit des marchés publics lui-même ne s'est pas construit sans tenir compte du contexte économique et politique des achats publics en général. Dans le cas de la défense, les spécificités susmentionnées sont telles que le droit ne saurait les ignorer, sauf à ne pouvoir s'emparer efficacement de son sujet. En outre, cette approche « opérationnelle » permet d'apprécier l'influence que le contexte de la défense exerce sur le droit lorsqu'il s'agit d'établir la règle. Inversement, la thèse entend mettre en exergue comment le droit peut influencer à son tour l'économie du secteur auquel il s'applique.

---

des procédures de passation de certains marchés de travaux dans les domaines de la défense et de la sécurité – Communication », 6 octobre 2010).

[132] La concurrence est au cœur de la politique de réduction des coûts entamée dans les années 1990 par la Délégation générale de l'armement (DGA), chargée de la politique d'acquisition du ministère de la défense. Ainsi, « *Les actions engagées par la DGA à partir de 1996 pour réduire le coût des programmes d'armement ont donné des résultats quantifiables* (…) *le développement de la mise en concurrence des industriels et la passation de commandes globales ont constitué les principaux facteurs d'économie.* » (X. PINTAT, Avis présenté au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi de finances pour 2005, adopté par l'Assemblée nationale – Tome IV – Défense – Nucléaire, espace et services communs, Sénat, n° 77, 25 novembre 2004, p. 59). Au début des années 2000, la DGA met en œuvre le principe d' « *autonomie compétitive* » (cf. *infra* §410). Selon ce principe, « *la DGA entend recourir à la concurrence chaque fois que cela sera possible pour l'équipement des armées et à responsabiliser les maîtres d'œuvre sur des engagements de résultats* » (X PINTAT, *op. cit.*, p. 60).

69. L'étude de l'interaction entre « marchés publics » et « politiques publiques » sous l'angle des MDS requiert en outre une comparaison entre le droit interne et le droit de l'Union européenne. Elle devra permettre de mettre en exergue les divergences d'ordre philosophique entre ces deux ordres juridiques. En effet, si, en matière de marchés publics, le droit interne transpose le droit de l'Union européenne, ils ne sont pas pour autant toujours parfaitement alignés. Certaines de ces divergences s'observent quant aux moyens de réaliser les objectifs de politiques publiques. Cette considération se vérifie singulièrement dans le cas de la défense, un secteur qui reposait traditionnellement sur des bases nationales, et qui se trouve désormais dans un mouvement d'intégration à l'échelle de l'Union européenne. La présente étude sera l'occasion de constater que les moyens de réaliser la politique de défense par l'intermédiaire des MDS diffèrent parfois entre le droit interne et le droit de l'Union européenne.

70. Par ailleurs, l'utilisation des MDS comme focale de l'interaction entre « marchés publics » et « politiques publiques » nécessitera une mise en perspective avec les notions et règles applicables aux marchés publics civils. Tant sur le plan notionnel que sur celui du régime applicable, la comparaison entre les marchés publics civils et les MDS présente plusieurs atouts. Premièrement, elle permettra dans une certaine mesure de compenser la pauvreté des sources relatives aux MDS. Une telle comparaison conduira à formuler des hypothèses, parfois prospectives, quant à la question de savoir si telle notion ou règle applicable aux marchés publics civils devrait ou non l'être aux MDS. Deuxièmement, la comparaison avec le droit commun des marchés publics permettra de mesurer la spécificité des MDS par rapport à leurs homologues civils. Troisièmement, enfin, cette comparaison devrait permettre de tirer des enseignements sur les politiques publiques et leur impact, non seulement sur les MDS, mais, plus globalement, sur les marchés publics civils.

IV. Problématique et plan de l'étude

71. La thèse a pour objectif de vérifier la possibilité, le potentiel et les limites de l'instrumentalisation des marchés publics, à travers son objet d'étude, les MDS. Pour ce faire, deux angles d'attaque ont été retenus : les « marchés publics » et les « politiques publiques ».

72. L'angle « marchés publics » sera l'occasion de relever que, malgré leur spécificité, les achats de défense sont, en tant que « marchés de défense ou de sécurité », des « marchés publics ». Ce sont des actes d'approvisionnement sur le marché économique, qui, en cette qualité, doivent respecter des principes fondamentaux orientés classiquement, et au premier chef, vers la qualité de la relation marchande au bénéfice de l'acheteur (selon une approche nationale) et/ou au bénéfice des opérateurs économiques (selon une approche « européenne »). La thèse s'efforcera de dépasser ces deux approches au profit d'une logique plus globale, plus moderne. Il s'agira plus précisément d'intégrer la nature contractuelle et économique des marchés publics à leur dimension publique, à travers les MDS.

73. Par ailleurs, l'angle des « politiques publiques » soulignera les liens qu'ont ces dernières avec les MDS et, plus largement, avec l'ensemble des marchés publics. À travers les MDS, cet angle devrait démontrer que les marchés publics ne sont pas et ne peuvent pas être seulement des actes d'approvisionnement. Ce dépassement de la nature d'acte d'approvisionnement concerne plus encore les achats de défense. Ces derniers apparaissent comme un moyen pour la personne publique d'agir sur l'économie et d'assurer la souveraineté industrielle et militaire. La thèse ambitionne ainsi de démontrer, à travers les MDS, la nature profonde des marchés publics, qui sont également des « contrats de politiques publiques ».

74. L'étude de l'instrumentalisation nécessitera de dépasser tout cloisonnement entre ces deux angles. En partant de l'hypothèse que l'instrumentalisation est le fruit de la rencontre des « marchés publics » et des « politiques publiques », et que son efficacité repose sur leur bonne interaction, la thèse requiert une approche croisée. Les « marchés publics » et les « politiques publiques » s'ignorent-ils, cohabitent-ils, se combinent-ils voire se renforcent-ils ou, au contraire, sont-ils antinomiques et donc incompatibles ? Leur rencontre ne serait-elle pas facteur de complexification de la réglementation ? L'intégration d'objectifs de politique publique au sein du droit des marchés publics ne contribuerait-elle pas à limiter l'efficacité des mécanismes de marché, et, donc les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse ?

75. La nature profonde des achats publics incline à penser que les « marchés publics » et les « politiques publiques » ne s'opposent pas. Les « marchés publics » ne peuvent pas échapper au phénomène de contractualisation de l'action publique : ils sont mêmes destinés, en tant que principal contrat administratif, à être au cœur de cette dynamique. La satisfaction d'objectifs de

politiques publiques, en lien avec l'intérêt général, fait en outre partie de la fonction première et de la raison d'être d'une collectivité publique. En assumant ce rôle « politique » dans le cadre de la commande publique, les marchés publics ne seraient pas seulement un « simple » moyen de satisfaction d'un besoin, mais également une mesure au sein d'un programme d'actions, et donc une véritable politique publique. De cette interaction avec les politiques publiques découlerait une forme d'alignement du droit des marchés publics avec la nature « stratégique » de la commande publique. Réciproquement, les « politiques publiques » ne peuvent s'épanouir que dans le cadre concurrentiel impératif du droit des marchés publics. Ainsi, l'efficacité de l'instrumentalisation suppose une forme de « respect » mutuel entre les marchés publics et les politiques publiques. Cette approche croisée sera facilitée par le choix de se focaliser sur les MDS, des contrats entre « marchés publics » et « politiques publiques ».

76. **Problématique**. Ainsi, le recours à ces deux angles d'attaque permettra de répondre à la problématique générale de la thèse, c'est-à-dire dans quelle mesure les MDS sont-ils « entre marchés publics et politiques publiques » ? Sont-ils des « marchés publics » à part entière ? Sont-ils de véritables « politiques publiques » ? Comment s'articulent ces notions de « marchés publics » et de « politiques publiques » : sont-elles compatibles ou s'opposent-elles ? La problématique de la thèse consiste ainsi à se demander dans quelle mesure la nature des MDS est compatible avec leur instrumentalisation, et si leur régime de passation et d'exécution permet de la rendre effective.

77. Dans une première partie, l'étude de la nature des MDS permettra d'apprécier le potentiel d'instrumentalisation des achats de défense. Ainsi, l'examen de la nature des MDS sera l'occasion de vérifier l'hypothèse selon laquelle les achats de défense sont, *matériellement*, l'achat public archétypal, comme leur dimension économique et publique le laissent à penser. Or, en tant qu'achat public, les achats de défense sont naturellement destinés à être encadrés par le droit des marchés publics. L'étude de la « génétique » de ce droit permettra de déterminer s'il constitue le cadre propice pour la rencontre entre la défense et les achats publics. À cette occasion, il conviendra de vérifier si le droit des marchés publics est un droit qui n'applique exclusivement qu'une logique de concurrence aux achats publics, ou bien s'il est en mesure d'accueillir d'autres considérations. Plus largement, la thèse devra donc vérifier qu'en droit des

marchés publics aussi la concurrence n'est pas une fin en soi, mais bien un moyen au service de fins qui la transcendent[133].

78. Par ailleurs, l'étude de la nature des MDS permettra d'interroger la capacité du droit des marchés publics, non seulement à intégrer, mais encore à tirer parti de la double nature des achats de défense, entre « marchés publics » et « politiques publiques ». Ce faisant, le droit des marchés publics permettrait, non plus seulement la prise en compte, mais encore, la réalisation – voire la promotion – d'objectifs de politiques publiques. À cet égard, la thèse devra présenter la notion *juridique* de « marché de défense ou de sécurité ». Elle sera comparée et mise en perspective avec les concepts les plus fondamentaux du droit des marchés publics, à commencer par la notion même de « marché public ». Dans quelle mesure le « marché de défense ou de sécurité » s'éloigne-t-il de cette notion ? S'agit-il d'une adaptation à la marge ou une refonte complète de cette dernière ? L'étude du « marché de défense ou de sécurité » permettra d'apprécier l'impact de l'instrumentalisation sur la notion de « marché public », puisque la spécialisation de cette dernière résulte, dans le cas de la défense, de l'intégration des spécificités économiques et politiques de cette dernière. La thèse aura également pour objectif de déterminer si les enseignements tirés de l'étude de la notion de MDS peuvent s'appliquer à l'ensemble des achats publics.

79. Dans une seconde partie relative au régime des MDS, la question de la concrétisation de l'instrumentalisation des MDS devra être posée. En effet, pour que les achats de défense puissent assumer leur double-nature de « marchés publics » et de « politiques publiques », encore faut-il que les règles applicables aux marchés de défense ou de sécurité le permettent.

80. S'agissant des règles de passation, centrées sur des obligations de publicité et de mise en concurrence, il conviendra de s'interroger sur le fait qu'elles autorisent les objectifs de politiques publiques, voire qu'elles contribuent à les promouvoir. Les obligations de publicité et de mise en concurrence sont au cœur du droit des marchés publics, elles matérialisent sa

[133] Sur la distinction entre la (concurrence-moyen) et la « concurrence-fin (ou objectif) », voy. notamment I. HASQUENOPH, *Contrats publics et concurrence*, thèse, Paris I, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 206, p. 11-12. F. RIEM (« Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *Revue internationale de droit économique*, 2008, n° 1, vol. xxii, 1, p. 75) souligne la distinction au sein du Traité de Rome entre ses objectifs et ses moyens, soulignant que « *la concurrence n'a jamais été conçue comme un objectif mais comme l'un des moyens de parvenir aux fins énoncées à l'article 2 CE* ».

fonction première en garantissant l'application de la logique de concurrence, et ce jusqu'à la conclusion du marché. Dans ce contexte concurrentiel, quelle est la place des « politiques publiques » ? Les objectifs qui les animent doivent-ils être limités à de simples règles ponctuelles, ou peuvent-ils, à l'instar de la logique de concurrence, irriguer l'ensemble de la procédure ? Là encore, les MDS permettront de mettre en lumière et d'évaluer l'impact des « politiques publiques », cette fois-ci sur le régime de la passation, étape où l'opposition entre défense et concurrence est supposément la plus vive.

81. Le régime de l'exécution des MDS doit également retenir l'attention. Raison d'être de la passation du contrat, l'exécution est également un moment-clé de la mise en œuvre des objectifs de politiques publiques, et apparait donc logiquement comme un terrain d'instrumentalisation particulièrement important. Dans le cas la défense, la bonne exécution de l'opération est une donnée absolument cruciale : elle suppose la satisfaction du besoin opérationnel de l'acheteur et de ses impératifs de sécurité. En effet, plus encore que la passation, la sécurité d'approvisionnement et la sécurité des informations sont des impératifs qui façonnent l'exécution des MDS. Les règles relatives à l'exécution doivent donc prendre leur part pour la mise en œuvre de ces impératifs. Or, l'intégration des achats de défense dans le champ du droit des marchés publics s'est réalisée en parallèle du renforcement des règles de l'exécution en droit des marchés publics. La thèse vérifiera donc l'incidence des « politiques publiques » sur les règles de l'exécution, et tentera de déterminer la réalité de l'instrumentalisation de ces contrats en la matière.

82. Cherchant à vérifier la validité de l'hypothèse initiale selon laquelle les « MDS sont « entre marchés publics et politiques publiques », la thèse se propose de démontrer que par leur nature, les marchés de défense ou de sécurité constituent un écosystème propice à leur instrumentalisation (**Première partie**), que leur régime de passation et d'exécution permet de concrétiser (**Seconde partie**).

Partie 1 : La nature des marchés de défense ou de sécurité : un écosystème propice à l'instrumentalisation

Partie 2 : Le régime des marchés de défense ou de sécurité : la concrétisation de l'instrumentalisation

PARTIE 1.
LA NATURE DES MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE : UN ECOSYSTEME PROPICE A L'INSTRUMENTALISATION

83. Pour comprendre l'interaction entre « marchés publics » et « politiques publiques », la notion biologique d'écosystème, appliquée aux achats de défense, est intéressante. L'écosystème peut être défini comme « *un réseau d'interactions entre tous les membres vivants d'une communauté ainsi que les terres ou les eaux qui composent leur environnement.* »[134]. Schématiquement, un écosystème est donc un réseau dans lequel des composantes sont en interaction constante dans le milieu dans lequel elles vivent. Or, les achats de défense recouvrent plusieurs dimensions ou composantes dont l'ensemble est assimilable à un écosystème, à la fois juridique et matériel. Ces dimensions interagissent entre elles, de sorte que l'instrumentalisation de ces achats nécessite un cadre en mesure de permettre leur bonne interaction. Il est ainsi possible de dégager quatre dimensions qui forment l'écosystème des achats de défense. Matériellement, ce sont, premièrement, des achats (publics), et, deuxièmement, dans le domaine de la défense. Juridiquement, ces achats sont, troisièmement, soumis au droit des marchés publics, et, quatrièmement, font (et sont) des politiques publiques.

84. Or, les interactions entre ces dimensions sont multiples et croisées. Les dimensions d'achats (1ère dimension) et de défense (2e dimension) interagissent naturellement entre elles (dans la mesure où la défense suppose l'acquisition de ses moyens, matériels et logiciels, etc.). C'est également le cas des dimensions d'achats et de droit des marchés publics (3e dimension)

[134] T. HALLIDAY, *Les mondes d'hier : Voyages aux origines de la Terre*, Grasset, 2022, p. 33-34.

: cette réglementation a précisément vocation à s'appliquer aux achats publics (y compris de défense). Par ailleurs, la défense interagit avec les politiques publiques (3e dimension), puisqu'elle est elle-même une politique. Enfin, le droit des marchés publics interagit avec celles des politiques publiques.

85. Dans ce contexte, les achats de défense sont particulièrement demandeurs d'un encadrement juridique à même de tenir compte de leur dimension écosystémique, et donc de permettre l'instrumentalisation. Le droit des marchés publics devra en tenir compte dans l'élaboration de cet encadrement. Une approche chronologique, sous l'angle de l'intégration des achats de défense dans le champ du droit des marchés publics, s'avère pertinente afin d'apprécier si ce droit est en mesure de tenir compte de la dimension écosystémique de ces achats et, donc, de permettre leur instrumentalisation.

86. Les achats de défense présentent la double-nature d'être des achats relevant du droit des marchés publics et des vecteurs de politiques publiques. La rencontre entre la défense et les achats publics constitue un écosystème au potentiel important en matière d'instrumentalisation (Titre 1). De cet écosystème, va pouvoir alors émerger une notion spéciale de marché de défense ou de sécurité, intégrée aux contrats de la commande publique (Titre 2).

TITRE 1. DEFENSE ET ACHATS PUBLICS : LE POTENTIEL D'UN ECOSYSTEME

87. Pour que l'instrumentalisation des marchés publics dans le domaine de la défense puisse se faire, il faut encore que le cadre que constitue le droit des marchés publics ne contrarie pas la bonne interaction entre les composantes « défense » et « achats».

88. Dans sa génétique, le droit des marchés publics dispose indubitablement de fondements concurrentiels. Il est d'ailleurs souvent présenté voire résumé comme un droit de la mise en concurrence, dédié au seul respect du principe de concurrence. Or, s'agissant des achats de défense, une telle approche rendrait délicate la bonne interaction entre les composantes « défense » et « achats ». En effet, le droit des marchés publics doit pouvoir tenir compte des spécificités – notamment techniques et stratégiques – des achats de défense, et ne pas être exclusivement tourné vers l'application de la concurrence. En réalité, ces fondements concurrentiels révèlent une certaine richesse, laquelle renvoie plus globalement à celle du principe de concurrence. L'intégration du secteur de la défense dans le champ du droit des marchés publics devrait permettre de mettre en exergue cette richesse, digne de l'écosystème que constituent les achats de défense. Dès lors, cette interaction peut-elle s'épanouir dans le cadre du droit des marchés publics ? Se trouve-t-elle contrariée, ou, au contraire, renforcée ?

89. Ainsi, il convient de déterminer l'impact des fondements concurrentiels du droit des marchés publics sur la bonne interaction entre la « défense » et les « achats » (Chapitre 1). Or, les développements politiques de ce droit, qui sont sans conteste son évolution la plus significative, semblent devoir être profitables à cet écosystème constitué par l'interaction « défense » et « achats » (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'IMPACT DES FONDEMENTS CONCURRENTIELS DU DROIT DES MARCHES PUBLICS

90. Le droit des marchés publics dispose de fondements concurrentiels, étant en effet schématiquement un droit de la mise en concurrence. L'étude de ces fondements devrait permettre de déterminer si, par nature, ce droit est en mesure d'accueillir « autre chose » que la seule logique de concurrence.

91. De prime abord, il serait tentant de répondre que, bien que la commande publique soit politique, le droit des marchés publics, lui, fort de ses fondements concurrentiels, agit comme un cadre strict. Il aurait alors pour seul objet la régulation du comportement de l'acheteur au regard du principe de concurrence. Le droit des marchés publics interdirait à l'acheteur d'aller au-delà de la satisfaction de son besoin immédiat, respectant ainsi la stricte application dudit principe. Dans un tel cas, l'instrumentalisation de la commande publique serait très malaisée, de sorte que l'interaction entre « marchés publics » et « politiques publiques » relèverait de l'ordre du conflit, ou, à tout le moins, d'une neutralisation. En effet, selon cette vision, la seule dimension « marchés publics » (dans une acceptation stricte de ce que celle-ci recouvre) peut et doit s'épanouir.

92. Cependant, la volonté d'intégrer les achats de défense, éminemment politiques, dans le champ du droit des marchés publics parait démontrer qu'une telle vision des fondements concurrentiels de ce droit est réductrice (ou, à tout le moins, qu'une telle vision est aujourd'hui dépassée). Ainsi, la concurrence n'est pas une fin en soi, mais elle est elle-même une politique. Si l'on admet en effet que la concurrence est, en réalité, elle-même une politique au service d'objectifs qui la dépassent (objectifs qui, pour se réaliser, s'appuient sur cette concurrence en guise de cadre général, de matrice), alors le droit des marchés publics pourrait permettre la bonne interaction entre les dimensions de « défense » et d'« achats » ; interaction nécessaire à l'instrumentalisation des marchés publics dans le domaine de la défense.

93. Si les fondements concurrentiels du droit des marchés publics renvoient de façon directe à sa fonction de création des conditions du libre jeu de la concurrence (Section 1), cette

fonction n'est pas exclusive d'une finalité au service d'objectifs politico-économiques (Section 2).

Section 1. Fonction du droit des marchés publics : la création des conditions du libre jeu de la concurrence

94. Le droit des marchés publics a pour fonction de créer les conditions du libre jeu de la concurrence. Or, cette fonction est assurée par l'intermédiaire de « principes directeurs »[135]. Ici, la notion de « *principe* » renvoie au sens plus restreint, c'est-à-dire une règle de portée générale déclinée en règles particulières. Ces principes sont « *directeurs* »[136], en ce qu'ils orientent les règles juridiques de l'ensemble des contrats de la commande publique[137], quel que soit le secteur ou la nature du marché en cause. En ce sens, ils impriment un régime commun aux contrats de la commande publique[138]. Par nature, des principes directeurs présentent le paradoxe d'une « *universalité flexible* ». Ils font à la fois figure d'un référentiel minimal impératif[139], et, dans

[135] Le terme de « principes directeurs » a un sens plus large que celui de « principes fondamentaux ». Les premiers dépassent la seule dimension fondamentale. Les principes directeurs sont des lignes directrices et permettent de comprendre les autres règles. Ils expliquent l'application ou le recours à une dérogation à telle règle (dans un tel cas, il faut alors tenir compte de l'impact du non-respect de telle règle sur le principe directeur qui constitue la raison d'être de cette règle).

[136] M. MORALES, « La valeur des principes : une hiérarchie existe-t-elle ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118, p. 12. Morales relève à propos des principes fondamentaux de la commande publique (que désignent la notion de « principes directeurs ») qu' « *ils méritent* (…) *leur qualité de principe, car* (…) *ils sont à la fois des principes tuteurs qui « viennent en appui des autres règles pour en guider l'interprétation afin qu'elles en favorisent l'effet utile » et des principes socles qui « s'appliquent alors même qu'une réglementation propre à la situation n'existerait pas »* ».

[137] Les principes directeurs sont des lignes directrices et permettent de comprendre les autres règles. Ils expliquent l'application ou le recours à une dérogation à telle règle (dans un tel cas, il faut alors tenir compte de l'impact du non-respect de telle règle sur le principe directeur qui constitue la raison d'être de cette règle). En cela, les principes directeurs constituent un cadre d'interprétation. Ces principes contribuent à l'unité, voire à la légitimité, de la notion de contrats de la commande publique.

[138] Voy. G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics*, thèse, Paris II, 2004, p. 467.

[139] Il faut toutefois nuancer cette dimension universelle par le fait que l'acheteur demeure libre de ne pas passer par un contrat de la commande publique. Une personne publique qui souhaite gérer elle-même directement son service public et offrir la prestation n'a pas l'obligation de faire appel à des opérateurs économiques. Cette possibilité est valable tant en droit français (CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, n° 77935, publié au *Lebon*. Voy. également la décision CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et a*., n° 317827, publié au *Lebon*. Le code de la commande publique reprend cette solution à son article L. 1 pour l'ensemble des contrats de la commande publique. Sur la question, voy. E. FATÔME et A. MÉNÉMÉNIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques »,

le même temps, ils disposent d'une certaine flexibilité, puisque leur déclinaison en des règles particulières n'interdit pas par principe une certaine adaptation en fonction de l'objet encadré. Ainsi, la compréhension des fondements et de la mise en œuvre des principes directeurs du droit des marchés publics devrait permettre de déterminer dans quelle mesure la fonction de ce dernier est par nature exclusive de toute autre chose (que de créer les conditions du libre jeu de la concurrence). En d'autres termes, est-ce qu'une instrumentalisation des marchés publics est réellement envisageable, alors que ces derniers sont, *via* des principes directeurs, soumis à un cadre concurrentiel ?

95. Il convient donc de déterminer la nature profonde des principes directeurs, leur application et leurs effets, afin d'apprécier la possibilité d'une instrumentalisation des marchés publics, ou si celle-ci est d'emblée compromise (voire rendue impossible) par la fonction fondamentale du droit des marchés publics. À cet égard, il est envisageable d'analyser les principes directeurs à partir d'une distinction entre droit de l'UE et droit français. Elle démontre entre ces deux ordres une communauté de moyens, tout en mettant en lumière une différence d'approche. Cette différence, relativement peu importante de prime abord, a en réalité des implications concrètes qui ne doivent pas être minimisées, et spécialement s'agissant des marchés publics dans le domaine de la défense. Dans des conditions différentes selon qu'il s'agit du droit de l'UE ou du droit interne, les principes directeurs ont fait l'objet d'une gestation leur autorisant toute la puissance dont ils sont aujourd'hui parés (Sous-section 1), puissance dont témoignent leurs modalités de mise en œuvre (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'émergence des principes directeurs du droit des marchés publics

96. Si les modalités divergent à la marge, le droit de l'UE comme le droit interne ont fait émerger les principes directeurs selon le même schéma global. C'est ce schéma qui, précisément, a permis de leur attribuer la qualité de principe directeur, et, par voie de

AJDA, 2006, p. 67 ; J.-D. DREYFUS, « Externalisation et liberté d'organisation du service », *AJDA*, 2009, p. 1529) qu'en droit de l'Union européenne (CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, Rec. 2005, p. 1, point 48. L'article 1er, point 4) de la directive 2014/24/UE intègre cette solution, affirmant l'absence d'obligation d'externalisation des États.

conséquence, leur « universalité flexible ». Pour être qualifiés de principes directeurs, ces principes doivent d'abord bénéficier d'une position élevée dans la hiérarchie des normes afin de leur assurer une certaine supériorité par rapport aux règles de droit composant la réglementation qui les met en œuvre. Cette supériorité doit leur conférer légitimité et efficacité pour qu'ils s'imposent et irriguent ces règles. Pour ce faire, le recours à une source fondamentale semble naturel (I). Ces principes vont ensuite gagner en densité, prendre de la matière et s'autonomiser de leur source fondamentale en intégrant directement le droit des marchés publics, lequel les distingue (plus ou moins selon le droit en question) du reste des règles applicables (II).

I. Les prémices : la consécration par la source fondamentale

97. Le droit de l'UE comme le droit français ont eu recours à leur source fondamentale pour faire émerger les principes directeurs applicables aux marchés publics : le premier s'est appuyé sur le Traité (A), et le second sur la Constitution (B).

A. Droit de l'Union européenne : le Traité

98. Le droit de l'UE a joué un rôle déterminant dans la construction et l'affirmation des principes directeurs du droit des marchés publics[140]. Si le Traité n'aborde pas spécifiquement les marchés publics (1), il constitue néanmoins la base des principes directeurs des marchés publics (2).

[140] O. GUÉZOU, « Mise en concurrence et principes fondamentaux » in O. GUÉZOU (dir.), *Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, Le Moniteur, 2020, chap. III.110. L'auteur relève « *le rôle de premier plan* » de la Cour de justice, « *sous l'influence d'une Commission particulièrement offensive en la matière* », « *dans l'émergence des principes fondamentaux du droit de la commande publique* » (III.110.2.2).

1. L'absence de dispositions spécifiques relatives aux marchés publics

99. Le Traité constitue la source fondamentale des principes directeurs applicables aux marchés publics. Pourtant, de prime abord, il semble être étranger, du moins directement, à la question des marchés publics. Il ne contient pas de dispositions spécifiques en la matière, qu'il s'agisse de marchés publics civils ou, à plus forte raison dans le domaine de la défense ou de la sécurité. Tout au plus, le TFUE mentionne-t-il « *l'ouverture des marchés publics nationaux* » dans le cadre de la politique de recherche et développement et espace du Traité[141]. Bien que cette ouverture passe essentiellement par l'application du principe de concurrence, le Traité ne prévoit donc pas d'obligation de mise en concurrence spécifiquement applicable aux marchés publics dans leur ensemble.

100. Est-ce à dire que le Traité n'a aucune incidence sur la commande publique ? Une lecture stricte des textes pourrait amener à considérer que toute influence du Traité sur les marchés publics, quelle qu'en soit l'intensité et la forme, constituerait un empiètement du droit primaire sur un objet, le marché public, qui, au regard de la volonté de ses signataires, ne le concernerait pas[142].

101. Une telle approche oublie toutefois que le Traité est une loi fondamentale qui, par cette seule circonstance, est amenée à déployer des effets directs ou indirects sur le droit dérivé dont il est à l'origine. En outre, cette approche trop littérale omet le fait que le droit de l'UE est construit essentiellement sur des fondements libre-échangistes, à travers la logique de (libre) concurrence. La place qu'occupe la politique du marché intérieur dans le Traité en témoigne. De ce point de vue, la concurrence est transverse, et se déploie telle une matrice, tant au niveau du droit primaire que du droit dérivé (y compris le droit des marchés publics). Elle apparait comme la politique des politiques, car elle est le moyen d'autres objectifs (une politique étant en définitive un moyen au service d'objectifs). Dès lors, la commande publique, eu égard à son poids économique et donc à son influence sur le marché économique à l'échelle de l'Union[143],

[141] TFUE, article 179.
[142] A-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, thèse, Larcier, Université de Liège, 2006, p. 379. L'autrice relève que « *les marchés publics sont entrés dans l'ordre des préoccupations des institutions communautaires sans habilitation spécifique* ».
[143] Dans une présentation des marchés publics, le Parlement européen évoque le « *rôle considérable des marchés publics dans les économies des États membres* », de sorte que « *leur valeur correspondrait à 16% du PIB de l'Union* » (disponible sur www.europaparl.europa.eu, consulté le 8 janvier 2023).

ne peut échapper à l'influence du Traité[144]. Sans Europe des marchés publics, le marché unique serait amputé d'une part importante quantitativement mais aussi qualitativement.

102. Par conséquent, si le Traité ne prévoit pas expressément une obligation de mise en concurrence des marchés publics, certains des principes qu'il déploie ont vocation à *induire* une telle obligation. C'est particulièrement le cas des libertés fondamentales (libre circulation des marchandises, liberté d'établissement et libre prestation des services) [145] et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité[146]. Ces principes fondamentaux, qui constituent les modalités les plus essentielles du libre jeu de la concurrence, vont servir de base aux principes directeurs des marchés publics.

2. Le Traité, base des principes directeurs des marchés publics

103. L'obligation de mise en concurrence s'est imposée à la commande publique par l'intermédiaire des principes du Traité. Leur application aux marchés publics, notamment par la Cour de justice, apparait naturelle[147]. Le Traité est en effet consubstantiel à l'édification du droit des marchés publics. Les visas et considérants des directives du 26 juillet 1971 relatives aux marchés publics de travaux[148] en témoignent. Ce lien entre le Traité et le droit dérivé est

[144] O. GUÉZOU, « Mise en concurrence et principes fondamentaux », *op. cit*., III.110.2.2. L'auteur souligne que « *la construction européenne et la réalisation du marché unique ne peuvent faire l'économie d'une ouverture des contrats de la commande publique* ».

[145] La libre circulation des marchandises (articles 28 et 29 TFUE), la liberté d'établissement (article 49 et s. TFUE), ainsi que la libre prestations de services (articles 56 et s.) font partie des libertés qui se déploient au sein de l' « *espace sans frontières* » que constitue le marché intérieur (article 26, point 2, TFUE).

[146] TFUE, article 18.

[147] A-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 390. L'autrice juge que l'application des dispositions générales du Traité aux marchés publics « *ne surprend guère* », et relie cette application au fait que « *le processus communautaire repose sur un postulat libre-échangiste* ».

[148] Directive 71/304/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales, JOCE L 185 du 16 août 1971, p. 1-4 ; Directive 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOCE L 185 du 16 août 1971, p. 5-14. Les directives 71/304/CEE et 71/305/CEE établissent le lien de parenté entre le Traité et le droit des marchés publics, alors embryonnaire. Dans le cas de la première, ce lien est contenu dans son intitulé-même, étant relative à la suppression des restrictions à *la libre prestation de services* dans le domaine des marchés publics de travaux. Le premier considérant de la directive 71/305/CEE démontre que l'objectif des directives est de parvenir à la « *réalisation simultanée* » de ces libertés en matière de marchés publics de travaux,

également prégnant dans la directive du 21 décembre 1976, relative aux marchés publics de fournitures[149]. L'extension du droit des marchés publics aux activités de services[150] ne distend pas plus le droit dérivé de ses sources fondamentales, son adoption étant justifiée par la « *nécessité d'éviter les entraves à la libre circulation des services* »[151].

104. La jurisprudence de la Cour de justice illustre ce lien entre le droit des marchés publics et le Traité. La Cour présente les directives du 26 juillet 1971 comme « *visant à réaliser la liberté d'établissement et la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux* »[152]. Elle mesure la conformité de mesures nationales avec la directive au regard des libertés fondamentales que cette dernière vise[153]. Ainsi, la jurisprudence met en exergue le lien Traité-droit des marchés publics, et amorce l'édification des principes directeurs des marchés publics.

105. Par la suite, la directive 2004/18/CE[154] est encore plus explicite. La passation des marchés publics doit respecter les principes du traité, « *notamment les principes de la libre*

---

laquelle repose donc sur l'élimination des restrictions ainsi que, en parallèle, une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux.

[149] Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, JOCE L 13 du 15 janvier 1977, p. 1-14. La libre circulation des marchandises qui entre en scène. Elle justifie la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, en complément de l'interdiction des restrictions à cette liberté posée par le Traité. Le deuxième considérant de la directive est intéressant en ce qu'il relève que cette coordination a pour objectif d'*« assurer, par l'instauration de conditions égales de participation* [aux marchés publics de fournitures] *dans tous les États membres, une transparence permettant de mieux veiller au respect de cette interdiction* ». Ainsi, la directive préfigure les futurs *principes de la passation des marchés* (d'égalité de traitement et de transparence).

[150] Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE L 209 du 24 juillet 1992, p. 1-24.

[151] *Ibid.*, considérant 6.

[152] CJCE, 28 mars 1985, *Commission européenne contre République italienne*, aff. 274/83, Rec. 1985, p. 1077, point 2.

[153] CJCE, 8 juillet 1987, *CEI contre Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes*, aff. jointes 27 à 29/86, Rec. 1987, p. 3347. Rendue à propos de la directive 71/305/CEE, la Cour souligne que la liberté des États membres d'édicter des règles en matière de marchés publics (dans le cadre des règles communes contenues dans ladite directive) est conditionnée au respect de « *toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services.* » (point 15). La Cour censure la décision d'un État de ne réserver l'attribution de marchés publics de fournitures qu'aux seules sociétés dans lesquelles ce dernier détient une participation, au regard de sa contrariété avec la liberté d'établissement et avec la directive (CJCE, 5 décembre 1989, *Commission contre Italie*, aff. C-3/88, Rec. 1989, p. 4035).

[154] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L. 134 du 30 avril 2004, p. 114-240.

circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et la libre prestation de services »[155]. Cette soumission impose le respect des principes qui découlent du Traité, et notamment « *l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence* »[156]. Ainsi, la directive clarifie la filiation de ces principes, lesquels vont constituer les *principes de passation des marchés*[157], et souligne que les dispositions de la directive sont fondées sur ces principes issus du Traité, « *de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés* »[158]. La directive 2014/24/UE reprend quasiment mot pour mot cette synthèse[159].

106. Les MDS ne font pas exception. La directive 2009/81/CE[160] reprend la formulation de 2004[161], confirmant la recherche d'une mise en concurrence effective des marchés par application desdits principes. Néanmoins, cette redite s'intègre dans un ensemble plus vaste de références faites au Traité. Ces références ne se limitent pas à l'influence qu'exerce ce dernier sur les principes directeurs applicables au marché. La directive renvoie également aux dispositions dérogatoires du traité, générales ou spécifiques au secteur de la défense[162]. Le Traité met ainsi en exergue la nature ambivalente des MDS, lesquels se situent au carrefour du droit commun et d'un droit spécial des marchés publics.

---

[155] *Ibid.*, considérant 2.
[156] *Ibid*.
[157] Dans l'arrêt précité *CEI contre Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes*, la Cour de justice relevait pourtant que les articles 52 à 59 du Traité (c'est-à-dire la liberté d'établissement) sont une « *expression particulière* » du principe d'égalité de traitement (point 8), inversant le rapport entre les principes généraux et les dispositions du Traité.
[158] Ce considérant est une synthèse de la hiérarchie et de l'articulation entre les principes du Traité, dont découlent les principes de passation des marchés, et les règles détaillées de la directive, élaborées pour les marchés publics dépassant un certain montant.
[159] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L 94 du 28 mars 2014, p. 65-242. Le premier considérant de la directive 2014/24/UE souligne la coordination des procédures de passation doit permettre de « *garantir que ces principes* [du Traité et les principes qui en découlent] *soient respectés en pratique et que la passation des marchés soit ouverte à la concurrence* ».
[160] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JOUE L 216 du 20 août 2009, p. 76-136.
[161] *Ibid.*, considérant 15. La directive apporte une précision supplémentaire s'agissant des marchés inférieurs aux seuils : ceux-ci font l'objet d'obligations de publicité et de mise en concurrence déterminées par les États membres, dans le respect des principes découlant du Traité.
[162] *Ibid.*, considérant 17 (dispositions dérogatoires générales) et considérant 18 (disposition dérogatoire spécifique à la défense).

B. Droit français : la Constitution

107. Le droit français a également eu recours à une source fondamentale, selon une chronologie toutefois inverse à celle du droit de l'UE. Les principes directeurs ont d'abord été introduits dans les textes spécifiques aux marchés publics (1), avant que le Conseil constitutionnel ne les rattache rétroactivement au bloc de constitutionnalité (2).

1. L'introduction progressive des principes directeurs

108. Les principes directeurs font une première apparition en droit interne lors de l'adoption du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992[163], modifiant le code des marchés publics de 1964, dont l'article 47 prévoit par principe que « *les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux marchés publics* » (libre accès à la commande publique) et « *bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres* » (égalité de traitement). En se voyant attribuer ainsi une « *place discrète et inadaptée au regard de l'importance de* [ces] *principes* »[164], ces principes n'ont pas encore la nature de principe directeur, d'autant qu'ils sont accompagnés de réserves au regard de dispositions détaillées, impliquant que les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement sont d'égale valeur (si ce n'est inférieure) à celles-ci.

109. Ces principes trouvent une place de choix dans le code des marchés publics de 2001, étant inscrit à son article 1er. Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats se voient adjoindre la transparence des procédures, reprise du droit de l'UE. Ainsi placés en tête du corpus réglementaire, ils semblent alors se parer des caractéristiques de *principes directeurs*. En parallèle, la notion de « *commande publique* » fait son apparition, sans pour autant être définie[165]. Le Conseil constitutionnel évoque le « *droit commun de la commande publique* » sans plus de précision. L'expression apparait par la suite dans plusieurs textes éparses. Peuvent être relevées l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009,

[163] Décret n°92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics, JORF n° 294 du 18 décembre 1992.
[164] O. GUÉZOU, « Mise en concurrence et principes fondamentaux », *op. cit.*, III.110.2.3.
[165] Voy. notamment M.-C. BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse, Montpellier, 2015, p. 31-35.

laquelle apporte quelques précisions en définissant les contrats visés[166], ou bien encore la circulaire du 7 septembre 2009[167]. La notion de commande publique continue ensuite d'être utilisée, notamment par des dispositions réglementaires[168]. Par ailleurs, le code des marchés publics associe à ces principes des objectifs : ceux de *l'efficacité de la commande publique* et de *la bonne utilisation des deniers publics*[169].

110. La circonstance qu'en droit interne ces principes soient posés par une source réglementaire nécessite toutefois d'acquérir une certaine légitimité pour leur attribuer une force juridique à la hauteur de ce que ces principes sont intrinsèquement (à l'instar de l'origine fondamentale des principes directeurs en droit de l'UE). Cette quête de légitimité passe dans un premier temps par la reconnaissance de leur valeur de principe général du droit.

111. Le Conseil d'État leur attribue la valeur de « *principes généraux de la commande publique* » (de même que les objectifs susmentionnés, renforçant ainsi leur relation avec les principes directeurs), applicables y compris aux marchés conclus sans formalité préalable[170]. Cette reconnaissance assoie la légitimité des principes directeurs au-delà du texte, et soumet les règles détaillées aux premiers. Cette légitimité va être par la suite renforcée par leur onction constitutionnelle.

[166] Ordonnance n°2009-515 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la *commande publique*, JORF n°0107 du 8 mai 2009.
[167] Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la *commande publique*, JORF n° 0216 du 18 septembre 2009.
[168] O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 11. L'auteur relève un certain nombre de décrets utilisant la notion de « *commande publique* », notamment le décret n° 2009-245 du 2 mars 2009 relatif à la définition des petites et moyennes entreprises dans la réglementation applicable à la *commande publique*, ou encore le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de *commande publique*.
[169] Cf. *infra* §225 et s.
[170] CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, req. n° 246921, publié au *Lebon*. Voy. également CE, 23 décembre 2009, *EP du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, publié au *Lebon*.

2. La consécration de la valeur constitutionnelle des principes directeurs

112. Le Conseil constitutionnel a dégagé progressivement un *principe d'égalité d'accès à la commande publique,* pour la première fois mentionné dans deux décisions du 22 août[171] et du 29 août[172] 2002. Dans la seconde, le Conseil valide ainsi une dérogation aux règles de droit commun de la commande publique, dès lors qu'elle se trouve justifiée par d'autres exigences constitutionnelles ou des considérations d'intérêt général[173].

113. Dans une décision du 26 juin 2003[174], le Conseil constitutionnel affine sa jurisprudence. Ainsi, « *les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du code des marchés publics* »[175]. Les principes généraux de la commande publique se voient donc formellement et solidairement parés d'une valeur constitutionnelle, par le truchement d'une fiction juridique consistant à affirmer que l'article 1er du code des marchés publics n'est qu'un « *rappel* ». Par ailleurs, dans cette décision, le Conseil constitutionnel introduit la notion de « *droit commun de la commande publique* » (jugeant inconstitutionnelles la généralisation des dérogations audit droit)[176] confirmant la dynamique concomitante en droit interne entre le dégagement des principes directeurs et le droit de la commande publique[177].

114. Ainsi, la source constitutionnelle reprend l'origine réglementaire des principes directeurs en droit interne et, par conséquent, les renforce. Si ce rattachement à une source

---

[171] CC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, DC n° 2002-460.
[172] CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, DC n° 2002-461.
[173] Cette conciliation avec d'autres règles ou principes à valeur constitutionnelle ou avec des objectifs d'intérêt général se retrouve dans la décision du Conseil constitutionnel en date du 6 décembre 2001 (CC, 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier*, DC n°2001-452, §2).
[174] CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *op. cit*.
[175] *Ibid*., §10. Le Conseil constitutionnel confirme ce qu'il affirmait déjà en commentaire de la décision n°2002-460. Ainsi, « *Sans doute le libre accès à la commande publique* (...) *découle-t-il d'exigences constitutionnelles telles que le principe d'égalité (art. 6 de la Déclaration de 1789), celui de l'égalité devant les charges publiques (art. 16 de la Déclaration de 1789) ou celui de la nécessité des dépenses publiques et du consentement à ces dépenses (art. 14 de la Déclaration de 1789)* » (*Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n°13, Commentaire de la décision n°2002-460 du 22 août 2002, p. 2).
[176] *Ibid*., §18. En jugeant qu'une telle généralisation est *« susceptible de priver des garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique* », le Conseil constitutionnel rattache ainsi les principes directeurs à un principe d'égalité plutôt qu'à un principe de liberté.
[177] Sur cette concomitance, voy. notamment M-C. BOUTRON, *op. cit.*, p. 36.

fondamentale est passé par des méandres jurisprudentielles, se distinguant ainsi du droit de l'UE pour lequel ce rattachement parait plus direct, il s'en rapproche dans la logique et les effets. Le parallèle se poursuit dans le mouvement qui suit le recours à une source fondamentale : la déclinaison des principes directeurs dans le droit spécial, c'est-à-dire le droit diffusant lesdits principes dont la valeur est la plus haute (au niveau du Traité ou de la Constitution), par des règles de plus bas niveau.

II. La maturité : des principes directeurs déclinés dans le droit spécial

115. Les principes directeurs se sont vus mis en œuvre au sein du droit des marchés publics, de sorte que ce dernier peut se définir comme le droit d'application des principes directeurs. En droit de l'UE, ils prennent la forme de *principes de la passation de marchés*[178] au sein des directives marchés publics contemporaines (A), tandis qu'ils sont confirmés en tant que *principes fondamentaux de la commande publique* dans le code de la commande publique (B).

A. Droit de l'Union européenne : les principes de la passation de marchés

116. Alors que cette filiation entre le Traité et l'édification du droit des marchés publics a pu faire l'objet de critiques[179], le droit dérivé des marchés publics a construit, à partir de

[178] Il s'agit de l'intitulé de l'article 18 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, anciennement *principes de passation des marchés* dans les directives marchés publics de 2004 (article 10 de la directive 2004/17/CE relative à la coordination des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et article 2 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services).

[179] Voy. notamment A.-L. DURVIAUX et F. NAVEZ, « Marchés publics et paradigme concurrentiel : état du droit », *Cahiers de Science politique* [En ligne], Cahier n°13. Les autrices jugent ainsi qu'il est « *regrettable que le droit dérivé des marchés publics soit une occasion de réaffirmer l'empire du droit communautaire (principes généraux et libertés de circulation) sur des marchés non visés par celui-ci* ». On peut objecter à cela que le droit des marchés publics, lui, vise à appliquer les principes issus du Traité.

principes découlant du Traité, des *principes de la passation des marchés*, applicables aux marchés publics civils (1) ainsi qu'aux MDS (2).

1. La construction des principes de la passation dans les marchés publics civils

117. Les « *principes de passation des marchés* » apparaissent avec la directive 2004/18/CE. Ces principes prévoient que l'acheteur traite les opérateurs économiques « *sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence* »[180]. La formule[181] reprend les principes découlant du Traité mentionnés au considérant 2, à l'exclusion de l'exigence de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle (nonobstant leur opposabilité aux pouvoirs adjudicateurs, et ce pour l'ensemble des contrats publics[182]). Ce faisant, la directive adopte la jurisprudence de la Cour de justice.

118. L'égalité de traitement est une première pierre posée à l'édifice des principes directeurs des marchés publics, notamment dans une affaire *Commission contre Danemark*[183]. Alors que le gouvernement danois relevait que l'égalité de traitement n'était pas visée par la directive (71/305), la Commission la conçut au contraire comme la « *base* » de ladite directive (point 11). La Cour trancha en faveur de cette dernière, et releva que, malgré l'absence de mention expresse de l'égalité de traitement, son respect « *correspond à l'essence même de cette directive* (…) » (point 31). Dans l'affaire dite *des bus wallons*[184], la CJCE associe ensuite

[180] Directive 2004/18/CE, article 2.
[181] A-L. DURVIAUX (*op. cit.*) relève par ailleurs que *« pour les partisans de pareille solution, la précision est très certainement insuffisante, tandis que les opposants auront tout le loisir de regretter son insertion* » (p. 421). L'autrice regrette quant à elle le « *laconisme des directives* ».
[182] Dans un Livre vert sur les partenariats public-privé (COM (2004)327, 30 avril 2004, 23 p.), la Commission relève que les principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle sont applicables à « *tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers* » (p. 5), y compris pour les partenariats public-privé pour lesquels aucun régime spécifique n'est prévu par le droit dérivé. Ainsi, le Livre vert énonce-t-il cette considération sous l'angle du « *défi du marché intérieur : assurer le développement du PPP dans des conditions de concurrence effective et de clarté juridique* ».
[183] CJCE, 22 juin 1993, *Commission contre Danemark*, aff. C-243/89, Rec., 1993, p. I-3353.
[184] CJCE, 25 avril 1996, *Commission contre Belgique*, aff. C-87/94, Rec., 1996, p. I-2043.

l'égalité de traitement « *base de toute réglementation des procédures d'adjudication des marchés publics* » (point 1), et la « *transparence* » et la « *transparence de la procédure* »[185].

119. Le principe de transparence se détache ensuite de l'égalité de traitement, pour être associé au principe de non-discrimination, ce dernier impliquant, notamment, « *une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect* » [186]. Enfin, dans l'arrêt *Telaustria*[187], la Cour relève que les concessions, bien qu'exclues du champ d'application du droit dérivé des marchés publics, doivent néanmoins « *respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* » (point 60). Le juge explicite le contenu de l'obligation de transparence à la charge du pouvoir adjudicateur, laquelle « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* » (point 62)[188]. La transparence est centrale dans les principes directeurs au regards de ses vertus en lien avec les principes directeurs. Elle doit permettre aux acteurs l'accès à l'information leur permettant de faire jouer leur liberté d'accès, garantir l'égalité dans l'information, et promouvoir la transparence en tant que telle. Elle permet également de lutter contre les phénomènes de corruption et de favoritisme en les dissuadant *a priori* (ces phénomènes se développant dans l'opacité) et en les sanctionnant *a posteriori* (la transparence est aussi au profit des autorités de contrôle pour sanctionner).

120. S'il n'est pas une véritable surprise au regard de la jurisprudence qui la précède[189], l'arrêt *Telaustria* a pu être qualifié de « *matrice des principes européens en matière de contrats publics* », marquant un changement de nature des principes directeurs[190]. Le principe de non-

[185] La Cour relève que la comparaison des offres doit respecter « *tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence* » (point 54), tandis que la modification apportée aux offres initiales d'un seul soumissionnaire « *porte atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et nuit à la transparence de la procédure* » (point 56).
[186] CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S*, aff. 275/98, Rec. 1999, p. I-8291. (point 31)
[187] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98, Rec. 2000, p. I-10745.
[188] La décision *Telaustria* met en lumière deux caractéristiques des futurs *principes de passation des marchés : leur universalité* (la Cour souligne que la transparence est applicable, y compris aux contrats qui ne font pas l'objet d'un régime spécifique), ainsi que leur *proportionnalité* (puisque le degré de publicité doit être *adéquat* au contrat en cause).
[189] R. NOGUELLOU, « L'identification des principes : non-discrimination et transparence au fondement du droit européen des contrats », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118, p. 7.
[190] M. AMILHAT et S. de LA ROSA, « - Les vingt ans de l'arrêt Telaustria : retour sur un « grand » arrêt malgré lui ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt

discrimination, ainsi que l'obligation de transparence dont elle découle, « *sont de manière évidente au fondement du droit européen des contrats publics* ». Ces éléments confèrent ainsi un caractère « *essentiel* » à l'arrêt *Telaustria*, puisqu'il met en exergue le fait que le droit des contrats publics est « *irrigué par les mêmes principes fondamentaux* [que le droit de l'UE] *et contribue pleinement à la réalisation de la construction européenne* »[191].

121. L'adoption des directives marchés publics de 2014 apporte des modifications aux principes renommés « *principes de la passation de marchés* »[192], non sans une certaine rétrogradation dans leur place au sein des règles détaillées[193]. Est associée à ces principes l'interdiction faite aux acheteurs de concevoir un marché dans le but de limiter artificiellement la concurrence. En outre, la directive 2014/24/UE ajoute aux principes de la passation de marchés celui de proportionnalité[194], sans toutefois le faire pour la reconnaissance mutuelle.

122. En intégrant le droit dérivé des marchés publics (et des concessions, applicables ainsi à l'ensemble des contrats de la commande publique), les principes de la passation de marchés constituent une mise en œuvre précise des règles du Traité, lesquelles sont par définition très générales. Les principes directeurs sont quant à eux plus concrets et plus adaptés à la matière qu'ils encadrent. Cette intégration ne les rend que plus effectifs.

Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118, p. 3. Les auteurs ajoutent que « *La Cour procède dans l'arrêt à une montée en généralité majeure, qui change l'ampleur et la portée de ces principes. Il ne s'agit plus uniquement de principes techniques et sectoriels, applicables lors de la passation des marchés publics, mais de principes hissés dans la catégorie de normes fondamentales, placés au centre d'une branche sectorielle du droit du marché intérieur : le droit européen des contrats publics* ».

[191] R. NOGUELLOU, « L'identification des principes : non-discrimination et transparence au fondement du droit européen des contrats », *op. cit*.

[192] Dans le cas de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession, ces principes sont nommés « *principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence* ».

[193] Alors que les principes de passation des marchés de la directive 2004/18/CE font l'objet d'un article 2 (au sein d'un titre consacré aux *Définitions, champ d'application et principes généraux*), la directive 2014/24/UE les consacre à son article 18, au sein d'un chapitre consacré aux *Règles générales*.

[194] Une mesure ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ses objectifs. Pour une application du principe de proportionnalité en tant que principe de la passation, voy. notamment CJUE, 8 février 2018, *Lloyd's of London*, aff. C-144-17 (point 32). Si dans cet arrêt, la Cour s'appuie en définitive sur l'interprétation des seuls principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, la jurisprudence la plus récente démontre que la Cour n'hésite pas, à l'inverse, à s'appuyer sur le seul principe de proportionnalité en tant que principe de la passation un arrêt (voy. notamment CJUE, 8 décembre 2022, *BTA Baltic Insurance Company*, aff. C-769/21).

2. L'application des principes de la passation aux marchés de défense ou de sécurité

123. La directive 2009/81/CE applique la soumission des MDS aux principes du Traité ainsi qu'aux *principes de passation des marchés*[195] à son article 4. La disposition s'imbrique dans un agencement comparable à l'article 2 de la directive 2004/18/CE (Titre premier consacré aux *Définitions, Champ d'application et Principes généraux*). Les principes de passation des marchés (de défense ou de sécurité) ne se distinguent en aucune mesure des principes applicables aux marchés publics civils. L'absence de référence explicite à l'interdiction de restreindre artificiellement la concurrence, qui complète aujourd'hui desdits principes s'agissant des marchés publics civils, ne s'explique pas en raison du particularisme des MDS sur ce point. Cette différence s'explique par des raisons factuelles : la directive MDS s'inspire de la directive 2004/18/CE, laquelle a évolué par la suite en 2014, tandis que la directive 2009/81/CE demeure applicable en l'état.

124. En tout état de cause, l'article 4 de la directive 2009/81/CE se voit appliquer la jurisprudence selon laquelle, nonobstant l'absence de référence explicite à l'interdiction de restreindre artificiellement la concurrence, « *l'article 2 de la directive 2004/18/CE doit être lu à la lumière* […] *de son considérant 2, lequel prévoit une mise en concurrence effective des marchés publics, ainsi qu'à la lumière de la jurisprudence selon laquelle la concurrence effective et l'ouverture à la concurrence non faussée constituent des objectifs essentiels de la directive 2004/18 et notamment de son article 2, pour la poursuite desquels le droit de l'Union applique notamment le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ou des candidats et l'obligation de transparence qui en découle* »[196].

125. Cette application des principes de la passation de marchés confirme ainsi, d'une part, l'universalité desdits principes, applicables tant aux marchés publics civils qu'aux MDS, et, d'autre part, le fait que ces derniers font partie intégrante du droit des marchés publics. Le droit spécial des MDS doit être recherché dans les règles détaillées de la directive 2009/81/CE.

[195] Directive 2009/81/CE, article 4.
[196] Trib. UE, 10 novembre 2017, *Jema Energy SA*, aff. T-668/15 (point 91).

126. Les principes de la passation de marchés sont donc les principes directeurs des marchés publics, du point de vue du droit de l'UE. Or, ces derniers trouvent leur équivalent en droit interne qui permettent au droit des marchés publics de remplir sa fonction : faire de la commande publique un marché concurrentiel.

B. Droit français : les principes fondamentaux de la commande publique

127. En droit français, la diffusion des principes directeurs dans le droit des marchés publics est plus ancienne. Elle remonte au début des années 2000, avec le code des marchés publics de 2001, confirmée et réagencée par le code de la commande publique (1), lequel les applique également aux MDS (2).

1. La confirmation des principes fondamentaux de la commande publique

128. Avant l'adoption du code de la commande publique[197], le code des marchés publics de 2006 apporte une modification symbolique dans la formulation des principes fondamentaux de la commande publique, par rapport au code de 2001[198] et à la suite de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il rattache ainsi formellement lesdits principes à l'efficacité de la commande publique et à la bonne utilisation des deniers publics, puisque les premiers

[197] Sur l'adoption du code de la commande publique, voy. le dossier de l'AJDA « Enfin, le code de la commande publique » (2019, p. 375), et notamment F. BRENET, « La codification des textes « épars » du droit de la commande publique », *AJDA*, 2019, p. 389. Sur l'application des principes fondamentaux de la commande publique dans le code de la commande publique, voy. C. FRACKOWIAK, « Des ordonnances de transposition au code de la commande publique », *AJDA*, 2019, p. 395.

[198] Dans le code des marchés publics de 2001, l'article 1er fait apparaitre un lien moins « direct » que le code des marchés publics de 2006, en faisant suivre les objectifs d'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics après les principes fondamentaux de la commande publique, sans pour autant préciser que ces derniers « *mettent en œuvre* » ou « *permettent d'assurer* » les objectifs susmentionnés.

permettent d'assurer ces objectifs[199]. Ce lien sera ensuite repris dans l'ordonnance du 23 juillet 2015[200].

129. Le code de la commande publique procède à un réagencement des principes fondamentaux de la commande publique. Initialement, l'avant-projet les dupliquait pour les marchés publics (article L. 2100-3) et les concessions (art. L. 3100-2), subissant ainsi la *summa divisio* entre les deux types de contrats de la commande publique. Une telle duplication était pourtant incohérente avec la notion-même de commande publique, et, plus spécifiquement avec l'universalité des principes fondamentaux de la commande publique[201]. Ce titre préliminaire, ajouté au projet initial par le Conseil d'État, donne de l'unité à l'ensemble et renforce la légitimité de la notion même de commande publique en lui offrant des règles communes minimales et fondamentales. Parmi elles, les principes directeurs sont inscrits dès l'article L. 3 du code de la commande publique, juste après la disposition relative au libre choix du mode de gestion qui permettent de ne pas passer un contrat de la commande publique (article L. 1) et celle qui donne la définition de ces contrats (article L. 2). Cette place de choix souligne l'importance de ces principes qui apparaissent au premier rang des règles de fond applicables aux contrats de la commande publique.

130. Le code de la commande publique apporte également une modification dans la formulation des principes fondamentaux, distinguant le principe d'égalité de traitement des candidats. Les acheteurs (et autorités concédantes) *respectent* le principe d'égalité et *mettent en œuvre* les libertés d'accès et de transparence des procédures[202], de sorte que ces derniers seraient des « *principes moins généraux* »[203]. La doctrine s'est largement interrogée sur cette nouvelle

[199] En outre, le code des marchés publics de 2006 ne rattache plus les objectifs d'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics à des obligations minimales (définition préalable des besoins, respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et choix de l'offre économiquement la plus avantageuse).
[200] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *op. cit*.
[201] Comme relevé par O. GUÉZOU (*op. cit*., III.110.3.2), lequel écrit : « *Outre les répétitions ainsi induites, cette présentation limitait la portée de ces principes et semblait assez fragile au regard d'un courant jurisprudentiel favorable à l'universalité de ces principes* ».
[202] Dans le cas des principes de la passation de marchés, il ne semble pas y avoir de hiérarchie implicite ou explicite : l'acheteur *traite* les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination, et *agit* d'une manière transparente et proportionnée.
[203] O. GUÉZOU, *op. cit*. L'auteur souligne cette nouvelle formulation, jugeant que « *nettement, pour ces principes* [de liberté d'accès et de transparence des procédures] *les termes employés induisent une volonté de souligner une différence avec le principe d'égalité* ».

architecture des principes fondamentaux : si certains auteurs en relativisent les conséquences[204], d'autres y voient une autonomisation du principe d'égalité[205], une prééminence[206], voire une consécration en tant que « *principe directeur du droit de la commande publique* »[207]. À tout le moins, ce nouvel agencement peut surprendre[208], et nécessite de rester attentif sur le sens et la portée que lui donnera la jurisprudence[209].

131. Enfin, le code de la commande publique reprend une formulation qui avait été abandonnée par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Cette dernière avait supprimé la mention du code des marchés publics selon laquelle les *obligations* (expression désignant les principes fondamentaux et leurs objectifs[210]) « *sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par*

---

[204] M. AMILHAT, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de code de la commande publique : une copie à revoir ? », *AJDA*, 2019, p. 793. L'auteur relève deux raisons qui laissent à penser que ce nouvel agencement n'aura pas de conséquences particulières. En premier lieu, la codification a été effectuée à droit constant, de sorte que « *le découpage devrait donc, en toute logique, s'analyser comme un simple changement de forme et non comme un changement de fond* ». En second lieu, l'auteur s'appuie sur l'origine européenne des principes fondamentaux de la commande publique, de sorte que, « *que ce soit avec l'ancienne formulation ou la nouvelle, le code ne peut pas limiter la portée de principes qui sont directement issus des règles fixées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).* ».

[205] H. HOEPFFNER et P. TERNEYRE, « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA*, 2019, p. 206. Voy. également G. ECKERT, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *Contrats et Marchés publics*, 2019, repère 1.

[206] E. MULLER, « Les ambitions raisonnées du code de la commande publique », *Droit administratif,* 2019, n°6, étude 9. L'auteur s'interroge sur ce changement, notamment parce que les principes fondamentaux de la commande publique « *étaient jusqu'ici invoqués et appliqués de façon assez indistincte, de sorte que la portée réelle de ce changement dans une codification à droit constant reste très incertaine* ».

[207] P. BOURDON, « Le code de la commande publique : une codification à droit quasi constant », *AJDA*, 2020, p. 149. L'auteur est moins nuancé sur la portée de la modification de l'agencement des principes fondamentaux. Il y voit la consécration du principe d'égalité comme « *principe directeur du droit de la commande publique* », de sorte que « *Désormais, le juge administratif devrait se fonder sur le seul principe d'égalité pour ériger des règles nouvelles, comme il a pu le faire par le passé en s'appuyant sur le triptyque liberté/égalité/transparence* ».

[208] M. UBAUD-BERGERON, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *RFDA*, 2019, p.219. L'autrice voit dans l'agencement des principes fondamentaux « *une différence qui peut surprendre* », et s'interroge « *sur la portée de cette différenciation entre le principe d'égalité et les autres principes, sans qu'il soit évident de saisir la différence substantielle entre le respect d'un principe et sa mise en œuvre* ».

[209] G. ECKERT, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *op. cit.* et M. AMILHAT, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de code de la commande publique : une copie à revoir ? », *op. cit*.

[210] En réalité, ces obligations renvoient davantage aux obligations qu'exigent les principes fondamentaux, que le code des marchés publics a un temps (2001-2004) explicitées : une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 1-I, alinéa 2 du CMP de 2004). Nuance, toutefois, dans le code de 2001 : ces obligations étaient, non pas directement associées aux principes fondamentaux, mais à leurs objectifs qu'elles permettaient d'assurer (article 1-I, alinéa 3).

le présent code ». Dans le code de la commande publique, les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures sont mis en œuvre « *dans les conditions définies dans le présent code* »[211].

2. L'application des principes fondamentaux aux marchés de défense ou de sécurité

132. En tant que marché public, et donc comme contrat de la commande publique, les MDS se voient appliquer les principes fondamentaux de la commande publique, à l'instar des principes de la passation répliqués dans la directive 2009/81/CE. Avant la transposition de cette dernière en droit interne, l'application des principes fondamentaux aux MDS n'était toutefois pas clairement établie.

133. Ainsi, si le « décret défense » du 7 janvier 2004, ne fait pas mention expresse des principes fondamentaux de la commande publique, il doit être lu en parallèle du code des marchés publics. En effet, le décret défense est une application de l'article 4 du code des marchés publics. Il recense les dispositions particulières, en complément dudit code : les principes fondamentaux de la commande publique sont donc en toute logique applicables[212]. Néanmoins, l'articulation des règles susmentionnées (en plus d'isoler certains des marchés publics de défense du droit des marchés publics) ne confère pas aux principes fondamentaux leur « *place majestueuse* » [213] dans le contexte de ces marchés. Avec l'intégration des MPDS dans le Livre III du code des marchés publics[214], les principes fondamentaux sont applicables par renvoi, non plus à un texte extérieur, mais au sein du même corpus (article 177-I renvoyant à l'article 1er).

---

[211] Le glissement sémantique (« *conformément aux règles fixées* » dans le CMP et « *dans les conditions définies* » du code de la commande publique) est notable. La première proposition semblait davantage renvoyer aux règles détaillées (fixées) du code des marchés publics, avec le risque de minimiser l'universalité des principes fondamentaux. La notion de condition, plus large, est, de ce point de vue satisfaisante (d'autant que le code de la commande publique a un champ d'application plus large).
[212] Voy. notamment C. CHARDIGNY, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruylant, 2013, p. 55. L'autrice relève qu' « *en tout état de cause, lorsque le décret défense ne comporte pas de dispositions particulières, ce sont celles du code général qui s'appliquent* » (dont les principes fondamentaux).
[213] O. GUÉZOU, *op. cit*.
[214] Par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité, JORF n°0214 du 15 septembre 2011.

134. Le code de la commande publique confirme l'option prise par l'ordonnance du 23 juillet 2015, en mutualisant les principes fondamentaux pour l'ensemble des marchés publics, civils et de défense ou de sécurité. Le choix de recourir à un titre préliminaire évite ainsi de recourir inutilement à un renvoi aux dispositions générales, contre-productif au regard de la dimension universelle des principes fondamentaux de la commande publique. Ce faisant, la « *place majestueuse* » conférée auxdits principes « *profite* » aux MDS. Toutefois, pour ces contrats, en plus de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics, un objectif supplémentaire est assigné aux principes fondamentaux, le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE)[215]. Cette spécificité, prévue à l'article L. 1113-1 du code, constitue (avec sa réplique pour les concessions, à l'article L. 1122-1) l'unique référence aux principes fondamentaux qui soit extérieure à l'article L.3.

135. Dès le stade des principes directeurs, lesquels irriguent l'ensemble du droit de la commande publique, les MDS connaissent une particularité. Ces principes sont les mêmes que les autres contrats de la commande publique, mais ils sont associés à un objectif supplémentaire qui révèle particulièrement que ce ne sont pas des contrats de la commande publique comme les autres. Ce point révèle par ailleurs les principes directeurs peuvent se parer d'objectifs adaptés et spécifiques à un secteur donné pour mieux les intégrer.

136. Conclusion sous-section 1. Les modalités d'émergence des principes directeurs en droit de l'UE et en droit français permettent ainsi de placer le libre jeu de la concurrence au niveau des sources primaires, et de le diffuser sur l'ensemble du droit d'application. Ce ruissellement est nécessaire, car il assoit l'universalité des principes directeurs et structure le droit spécial. La source fondamentale des principes directeurs et leur déclinaison dans le droit spécial s'apportent mutuellement, chacune compensant les limites de l'autre[216]. La première

[215] Cf. *infra* §256 et s.

[216] O. GUÉZOU, « Mise en concurrence et principes fondamentaux », *op. cit*. L'auteur souligne que « *Pour ne pas s'assécher, le droit des marchés publics a besoin d'être irrigué par des principes fondamentaux. Sans eux, le droit des marchés publics courrait le risque de n'être qu'une réglementation purement technique, sans âme et, ce qui est peut-être encore plus grave, sans logique ni esprit. ». Inversement, « En raison de nature économique et de son ancrage dans la réalité, l'obligation de mise en concurrence ne peut se contenter d'un principe général. Elle ne peut rester abstraite et doit prendre chair, être structurée, incarnée dans des règles détaillées* ». De la même façon, voy. R. NOGUELLOU, « L'identification des principes : non-discrimination et transparence au fondement du droit européen

fixe un cap au second, lui offrant une direction, des logiques à respecter des objectifs à atteindre, alors que le second permet à la première de se concrétiser, d'exister matériellement et de s'adapter à la diversité des circonstances. L'application des principes directeurs se trouve ainsi universelle, avec un potentiel d'adaptation par l'intermédiaire du droit spécial. Cette universalité se retrouve par ailleurs dans les modalités de mise en œuvre des principes directeurs par le droit spécial.

Sous-section 2. Les modalités de mise en œuvre des principes directeurs

137. Par leur nature, les principes directeurs ont vocation à être mis en œuvre en toute hypothèse, dans des modalités propres à chaque marché (en fonction de son objet, des parties, etc.). Cette *universalité*, issue des conditions d'émergence des principes directeurs, leur confère en ce sens une « *fonction supplétive* »[217], c'est-à-dire qu'ils ont vocation à éviter les zones sans règles. S'ils ne visent pas à remplacer la technicité et la précision des règles détaillées, les principes directeurs sont un référentiel qui peut certes faire l'objet de variations dans son application, mais qui ne saurait s'effacer en totalité. Ce faisant, deux modalités de mise en œuvre peuvent être distinguées. Les principes directeurs sont en effet tout autant des principes applicables même sans texte (I) que des principes appliqués par les textes (II).

I. Des principes applicables sans texte

138. Les principes fondamentaux sont applicables à tous les contrats de la commande publique, y compris lorsque le droit ne détaille pas de règles qui les mettent en œuvre, de façon supplétive. Cette application « *même sans texte* » se rencontre dans certains cas de figure (A), et suppose la mise en œuvre d'obligations minimales (B).

---

des contrats », *op. cit*. L'autrice relève que « *Les principes européens sont ainsi venus compléter les dispositions des directives lorsque celles-ci ont pu paraître insuffisantes ou incomplètes.* »

[217] Sur la fonction supplétive des principes fondamentaux de la commande publique, voy. M.-C. BONTRON, *op. cit.,* p. 82-112.

A. Les hypothèses d'application sans texte

139. Les cas de figure dans lesquels les principes fondamentaux s'appliquent en l'absence de règles détaillées se rencontrent selon qu'il s'agit d'une hypothèse intéressant le droit de l'UE (1) ou le droit français (2).

1. Droit de l'Union européenne : l'application des principes du Traité en présence d'un intérêt transfrontalier certain

140. Les principes directeurs sont applicables malgré le fait que l'objet d'un marché ou son montant l'exclue des règles détaillées. L'arrêt *Telaustria* a ainsi été rendu au sujet d'une concession de service public, pourtant exclue « *au stade actuel du droit communautaire* », du champ d'application des directives concernées. La Cour de justice réitère cette application sans texte à propos d'une concession. Elle relève qu'en l'absence d'une réglementation pour ces contrats, « *c'est à la lumière droit primaire, et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le traité et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le traité que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions* »[218], sans distinguer alors de règle du Traité en particulier. La circonstance que l'arrêt *Telaustria* consacre des « *principes applicables même sans texte* » est d'ailleurs ce qui a fait sa « *célébrité* »[219].

141. Par ailleurs, un acheteur est tenu de respecter les règles fondamentales du Traité, nonobstant le fait que le marché en cause ait une valeur inférieure aux seuils déclenchant les obligations de publicité et de mise en concurrence[220]. Conformément à la logique générale du

[218] CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, Rec., 2005, p. I-7287 (point 16).
[219] E. MULLER, « L'extension des principes : un enrichissement par de nouveaux principes ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118. L'auteur attribue les mêmes raisons de célébrité à la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 (DC n°2003-473, *op. cit*.).
[220] CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaard*, aff. C-59/00, Rec., 2001, p. I-9505 (points 20 et s.).

droit de l'UE, la présence d'un *intérêt transfrontalier certain*[221] conditionne l'application de ces règles aux marchés d'un faible montant[222]. Cet intérêt, qui n'est qu'une déclinaison de la notion d'affaires relevant du droit de l'UE, suppose que le commerce entre les États membres soit affecté. Il est déterminé par « *certains critères objectifs* »[223] liées aux circonstances de l'opération en cause : notamment les « *caractéristiques particulières du secteur en cause* »[224], ou encore le lieu d'exécution[225]. La notion d'*intérêt transfrontalier certain* est en cela *économique*[226] : parce l'opération présentant un tel intérêt a des effets sur le marché économique (au niveau de l'UE), elle déclenche l'application des principes directeurs. La notion d'intérêt transfrontalier certain apparait ainsi comme une limite à l'application des principes directeurs, en particulier le principe de transparence[227].

142. Par ailleurs, la Cour de justice se fonde sur les règles et principes du Traité répliqués en tant que principe de la passation de marchés[228] (à l'exception de l'exigence de proportionnalité, confirmant qu'il s'agit d'un principe qui s'apprécie indépendamment des

[221] La directive 2014/24/UE évoque autrement (à propos de *certaines catégories de services*) leur « *dimension transnationale limitée* » (considérant 114).
[222] Voy. notamment CJCE, 13 novembre 2007, *Commission contre Irlande*, aff. C-507/03, Rec., 2007, p. I-9777.
[223] Une formulation employée à plusieurs reprises par la Cour de justice : voy. notamment CJUE, 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, aff. C-278/14 (point 16).
[224] Commission européenne, Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », 2006/C 179/02, 1er août 2006, p. 2.
[225] C'est notamment le cas des marchés dont le lieu d'exécution se situe dans des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'États membres différents. Dans de telles circonstances, « *même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain* » (voy. notamment CJUE, 15 mai 2008, *SECAP et Santorso*, aff. C-147-06, Rec., 2008, p. I-3565, point 31).
[226] Dans sa communication (*op. cit.*), la Commission européenne identifie l'intérêt transfrontalier dans une section consacrée à la « *pertinence pour le marché intérieur* » (lequel repose sur la concurrence).
[227] H. HOEPFFNER, « Le champ d'application des principes : des principes transversaux ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118. L'autrice relève que l'intérêt transfrontalier certain, « *facteur de rattachement à un État distinct de l'État d'origine* », est une « *limite essentielle* » au principe européen de transparence, lequel est exclusif des contrats « *qui instaureraient une relation contractuelle « purement interne », ne donnant naissance qu'à des flux économiques cantonnés à un territoire national* ».
[228] Voy. notamment CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança*, aff. C-95/10, Rec. 2011, p. I-1865. Ainsi, la Cour précise-t-elle que « *de tels marchés lorsqu'ils présentent un intérêt transfrontalier certain, sont soumis aux principes généraux de transparence et d'égalité de traitement découlant des articles 49 TFUE et 56 TFUE* » (point 35). C'est aujourd'hui la formulation la plus employée de la Cour lorsqu'il s'agit de mesurer l'intérêt transfrontalier certain d'un marché exclu des directives (voy. notamment CJUE, 14 juillet 2022, *ASADE*, aff. C-436/20, point 49).

autres principes de la passation de marchés[229]). Ce faisant, cette jurisprudence corrobore le fait que les principes de la passation de marchés ne s'appliquent pas dans le cadre d'une application sans texte, celle-ci demeurant l'apanage du Traité.

2. Droit français : l'application universelle des principes fondamentaux de la commande publique

143. Les principes fondamentaux de la commande publique sont mis en œuvre de façon universelle. Cette universalité a pour conséquence l'application desdits principes à travers des règles concrètes, y compris en l'absence de texte[230], tant pour les marchés publics civils (a) que les MDS (b).

a. L'application aux marchés publics civils

144. L'universalité des principes fondamentaux de la commande publique en droit français complète, d'une certaine façon, celles des principes du Traité pour les situations régies par le droit de l'UE. Là où ce dernier prévoit une application des principes du Traité aux contrats d'un montant inférieur en présence d'un intérêt transfrontalier certain, le code des marchés publics de 2001 (après réception la jurisprudence de la Cour de justice) prévoit que les principes de l'article 1er s'appliquent « *quel que soit le montant* ». Dans le prolongement de la Cour de justice, le Conseil d'État applique la jurisprudence *Telaustria* aux concessions d'autoroute, pourtant hors code[231].

---

[229] Le principe de proportionnalité pourrait en ce sens constituer un principe secondaire. Voy. notamment M. AMILHAT, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de code de la commande publique : une copie à revoir ? », *op. cit*. L'auteur, critiquant l'oubli des principes de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité dans les principes fondamentaux de la commande publique, écrit : « *il s'agit, a minima, de principes secondaires qui complètent les principes de la liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures.* ».

[230] M. MORALES, « La valeur des principes : une hiérarchie existe-t-elle ? », *op. cit*. L'auteur écrit en ce sens : « *Le propre des principes fondamentaux de la commande publique est de s'appliquer partout, même sans texte* ».

[231] CE, avis, 16 mai 2002, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement*, n° 366305. La Haute juridiction fait une référence explicite à l'arrêt *Telaustria* et l'applique aux sociétés concessionnaires d'autoroute lesquelles « *ne peuvent donc sélectionner les entreprises prestataires de service public sur les aires d'autoroutes, qu'après avoir mis en œuvre un « degré de publicité adéquat » permettant un appel à la concurrence et tenant compte des caractéristiques particulières de chaque contrat.* ».

145. Avec davantage d'autonomie par rapport à ladite jurisprudence, l'avis du Conseil d'État du 29 juillet 2002[232] affirme l'universalité même sans texte des *principes généraux de la commande publique*. Dans cet avis, la Haute juridiction considère que les marchés passés sans formalité préalable entrent dans le champ d'application du code « *au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure* », et sont par conséquent soumis aux principes généraux de l'article 1er du code. La jurisprudence administrative poursuit cette logique, et l'étend aux marchés publics de services qui ne figurent pas dans le code des marchés publics[233], aux MAPA[234], ou encore aux délégations de service public[235].

146. La place qu'accorde le code de la commande publique aux principes fondamentaux de la commande publique confirme leur application aux marchés faisant auparavant l'objet d'« *exclusions* » (article 3 du code des marchés publics). Ces marchés figurent au nombre des *autres marchés*, et sont par conséquent soumis au titre préliminaire du code. L'ensemble de ces « *exclusions* » fait l'objet d'une application des principes fondamentaux de la commande publique[236]. L'agencement du code de la commande publique confirme du reste la jurisprudence du Conseil d'État en matière de marchés exclus soumis auxdits principes[237].

b. L'application aux marchés de défense ou de sécurité

147. Les MDS ne font pas exception : les exclusions des articles 180 à 184 du code des marchés publics, propres aux MDS, sont désormais des « *autres marchés* » au sens du code de la commande publique. Le juge administratif leur applique en conséquence les principes

[232] CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin* (*op. cit.*).
[233] CE, 23 février 2005, *ATMMP*, n° 264712, publié au *Lebon*. Le Conseil d'État reprend à son compte la fiction juridique du Conseil constitutionnel selon laquelle les principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique sont *rappelés* par l'article 1er du code des marchés publics.
[234] CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, publié au *Lebon* ; S. BRACONNIER, « Transparence dans la passation des marchés à procédure adaptée », *RDI*, 2009, p. 242.
[235] CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, publié au *Lebon*.
[236] Sur l'exception *in house*, voy. les articles du Colloque « L'exception in house, 20 ans après l'arrêt Teckal » (sous la dir. de M. KARPENSCHIF et C. ROUX), *JCP A* 2020, études 2197 à 2208 ; voy. également R. NOGUELLOU, « L'identification des principes : non-discrimination et transparence au fondement du droit européen des contrats », *Lamy de la Concurrence*, 2022, n°118.
[237] CE, 5 février 2018, *CNES et a.*, n° 4414846, tables au *Lebon*.

fondamentaux[238]. En pratique, les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures ne trouvent *a priori* pas à s'appliquer en cas de recours au Livre V, en raison de l'absence de publicité et de mise en concurrence (en particulier lorsque des intérêts essentiels de sécurité sont en jeu). En revanche, l'acheteur doit garantir l'égalité de traitement des candidats qu'il aura sélectionnés.

148. Dans un jugement du 14 octobre 2022[239], le TA de Toulon confirme cette application à un « autre » marché de défense ou de sécurité. En l'espèce, le ministère des armées a lancé une procédure d'attribution d'un marché de maintien en conditions opérationnelles (MCO)[240] de frégates et d'installations armes-équipements transverses, et a fait le choix de recourir à une mise en concurrence, nonobstant la circonstance que le marché relevait de l'article L. 2515-1-3°. Le TA juge que « *les marchés passés selon la procédure définie au Livre V du code de la commande publique, et plus précisément à l'article L. 2515-1 dudit code, restent soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique* ». L'universalité desdits principes ne cède pas même face aux MDS relevant de l'article L. 2515-1-3° du code (lequel reprend la dérogation de l'article 346 TFUE[241]). Ainsi, s'agissant du premier grief de la société requérante, c'est-à-dire la divulgation par l'acheteur d'informations relatives à l'offre de cette dernière, le juge administratif relève qu' « *il appartient à la personne publique d'apprécier si cette divulgation peut être regardée comme étant de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre les candidats*. ». Or, le TA considère que la communication des informations « *était nécessaire pour assurer une participation égale*

[238] La Commission européenne note d'ailleurs que « *Les marchés qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive [2009/81/CE] peuvent néanmoins être soumis aux règles et aux principes énoncés dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (…) *Il n'existe toutefois pas de jurisprudence de la Cour précisant dans quelle mesure les règles et principes du TFUE peuvent s'appliquer aux marchés exclus en vertu de l'article 13, point f) de la directive* [c'est-à-dire les marchés gré à gré] » (Commission européenne, Orientations relatives à la passation de marchés de gouvernement à gouvernement dans les domaines de la défense et de la sécurité [article 13, point f), de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil], communication, 2016/C 450/01), 2 décembre 2016, p. 3).

[239] TA Toulon, 14 octobre 2022, n° 2202630 ; comm. M. UBAUD-BERGERON, « Passation des marchés de défense et de sécurité : le cas des « autres marchés » », *Contrats et marchés publics*, n°1, 2023. Pour une solution analogue dans le cas d'un marché public civil passé en Livre V en raison de la présence d'intérêts essentiels de sécurité, voy.

[240] Sur la notion de MCO, cf. *infra* §1303.

[241] Cf. *infra* §513 et s.

de ces derniers à la mise en concurrence », de sorte que la divulgation doit « *être regardée comme ayant été de nature à garantir une stricte égalité entre les candidats* »[242].

B. Contenu : l'application d'obligations minimales

149. Pour concrétiser l'application même sans texte des principes directeurs, des obligations minimales doivent être respectées, qui reposent fondamentalement sur l'information appropriée des opérateurs économiques (1), selon des modalités elles-mêmes appropriées (2).

1. Des obligations déterminées par l'exigence de l'information appropriée des opérateurs économiques

150. Il n'est pas aisé de déterminer les « *implications concrètes* »[243] de l'application des principes directeurs. Si elle est symboliquement l'acte de naissance de l'universalité de ces principes, la jurisprudence *Telaustria* donne des éléments de réponse relativement généraux. En renvoyant au respect de l'obligation de transparence, consistant en la garantie d'un *degré de publicité adéquat* et un *contrôle de l'impartialité des procédures*, les principes directeurs sont ainsi mis en œuvre par des obligations qui demeurent relativement abstraites.

151. À tout le moins, la transparence, qui n'exige pas nécessairement une obligation de procéder à un appel d'offres, doit permettre aux opérateurs économiques (y compris extranationaux) d'avoir accès aux « *informations adéquates* »[244] relatives au contrat en cause (même s'il est exclu des directives en raison de son objet[245]). Si l'application même sans texte

[242] Le TA reconnait néanmoins que la communication litigieuse ait pu se faire en violation des droits de propriété intellectuelle de la société requérante.
[243] F. MELLERAY et R. NOGUELLOU, « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA*, 2019, p. 381.
[244] CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, *op. cit.* (point 21).
[245] S'agissant d'un marché public exclu du champ d'application des directives en raison de son montant, le rapport aux règles détaillées semble plus ténu. La Cour de justice a pu déterminer, à propos d'un marché public de travaux ainsi exclu, demeurait soumis notamment aux principes directeurs, que la libre circulation des marchandises s'oppose à ce que « *le pouvoir adjudicateur introduise, dans le cahier des*

des principes directeurs ne suppose pas d'appliquer les règles détaillées des directives, elle n'admet pas, en revanche, l'absence totale de mise en concurrence[246].

152. En droit interne, la réception de la jurisprudence *Telaustria* par le juge administratif a permis d'enrichir sa jurisprudence de précisions bienvenues sur le contenu des obligations minimales, en particulier sur la notion d' « *information appropriée* » des candidats. Cette dernière se focalise sur les critères de sélection, et, surtout, d'attribution. Ainsi, les principes fondamentaux de la commande publique requièrent, dès l'engagement de la procédure de passation, une « *information appropriée des candidats sur les critères d'attribution* »[247]. Si l'acheteur souhaite recourir à plusieurs critères, l'information appropriée couvre également les conditions de mise en œuvre de ces critères.

153. De même, si le nombre de candidats est limité, l'information appropriée concerne les critères de sélection et les documents sur la base desquels l'acheteur opère une sélection, ainsi que les niveaux minimaux s'ils existent. En revanche, l'acheteur n'est pas tenu d'indiquer les conditions de mise en œuvre des critères de sélection[248]. Le juge administratif étend l'information appropriée aux conditions de mise en œuvre d'éventuels sous-critères de sélection des offres, « *dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection* »[249].

154. Le juge administratif contrôle avec une certaine exigence le caractère approprié, c'est-à-dire *suffisamment précis*, de l'information communiquée. Ainsi, le simple rappel des dispositions de la réglementation applicable, en guise d'information des candidats, n'est pas

---

charges relatif audit marché, une clause exigeant, pour l'exécution de ce marché, l'utilisation d'un produit de marque déterminée, sans ajouter la mention «ou équivalent» » (CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaar, op. cit*., point 24).

[246] CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. 2005, p. I-8585 (point 50). Dans ses conclusions, l'avocat général J. KOKOTT écrit que la transparence « *ne signifie nullement qu'il faudrait appliquer une procédure comparable en tout point à celle des directives en matière de marchés publics* » (point 37), citant ensuite la jurisprudence *Telaustria*.

[247] CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, *op. cit.*

[248] Sur l'information appropriée des critères de sélection, voy. CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, publié au *Lebon*.

[249] CE, 5 février 2018, *CNES et a.* (*op. cit.*).

satisfaisant[250]. Appliquant, non sans originalité[251], les principes fondamentaux à des marchés publics exclus parce que passés et exécutés à l'étranger, le Conseil d'État limite toutefois l'information appropriée des candidats en ce que cette dernière n'impose pas à l'acheteur « *ni d'indiquer aux candidats évincés les motifs du rejet de leurs offres ni de respecter un délai raisonnable entre la notification de ce rejet et la conclusion du contrat* ».

155. L'information appropriée ne saurait conduire l'acheteur à appliquer des règles d'un niveau de détail assimilable aux règles formalisées du code de la commande publique. Son rôle n'est pas le plus aisé. D'ordinaire guidé par les règles formalisées du droit de la commande publique, il doit être, lui-même, garant de ce qu'exige le respect des principes fondamentaux, « *face à une procédure indéterminée* » [252]. Pour parvenir à la déterminer, l'acheteur doit s'appuyer sur les contours du contrat en cause.

2. Les modalités de mise en œuvre appropriées au marché

156. Dans le prolongement du caractère *adéquat* du degré de publicité de la jurisprudence *Telaustria*, le juge administratif contraint l'acheteur à une obligation d'information appropriée des candidats « *selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* »[253]. Cette formulation n'est pas sans rappeler la liberté « *en trompe-l'œil* »[254] de l'acheteur lorsqu'il détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence en cas de recours à une procédure adaptée. Celles-ci doivent être *appropriées* aux « *caractéristiques* [du] *marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé* »,

[250] CE, 15 décembre 2017, *Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion*, n°413193, tables du *Lebon*.
[251] CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n°357976, *Lebon*. M.-C. BOUTRON (*op. cit.*) voit dans « *l'extraterritorialité commune des principes de la commande publique » une « réception originale de la fonction supplétive* » (p. 98).
[252] F. MELLERAY et R. NOGUELLOU (*op. cit.*). Une telle assimilation reviendrait à concrétiser le risque que « *par crainte de ne pas faire assez, les acheteurs publics se soumettent à des règles quasi identiques à celles prévues pour les contrats soumis à des procédures formalisées* ». Les auteurs relèvent en outre que « *la jurisprudence a tendance à rapprocher fortement les obligations pesant sur les contrats soumis aux seuls principes généraux de celles applicables aux contrats soumis aux dispositions textuelles* ».
[253] CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE* (*op. cit.*).
[254] J.-D. DREYFUS, « Marchés à procédure adaptée : liberté en trompe-l'œil pour les personnes publiques en matière de publicité », *AJDA*, 2005, p. 2128.

étant entendu que « *ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux* [de la commande publique] *qui s'imposent à* [l'acheteur] »[255]. Ainsi, sans que le code de la commande publique ne le mentionne expressément parmi les principes fondamentaux, une forme de *proportionnalité* se retrouve dans la mise en œuvre de ces derniers[256]. Par ailleurs, cette proportionnalité semble également être un moyen de garantir l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics[257], dans la mesure où elle consiste à éviter une autocontrainte excessive de l'acheteur (laquelle serait, précisément, inefficace et constituerait un surcoût administratif et financier pour l'acheteur).

157. Ces modalités de mise en œuvre mettent en exergue la circonstance que les principes directeurs, que ce soit en droit interne ou dans le cadre d'une situation régie par le droit de l'UE, ont une certaine *flexibilité*. Si leur respect contraint l'acheteur, leur capacité d'adaptation, intrinsèque, suppose une proportionnalité de cette contrainte au regard de la situation en cause. De ce point de vue, l'universalité est autant synonyme d'application constante que d'adaptabilité constante, conférant aux principes directeurs leur richesse[258].

158. Ainsi, il ne faudrait pas que le juge se montre plus exigeant que ne le nécessite le respect desdits principes [259]. Dans l'hypothèse d'une application sans texte, l'exigence de respect des principes directeurs présente le risque de l'autocontrainte de l'acheteur[260], notamment par peur du risque pénal. En effet, le délit de favoritisme est constitué par la simple

---

[255] CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n°278732, *Lebon*.
[256] En cela, la proportionnalité apparait comme un *principe fondamental implicite*. L'adoption du code de la commande publique aurait pu néanmoins être l'occasion de le formuler explicitement. M. AMILHAT (*op. cit.*) y voit un « *manque d'ambition* », « *confirmé par l'absence du principe d'impartialité, autre oublié de la codification* ».
[257] Cf. *infra* §228 et s.
[258] En ce sens, O. GUÉZOU (« Mise en concurrence et principes fondamentaux », *op. cit.*) écrit : « *Pour autant – et c'est aussi la richesse de ces principes – le degré d'obligation qu'ils imposent doit rester proportionné à chaque situation et ils n'auront évidemment pas le même impact quelle que soit la procédure applicable* ».
[259] F. MELLERAY et R. NOGUELLOU (*op. cit.*) : « *Peut-être faudrait-il que la jurisprudence se montre plus souple sur les conséquences concrètes à tirer de l'application de ces principes généraux et n'aille pas au-delà de l'obligation de publicité adéquate* ».
[260] Voy. à propos de l'exemple italien : S. TORICCELI, « - Une réflexion sur le principe de concurrence dans le système italien, à partir de Teleaustria », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118, p. 46. L'auteur évoque le « *renoncement à la flexibilité que le droit européen autorise en matière de concessions* », lequel repose notamment sur « *une adhésion à l'idée qu'il faut prévenir tout risque d'entrave à la concurrence, même en acceptant que cela puisse créer des contraintes fortes pour l'administration au point de pénaliser son efficacité* ».

violation des principes fondamentaux de la commande publique. Ainsi, sous l'empire du code des marchés publics de 2001, le juge pénal a affirmé que la méconnaissance de son article 1er « *s'applique à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, et entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal* »[261]. Cela pourrait inciter l'acheteur à se protéger derrière l'effet « parapluie » du droit de la commande publique, consistant pour ce dernier à s'imposer des contraintes excessives pour parer le risque pénal. Dans le même temps, la pratique des acheteurs, lesquels sont plongés dans l'incertitude[262], doit s'accommoder de ces hypothèses de liberté contrainte que sont les contrats situés en dehors des sentiers réglementés, mais soumis au respect des principes directeurs.

II. Des principes appliqués par les textes

159. Les principes directeurs irriguent l'ensemble de la réglementation applicable aux contrats de la commande publique, notamment les marchés publics. Dans cette construction, ces principes se concrétisent par les règles détaillées. Si la métaphore du ruissellement est, d'une certaine façon, artificielle[263], elle a néanmoins le mérite de mettre en exergue les

[261] Cass. crim., 14 février 2007, n°06-81.924, publié au bulletin : J.-D. DREYFUS, « Portée du délit de favoritisme : dura lex sed lex », *AJDA*, 2007, p. 853. Voy. également Cass. crim., 11 mai 2022, n° 21-85.672, inédit) : la Cour de cassation rappelle que « *l'élément légal du délit de favoritisme peut parfaitement être constitué par les dispositions relatives au principe d'égalité devant la commande publique, et n'exige pas la violation d'une disposition procédurale particulière, et qu'au-delà des procédures prévues par ce texte, les associations du groupement A Stella se devaient donc de respecter les principes généraux de la commande publique.* ». À ce propos, F. LINDITCH (*Contrats et marchés publics*, n° 10, 2022, chron. 6) relève que cette jurisprudence « *permet de caractériser le délit derrière l'observance de pure forme des règles de la commande publique* ». Il se demande si, par ailleurs, la précision apportée par cet arrêt n'opère pas « *un passage de l'obligation de moyen (suivre les procédures prévues) à l'obligation de résultat (ne pas méconnaître les principes d'égalité d'accès, d'égalité de traitement et de transparence)* ».

[262] Cette incertitude est largement relevée par la doctrine. En ce sens, voy. notamment F. MELLERAY et R. NOGUELLOU (*ibid.*), lesquels peuvent « *comprendre l'inquiétude des acheteurs publics face à une procédure indéterminée, qu'ils voient comme une source d'insécurité juridique* ». De même, H. HOEPFFNER et P. TERNEYRE (« La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA*, 2019, p. 206) relèvent que « *l'obligation de suivre une telle démarche* [c'est-à-dire appliquer les principes fondamentaux de la commande publique dans des modalités qu'il appartient aux acheteur de définir] *crée incontestablement de l'incertitude pour la passation de certains contrats de la commande publique et brouille, pour les acheteurs, le message d'intelligibilité et d'accessibilité voulu par le codificateur* ».

[263] Les conditions de l'émergence des principes directeurs (cf. *supra* §96-136) tendent à relativiser ce mouvement de ruissellement du haut (principes directeurs) vers le bas (règles détaillées). Le mouvement

fondements concurrentiels du droit des marchés publics, et, plus précisément, la fonction créatrice des conditions du libre jeu de la concurrence des principes directeurs[264]. Ainsi, les principes directeurs sont appliqués par les textes dans certaines hypothèses (A) et consistent en la mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence (B), lesquelles vont au-delà d'obligations minimales pour prendre la forme de règles procédurales plus contraignantes pour l'acheteur.

A. Nécessité et déclenchement des règles procédurales

160. Les principes directeurs nécessitent de recourir à des règles détaillées pour remplir leur fonction. Ces règles doivent permettre de lutter contre le déficit concurrentiel structurel de l'achat public (1), et se déclenchent, par principe, en fonction du montant de l'opération en cause (2).

1. Le déficit concurrentiel, nécessitant le recours à des règles procédurales

161. Le libre jeu de la concurrence suppose une certaine structuration que, seuls, les principes directeurs ne peuvent garantir (mais qu'ils exigent)[265]. Les règles détaillées sont les agents actifs des principes directeurs, et visent à garantir l'effectivité du libre jeu de la concurrence, déréglé dans le contexte de l'achat public par rapport au modèle de la théorie économique. En effet, la position atypique de l'acheteur (public) fait de lui un perturbateur de ce libre jeu de la concurrence. Étant relativement indépendant vis-à-vis de la pression

serait, en réalité, plutôt inverse. O. GUÉZOU (*op. cit.*) écrit en ce sens que « *le droit des marchés publics ne peut se contenter de n'être qu'une réglementation de procédures, technique, voire tatillonne. Il a besoin de s'enrichir de principes directeurs plus affirmés* ».

[264] Un autre mérite est de faciliter la lecture d'un droit dont la construction a longtemps fondé sur un phénomène de stratifications (O. GUÉZOU, *op. cit.*). Ce faisant, les principes directeurs unifient les contrats de la commande publique autour d'un socle commun.

[265] O. GUÉZOU (*ibid.*) souligne la nécessité des règles détaillées au regard de l'obligation de mise en concurrence, « *en raison de sa nature économique et de son ancrage dans la réalité* », de sorte qu' « *elle ne peut rester abstraite et doit prendre chair, être structurée, incarnée dans des règles détaillées* ».

concurrentielle et directement ou indirectement lié à la puissance publique[266], l'acheteur n'est pas un demandeur *normal*. Sa demande n'est pas, ainsi que le suppose le libre jeu de la concurrence, rationnelle sur le plan économique[267] : d'autres considérations que celles purement économiques sont en jeu[268]. Il en découle un déficit concurrentiel que le droit, par la mise en place de règles structurantes, vise à corriger. En cela, ces règles rappellent le lien consubstantiel entre les principes directeurs (notion juridique) et la concurrence (notion économique).

162. La lutte contre ledit déficit doit donc reposer sur une obligation de mise en concurrence, non plus économique (puisque l'acheteur public n'y est pas contraint dans les mêmes conditions qu'un acteur économique classique incité par le libre jeu des mécanismes du marché à un certain comportement), mais bien juridique. Cette mise en concurrence artificielle, matérialisée par des obligations formalisées, est indéniablement une contrainte qui s'exerce sur l'acheteur. Son comportement se trouve régenté, circonscrit au respect de procédures de passation formalisées. Cependant, n'y voir qu'une contrainte serait manquer de souligner, que paradoxalement, cette dimension contraignante et le formalisme qu'elle suppose, si tant est qu'il ne soit pas excessif (et donc contre-productif), guide l'acheteur. Il doit, en principe, lui permettre de prendre la meilleure décision sur le plan économique (ou, pour le dire autrement, lui permettre de faire le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse).

163. Le déficit concurrentiel est ainsi à l'origine de la mise en place du droit des marchés publics, et justifie le recours à des règles détaillées. Leur application nécessite toutefois un déclencheur, objectif et propre à garantir l'effectivité de la mise en concurrence : tel est le rôle assigné au premier chef au montant du contrat[269].

---

[266] Voy. notamment S. GRANDVUILLEMIN, « Droit des marchés publics et droit de la concurrence », Fasc. III.130. Également O. GUÉZOU, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *AC-ACCP*, 2003, p. 44.

[267] A. MÉNÉMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120. L'auteur écrit ainsi à propos des pouvoirs adjudicateurs : « *Leur rationalité n'obéit pas spontanément à celle de la libre concurrence et leurs choix, n'étant pas fondés sur des critères « purement économiques », peuvent rompre « l'égalité concurrentielle »* ».

[268] Voy. notamment O. GUÉZOU, « Contrats publics et politique de concurrence », *RFDA*, 2014, p. 632. L'auteur souligne que le cocontractant public est « *plus sensible que le consommateur privé à des considérations d'intérêt général éventuellement opposées à son intérêt particulier immédiat* ».

[269] Dans certains cas, l'objet du marché est également déterminant : tel est le cas des marchés de services dont certains échappent aux procédures formalisées quel que soit leur montant (cf. *infra* §1002 et s.).

2- Le montant du marché, déclencheur de principe des règles procédurales

164. Du point de vue du droit de l'UE, le montant de l'opération en cause est l'un des déclencheurs principaux. Les directives relatives aux marchés publics qui se sont succédé font ainsi dépendre l'application des règles qu'elles détaillent d'*un certain montant*, déterminée par les seuils européens. Le législateur de l'UE y voit la garantie, d'une part, du respect « *en pratique* » des principes directeurs, et, d'autre part, que « *la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence* »[270]. De la même façon, pour les concessions dont la valeur égale ou excède un certain montant, la directive 2014/23/UE prévoie une « *coordination minimale des procédures nationales d'attribution sur la base des principes du* [Traité]*, de manière à garantir l'ouverture des concessions à la concurrence et une sécurité juridique suffisante* »[271]. Le lien entre le montant du contrat et les intérêts du marché pour les concurrents d'autres États membres est d'ailleurs naturel. L'intérêt transfrontalier certain[272] démontre en ce sens que l'importance économique du marché est notamment corrélée au montant du marché.

165. En droit interne, le montant semble être un déclencheur parmi d'autres éléments : l'objet et les circonstances de l'achat[273]. Autrement dit, le marché égalant ou dépassant un certain seuil nécessite d'appliquer les règles procédurales, à moins que l'objet ou les circonstances de l'achat ne justifient de recourir à des règles spéciales (consistant le plus souvent en des règles allégées[274]).

166. Si le montant du marché est le déclencheur des règles procédurales formalisées, il n'est pas celui des principes directeurs. Le montant est une donnée objective qui a une incidence certaine sur les modalités de mise en œuvre de ces principes, mais pas sur le déclenchement de

[270] Directive 2014/24/UE, considérant 1.
[271] *Ibid*., considérant 8. La directive ajoute par ailleurs que « *ces dispositions de coordination ne devraient pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs précités et garantir un certain degré de souplesse* ».
[272] Cf. *supra* §140-142.
[273] Article L. 2120-1 du CCP.
[274] Tel est le cas des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence, où les hypothèses de déclenchement par l'objet ou par les circonstances de l'achat sont majoritaires. De même, les marchés à procédure adaptée, dont le déclencheur demeure par principe le montant, correspondent par exception à des hypothèses de déclenchement par l'objet (notamment pour certaines catégories de services spécifiques).

leur application. Ainsi, le montant est fondamentalement la donnée qui permet de distinguer l'application par les textes de l'application même sans texte des principes directeurs. Il en résulte que l'intensité de la contrainte qu'exerce le droit des marchés publics sur l'acheteur dépend, par principe, du montant du marché[275]. Au-delà des seuils européens, l'acheteur est *a priori* contraint d'appliquer des règles procédurales de mise en concurrence.

B. Contenu : l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence

167. Si la passation est terre conquise pour les obligations de publicité et de mise en concurrence (1), l'exécution apparait comme étant leur nouvel eldorado (2).

1. L'application au niveau de la passation du marché

168. Le droit des marchés publics est avant tout un droit de la passation. Les règles détaillées se sont enrichies au fil des directives successives, complétées par les apports du droit interne. À cet égard, l'article 1er du code des marchés publics de 2004 synthétisait la teneur des règles détaillées (et leur rapport avec les principes fondamentaux de la commande publique), précisant que les règles fixées par le code mettaient en œuvre « *une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ». La formulation capture la quintessence des règles détaillées, sous l'angle chronologique.

169. Les règles détaillées se déploient dans le cadre de procédures formalisées, qui mettent en œuvre les obligations de publicité et de mise en concurrence *stricto sensu*. Le cœur des règles

[275] M. AMILHAT (*op. cit.*) synthétise l'impact du montant sur les principes directeurs, lequel « *n'a pas d'incidence sur le principe même de l'application des principes fondamentaux de la commande publique. Il permet simplement de déterminer quelles sont les conséquences précises que ces principes vont avoir : celles-ci sont limitées au strict minimum pour les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, elles sont plus importantes en procédure adaptée ou allégée, et elles deviennent extrêmement précises dans le cadre des procédures formalisées.* ».

procédurales distingue schématiquement des règles de publicité et des règles de participation[276], que la Cour de justice associe essentiellement, dans une logique de protection du commerce entre les États membres, à un but de protection du soumissionnaire de l'arbitraire du pouvoir adjudicateur[277]. Du point de vue de ce dernier, les règles de la passation doivent lui permettre de satisfaire son besoin de façon optimale[278].

170. L'acheteur se trouve ainsi soumis à une obligation de définir son besoin, dont vont dépendre les modalités d'application des principes directeurs, et de la satisfaction dudit besoin. Ainsi, l'acheteur passe un marché public dans le cadre de procédures de passation encadrées, dont le choix dépend notamment du degré de mise en compétition des opérateurs économiques. Ces procédures sont variables, s'adaptant à l'objet du marché en cause. Cela démontre par ailleurs la flexibilité des principes directeurs dans leur mise en œuvre, y compris lorsqu'ils sont incarnés par des règles détaillées.

171. La passation obéit à des règles de participation, déclinées en une phase de candidature et une phase d'offre, lesquelles s'articulent autour de critères de marché (conditions d'admission ou de présélection des candidatures à respecter pour toutes les procédures, critères de sélection des candidatures en procédures restreintes et critère d'attribution pour le choix des offres). Dans tous les cas, l'objectif de la procédure de passation est alors de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Tout au long de cette procédure, l'acheteur est par principe astreint à des obligations de publicité *ex ante* (publication d'un avis d'appel public à la concurrence, information aux candidats et soumissionnaires non retenus) et *ex post* (avis d'attribution).

172. Du point de vue des opérateurs économiques, l'application d'un principe d'information est une donnée transversale qui « *entoure la passation des marchés publics* »[279], faisant de l'acheteur le « [débiteur] *d'informations précontractuelles et post contractuelles à*

[276] Selon la présentation faite dans l'arrêt CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87, Rec. 1988, p. 4635 (point 42).
[277] *Ibid*.
[278] O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, 2e édition, 2018, p. 13. L'auteur démontre la différence de logique entre le droit de l'Union européenne, tourné vers les opérateurs économiques, et le droit français des contrats publics, dans lequel « *la personne publique est au cœur du dispositif* ».
[279] A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 412.

destination des entreprises candidates »[280]. Cette information, qui matérialise le principe de transparence des procédures, est assurée par les obligations de publicité *ex ante* et *ex post* de l'acheteur.

2. L'application au niveau de l'exécution du marché

173. Originellement, les directives – comme du reste, les codes des marchés publics – font peu de cas de l'exécution des marchés publics. Ainsi, la directive 2004/18/CE ne prévoit pas de règles ayant trait à cette phase, sinon l'encadrement des conditions d'exécution, eu égard à leur impact sur l'attribution du marché (restant ainsi sur le plan procédural une matière en lien direct avec la passation)[281]. De prime abord, les principes directeurs n'ont que peu d'intérêt pour cette phase. Leur dénomination de principes de la *passation* dans le droit dérivé conforte cette impression. Sa vocation première est d'encadrer l'exécution financière du marché (avances, acomptes, régime des paiements, garanties, etc.) et les modalités de facturation et de paiement, lesquelles font l'objet de règles nationales. Pourtant, ce désintérêt apparent des principes directeurs pour l'exécution ne parait pas en phase avec le fait que l'exécution du marché est l'objectif final du droit des marchés publics. Comme contrat, un marché a les attributs d'un être-vivant. C'est une opération qui nait (passation), qui vit (exécution) et qui meurt (d'une mort naturelle ou provoquée, *via* la résiliation du marché). Le droit des marchés publics consiste en définitive à faire de l'achat public l'objet d'une rencontre économiquement la plus efficace de l'offre et de la demande et la satisfaction du besoin de l'acheteur.

174. La dynamique actuelle du droit des marchés publics corrige ce « déphasage ». L'exécution intéresse de plus en plus les principes directeurs. À cet égard, le code de la commande publique illustre parfaitement cette dynamique. L'une des innovations du code est d'ailleurs de rassembler les règles d'exécution applicables aux contrats de la commande publique, initialement, dispersés en plusieurs textes[282]. De même, la directive introduit un chapitre dédié à l'*exécution du marché*. En effet, l'exécution du marché peut donner lieu à une

[280] P. REIS, « La concurrence », in J.-B. RACINE (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle : Notions et enjeux*, LGDJ-lextenso, coll. « Droit et économie », p. 137-138.
[281] Cf. *infra* §1345 et s.
[282] M. UBAUD BERGERON, « Passation et exécution. : le code de la commande publique innove-t-il ? », *op. cit*.

modification (notamment lorsque l'acheteur use de ses pouvoirs exorbitants) des conditions initiales du marché, telles que les principes directeurs doivent agir rétroactivement par l'intermédiaire d'une nouvelle procédure de passation[283]. Les principes directeurs font encore preuve de flexibilité, ne s'appliquant pas à toute modification du marché. Ils font l'équilibre entre l'intérêt des opérateurs économiques et celui de l'acheteur[284]. Cet équilibre démontre encore que les principes directeurs s'insèrent « partout », tout en sachant s'adapter. Cette *universalité souple* est profitable aux MDS, particulièrement propices à la modification du marché en cours d'exécution.

175. De même, la circonstance que la sous-traitance est de plus en plus le terrain de la concurrence[285] implique d'autant plus la mise en œuvre des principes directeurs. Dans son analyse du champ d'application des principes directeurs, H. Hoepffner identifie comme facteur d'approfondissement du principe de transparence la diffusion potentielle de ce dernier par « *la soumission de la passation d'un « sous-contrats » à une obligation de publicité adéquate* »[286]. Il ne s'agit alors plus d'appliquer rétroactivement les principes directeurs, mais de dupliquer certaines des règles détaillées au niveau de la sous-traitance. Enfin, plus globalement, le phénomène continu d'instrumentalisation des marchés publics se réalise essentiellement au stade de l'exécution, achevant ainsi d'*entourer* cette dernière des principes directeurs.

---

[283] De ce point de vue, les règles de modification ont un lien avec la passation, lorsqu'une telle modification ne doit ne pas remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale lors de l'exécution.

[284] Ainsi, les principes directeurs se déploient lorsque la modification des conditions initiales du marché est substantielle. Dans un tel cas, le droit des marchés publics prend en compte l'intérêt des opérateurs économiques qui n'ont pas pu participer à la procédure initiale ou qui ont vu leur candidature non retenue (article R. 2194-7-1° du CCP). Il veille également à ce que la modification ne favorise pas le contractant initial (article R. 2194-7-2° du CCP). Dans le même temps, les principes directeurs ne sanctionnent pas l'acheteur prévoyant (article R. 2194-1 du CCP) ou diligent (article R. 2194-5 du CCP). De même, les principes directeurs prennent en compte l'intérêt de l'acheteur, par exemple, lorsque le changement de contractant est impossible (article R. 2194-2 du CCP). L'impossibilité peut résulter de raison techniques telles que les « *exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité* », des caractéristiques spécifiquement attendues dans le secteur de la défense. Cette « bienveillance » est toutefois limitée en cas d'augmentation du prix du marché trop importante (article R. 2194-3 du CCP), ou lorsque l'objet-même du marché est modifié considérablement (article R. 2194-7-3°).

[285] P. BLANQUET, *Le sous-contrat : Étude de droit administratif,* thèse, Paris II, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 214, 2022, p. 483-517. (Cf. *infra*, notamment §1540 et s.).

[286] H. HOEPFFNER, « Le champ d'application des principes : des principes transversaux ? », *op. cit.* L'autrice relève notamment que l'absence de toute publicité peut donner lieu à des pratiques allant à l'encontre de la transparence. Or, de telles pratiques seraient rendues impossibles par l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence au niveau de la sous-traitance. Elle conclue à propos des sous-contrats : « *Il n'est donc pas complètement improbable que la conclusion de tels contrats soit un jour incluse dans le champ de l'obligation de transparence.* »

176. Conclusion de la sous-section. Les principes directeurs sont donc d'application constante et universelle. Cela permet de garantir l'effectivité de la fonction du droit des marchés publics, et, par la même, d'éviter une forme de vide juridique. Cette permanence de la fonction garantit la mise en œuvre du libre jeu de la concurrence, lorsqu'il est possible et nécessaire. Eu égard à la généralité des principes directeurs, l'application sans texte induit nécessairement une certaine distance vis-à-vis de l'opération en cause. L'acheteur est alors soumis à des obligations minimales qui le laissent davantage libre (mais aussi davantage responsable). En revanche, lorsque leur mise en œuvre nécessite le déclenchement de règles détaillées, les principes directeurs imposent à l'acheteur le respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence autrement plus contraignantes. Celles-ci ramènent le droit des marchés publics à sa nature de « *contrat réglementé* »[287], marqué par un pointillisme parfois extrême[288]. L'instrumentalisation des marchés publics n'est alors possible qu'en tenant compte de cette variation, dans les contraintes de la mise en concurrence, selon qu'elle est organisée strictement par des règles détaillées ou seulement soumise aux principes directeurs.

177. Conclusion de la section. L'analyse de la fonction du droit des marchés publics révèle ainsi les fondements concurrentiels de cette dernière. L'application d'obligations de mise en concurrence, certes modulable, doit permettre de garantir le caractère concurrentiel du marché économique de la commande publique, en imposant à l'acheteur de se comporter comme un demandeur rationnel et éclairé. Toutefois, se limiter à n'analyser que cette fonction reviendrait à ne voir le principe de concurrence que comme une fin. Or, la concurrence est davantage qu'une méthode, c'est également une politique (économique) à part entière. Dès lors, il convient de s'intéresser, non plus seulement à la fonction, mais également à la finalité de la concurrence, et, *a fortiori*, à celle du droit des marchés publics.

[287] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ-Lextenso, coll. « Manuel », 9e édition, 2014, p. 313.
[288] A.-L. DURVIAUX (*op. cit*., p. 561) conclue son étude des règles de passation par le fait que cette dernière « *illustre fondamentalement l'approche excessivement formaliste, superficielle et détachée de la réalité de l'achat public », et souligne alors que la « modernisation du droit dérivé implique une certaine dérégulation des modes de passation* ».

Section 2. Finalité du droit des marchés publics : une réglementation au service d'objectifs politico-économiques

178. Si le droit des marchés publics dispose d'une fonction solidement ancrée, il ne saurait se résumer à cette dernière. En effet, les fondements concurrentiels de ce droit révèlent qu'il dispose également d'une finalité : celle d'être une réglementation au service d'objectifs politico-économiques.

179. Le droit des marchés publics a longtemps été au plus proche de sa fonction, laissant à penser qu'il n'est qu'un droit imposant une mise en concurrence *neutre*[289]. Sa finalité n'est pourtant pas nouvelle. Certes, le droit des marchés publics a, d'une certaine façon, longtemps mis de côté (voire ignoré) sa finalité pour ne pas contrarier sa fonction. La finalité, par définition moins encadrée que la fonction, est un espace de liberté dont la mise en œuvre peut apparaitre délicate, tant il présente le risque d'un dépassement du cadre concurrentiel. La prévalence de la fonction est manifestement liée à la vision d'une concurrence parée des vertus d'une certaine neutralité. Aujourd'hui, pourtant, la finalité du droit des marchés publics est, à travers l'instrumentalisation grandissante des marchés publics, pleinement assumée par les textes et la jurisprudence, tant européens que français. La genèse du droit des marchés publics démontre que ce dernier a toujours été paré d'une telle finalité, laquelle se distingue par ailleurs des récents développements politiques du droit des marchés publics[290]. Tout comme la fonction, la finalité lui est consubstantielle, du point de vue du droit de l'UE comme du droit français. Elle semble être dans une phase de révélation, ouvrant la porte aux développements politiques de ce droit.

180. Plus encore qu'au niveau de la fonction du droit des marchés publics, le droit de l'UE et le droit français divergent dans leur approche de cette finalité. En droit de l'UE, fonction et finalité sont des plus proches, la réglementation des marchés publics étant originellement conçue comme l'instrument du marché intérieur (Sous-section 1). En droit français, cette finalité apparait plus nettement dans sa dimension politique. Le rapport fonction/finalité est affiché clairement à travers les objectifs que les principes fondamentaux de la commande publique doivent permettre de remplir (Sous-section 2).

[289] Cf. *infra* §311 et s.
[290] Cf. *infra* §282 et s. Les développements politiques du droit de la commande publique ne sont qu'une conséquence de sa finalité.

Sous-section 1. Finalité du droit des marchés publics en droit de l'Union européenne : l'instrument du marché intérieur et de ses évolutions

181. En droit de l'UE, les marchés publics sont historiquement liés au marché intérieur. À bien des égards, les évolutions récentes du droit des marchés publics se calquent sur celles de ce projet politique. Ce lien marchés publics/marché intérieur traduit une finalité économique des premiers, articulé autour du principe de concurrence. Cela démontre par ailleurs que la concurrence correspond elle-même à une politique économique, à laquelle le droit de l'UE a fait référence, plus ou moins explicitement, dans le cadre des développements politiques les plus récents du droit des marchés publics. En effet, le rapprochement de ce dernier de sa finalité ne s'est pas fait sans, au préalable, une certaine politisation du marché intérieur. Ainsi, en droit de l'UE, le droit des marchés publics apparait comme l'instrument du marché intérieur et de ses évolutions (I). Par ailleurs, le cas des MDS est ici particulièrement intéressant, en ce qu'il souligne la richesse de la notion de marché intérieur, et, par voie de conséquence, celle du droit des marchés publics. En effet, la déclinaison du marché intérieur dans le domaine de la défense ou de la sécurité par la directive 2009/81/CE met en exergue le fait que ce dernier est une notion plurale, et permet au droit des marchés publics d'adapter sa propre finalité (II).

I. Le droit des marchés publics, instrument du marché intérieur

182. Les marchés publics ont été initialement appréhendés comme vecteur d'achèvement de la politique économique du marché intérieur (A). Ils sont aujourd'hui et de plus en plus conçus comme un élément d'amélioration de cette politique, en même temps qu'ils doivent servir les politiques du secteur public (B).

A. Le droit des marchés publics, originellement conçu comme vecteur d'achèvement du marché intérieur

183. Le rapport entre le marché intérieur et le droit des marchés publics est ténu. Ainsi, il convient de revenir aux caractéristiques du marché intérieur (1), et de voir la place des marchés publics dans sa réalisation (2).

1. Le marché intérieur, un projet politique fondé sur le libre jeu de la concurrence

184. Le marché intérieur[291] est indéniablement un projet politique, renouvelé depuis l'Acte unique européen, entré en vigueur le 1er janvier 1987. Ce dernier définit alors un objectif de réalisation du marché intérieur avant le 1er janvier 1993, tandis que le marché commun est dans l'impasse. Le Traité hérite de ce renouvellement : l'article 26 TFUE fait ainsi du marché intérieur la première des *Politiques et actions internes de l'Union*. Il est à ce titre possible de définir le marché intérieur à partir des éléments qui le constituent, de ce qu'il requiert. Ainsi, le marché intérieur « *comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du traité* » (article 26.2 du TFUE). Le marché intérieur s'intègre plus généralement dans la politique économique et monétaire de l'Union. Cette dernière est notamment fondée « *sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* » (article 119.2 du TFUE).

185. Il en ressort que la construction du marché intérieur est une politique qui suppose l'ouverture des marchés nationaux, fondée sur le libre jeu de la concurrence. À ce titre, la Commission a pu rappeler que « *la politique de concurrence participe à l'objectif communautaire de création d'un marché intérieur et joue un rôle déterminant dans sa*

[291] Sur la distinction entre marché commun et marché intérieur, voy. notamment F. DINTILHAC, « Bases juridiques du rapprochement des législations nationales *», Répertoire de droit européen*, Août 2006 (actualisation novembre 2015) ; P. VAN OMMESLAGHE et V. PIESSEVAUX, « Marché intérieur », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 1992 (actualisation novembre 2020).

constitution, notamment en favorisant le décloisonnement des marchés »[292]. Ainsi, la concurrence n'est pas simplement un *concept économique*, c'est également une politique dont l'une des fonctions premières est de contribuer à la réalisation du marché intérieur[293]. Cette perspective illustre le fait que l'application d'un modèle concurrentiel n'est pas une fin en soi, mais un choix (politique) au service d'objectifs qui s'appuient sur ce modèle, voire, en certaines hypothèses, le dépassent.

186. Or, l'*espace sans frontières intérieures* qu'est le marché intérieur comprend nécessairement le marché de la commande publique. La libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ne distingue pas la nature publique ou privée d'un marché. Ce ne sont pas deux espaces qui s'ignorent : l'universalité du marché intérieur fait des marchés publics un sous-ensemble. L'absorption du second par le premier suppose ainsi l'application du principe de concurrence aussi en droit des marchés publics. Ainsi, lors de l'adoption de l'Acte unique européen, les marchés publics sont ciblés dans le cadre de la relance du marché intérieur. L'adoption du Livre blanc consacré à l'achèvement du marché intérieur[294] est, à ce titre, un marqueur dans la généalogie des directives sur les marchés publics[295].

2. Les marchés publics, de l'obstacle au moteur du marché intérieur

187. L'impact économique explique un rapport paradoxal entre le marché intérieur et la commande publique. L'incidence de cette dernière sur le marché économique peut à la fois être un formidable moteur de la politique du marché intérieur et, dans le même temps, sans un cadre juridique applicable à la commande publique conforme aux fondements concurrentiels de cette

[292] Commission européenne, XXVIIe rapport sur la politique de concurrence, p. 3.
[293] Voy. notamment P. GEOFFRON, R. KOVAR et S. POILLOT-PERUZETTO, « Politique de concurrence », *Répertoire de droit européen*, février 2022. Les auteurs, après avoir relevé les « *relations étroites* » entre la politique communautaire de concurrence et le marché intérieur, analysent la finalité de ladite politique. La première d'entre elles est de « *contribuer à la réalisation du marché unique* ».
[294] Communication de la Commission, « L'achèvement du Marché Intérieur – Livre Blanc à l'intention du Conseil européen », COM(85)310, 8 juin 1985, 34 p. La deuxième partie de ce livre blanc, dédiée à l'élimination des frontières techniques, aborde les marchés publics dans un II.
[295] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs* (*op. cit.*) souligne, après l'adoption du Livre blanc, « *document fondamental* », un « *renforcement des directives* » (p. 322). A.-L. DURVIAUX (*op. cit.*) écrit à propos du droit dérivé des marchés publics que « *deux périodes peuvent être isolées : la période allant de 1957 à 1984 et celle qui suit le libre blanc* ».

politique, être un frein considérable à cette dernière[296]. Ainsi, les considérations liées au marché intérieur font partie des *objectifs* du droit dérivé des marchés publics[297].

188. Le Livre blanc aborde la moindre application des directives alors adoptées, et, en conséquence, le fait qu'une part réduite des dépenses publiques fassent « *l'objet d'une concurrence à l'échelle de la Communauté* »[298]. La Commission préconise l'amélioration desdites directives pour une plus grande ouverture des marchés publics, ainsi que la « *libération à l'échelle de la Communauté de marchés publics dans le domaine des services publics* », laquelle « *revêt une importance vitale pour l'avenir de l'économie européenne* »[299]. La Commission affiche sa volonté de faire des propositions afin de parvenir à l'ouverture de l'ensemble des marchés à la concurrence, participant ainsi à l'achèvement du marché intérieur.

189. Le Livre blanc est suivi d'une communication relative aux marchés publics dans la Communauté[300]. La Commission y fait part de sa volonté « *de faire des propositions en vue de l'ouverture progressive de l'ensemble des marchés à la concurrence communautaire* », réitérant la considération selon laquelle « *L'ouverture des marchés publics représente un élément essentiel de la volonté d'achèvement du Marché Intérieur. La nécessité d'accorder la plus haute priorité à cette ouverture est attestée aussi bien par les souhaits répétés des milieux intéressés que par des initiatives politiques d'États membres* »[301]. Est ainsi relevée la dimension et

[296] Ce paradoxe est également établi dans une contribution au Rapport public du Conseil d'État de 2008. En effet, « *Représentant approximativement 16 % du produit intérieur brut de l'Union, la passation de contrats par les pouvoirs publics inonde le marché commun, accentue le développement de secteurs économiques et en même temps accompagne sa transformation. Il n'est pas difficile d'en déduire qu'un instrument d'une telle importance est décisif à l'heure de construire le marché intérieur. Mais précisément par son importance, toute entrave à la passation de contrat administratif peut contribuer à ce que la libre circulation, a fortiori la concurrence sur le marché, soit affectée et porte atteinte de ce fait aux fondements de l'Union* » (D. RUIZ-JARABO COLOBER, « L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *EDCE* 2008, page 369).
[297] T. MILLETT, « Les marchés publics en droit communautaire », *RMCUE*, 2001, n°452, p. 622. L'auteur, alors référendaire à la CJCE, relève que les règles communautaires en matière de marchés publics *« poursuivent essentiellement des objectifs propres à la Communauté européenne, en particulier l'unification du marché intérieur, l'ouverture à la concurrence transfrontalière et le respect des engagements internationaux de la Communauté* ». L'impact des marchés publics sur l'unification du marché intérieur est mis en exergue, de même que l'intérêt de développer une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, « *économiquement très important* ».
[298] Livre blanc, *op. cit*., p. 25, point 87.
[299] *Ibid.*, p. 26, point 91.
[300] Commission européenne, « Les marchés publics dans la Communauté », communication, COM(86) 375 final, 19 juin 1986, 12 p.
[301] *Ibid.*, p. 2.

l'importance industrielle des marchés publics, identifiée à partir de l'analyse des données partiellement disponibles pour certains secteurs d'activité.

190. Une dynamique s'enclenche après le Livre blanc et la communication du 19 juin 1986. Les directives qui leur succèdent sont toutes fondées sur le *rapprochement des législations du Traité* (aujourd'hui à l'article 114 TFUE) ; rapprochement qui a pour objet « *l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* »[302]. Ainsi, la finalité du droit des marchés publics est liée à l'objectif d'achèvement du marché intérieur. La Commission, constatant l'échec du marché commun et des directives précédant l'adoption de son Livre blanc, entend faire des marchés publics, non plus un obstacle, mais bien l'instrument du marché intérieur. L'application d'un principe concurrentiel étant le moyen d'y parvenir (puisque le marché intérieur repose essentiellement sur ce principe), il en découle des obligations de publicité et de mise en concurrence, générées par les principes directeurs des marchés publics[303] et renforcées par les nouvelles directives.

191. Néanmoins, une forme de primauté de l'aspect économique du marché intérieur sur sa dimension politique se constate lorsque la Commission européenne entreprend de le relancer. Ainsi, la finalité des marchés publics semble se confondre avec sa fonction de créateur des conditions du libre jeu de la concurrence dans le marché de la commande publique. La seule application de la concurrence comme *moyen* permet alors de présumer que *l'objectif* politique (la réalisation du marché intérieur) est rempli. Pour les marchés publics, l'application de la réglementation à laquelle ils sont soumis doit permettre d'aboutir à l'objectif politique qui est d'intégrer le « *secteur public* » dans le marché intérieur.

---

[302]Deux des directives marchés publics adoptées à la suite du Livre Blanc et de la communication feront un lien plus explicite entre l'achèvement du marché intérieur et les marchés publics. Ainsi, la directive 88/295/CEE du 22 mars 1988 consacre ses premiers considérants à cette question. Elle rappelle la définition du marché intérieur, relève les objectifs du Livre Blanc sur l'achèvement du marché intérieur, et revient sur l'importance d'améliorer et d'étendre l'application des directives. De même, la directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services rappelle que « *le Conseil a conclu qu'il était nécessaire de réaliser le marché intérieur* » (considérant 1) et « *qu'il importe d'arrêter les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur* » (considérant 2). Elle rajoute que « *ces objectifs exigent la coordination des procédures de passation des marchés publics de service* » (considérant 3).

[303] Sur ce point, voy. notamment M.-C. BONTRON, *op. cit*., p. 67 : « *C'est donc par la mise en place d'un marché unique que s'est concrétisée cette finalité* [l'ouverture du marché européen de la commande publique à la concurrence], *au moyen du respect des libertés essentielles issues du Traité ainsi que des procédures spécifiques de passation* ».

192. Cependant, force est de constater que l'appréhension du marché intérieur a, au cours des dernières années, évolué. Le marché intérieur va transcender sa définition minimaliste, « *concurrentielle* » : il n'est plus seulement conçu comme un espace économique sans frontières. Il ne s'agit plus seulement d'achever le marché, d'en garantir le fonctionnement par le droit, mais de l'améliorer. Sa dimension politique se développe ; or, ce développement rejaillit, nécessairement, sur le droit des marchés publics.

B. Le droit des marchés publics, vecteur d'amélioration du marché intérieur et des politiques du secteur public

193. Le marché intérieur connaît des évolutions dans son approche : il se conçoit aujourd'hui comme un instrument au service des autres politiques (1), ce qui a une incidence sur les marchés publics et le droit qui leur est applicable (2).

1. Évolutions du marché intérieur : un instrument au service des autres politiques

194. Les années 2010 sont l'occasion de donner une « *nouvelle impulsion* » au marché intérieur, et « *placer les citoyens, les consommateurs et les PME au cœur de la politique du marché unique* »[304]. Ainsi, le Rapport Monti sur la nouvelle stratégie du marché unique[305] précède une première version d'un *Acte pour le marché unique*, lequel contient cinquante propositions[306]. À l'issue d'une consultation publique, une version finale de cet Acte est

[304] Le Parlement identifie une nouvelle « *relance du marché intérieur* » en 2010 (voy. la fiche thématique sur l'Union européenne consacrée à « Le marché intérieur : principes généraux », consulté le 25 janvier 2023).
[305] M. MONTI, Rapport au Président de la Commission, « Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européennes », 9 mai 2010, 122 p. (ci-après le « Rapport MONTI »).
[306] Commission européenne, « Vers un Acte pour le Marché unique – Pour une économie sociale de marché hautement compétitive – 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble », communication, COM (2010) 608 final, 27 octobre 2010, 52 p.

adoptée, articulée autour de douze *leviers pour la croissance*[307]. Un second *Acte pour le marché unique* poursuit cette volonté de faire évoluer le marché unique[308]. Toutes ces initiatives portent l'idée d'une évolution du marché intérieur. Est tantôt évoquée une « *nouvelle approche* »[309], tantôt une « *relance* »[310], ou encore une « *stratégie proactive et transversale* »[311] ou une « *amélioration* »[312].

195. Le bilan du marché intérieur y est globalement présenté comme étant positif. Perçu comme « *la pierre angulaire de l'intégration européenne et la croissance durable* »[313], le marché a « *créé et stimulé la croissance* (...) *Le marché unique élargi a rendu l'Europe plus ouverte, plus diverse et plus concurrentielle, créant de nouvelles opportunités* »[314], de sorte qu'il a été affirmé que « *les apports du marché unique sont incontestables* »[315] et que ce dernier constitue « *l'une des plus belles réussites européennes* »[316]. Ainsi, le marché intérieur « *participe à la réalité quotidienne des citoyens* (...) *et constitue le véritable moteur de l'économie européenne et de développement des entreprises* »[317].

196. Dans le même temps, ces mêmes documents n'omettent pas de relever également les failles du marché intérieur, les difficultés auxquelles il doit faire face, ainsi que la défiance à son égard, avec plus ou moins de sévérité. Son potentiel inexploité est à de nombreuses reprises mentionné. L'adaptation à l'environnement économique actuel, notamment après la crise économique de 2008, sont également au cœur des réflexions sur le marché intérieur[318]. Ces

---

[307] Commission européenne, « L'Acte pour le marché unique – Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance – "Ensemble pour une nouvelle croissance" », communication, COM (2011) 206 final, 13 avril 2011, 28 p. (ci-après « Acte pour le marché unique I »).
[308] Commission européenne, « L'Acte pour le marché unique II – Ensemble pour une nouvelle croissance », communication, COM (2012) 573 final, 3 octobre 2012 (ci-après « Acte pour le marché unique II »).
[309] Commission européenne, « Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle », communication, COM (2007) 724 final, 20 novembre 2007, 17 p.
[310] Commission européenne, « Vers un Acte pour le Marché unique (…) », *op. cit.*, p. 4.
[311] Acte pour le marché unique I, *op cit.*, p. 2.
[312] Commission européenne, « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », communication, COM (2015) 550 final, 28 octobre 2015, 27 p.
[313] Rapport Monti, *op cit.*, p. 4.
[314] Commission européenne, « Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle », *op. cit.*, p. 3.
[315] Commission européenne, « Vers un Acte pour le Marché unique (…) », *op cit.*, p. 1.
[316] Commission européenne, « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », *op cit.*, p. 1.
[317] Acte pour le marché unique I, *op cit.*, p. 1.
[318] La Commission relève le fait que « *Malgré ces réalisations, le marché unique présente toujours un potentiel inexploité et il doit s'adapter aux nouvelles réalités* » (COM (2007) 724 final, p. 3). De même, « *le marché unique peut offrir encore plus de croissance et d'emplois. Son potentiel n'est pas pleinement*

différentes problématiques justifient, voire nécessitent l'évolution de la conception du marché intérieur. Il ne s'agit plus seulement d'organiser les conditions du libre jeu de la concurrence dans un espace sans frontières, mais d'exploiter le potentiel du marché intérieur au bénéfice des différentes politiques de l'Union[319]. Cette nouvelle approche conforte l'idée selon laquelle « *le marché unique n'est pas un objectif en soi* », mais « *un instrument au service des autres politiques* »[320]. De ce point de vue, le marché intérieur se *politise.*

197. Or, parmi les actions entreprises pour améliorer le marché intérieur, il faut constater que les marchés publics occupent une place primordiale. Cela n'est pas sans incidence sur la finalité du droit des marchés publics en droit de l'UE.

2. Évolutions subséquentes du droit des marchés publics

198. Les évolutions les plus récentes du droit des marchés publics sont liées à celles de l'approche du marché intérieur. Dans la communication proposant un Acte pour le marché unique, la Commission rappelle le poids de la commande publique dans l'économie de l'Union, ainsi que l'objectif du *droit européen des marchés publics*, c'est-à-dire la création d'un « *marché transeuropéen ouvert et concurrentiel pour les gros marchés publics* », et, « *en même temps* », que « *la commande publique peut être un vecteur d'appui important pour, par exemple, l'innovation, la protection de l'environnement ou de l'emploi* »[321]. Ainsi, la Commission

exploité. Ainsi les achats publics transfrontaliers n'ont constitué qu'environ 1,5% de toutes les attributions de marchés publics en 2009 » (COM (2010) 608, p. 4). Mais encore, « *le marché intérieur présente un certain nombre d'insuffisances* » (COM (2011) 206 final, p. 2), car « *L'Union européenne et le marché unique doivent s'adapter à l'évolution de leur environnement. La crise économique et financière a mis nos économies à rude épreuve* » (COM (2015) 550 final, p. 1). Le rapport MONTI aborde également une défiance vis-à-vis du marché unique, lequel « *suscite en effet chez de nombreux Européens – citoyens et dirigeants politiques confondus – la méfiance, la peur, voire une hostilité ouverte* » (p. 8).

[319] La Commission aborde l'évolution des actions relatives au marché intérieur dans sa communication relative au marché unique pour l'Europe du 21e siècle (*op. cit.*) : « *Jusqu'à présent, les efforts ont porté sur l'élimination des obstacles transfrontaliers, essentiellement par le biais de mesures juridiques. Il s'agit à présent de développer une série d'outils plus diversifiés et d'adopter une approche davantage axée sur les effets, avec pour objectifs que les marchés produisent davantage de résultats dans les domaines qui profitent le plus aux consommateurs, à la croissance à et l'emploi* » (p. 4).

[320] Commission européenne, « Vers un Acte pour le Marché unique (…) », *op. cit.*, p. 4. La communication relative au marché unique pour l'Europe du 21e siècle affirme quant à elle que « *le marché unique est au cœur de toute une série de politiques communautaires* ».

[321] *Ibid.*, p. 16.

préconise « *des propositions législatives visant à simplifier et à moderniser les règles européennes pour rendre plus fluide l'attribution des marchés, et à permettre un meilleur usage des marchés publics en soutien à d'autres politiques* »[322].

199. De même, le Rapport Monti consacre une rubrique intitulée « *Mettre les marchés publics au service des grands objectifs de l'Europe* ». Le rapport constate que « *La législation de l'UE en matière de marchés publics joue un rôle essentiel dans la mise en place et le maintien du marché unique* », et que cette même législation « *a largement fait ses preuves, devenant l'un des secteurs les plus développés et les plus pointus du marché unique* »[323]. Pour autant, il est fait mention du fait que les règles de l'UE « *sont jugées trop frileuses lorsqu'il s'agit d'encourager voire d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à soutenir, par leurs commandes publiques, des objectifs politiques plus vastes touchant, par exemple, au changement climatique, à l'innovation, à l'égalité entre les femmes et les hommes, à l'emploi ou encore à l'inclusion sociale* »[324]. Ainsi, parmi ses *Recommandations clés*, le rapport propose de « *mettre les marchés publics au service de l'innovation, de la croissance verte et de l'inclusion sociale, en introduisant des critères obligatoires spécifiques* »[325].

200. Or, ce qui était une des cinquante propositions de la Commission devient, après consultation publique, l'un des douze leviers retenus par l'Acte pour le marché unique final. Le document formule une *Action clé* relative à l'adoption d'un « *cadre législatif des marchés publics révisé et modernisé avec l'objectif d'aboutir à une politique équilibrée qui soutienne une demande pour des biens, des services et des travaux respectueux de l'environnement, socialement responsables et innovants* », ainsi qu'un « *accès plus facile aux entreprises, notamment aux PME* »[326]. Sont dessinés les objectifs de politiques publiques que le droit des marchés publics a ou va intégrer dans les directives.

201. Par ailleurs, ces évolutions du droit des marchés publics sont particulièrement les bienvenues dans le contexte de l'après-crise économique de 2008. Cette crise a eu un impact sur la jurisprudence, tant celle de la Cour de justice que celle du Conseil d'État. De même, les directives marchés publics de 2014 relèvent la raréfaction des fonds publics. La commande

[322] *Ibid*.
[323] Rapport MONTI, *op cit.*, p. 85.
[324] *Ibid.*, p. 86.
[325] *Ibid.*, p. 87.
[326] Acte pour le marché unique I, p. 19.

publique apparait alors comme un levier d'action publique pour y faire face. De ce point de vue, la crise économique de 2008 a participé au renforcement du discours selon lequel la passation d'un marché public est le moyen de développer les objectifs de politiques publiques[327]. De même, la crise de la covid-19 a renforcé ce discours[328], justifiant l'adoption de mesures dérogatoires face aux circonstances exceptionnelles[329] (non sans présenter un risque au regard de la tentation du protectionnisme nationale *via* la commande publique[330]).

202. Ainsi, la directive 2014/24/UE permet, plus qu'aucune autre auparavant, d'apprécier la finalité du droit des marchés publics et ses évolutions. Il est mentionné dans son deuxième considérant le « *rôle essentiel* » des marchés publics dans la Stratégie Europe 2020, constituant « *l'un des instruments d'une croissance intelligente, durable et inclusive, tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics* ». Il s'agit pour la directive de réviser et de moderniser les directives de 2004, « *en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, et pour permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* »[331].

---

[327] P. IDOUX, « La commande publique au service du développement durable », *in* E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 107-108. L'autrice, relevant le « *contexte de crise et la raréfaction des ressources budgétaires* », souligne que « *c'est au point culminant de la crise financière de 2007-2008 que les pouvoirs publics français ont officialisé leur intention d'utiliser la commande publique comme un levier de soutien global à l'économie réelle, intention désormais assumée même au niveau européen* ».

[328] Voy. notamment le guide pratique de la DAJ (« Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises – Rebondir avec les marchés publics », Mars 2021, 26 p.), adopté dans le contexte de la crise sanitaire. Voy. également B. KOEBEL, « Relance économique par la commande publique et assouplissement des règles », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°11, comm. 314. L'auteur souligne notamment que la commande publique est « *identifiée comme un levier de la relance économique rendue nécessaire par la crise sanitaire* ».

[329] G. CLAMOUR, » La commande publique, instrument de soutien aux entreprises fragilisées par la crise sanitaire », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°7, comm. 193 ; G. ECKERT, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 : *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°6, étude 4 ; P. REES, « Le droit de la commande publique en état d'urgence », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°5, repère 5 ; H. HOEPFFNER, « Du confinement au déconfinement : l'urgence sanitaire jusqu'à quand ? », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°7, repère 7.

[330] M. UBAUD-BERGERON, « Urgence sanitaire et droit de la commande publique : la tentation protectionniste ? », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n° 12, repère 11.

[331] Dans une communication, la Commission européenne souligne par la suite les évolutions des « *directives sur les marchés publics de nouvelle génération* », pour lesquelles « *il s'agit globalement de parvenir à un meilleur rapport coût/efficacité pour les deniers publics, d'obtenir de meilleurs résultats pour l'ensemble de la société et sur le plan d'autres objectifs de politique publique, tout en améliorant l'efficience des dépenses publiques* ». Se retrouvent ici les finalités du droit des marchés publics en droit interne (Commission européenne, « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », communication, COM (2017) 572 final, 3 octobre 2017, p. 3).

203. Du point de vue du droit de l'UE, les évolutions du marché intérieur constituent une porte d'entrée à la prise en compte d'objectifs de politiques publiques dans le droit des marchés publics. L'instrumentalisation de l'achat public puise alors sa source (et sa légitimité) à partir de la politique du marché intérieur et de ses évolutions. À l'instar de la fonction, la finalité est caractérisée par sa souplesse, au gré des évolutions des objectifs qui la composent. Or, le secteur de la défense ou de la sécurité est une application remarquable de cette souplesse.

II. Le droit des marchés de défense ou de sécurité, pilier du marché européen des équipements de défense

204. La notion de marché européen des équipements de défense (MEED) fait son apparition au cours des années 1990, au lendemain de la guerre froide. Il est possible d'identifier le MEED à partir de ses composantes (A), lesquelles révèlent l'intérêt de recourir au droit des marchés publics aux fins d'établir ce marché atypique (B).

A. Identification du marché européen des équipements de défense

205. L'identification du MEED démontre un parallèle avec le secteur civil. En effet, si l'achat public n'est pas la source exclusive de ce marché, il n'en demeure pas moins que le MEED est une composante du marché de la commande publique (1), et est donc compris dans le marché intérieur (2).

1. Les composantes du marché européen des équipements de défense

206. Aux premières heures de l'action de l'UE (principalement, dans un premier temps, de la Commission européenne[332]) dans le domaine du marché européen de la défense, de

[332] C. LAVALLÉE, « Le marché européen de défense : un nouvel espace de luttes », *Études internationales*, volume 43, n°4, 2012, pp. 573–590. L'autrice relève le « *rôle moteur de la Commission*

nombreuses appellations ont coexisté pour ce dernier. Ainsi, la Commission fait dans un premier temps référence au « *marché européen du matériel militaire* »[333], puis au « *marché européen pour les produits de défense* »[334]. La notion de « *marché européen des équipements de défense* » s'est imposée finalement comme la notion de référence, consacrée dans la communication de la Commission du 11 mars 2003[335], et reprise dans la directive 2009/81/CE[336]. Le MEED comporte les trois aspects qui ont toujours composé le marché de la défense du point de vue de l'UE : la dimension marchande, européenne et de défense.

207. Ainsi, la notion de MEED repose sur un socle, le *marché*, un composante qui ne lui est pas spécifique (en revanche, le marché de la défense est, lui, atypique sur le plan économique[337]). Le marché renvoie « *au sens où l'entend le droit de la concurrence* »[338], c'est-à-dire un lieu d'échanges marchands, où se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service donné[339].

208. La première des particularités du MEED repose sur sa composante européenne, conférant à ce marché une dimension géographique. Cette dernière résulte de la circonstance que, au moment où le projet de MEED voit le jour, le marché des équipements de défense est

dans la structuration du marché européen de défense », et, par ailleurs *« la résistance des États membres* » (p. 579-582).

[333] Commission européenne, « Les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense – Contribution en vue d'actions au niveau européen », communication, COM(96) 10 final, 24 janvier 1996, p. 9.

[334] Commission européenne, « Mettre en œuvre la stratégie de l'Union en matière d'industries liées à la défense », communication, COM(97) 583 final, 4 décembre 1997, p. 2. La communication a également recours à la notion de « *marché européen pour les produits d'armement* » (p. 3).

[335] Commission européenne, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense », communication, COM(2003) 113 final, 11 mars 2003. Le MEED y est largement développé. La communication centralise l'ensemble des actions permettant d'aboutir à la création du MEED (dont la rationalisation de la passation dans le secteur de la défense). Des variations demeurent, tel le « *marché industriel de la défense* » (voy. Commission européenne, « Stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive », communication, COM(2007) 764 final, 5 décembre 2007, dont la deuxième section est consacrée à « *l'évolution du marché industriel de la défense* »).

[336] Directive 2009/81/CE, considérant 2.

[337] Cf. *infra* §7-8.

[338] Conseil de la concurrence, Rapport 2000, 4e partie, chapitre III, A, 1, p. 107.

[339] B. DELAUNAY (*op. cit.*), dans sa définition de marché, citant l'arrêt CA Paris, 17 juin 1992, *Compagnie générale de vidéocommunications*.

morcelé[340], fragmenté[341] ou cloisonné[342] (ce qui n'est pas sans rappeler le fractionnement des marchés nationaux (civils) mentionné dans le Livre blanc de 1985). Ce constat est, par ailleurs, toujours vrai à l'heure actuelle. La dimension européenne résulte donc d'une volonté de remédier à cet état de fait, et de « *dénationaliser* » le marché de la défense, *via* une action à l'échelle de l'Union.

209. La dimension européenne n'est donc pas simplement géographique, c'est aussi le fruit d'une volonté politique. Il reste à savoir dans quelles modalités le marché est *européen*. Est-il européen au regard de l'implantation des industries liées au secteur de la défense ? De leur nationalité ? Cela implique-t-il l'application d'une préférence communautaire[343] ? Sans doute la dimension européenne signifie-t-elle une communautarisation des règles applicables aux opérations s'épanouissant dans le champ de ce marché spécifique (notamment l'attribution de marchés, les restructurations, les exportations, etc.).

210. Enfin, la troisième et dernière composante du MEED renvoie à la spécialisation du marché dans le secteur de la défense. Néanmoins, la notion d'« *équipements de défense* »[344] semble circonscrire le marché à des biens, ou, pour reprendre le vocabulaire des marchés publics, à des *fournitures*[345]. En ce sens, les premières projections d'un droit des marchés publics de défense à l'échelle de l'UE s'intègrent dans le cadre de mesures « *en matière de circulation des biens* », à l'instar des directives relatives aux marchés publics de fournitures qui visent spécifiquement cette liberté fondamentale[346]. Le MEED ne saurait pourtant exclure les

[340] Commission européenne, « Mettre en œuvre la stratégie de l'Union en matière d'industries liées à la défense (…) », *op. cit.*, p. 9-10. La Commission fait état de la situation concurrentielle des industries liées à la défense, due en partie « *au morcellement du marché européen du matériel militaire » ; morcellement qui résulte notamment « de pratiques anciennes et largement répandues dans les États membres de favoriser des fournisseurs nationaux* ».
[341] Commission européenne, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense », *op. cit.*, p. 9. La Commission met en exergue l'application fréquente de l'article 296 TCE (devenu 346 TFUE) ayant mené à « *la fragmentation des marchés et des industries au niveau national* ».
[342] Commission européenne, « Les marchés publics de la défense », Livre vert, COM(2004) 608 final, 23 septembre 2004 (ci-après « Livre vert »). À propos des marchés publics de défense, la Commission souligne qu'ils « *se caractérisent aujourd'hui par un cloisonnement au niveau national* » (p. 4).
[343] Cf. *infra* §788 et s.
[344] Cette expression sera reprise pour désigner des fourniture particulières dans le domaine des MDS : cf. *infra* §874 et s.
[345] Les anciennes appellations, susmentionnées, étaient encore plus liées à l'idée de fourniture, faisant référence au *matériel* ou aux *produits*.
[346] Les directives consacrées aux marchés publics de fournitures font toutes une référence spécifique à la libre circulation des marchandises. Ainsi en est-il de la directive 77/62 (*op. cit.*), dont le premier considérant se focalise sur cette liberté fondamentale en particulier. Il en va de même avec la directive

travaux et services liées à la défense, de sorte que l'expression « *équipements de défense* », pris au pied de la lettre, parait de ce point de vue malheureuse. Assurément, le MEED intègre dans son champ d'application l'ensemble des biens et services liés à la défense.

2. Le marché européen des équipements de défense, une composante du marché intérieur

211. Le MEED procède du marché intérieur : ils sont consubstantiels. L'article 346, 1, b) TFUE l'illustre[347], puisque les mesures prises par les États membres pour la protection de leurs intérêts essentiels de leur sécurité se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre, « *ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* ». Le marché économique de la défense apparait ici comme une composante du marché intérieur.

212. Préalablement à la consécration du MEED, les références au marché de la défense sont suivies ou précédées de celle du marché intérieur. De même, dans une communication de 2002 consacrée à la politique industrielle européenne, la Commission constate « *un marché intérieur inachevé* » pour les marchés de la défense, où « *la fragmentation demeure la règle* »[348]. Par ailleurs, lorsque la Commission souligne l'application différenciée de la politique industrielle selon les secteurs, elle relève que « *dans un secteur comme celui des industries de défense, c'est surtout l'absence de véritable marché intérieur qui constitue un problème important* »[349].

88/295/CEE : son cinquième considérant souligne que l'amélioration et l'extension des directives en matière de fournitures doit permettre de « *mieux veiller au respect de l'interdiction des restrictions à la libre circulation des marchandises qui est à la base de ces directives* ». La directive 93/36/CEE précise enfin que « *la réalisation d'une libre circulation des marchandises en matière de marchés publics de fournitures* (…) *comporte, parallèlement à l'élimination des restrictions, une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de fournitures* » (considérant 5).

[347] Cf. *infra* §521 et s.

[348] Commission européenne, « La politique industrielle dans une Europe élargie », communication, COM(2002) 714 final, 11 décembre 2002, p. 38.

[349] Commission européenne, « Accompagner les mutations structurelles : Une politique industrielle pour l'Europe élargie », communication, COM(2004) 274 final, 20 avril 2004, p. 39.

213. Le passage à la notion de MEED confirme ce lien avec le marché intérieur. Dans sa communication de 2003 abordant les différentes mesures à même de créer un tel marché, la Commission relève que les travaux sur la normalisation des équipements de défense sont un « *préalable important à l'ouverture des marchés nationaux et la constitution progressive d'un marché unique européen* »[350], et évoque encore « *le marché unique des biens à double usage* »[351]. En outre, dans une présentation des résultats de la consultation ouverte par le Livre vert et de ses futures initiatives, la Commission européenne souligne que « *selon le droit communautaire, les contrats de défense relèvent des règles du marché intérieur* »[352]. En amont de la directive 2009/81/CE, la Commission présente les « *mesures envisagées afin de renforcer le marché européen de la défense* », et propose d'« *améliorer le fonctionnement du marché intérieur pour les produits de défense* »[353]. Enfin, la proposition de directive relative aux marchés publics de défense s'inscrit notamment « *dans le cadre de la politique du marché intérieur* »[354].

214. Ainsi, le droit de l'UE fait du MEED une composante à part entière du marché intérieur. C'est donc logiquement que le MEED repose, notamment, sur une exploitation d'un instrument du marché intérieur : le droit des marchés publics.

B. Le recours au droit des marchés publics pour l'établissement du marché européen des équipements de défense

215. Eu égard à la filiation entre le MEED et le marché intérieur, le recours au droit des marchés publics apparait naturel. Ce recours s'inspire de la logique appliquée au secteur civil (1), tout en l'adaptant aux spécificités du secteur de la défense (2).

---

[350] Commission européenne, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense », *op. cit.*, p. 13.
[351] *Ibid.*, p. 17. Sur la notion de biens à double usage, cf. *infra* §573, 627.
[352] Communication de la Commission européenne sur les résultats de la consultation ouverte par le Livre vert sur les marchés publics de la défense et les futures initiatives de la Commission, COM(2005) 626 final, p. 3.
[353] Commission européenne, « Stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive », *op. cit.*, p. 6.
[354] Commission européenne, « Proposition de directive Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité », COM(2007) 766 final, 5 décembre 2007, p. 4. En outre, cette proposition « *contribuera à la PESD et à la politique industrielle européenne* ».

1. Un recours reprenant la logique appliquée au secteur civil

216. La reprise de la logique appliquée au secteur civil ne surprend pas, au regard de la finalité du droit des marchés publics, instrument du marché intérieur. Dans la mesure où ce dernier comprend tant le marché civil que militaire, la création d'un MEED doit pouvoir s'appuyer sur le droit des marchés publics. Ainsi que le relève la Communication, « *le cadre communautaire a fait ses preuves pour l'achèvement du marché européen pour les produits civils* », de sorte que « *ses instruments peuvent également être utiles pour les produits de défense* »[355].

217. Pour poursuivre ce parallèle, le marché de la défense se place dans un état précédant celui que le marché intérieur (au sens classique du terme, c'est-à-dire dans sa dimension « civile ») a connu au moment de l'adoption du Livre blanc : celui de *l'achèvement*. Le MEED met ainsi en lumière une phase préexistante d'*établissement*. En effet, dans le cas du secteur de la défense, le marché (*européen*) n'existe pas et doit être créé[356].

218. La comparaison entre la création du MEED et la relance du marché intérieur (lors de l'adoption du Livre blanc) est encore plus pertinente lorsqu'il s'agit de relever l'impact (négatif) de la pratique des États membres dans leurs achats publics sur le marché intérieur. La Commission dénonce ainsi le « *fractionnement continu des marchés nationaux* » comme « *un des obstacles les plus évidents à la réalisation d'un authentique marché intérieur* »[357], de la même façon qu'elle dénonce « *l'hétérogénéité juridique* » (résultant de l'application de procédures de passation nationales non coordonnées) qui « *constitue un obstacle majeur à l'établissement d'un marché européen des équipements de défense* »[358].

---

[355] Commission européenne, « Mettre en œuvre la stratégie de l'Union en matière d'industries liées à la défense », *op. cit.*, p. 5.
[356] La proposition de directive de la Commission (*op. cit.*) souligne ainsi à plusieurs reprises l'état du MEED, que ce soit dans la présentation de sa motivation et de ses objectifs (« *La création d'un marché européen des équipements de défense est un facteur clé pour soutenir la politique européenne de sécurité et de défense* », p. 2), ou dans ses considérants (le premier évoque la « *formation progressive d'un marché européen des équipements de défense* », le deuxième la « *création d'un marché européen des équipements de défense* »). La directive 2009/81/CE optera finalement pour *« l'établissement progressif* » à son deuxième considérant, et conserve la « *création d'un marché européen des équipements de défense* » à son quatrième considérant.
[357] Livre blanc, *op. cit.*, p. 25 (point 84).
[358] Proposition de directive, *op. cit.*, p. 2.

219. La matière n'est pas la même, mais le constat est identique : le marché (civil ou militaire) est fragmenté en autant de morceaux qu'il existe d'États membres. Du point de vue de l'UE, la solution parait évidente, et passe par la mise en place d'un cadre communautaire.

2. Un recours adapté aux spécificités du secteur de la défense

220. Le recours à un cadre communautaire, par l'application d'un droit des marchés publics coordonnant les procédures de passation applicables, ne peut se faire pour les MDS selon les mêmes modalités que pour les marchés du secteur civil. Dans le cas contraire, le droit des marchés publics tel qu'il a été bâti pour le secteur civil ne permettrait pas de voir émerger un MEED en tant que composante du marché intérieur. Ainsi, pour se faire l'instrument du MEED et remplir ainsi sa finalité spécialisée, le droit des marchés publics est nécessairement *adapté* aux spécificités du secteur de la défense.

221. Le Livre vert concentre ainsi les spécificités des marchés de défense, résultant de « *la nature même des biens militaires et des services afférents* » ; spécificités qui « « *ne sont pas uniquement d'ordre économique et technologique, mais dépendent également de la politique de sécurité et de défense de chacun des États membres* »[359]. Le droit des marchés publics doit ainsi prendre en compte le rôle prépondérant des États, force prépondérante sur le marché économique, les impératifs de sécurité (d'approvisionnement et des informations)[360], ainsi que la complexité technologique[361].

222. La directive 2009/81/CE synthétise ce besoin d'adaptation, soulignant que la création du MEED « *passe par l'établissement d'un cadre législatif adapté* », lequel nécessite, s'agissant des marchés publics, « *une coordination des procédures de passation des marchés satisfaisant aux impératifs de sécurité des États membres et aux obligations découlant du traité* »[362]. Ce renvoi aux obligations découlant du Traité démontre que l'adaptation est à double-sens. Si le droit des marchés publics doit s'adapter au secteur de la défense, l'inverse est également vrai. En cela, il est possible de parler d'un *équilibre des adaptations* entre, d'une

[359] Livre vert, *op., cit.*, p. 4.
[360] Cf. *infra* §415 et s.
[361] Cf. *infra* §388 et s.
[362] Directive 2009/81/CE, considérant 4.

part, ce qu'exige le secteur de la défense, et, d'autre part, ce qu'exige le Traité, c'est-à-dire (dans le contexte des marchés publics) les principes qui en découlent (et donc les principes directeurs)[363]. Autrement dit, pour remplir sa finalité (spécialisée), le droit des marchés publics doit s'appuyer sur sa fonction de créateur du libre jeu de la concurrence.

223. Conclusion de la sous-section. Ainsi, le droit de l'UE a toujours lié les marchés publics au marché intérieur. Ce lien étroit est l'un des facteurs majeurs de l'évolution de la finalité du droit des marchés publics. Si, initialement, ce lien avait pour conséquence d'assimiler sinon de confondre fonction et finalité, en ce que le marché intérieur demeurait pour l'essentiel un espace économique concurrentiel, elles se distinguent aujourd'hui de plus en plus, parce que le marché intérieur s'est lui-même teinté de nuances politiques. Si, dès les origines, le Traité est paré d'une dimension politique, celle-ci est désormais plus immédiate. Quand l'achèvement du marché intérieur renvoyait davantage à la dimension de *marché*, son amélioration renforçait la dimension *publique*. Ce faisant, le droit des marchés publics s'est rapproché de sa finalité. Les évolutions de la finalité de ce dernier démontrent que la logique de concurrence comme moteur de la politique du marché intérieur, appliquée au droit des marchés publics, porte en elle une certaine souplesse. En cela, il y a une cohérence avec la fonction. Elle démontre que l'évolution du marché intérieur, rejaillissant sur le droit des marchés publics, est à l'origine de l'introduction des objectifs de politiques publiques au sein de ce droit. Par suite, le droit de l'UE a répliqué cette logique, en bâtissant un lien MEED/marchés publics dans le domaine de la défense, spécifique au secteur de la défense ou de la sécurité. D'une certaine façon, le droit des marchés publics était prêt à « absorber » la défense dans son champ d'application, tant il a intégré sa finalité et la souplesse qui caractérise cette dernière. Les achats de défense démontrent par la même occasion que la finalité du droit des marchés publics est le vecteur fondamental d'instrumentalisation. Par ailleurs, un parallèle peut être fait avec la finalité du droit des marchés publics en droit interne.

[363] Dans le contexte de la défense, les « *obligations découlant du traité* » comprennent également l'article 346 TFUE.

Sous-section 2. Finalité du droit des marchés publics en droit interne

224. En droit interne, la finalité du droit des marchés publics est plus explicite encore. Contrairement au droit de l'UE, cette finalité ne se déduit pas d'un élément extérieur au droit des marchés publics. Elle fait partie intégrante du droit des marchés publics et dispose d'une assise textuelle. En effet, à travers les objectifs qui l'incarnent, la finalité du droit des marchés publics en droit interne occupe une place de premier rang dans le code de la commande publique, à tout le moins symboliquement. Son article L. 3 affiche ainsi le rapport entre fonction et finalité du droit des marchés publics. Il prévoit que l'application des principes directeurs (donc la fonction du droit des marchés publics) permet de remplir des objectifs que le code identifie (c'est-à-dire, la finalité de ce droit). En outre, s'ils recouvrent également une dimension économique et se réalisent dans le cadre du principe de concurrence, la dimension politique de ces objectifs est plus affirmée qu'en droit de l'UE. Au regard de leur place et de leur champ d'application dans le code de la commande publique, il est possible de distinguer deux types d'objectifs. Par principe, les objectifs du droit des marchés publics sont applicables à l'ensemble des marchés publics, quel que soit leur type. Néanmoins, l'apparition d'un objectif spécifique aux MDS conduit à distinguer deux catégories d'objectifs : les *objectifs de droit commun*, applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique (I), et l'objectif spécifique aux MDS, le renforcement de la BITDE (II).

I. Les objectifs de droit commun

225. La finalité du droit des marchés publics apparaît clairement en droit interne. Associée aux principes fondamentaux de la commande publique, cette finalité est double, puisque lesdits principes « *permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ». Il convient de déterminer ce que recouvrent ces objectifs et ce qui les distinguent entre eux (A), et de déterminer leur place et leur normativité (B).

A. Définition des objectifs de droit commun

226. Deux types d'objectifs se distinguent : les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique *stricto sensu* (1) et, plus récemment, un objectif spécifique de développement durable (2).

1. Les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique

227. Deux objectifs sont directement associés aux principes fondamentaux de la commande publique : la bonne utilisation des deniers publics (a) et l'efficacité de la commande publique (b).

a. Une préoccupation historique : la bonne utilisation des deniers publics

228. Bien qu'elle ne soit intronisée formellement dans le code des marchés publics qu'en 2001, la *bonne utilisation des deniers publics* est la « *fonction historique* » des marchés publics[364], « *l'ambition* » de la réglementation[365]. Sous Louis-Philippe, l'État adopte, dans un premier temps, l'article 12 de la loi du 31 janvier 1833, lequel a « *servi de fondement au droit des marchés publics jusqu'au milieu du XX^e siècle* »[366]. En application de cette loi, l'ordonnance du 4 décembre 1836 est adoptée. Son article 1^er dispose que « *tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité* (…) », première apparition formelle de la notion de concurrence et de publicité. Ce principe est ensuite étendu aux marchés des communes avec l'ordonnance du 14 novembre 1837.

---

[364] G. KALFLÈCHE, *op. cit*., p. 187. L'auteur explique la soumission initiale de l'adjudication aux seules personnes publiques par le fait que « *la fonction historique des marchés publics est la rationalisation de l'utilisation des deniers publics* ».

[365] F. ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA*, 2009, p. 1696. L'auteur écrit : « *Le droit des marchés publics a eu pour ambition dès ses origines de constituer un régime juridique devant assurer la conclusion du meilleur contrat. Il s'agissait d'imposer à une administration prodigue des obligations garantissant une utilisation parcimonieuse des deniers publics* ».

[366] L. RICHER, *Droit des contrats administratifs* (*op. cit.*), p. 312. Un droit des marchés publics existe sous l'Ancien Régime (voy. notamment H. LEMESLE, « Réglementer l'achat public en France (XVIII^e-XIX^e siècle) », *Genèses*, 2010, n° 80, p. 8-26). De même, F. ALLAIRE (*op. cit.*) souligne que les « *prémices du droit des marchés publics* » remontent au Moyen-Âge.

229. Ainsi, la « *justification cardinale et première de la mise en place d'une procédure contraignante était de prévenir l'administration du risque de collusion, afin de préserver l'usage des derniers publics et de générer le plus d'économie possible dans les dépenses publiques* »[367]. Bien que principalement appliquée au domaine de la commande publique, elle dépasse ce dernier[368]. La bonne utilisation des deniers publics n'est donc pas une innovation du code des marchés publics de 2001, lequel reprend un principe solidement ancré dans le paysage du droit administratif français. Ainsi, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du « *bon usage des deniers publics* » dans sa décision du 26 juin 2003, sur la base des articles 6 et 14 de la DDHC et de l'article 1er du code des marchés publics[369].

230. La bonne utilisation des deniers publics (ou « *bon emploi des deniers publics* »[370]) a notamment pu être analysée comme un fondement de « *l'obligation de bien contracter* »[371], ou bien encore « *l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics* »[372]. Elle impose (notamment) aux personnes publiques de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Cet objectif apparait comme une contrainte pour la personne publique (et, en retour, comme une protection pour les administrés[373]). Il justifie ainsi l'obligation d'appliquer la réglementation fondée sur les principes directeurs, qui n'est, de ce

[367] M-C. BONTRON, *op. cit.,* p. 57.
[368] D. BOITEUX, « Le bon usage des deniers publics », *RDP*, 2011, n°5, p. 1099-1136. L'auteur relève ainsi que « *Le droit de la commande publique – au-delà des seuls marchés publics – constitue le principal domaine de l'activité juridique dans lequel la notion de bon usage des deniers publics est aujourd'hui utilisée* ».
[369] Le Conseil constitutionnel qualifie autrement le bon usage des deniers publics d'« *objectif de valeur constitutionnelle* » (CC, 22 mars 2012, *Loi de programmation relative à l'exécution des peines*, DC n°2012-651, considérant 9) ou d' « *exigence constitutionnelle qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789* » (CC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*, DC n°2019-781, considérant 41).
[370] N. GUILLET, « Deniers publics », *in* N. KADA, M. MATHIEU (dir.), *Dictionnaire d'administration publique*, *Presses universitaires de Grenoble*, coll. *Droit et action publique*, 2014, p. 143-144. Relevant l'apparition de la bonne utilisation des deniers publics dans les textes régissant le droit de la commande publique, l'auteur écrit que « *la notion de deniers publics semble alors quitter la sphère comptable pour se rapprocher de celle budgétaire, le bon emploi des deniers publics évoquant l'idée d'une utilisation économe, efficace et efficiente des crédits ouverts au profit d'un organisme public.* ».
[371] M. SENO, « Existe-t-il une obligation de bien contracter dans les contrats publics ? », *La Gazette du Palais*, n°275, p. 14. L'auteur écrit : « *Un premier fondement de l'obligation de bien contracter est, à notre sens, la bonne utilisation des deniers publics* ».
[372] D. PIVETEAU, dans ses conclusions sous la décision CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n°229666, publié au *Lebon*, cité par M.-C. BONTRON (*op. cit*., p. 60).
[373] Voy. notamment D. BOITEUX (*op. cit.*). L'auteur souligne que le bon usage des deniers publics est une « *notion protectrice des administrés* », et s'interroge sur le fait de savoir si elle n'est pas également une « *notion protectrice des prérogatives de la puissance publique* ».

point de vue, qu'un *moyen*[374]. Cela confirme que, en droit français, la finalité du droit des marchés publics est, notamment, la bonne utilisation des deniers publics, et que cette dernière suppose des choix de la part de la personne publique[375].

231. Au côté de la bonne utilisation des deniers publics, l'efficacité de la commande publique apparait comme un objectif contemporain.

b. Un objectif contemporain : l'efficacité de la commande publique

232. L'efficacité de la commande publique ne préexiste pas à la rénovation du code des marchés publics, étant contemporaine à la réforme du code des marchés publics de 2001. Contrairement à la bonne utilisation des deniers publics, l'efficacité de la commande publique n'a pas été sanctionnée d'une valeur constitutionnelle. Elle apparait comme plus directement liée à la logique de concurrence que la bonne utilisation des deniers publics. C'est notamment le sens de l'avis n°00-A-25 du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics du Conseil de la concurrence[376]. Ce dernier souligne que la recherche de l'efficacité de la commande publique « *peut être interprétée comme « l'objectif synthétique » du droit des marchés publics* », rejoignant à cet égard « *l'objectif d'efficience économique du droit de la concurrence* », ou « *peut être considéré comme un cas particulier de cet objectif plus général* »[377]. De ce point de vue, l'efficacité de la commande publique rapproche un peu plus encore le droit des marchés publics et le droit de la concurrence[378].

---

[374] J.-M. PEYRICAL, « Le paradoxe des marchés publics – Le marché public, repoussoir et modèle », *Droit administratif*, n°4, 2000, chron. 7. L'auteur écrit que « *le droit ne peut être une fin, mais seulement un moyen permettant d'obtenir une utilisation optimale des deniers publics* » (cité par M.-C. BONTRON, *op. cit*., p. 61).

[375] Voy. notamment D. BOITEUX (*op. cit.*). L'auteur rappelle que *« l'utilisation des deniers publics s'avère donc, en grande partie, fonction de choix politiques sur lesquels il est a priori peu aisé d'admettre un contrôle juridictionnel.* » (nous soulignons).

[376] Cons. Conc., Avis n°00-A-25 du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics, Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n° 2001/1, p. 5-8.

[377] Cette définition de l'objectif d'efficacité de la commande publique par le Conseil a depuis été reprise par l'Autorité (voir notamment l'avis n°16-A-05 du 15 février 2016 relatif à la demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye en ce qui concerne la conformité du traitement des offres « *non conformes* » en matière de commande publique au regard des règles de concurrence, point n°75).

[378] Voy. notamment S. GRANDVUILLEMIN, « Droit des marchés publics et droit de la concurrence », *op. cit*. L'autrice écrit ainsi que « *l'objectif « d'efficacité de la commande publique » posé à l'article L. 3 du CCP* (…) *rejoint un droit de la concurrence où « la libre expression des choix par les demandeurs*

233. Il est ainsi possible de lier *l'efficacité* (de la commande publique) à l'*efficience*, notamment dans le rapport entre droit des contrats publics et droit de la concurrence[379]. Néanmoins, efficacité et efficience se distinguent[380]. A.-L. Sibony définit en ce sens l'adjectif « efficace » comme « *un moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité, sans autre précision et donc, en particulier, sans porter de jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen* », tandis que l'adjectif efficience « *qualifie un rapport entre des moyens et une fin au regard des coûts. Un dispositif efficient est celui qui atteint le résultat souhaité au moindre coût* »[381]. L'efficacité impliquerait ainsi une obligation de résultat, tandis que l'efficience supposerait une obligation de moyens. Dans le contexte de la commande publique, l'efficacité impose donc une obligation de résultat (pour l'acheteur). En d'autres termes, l'efficacité de la commande publique désigne l'efficacité de l'acte d'achat, et donc la satisfaction du demandeur, mais aussi la juste rémunération d'un offreur économique issu d'une sélection par le jeu de la concurrence.

234. Plus encore que la bonne utilisation des deniers publics, laquelle semble circonscrite à des aspects comptables et budgétaires, l'objectif d'efficacité de la commande publique est un marqueur de l'évolution du droit des marchés publics, et, plus globalement de la commande publique, du point de vue du droit interne. Son apparition « *révèle ainsi que la commande publique ne vise pas seulement à faire dépenser le moins d'argent possible à l'administration, mais concourt également à des objectifs d'intérêt plus large que l'administration poursuit à travers elle* »[382]. Autrement dit, l'efficacité de la commande publique constitue, à bien des égards, la porte d'entrée à l'instrumentalisation des marchés publics.

---

joue un rôle crucial dans l'économie de marché », citant le rapport du Conseil de la concurrence de 1991 (p. XXVII).

[379] Voy. I. HASQUENOPH, *Contrats publics et concurrence*, *op. cit*. Les objectifs associés aux principes fondamentaux de la commande publique (dont l'efficacité de la commande publique) « *rejoignent les notions d'efficience économique et de bien-être du consommateur poursuivis par le droit de la concurrence* ». Ainsi, le droit de la commande publique poursuit le même postulat économique que le droit de la concurrence : « *le libre jeu de la concurrence est un moyen de maximiser l'efficience économique, au service de l'intérêt général* » (p. 143).

[380] De même que la concurrence *efficace* se distingue de la concurrence *efficiente* : voy. F. RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *op. cit*.

[381] A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », *in* M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 62.

[382] M.-C. BONTRON, *op. cit*., p. 65. L'autrice écrit également que « *la notion d'efficacité permet d'intégrer des éléments qualitatifs absents de la bonne utilisation des deniers publics, qui n'évoque que des aspects financiers* ».

235. Cela résulte du fait que la dimension *efficace* de la commande publique est interprétable. Peut-elle recouvrir d'autres aspects que la simple efficacité *économique* ? S'il a été avancé que la commande publique doit conserver son efficacité en termes de performances économiques, au détriment d'autres objectifs[383], force est de constater que l'analyse de l'efficacité en termes de performance *strictement* économique de la commande publique manque d'apprécier les évolutions du droit des marchés publics (et, plus globalement, de la commande publique). Ces dernières tendent à démontrer que l'efficacité de la commande publique n'est plus simplement économique. Ainsi, « *l'évolution du droit de la commande publique et la logique économique enrichie dans les dernières directives européennes et dans le code de la commande publique est protéiforme et qu'elle intègre, sans en nier aucun, plusieurs degrés d'efficacité* »[384]. L'efficacité de la commande publique permet donc d'admettre l'offre économiquement la plus avantageuse dans sa dimension moderne. Celle-ci suppose que l'offre n'est pas seulement appréciée quantitativement (par application du critère du prix), mais aussi qualitativement (par application de plusieurs critères, dont le coût global).

236. En outre, l'objectif d'efficacité de la commande publique interroge sur le champ d'application de son interprétation. S'apprécie-t-elle spécifiquement (au niveau d'*un* marché public) ou globalement (au niveau *du* marché économique) ? L'efficacité de la commande publique s'appliquant à l'ensemble des marchés publics, quelle que soit la procédure de passation ou l'objet du marché, elle s'apprécie, de ce point de vue, globalement. Dans le même temps, chaque acheteur pour chacun de ses marchés doit viser l'efficacité de son achat (cela est d'ailleurs conforté par le phénomène de responsabilisation croissante de l'acheteur dans la conduite de la procédure de passation). L'efficacité de la commande publique (comme la bonne utilisation des deniers publics) s'apprécie donc également spécifiquement. L'une (l'appréciation globale) n'est pas exclusive de l'autre (l'approche spécifique), bien au contraire : elles se nourrissent entre elles.

---

[383] Voy. notamment S. SAUSSIER et J. TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, n° 22, avr. 2015. Les auteurs ont ainsi pour première recommandation de « *Reconnaître que l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus. Charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace* ».

[384] O. GUÉZOU, « Mise en concurrence et principes fondamentaux », *op. cit.*

237. Il est à noter que les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique du code de la commande publique se retrouvent dans le droit de l'UE. Ainsi, la directive 2014/24/UE voit dans les marchés publics le moyen de garantir « *l'utilisation optimale des fonds publics* », tandis que la révision et la modernisation des règles relatives aux marchés publics visent à « *accroître l'efficacité de la dépense publique* » [385]. Néanmoins, cette intégration demeure symbolique, et n'a pas autant d'impact que si ces principes avaient été inscrits comme objectifs des principes de la passation de marchés (à l'instar de l'association entre efficacité de la commande publique et bonne utilisation des deniers publics et les principes fondamentaux de la commande publique). À tout le moins, le droit de l'UE aborde lui-même la finalité du droit français des marchés publics[386]. Ces objectifs renseignent sur la philosophie du droit des marchés publics, et sur le fait que celui-ci n'est pas simplement l'application du libre jeu de la concurrence aux achats publics, mais, précisément, que ce libre jeu de la concurrence sert des objectifs qui le dépassent.

238. Assignés aux principes fondamentaux de la commande publique, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont les objectifs de principe qui donnent une grille d'interprétation et de compréhension de normes juridiques. Ce faisant, ils s'intègrent dans une approche juridique, se distinguant ainsi de l'objectif associé à la « commande publique » : la participation aux objectifs de développement durable.

[385] Directive 2014/24/UE, considérant 2. De même, la directive relève que l'acquisition de biens et services innovants « *aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics* » (considérant 47), et présente le système d'acquisition dynamique comme une « *technique d'acquisition permet au pouvoir adjudicateur de disposer d'un éventail particulièrement large d'offres et donc de garantir une utilisation optimale des deniers publics grâce à une large concurrence* » (considérant 63).

[386] L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *op. cit*. L'auteur écrit « *L'objectif de bonne utilisation des deniers publics et les objectifs sociétaux deviennent aussi importants que l'ouverture à la concurrence, le principe de libre gestion et le respect des traditions fondent d'importantes restrictions aux principes de publicité et de transparence.* ».

2. L'objectif associé à la commande publique : la participation aux objectifs de développement durable

239. Depuis la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets[387], un nouvel article L. 3-1 est intégré au code de la commande publique. De façon inédite, l'association classique des principes fondamentaux et de leurs objectifs se voit adjoindre un nouvel élément. Pour la première fois s'agissant des contrats de la commande publique civile, un objectif purement politique s'intègre au niveau des fondements de la commande publique. En effet, l'article L. 3-1 dispose que « *La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code* ». Il s'agit donc d'un objectif de la commande publique dans son ensemble, et un objectif associé directement aux principes fondamentaux, à l'instar de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics.

240. L'article L. 3-1 répond à l'objectif de verdissement de l'économie, lequel « *doit irriguer l'ensemble de l'achat public et s'inscrire dans ses principes mêmes* », de sorte qu'il apparaîtrait « *de ne pas prendre en compte toutes les dimensions du développement durable dans les fondements de la commande publique et de limiter les objectifs du droit de la commande publique à sa vocation historique de protection des intérêts de l'administration* »[388]. L'article L. 3-1 est à la fois une forme de révolution au niveau des fondements de la commande publique, enrichis par des considérations nouvelles, et, dans le même temps, s'inscrit dans la continuité de la dynamique politique des marchés publics.

241. Ainsi, la participation de la commande publique aux objectifs de développement durable relève d'une approche plus matérielle que juridique. Cet objectif signifie que la commande publique n'est pas en dehors des enjeux de développement durable et qu'elle doit

[387] Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, JORF n°0196 du 24 août 2021.
[388] La commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du Sénat, saisie au fond, a apporté deux amendements en première lecture (COM-472 rect. bis et COM-1414 rect. bis). Ils introduisent un nouveau paragraphe I A en début de l'article 15. Ce paragraphe permet la création d'un nouvel article L. 3-1 du code de la commande publique, prévoyant que la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le même code (la citation vient de l'amendement n° COM-472-rect. bis.).

« faire sa part ». À cet égard, la *participation* de la commande publique aux objectifs de développement durable suppose que ces derniers doivent irriguer l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique (ou, du moins, les plus essentielles). Dans un tel cadre, le développement durable « *imprègne* » alors les étapes de la passation d'un marché, depuis l'existence même du besoin et la manière de le satisfaire[389], jusqu'aux conditions d'exécution[390], en passant les critères de sélection et d'attribution. En outre, la participation susmentionnée se réaliserait, à l'instar des objectifs de droit commun, à travers la combinaison des approches spécifique et globale[391]. Une telle combinaison fonctionne alors comme une poupée gigogne : l'objectif est mis en œuvre au sein de chaque contrat et à toutes ses étapes, mais également par l'addition de tous les marchés publics, qui ont alors potentiellement un effet d'entrainement économique important.

242. Par ailleurs, la création de l'article L. 3-1 du code de la commande publique interroge sur le rapport entre l'objectif de développement durable et les principes fondamentaux de la commande publique. M. Morales juge en ce sens que « *ces nouveaux objectifs ne sont pas inhérents à l'achat public et entrent donc de par leur nature, leur contenu et leur fonction, en contradiction avec les principes fondamentaux* » [392]. L'intégration du développement durable dans le titre préliminaire du code de la commande publique suppose en principe que cet objectif dispose de la même valeur hiérarchique que les principes fondamentaux et les objectifs qui leur sont associés[393]. Dans le même temps, l'objectif de développement durable est isolé dans un article à part entière, ce qui semble résulter d'une « *volonté de sanctuariser les principes « fondamentaux » de la commande publique* »[394]. Ce rapport interroge en réalité la normativité de l'objectif de développement durable, afin d'apprécier la réelle concurrence – voire le conflit – avec les principes fondamentaux de la commande publique et la fonction du droit des marchés publics.

---

[389] Cf. *infra* §948-949.
[390] Cf. *infra* §1339 et s.
[391] Cf. *supra* §232-238.
[392] M. MORALES, « La valeur des principes : une hiérarchie existe-t-elle ? », *op. cit*. L'auteur relève que « *la montée en puissance de l'objectif de développement durable pourrait tendre à faire reculer les principes classiques.* ».
[393] *Ibid.* L'auteur rejette l'idée d'une hiérarchie entre l'objectif de développement durable et les principes fondamentaux de la commande publique, s'appuyant sur le fait que « *les articles du titre préliminaire du code de la commande publique revêtent avant tout une fonction directrice et structurante pour des contrats de la commande publique* ».
[394] E. MULLER, « L'extension des principes : un enrichissement par de nouveaux principes ? », *op. cit.*

B. La normativité des objectifs de droit commun

243. Les objectifs de droit commun se caractérisent par une normativité incertaine, sinon relative, qu'il s'agisse des objectifs des principes fondamentaux de la commande publique (1) ou de l'objectif de développement durable (2).

1. La normativité des objectifs des principes fondamentaux de la commande publique

244. Nonobstant leur rattachement progressif aux principes fondamentaux de la commande publique (a), la normativité des objectifs de bonne utilisation des deniers publics et de l'efficacité de la commande publique demeure incertaine (b).

a. Le rattachement progressif aux principes fondamentaux

245. Les objectifs de bonne utilisation des derniers publics et d'efficacité de la commande publique n'ont pas toujours été rattachés aux principes fondamentaux. En effet, l'article 1er du code des marchés publics de 2001 les mentionne indépendamment et à la suite desdits principes. Le code des marchés publics privilégie une autre association, puisque l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont « *assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Ce faisant, ces objectifs sont davantage associés aux obligations minimales du droit des marchés publics. Ils semblent alors inférieurs aux principes fondamentaux, puisque ces obligations sont respectueuses desdits principes[395].

[395] M. GUIBAL, « À la recherche du nouveau code des marchés publics », *JCP G*, n°24, Juin 2001. L'auteur écrit « *Quant à la protection des deniers publics, appelée "bonne utilisation des deniers publics", le décret l'associe curieusement à l'efficacité de la commande publique pour constituer non pas deux principes fondamentaux mais, plus modestement, deux explications des principales contraintes imposées aux personnes publiques que sont la publicité, la mise en concurrence et le choix de l'offre économique la plus avantageuse. Il y a de quoi être surpris par ces reclassements. On voit que la protection des deniers publics descend du niveau principe au niveau règle de bon sens* (…) ».

246. Pourtant, dans son avis relatif au projet de décret portant réforme du code des marchés publics (pour 2001)[396], le Conseil de la concurrence regrette un tel agencement, critiquant plus particulièrement la « *place secondaire* » accordée à l'objectif d'efficacité de la commande publique par l'article 1er du projet de décret (alinéa 2) par rapport aux principes fondamentaux de la commande publique (alinéa 1er). Il estime que, « *d'un point de vue économique, cet objectif parait pourtant fondamental, tandis que les autres principes pourraient plutôt être regardés comme des moyens de l'atteindre plus sûrement* ». Le Conseil de la concurrence valide ainsi la lecture selon laquelle les principes fondamentaux ne sont que des *moyens* permettant d'atteindre des objectifs, l'efficacité de la commande publique, mais également la bonne utilisation des deniers publics. Est ainsi anticipé le lien entre les principes fondamentaux et les objectifs.

247. Le code des marchés publics de 2004 associe pour la première fois explicitement les objectifs aux principes fondamentaux, et dispose ainsi que ces principes « *permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* »[397]. Les objectifs gagnent ainsi en puissance, n'étant plus seulement liées à des règles minimales, mais également des principes fondamentaux. Ce lien n'est pas sans conséquences, puisqu'il renverse la hiérarchie (à tout le moins symboliquement) entre les objectifs et les principes en imposant le respect des premiers par les seconds. Le code des marchés publics de 2006 renforce, d'une certaine façon, ce lien, puisque son article 1er supprime la mention des obligations minimales, pour ne conserver que l'association entre les principes fondamentaux et les objectifs de droit commun[398]. Le code de la commande publique confirme les principes fondamentaux comme *moyen* d'atteindre la *finalité* du droit des marchés publics, c'est-à-dire l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ce faisant, ces objectifs s'appliquent à l'ensemble des contrats de la commande publique (y compris les MDS), bénéficiant de la même universalité que les principes fondamentaux.

---

[396] Conseil de la concurrence, avis n°00-A-25 du 20 novembre 2000, *op. cit.*

[397] L'avis du Conseil de la concurrence relatif au projet de réforme du code des marchés publics (Avis n° 03-A-05 du 25 avril 2003 relatif à un projet de décret réformant le code des marchés publics) présente les choses différemment. Il distingue deux « *objectifs généraux du code des marchés publics* » affirmant que l'« *on considère généralement que la réglementation de l'achat public poursuit deux objectifs principaux* ». D'une part, « *l'encadrement des procédures mises en œuvre par les personnes publiques* », en vue de garantir le respect des principes fondamentaux, et, d'autre part, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

[398] Ce faisant, l'article 1er ne comporte plus de mention expresse de la concurrence, comme le regrettait le Conseil de la concurrence dans son avis (précité) sur le projet de réforme précédant l'adoption du CMP de 2003.

248. Cette association progressive conforte l'analyse selon laquelle il n'y a pas deux catégories d'objectifs au sein de la réglementation de l'achat public, c'est-à-dire, d'un côté, les principes fondamentaux, et, de l'autre, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Il y a des principes (fondamentaux de la commande publique) renvoyant à la *fonction* du droit des marchés publics, et des objectifs (l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics) renvoyant à la *finalité* de ce dernier (et les premiers sont lus en utilisant la grille de lecture des objectifs).

b. Une normativité incertaine

249. Le rattachement progressif aux principes fondamentaux renforce la portée des objectifs de bonne utilisation des deniers publics et d'efficacité de la commande publique. Néanmoins, une incertitude demeure quant à leur « *rôle et leur valeur juridique* », de sorte que « *la reprise des objectifs d'efficacité de la commande publique et de bon usage des deniers publics à l'article L. 3 du Code entretient donc des incertitudes quant au périmètre exact des principes fondamentaux* »[399]. Il n'est certes pas contestable que les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique sont « *faiblement normatifs* »[400].

250. Cela renvoie à la différence entre le *principe* et *l'objectif*. Le premier se situe à un niveau plus proche de celui de la règle détaillée (dont elle découle), échelle normative la plus concrète et contraignante. Il a donc une normativité plus importante que son *objectif*, lequel se place au plus haut niveau de ladite échelle. Plus la norme est générale, plus cette normativité est réduite. Pour le dire autrement, les normes finalisées « [déterminent] *plus souplement les conduites que d'autres normes* » [401]. Les objectifs de valeur constitutionnelle (OVC) sont l'illustration de cette affirmation. L'OVC n'est d'ailleurs pas *stricto sensu* une norme, puisque,

---

[399] M. AMILHAT, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de code de la commande publique : une copie à revoir ? », *op. cit.* L'auteur différencie la bonne utilisation des deniers publics, objectif de valeur constitutionnelle. Il relève que « *le juge ne le mobilise pas en tant que tel, quel que soit le type de contrôle exercé* », étant donné que cet objectif ne peut être invoqué dans le cadre d'une QPC et qu'il est utilisé en combinaison d'autres principes tels que l'égalité devant la commande publique. Quant à l'efficacité de la commande publique, il lui semble « *difficile d'envisager que cette efficacité soit prochainement reconnue comme un objectif à valeur constitutionnelle invocable devant le juge* ».

[400] H. HOEPFFNER et P. TERNEYRE, « La place des principes dans le code de la commande publique », *op. cit.*

[401] P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 2006, n°20.

en tant qu'objectif, il s'agit d' « *une orientation assignée à des normes* »[402]. Le Conseil constitutionnel utilise ainsi les OVC « *pour opérer les conciliations nécessaires avec certains principes constitutionnels* »[403]. Les OVC ont une « *normativité limitée* » puisqu'ils forment une obligation de moyen, et non de résultat[404]. Ces caractéristiques paraissent applicables (dans une certaine mesure) aux objectifs applicables dans le droit de la commande publique[405], en particulier à l'objectif de développement durable.

251. Cela ne signifie pas que les objectifs n'ont qu'une portée symbolique (laquelle, toutefois, suffit à leur conférer un sens). L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics renseignent sur la nature profonde du droit des marchés publics (et, plus largement, du droit de la commande publique), et permettent d'avoir une vision d'ensemble. Ensemble, ils renvoient également à la propre finalité du principe de concurrence, qui n'est qu'un moyen[406], et permettent d'interpréter les principes fondamentaux de la commande publique.

2. La normativité des objectifs de développement durable

252. La problématique de la normativité des objectifs de développement durable est double. Son rattachement étant en dehors du champ juridique, sa normativité est rendue encore plus incertaine que les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique.

253. N'étant formellement attachés, ni aux principes fondamentaux, ni à leurs objectifs, tout étant en voisinage étroit, les objectifs de développement durable dans leur formulation

---

[402] F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, n°64, p. 675-684.
[403] L. FAVOREU et a., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 2023, 25e édition, p. 167.
[404] P. DE MONTALIVET, *op. cit*.
[405] S'agissant des « objectifs de droit commun », ces derniers seraient donc constitutifs d'une orientation assignées à des normes (les règles du droit de la commande publique), et agiraient en tant que « *norme de conciliation* » (les « principes constitutionnels » se mutent ici en principes fondamentaux de la commande publique). En revanche, les objectifs de droit commun dans le droit de la commande publique semblent davantage constitutifs d'une obligation de résultat qu'une obligation de moyens.
[406] O. GUÉZOU (« Contrats publics et politique de concurrence », *op. cit*.) souligne ainsi que « *les objectifs d'efficacité du droit de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics ne peuvent manquer de faire penser respectivement à l'efficacité du jeu des mécanismes du marché et à la prise en compte de la satisfaction ou de l'intérêt du consommateur* ».

interroge sur leur rattachement juridique. Il n'est pas évident de comprendre pourquoi le législateur ne les a pas intégrés au subtil équilibre entre les principes fondamentaux et leurs objectifs. L'association directe des objectifs de développement durable à la seule *commande publique*, notion matérielle qui ne pose pas une règle de droit, semble les placer à un autre niveau. Ce faisant, ils s'apparentent ici à la codification d'une politique d'achat. Si les objectifs des principes fondamentaux ont également une dimension politique, ils tirent leur juridicité des principes fondamentaux auxquels ils se rattachent. Les objectifs de développement durable découlent quant à eux de la Charte de l'environnement[407], texte extérieur au code de la commande publique. Le développement durable est exogène au droit de la commande publique, et doit apporter des bienfaits à la collectivité dans son ensemble, tandis que les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique apportent des bienfaits au premier chef à l'acheteur public, et éventuellement aux opérateurs économiques. De plus, la normativité de la Charte de l'environnement est elle-même, à certains égards, incertaine[408] ou, à tout le moins, « *à géométrie variable* »[409].

254. L'objectif de développement durable souligne néanmoins le dépassement des politiques publiques du seul cadre de la commande publique. Il confirme, plus encore que les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique, le fait que tout objectif, associé ou non auxdits principes, nécessite une mise en œuvre concrétisée par l'intermédiaire de règles détaillées ; concrétisation appuyée par les développements politiques des marchés publics.

255. En ce qui concerne les MDS, le droit prévoit, aux côtés des objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics, un objectif qui lui est propre : le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE)[410].

---

[407] Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n°0051 du 2 mars 2005, page 3697.

[408] M. VERPEAUX, « Contentieux constitutionnel : normes de référence », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, mars 2022. L'auteur relève que « *la Charte elle-même reconnaît de nouveaux droits et des devoirs dont l'impact n'a pas fini d'être mesuré, même si la Charte, dans tous ses éléments, avait vocation à acquérir une valeur constitutionnelle.* » (point 504).

[409] M. PRIEUR, « La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs*, 2008, n°127, p. 49-65. L'auteur souligne que la Charte de l'environnement peut apparaitre comme « *un texte flou et verbeux sans aucune apparence normative. La réalité est tout autre, même si la normativité de la Charte est à géométrie variable* ». Voy. également M. DEFFAIRI, « La portée constitutionnelle des dispositions de la Charte de l'environnement », *Titre VII*, 2022, n°8. L'autrice relève que « *la portée des dispositions de la Charte n'est pas uniforme* », et que « *leur applicabilité n'est pas pleinement reconnue par les juges et le contrôle opéré sur leur fondement est hésitant* ».

[410] Pour une définition de la base industrielle et technologique de défense européenne, voir Chapitre 1, Section 2, II.

II. L'objectif propre aux marchés de défense ou de sécurité : le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne

256. Le renforcement de la BITDE est un objectif propre au secteur de la défense et de la sécurité, applicables tant aux marchés qu'aux concessions[411]. La BITDE est, en particulier s'agissant du droit interne, au cœur des MDS. La *base industrielle et technologique de défense* est une notion particulière, à la fois politique et économique de (A), tandis que sa dimension européenne (B) relève d'une application particulière de ladite notion.

A. Notion de base industrielle et technologique de défense

257. La BITD est une notion économique ayant pour vocation de mesurer la taille et les caractéristiques d'une industrie de défense. Cette mesure se fait à travers le recensement des entreprises liées à la défense, lequel constitue une connaissance fondamentale pour la politique industrielle de l'administration militaire[412] (1). Ainsi, la commande publique fait partie intégrante des sources d'une BITD (2).

1. La mesure de l'industrie de défense

258. La notion de BITD est d'origine anglo-saxonne[413] et désigne l'industrie de défense d'un pays, composée des entreprises fournissant des équipements de défense ou des équipements liés à la défense. Cette notion, particulièrement mature aux États-Unis[414], dépasse

[411] Article L. 1113-1, alinéa 2 du CCP pour les marchés, et L. 1122-1, alinéa 2 pour les concessions.
[412] S. MOURA, « La base industrielle et technologique de défense : identification et caractéristique », *Ecodef*, Janvier 2012, n°58, p. 1.
[413] En particulier d'origine étatsunienne. Le *Departement of Defense* (DoD) dans le *Defense Industrial Base Sector-Specific Plan* de 2010. Le secteur de la base industrielle de défense (*Defense Industrial Base*) y est défini comme « *le complexe industriel mondial qui permet la recherche et le développement (R&D), ainsi que la conception, la production, la livraison et la maintenance de systèmes d'armes militaires, de sous-systèmes et de composants ou pièces, afin de répondre aux besoins militaires des États-Unis* » (traduction libre) (p. 11).
[414] En France, la BITD n'a fait son apparition que récemment. Le Livre Blanc sur la Défense de 1994 parle de « *l'industrie de défense* », et ce n'est qu'à partir du Livre Blanc de 2013 que la BITD est

l'aspect économique et est dotée d'une forte dimension politique. Sur le plan opérationnel, la BITD est plus délicate à définir. Cette difficulté est relevée d'emblée par J.-P. Dunne, c'est-à-dire dès les origines de la conceptualisation de la notion[415]. Celui-ci identifie plusieurs facteurs de complexification. D'une part, les équipements ou services pouvant être identifiés dans le champ de la BITD sont nombreux et variés. D'autre part, cette variété s'observe également du point de vue des entreprises : leur dépendance à la commande de défense et leur importance au sein de la base sont hétérogènes. Dans les deux cas, il faut constater que la dualité des technologies de défense est en grande partie à l'origine de cette complexité.

259. Les produits liés à la défense sont plus ou moins spécifiques, allant du produit de haute technologie, purement militaire avec un coût de production élevé, au composant *sur étagère*, relevant de la technologie double-usage. Cette dualité implique que les entreprises de la BITD sont plus ou moins dépendantes du secteur de la défense. Certaines d'entre elles pénètrent autant si ce n'est davantage le marché civil. Du fait de leur taille variable, les entreprises ont également un poids différent dans la BITD. Des PME totalement dépendantes du marché de l'armement pèsent moins qu'un grand groupe qui, pourtant, consacre une portion congrue de son activité à ce marché. La délimitation de la BITD dépend donc du champ d'application qu'on lui donne.

260. Sur le plan géographique, la BITD est classiquement associée à un État, ce qui n'empêche pas de prendre en compte les aspects internationaux que recouvre une BITD nationale. Le champ d'application matériel est quant à lui plus ou moins étendu. Il peut être circonscrit aux grands maîtres d'œuvre industriels (GMOI), ou étendu aux fournisseurs et sous-traitants[416]. Il en ressort que les estimations d'une BITD peuvent grandement varier. Ainsi, S. Moura définit la BITD comme étant « *les unités marchandes qui interviennent dans la fabrication de systèmes et des équipements létaux, incluant la recherche et le développement et*

intronisée, sous différentes appellations, plus ou moins précises (« *base industrielle et technologique* », « *base industrielle et technologique de défense européenne* », « *base industrielle de défense française* »). Cette introduction, progressive, découle de l'appropriation du concept par la doctrine française.

[415] J-P. DUNNE, *The Defense Industrial Base*, *in* K. HARTLEY et T. SANDLER (dir.), *Handbook of Defense Economics, vol. 1, Elsevier*, 1995, p. 399-430.

[416] Voy, P. HÉRAULT, « La base industrielle et technologique de défense à l'âge de la globalisation », *Revue Défense nationale*, 2015, n°784, p. 95-100. L'auteur tente de définir les contours de la BITD française, « *objet économique non identifié* ». Soulignant la difficulté d'identifier les acteurs de la BITD, il relève qu'une BITD limitée aux GMOI et complétée par des organismes de recherche, constitue un « *paysage qui reste incomplet, car il omet nombre de fournisseurs et sous-traitants* ».

la maintenance »[417]. Trois ensembles de sources se dégagent : les dépenses du Ministère des Armées en matière d'armement, les aspects internationaux (exportations d'équipements de défense et participation aux programmes de coopération intergouvernementaux tels que l'Organisation conjointe de coopération en matière d'armement (OCCAr[418]), et les activités de sous-traitance des GMOI 100% défense[419].

261. La définition française de la BITD est ainsi mature[420], tant du point de vue de la définition générale que de son évaluation. La BITD fait aujourd'hui partie intégrante de l'analyse de l'économie de la défense française. Tandis que la définition américaine recouvre d'importants aspects politiques, la définition française relève d'une approche essentiellement économique et statistique. Cependant, quel que soit son champ d'analyse et la nature de sa définition, la BITD est riche d'enseignement sur l'économie de la défense.

[417] S. MOURA, *op. cit*. Voy. également la définition de R. BELLAIS, M. FOUCAULT, J-M OUDOT (*Économie de la défense*, La Découverte, 2014. p. 22.). Ils délimitent la BITD aux *« 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* ».

[418] Cf. *infra* §478 et s. et §489 et s.

[419] L'Observatoire Économique de la Défense (OED), service statistique du ministère des armées, a publié jusqu'en 2017 un *annuaire statistique de la défense*. Au fur et à mesure des éditions, la BITD est progressivement définie. Ainsi, en 2017, la BITD est « *constituée d'une sélection d'entreprises parmi celles qui exportent des matériels militaires, qui fournissent le ministère de la Défense, l'OCCAr, l'OTAN et les grands maîtres d'œuvres industriels de l'armement (sous-traitance de rang 1)* » (OED, Annuaire statistique de la défense, édition 2016, p. 72). Cette définition n'intègre pas les fournisseurs de rang 2, probablement parce que leur identification est « *plus difficile, particulièrement pour les Groupes aux activités duales dont les chaînes d'approvisionnement civile et militaire ne sont nécessairement distinctes et identifiables* ». Ces acteurs peuvent pourtant « *être considérés comme stratégiques au vu de leurs activités ou de leurs ressources : technologies, outils industriels, savoir-faire, etc.* » (P. HÉRAULT, *op. cit.*).

[420] De nombreuses études sont réalisées, dans lesquelles la BITD est évaluée par rapport à la dualité (S. MOURA, « La dualité dans la base industrielle et technologique de défense ». *Ecodef*, Janvier 2014, n°66, p.1-6), en fonction des dépenses de R&D (J-M. OUDOT et J. QUEMENER, « Les dépenses de R&D de la base industrielle et technologique de défense : une évaluation par le crédit impôt recherche». *Ecodef*, Novembre 2015, n°74, p.1-12), ou encore sous l'angle des échanges internationaux (S. MOURA et J-M. OUDOT « Échanges internationaux et base industrielle et technologique de défense ». *Ecodef*, Avril 2014, n°67, p.1-6).

2. La BITD dans la commande publique de défense

262. Nonobstant les évolutions de l'industrie de la défense, amoindrissant l'influence de l'État et de la commande publique[421], cette dernière demeure en France un levier majeur du développement de la BITD[422]. En particulier, les marchés publics sont un moyen privilégié de soutenir la base industrielle nationale[423].

263. Ainsi, une part considérable des commandes du ministère des Armées est couverte par les règles applicables aux MDS, tant au niveau du marché principal que des sous-contrats[424]. À cet égard, il y une forme de correspondance entre le périmètre de la BITD et le champ d'application des MDS. La BITD dispose toutefois d'un périmètre qui transcende le droit de la commande publique. Un certain nombre de marchés sont exclus ou exemptés de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence, tandis que la BITD les intègre. Tel est notamment le cas des programmes de coopération[425] ou des marchés exemptés sur la base de l'article 346 TFUE[426]. À l'inverse, des marchés qui contribuent indirectement à la BITD (pouvant donc être inclus dans la BITD) ne sont pas considérés par le droit comme des MDS,

---

[421] COMITÉ 6, « Grands contrats d'armement et relais de croissance sur des segments alternatifs », *Revue Défense Nationale*, 2017, n° 804, p. 48-55. Le comité écrit ainsi que *« la commande publique ne suffit pas à pérenniser la BITD* », notamment parce que « *l'augmentation de la durée des cycles interlivraison accroît la difficulté à maintenir la capacité industrielle entre deux commandes de l'État* ».

[422] P. BOUR, « La relation État-industrie de défense : « un mot d'ordre : l'équilibre » », *Revue Défense Nationale*, 2020, n° 832, p. 79-84. L'autrice synthétise les évolutions de l'industrie de la défense « *l'industrie de défense a diversifié ses activités pour pouvoir rester viable et compétitive. De plus en plus privée, elle semble s'être éloignée, à quelques exceptions près, de la production des seuls équipements militaires pour l'armée française, même si la commande publique étatique demeure essentielle pour son développement, et même si les armées françaises représentent un gage de leur succès, notamment à l'export.* ». C'est également le cas à l'échelle mondiale (voy. également F. COULOMB, « L'évolution des rapports entre États et entreprises dans l'industrie mondiale de défense », *Revue Défense Nationale*, 2020, n°832, p. 55-60. L'autrice souligne que « *le marché mondial de l'armement est caractérisé par une forte dépendance aux commandes nationales, les exportations ne représentant que 15% des ventes* »).

[423] Une mission d'information de l'Assemblée nationale sur les marchés publics européens de défense (Assemblée nationale, « Mission « flash » sur les marchés publics européens de défense », 33 p., disponible en ligne), confiée par la Commission de la Défense nationale et des forces armées et la Commission des Affaires européennes, souligne que « *les marchés publics sont un moyen de soutenir, par des commandes régulières, la BITD nationale, composante essentielle de l'indépendance du pays* » (p. 3).

[424] D'autant plus qu'à terme, les achats publics du ministère de la Défense ont vocation à se trouver de plus en plus dans le champ d'application de la Directive 2009/81/CE. S'agissant de l'analyse du champ d'application de cette dernière sous le prisme de la notion de BITDE, voir Partie I, Titre 2.

[425] Cf. *infra* §476 et s.

[426] Cf. *infra* §513.

mais des marchés publics civils[427]. Cette différence résulte de l'origine *économique* de la notion de BITD, tandis que le champ d'application des MDS est avant tout une notion *juridique*.

264. L'encadrement juridique prévu par le *Paquet Défense*, comprenant la directive 2009/43/CE (relative aux transferts de produits liés à la défense dans l'UE)[428] et 2009/81/CE, couvre une large partie des sources de la BITD française. Or, en intégrant la notion de BITD, le droit de l'UE lui a ajouté une dimension européenne, lui conférant un atypisme toutefois conforme aux évolutions du marché de la défense.

B. Dimension européenne de la base industrielle et technologique de défense

265. Du fait de la remise en cause de la pertinence d'une BITD exclusivement nationale (1), l'UE constitue une extension naturelle de la BITD d'un État membre comme la France (2).

1. La remise en cause du champ d'application national de la BITD

266. La critique de la dimension exclusivement nationale de la BITD remonte aux origines de la notion, depuis la fin de la guerre froide. Le marché de la défense a alors été marqué par une réduction des dépenses militaires des États, soumettant ainsi les opérateurs économiques du secteur à une réduction de la demande dans des marchés de plus en plus concurrentiels. Le marché domestique se contractant, l'offre s'est elle-même réduite et internationalisée, modifiant ainsi les rapports entre les États et les opérateurs économiques. J.-P. Dunne relève ces

[427] Dans sa définition de la *defense industrial base*, J.-P. DUNNE (*op. cit.*, p. 402) intègre ainsi les *systèmes d'armes létaux*, les *produits non létaux mais stratégiques* (donnant en exemple les véhicules et le carburant) et les *autres produits consommés par les militaires* (avec pour exemple la nourriture et les vêtements). Si le premier cas de figure ne peut relever que d'un MDS, exempté ou non, le deuxième cas de figure est plus discutable, étant susceptible de faire l'objet d'un MDS ou d'un marché public civil. Quant au troisième, l'application des règles de droit commun parait difficilement discutable.
[428] Cf. *infra* §457 et s. et §465 et s.

évolutions et questionne la pertinence d'une base industrielle de défense nationale[429]. De même, l'augmentation croissante de la sophistication et des coûts de production rendent hypothétique une production nationale de défense, et, partant, une BITD exclusivement nationale.

267. Alors que la BITD n'est encore que « *l'industrie de défense* » en France, le Livre Blanc de 1994[430] aborde le dépassement de l'horizon national de la BITD. L'augmentation des coûts de l'armement relevée, le Livre Blanc en préconise la diminution par la mise en place « *des procédures et des structures permettant de se rapprocher le plus possible des conditions de la concurrence* », tandis que « *l'impératif de souveraineté nationale ou les exigences de politique industrielle ont conduit à limiter très sévèrement les achats à l'étranger dans le passé et à écarter du secteur concurrentiel des pans significatifs de l'industrie d'armement* »[431]. Le Livre Blanc identifie ainsi trois catégories d'armement, allant du plus ou moins sensible et souverain, lesquelles permettent de déterminer « *la décision d'acheter à l'étranger ou de faire fabriquer en France* ». La première catégorie est constituée des armes dites de suprématie, nécessitant le maintien des capacités domestiques, ou parfois de coopération européenne. La deuxième catégorie, les systèmes d'armes et matériels complexes, pour lesquels la voie de la consultation européenne voire internationale est systématique. Enfin, pour les matériels les plus communs, le coût minimum est le principe d'acquisition[432]. Une telle logique de « cercles concentriques » a depuis été reproduite dans les grandes lignes, notamment dans la revue stratégique de 2017[433].

268. Ainsi, dès 1994, l'État préconise un modèle concurrentiel en fonction du caractère plus ou moins souverain des matériels considérés. Or, l'UE, dont les membres représentent une part importante du marché international de la défense, constitue un espace économique et politique propice aux critères d'approvisionnement d'un État comme la France.

---

[429] J.-P. DUNNE, *op. cit.*, « *Les tendances à la collaboration et à l'internationalisation des entreprises de défense peuvent signifier que l'idée d'une base industrielle de défense nationale pourrait bientôt ne plus être pertinente* » (traduction libre, p. 401).
[430] Livre Blanc sur la Défense, 1994 (*op. cit.*)
[431] *Ibid.*, p. 126-127.
[432] *Ibid*. Le Livre Blanc propose enfin, s'agissant de l'achat sur étagère, une « *politique de réciprocité des échanges, dans le cadre d'une préférence européenne claire* » (p. 129).
[433] Voy. A. CHASSAIGNE ET J.-P. CUBERTAFON, Rapport d'information déposé par la commission de défense nationale et des forces armées sur la politique d'approvisionnement du ministère des Armées en « petits » équipements, Assemblée nationale, n°3346, 16 septembre 2020, p. 71-72.

2. La BITDE en droit de l'Union européenne

269. Du point de vue du droit de l'UE, la BITDE est conçue comme un moyen de réalisation de la politique de sécurité et de défense commune (PSDC) (a). Bien qu'elle se distingue du MEED, la BITDE est, par ailleurs, une notion liée au marché de la défense, au carrefour d'une approche libérale et d'une approche industrielle (b).

a. La BITDE, un moyen de la politique de sécurité et de défense commune

270. La BITDE n'est pas étrangère au droit de l'UE. En effet, la directive 2009/81/CE souligne que « *l'établissement progressif d'un [MEED] est renforcement de la [BITDE] et au développement des capacités militaires nécessaires à la mise en œuvre de la politique européenne de sécurité et de défense* »[434]. La politique européenne de sécurité et de défense (PESD) est devenue, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la PSDC, définie à l'article 42 TUE, laquelle fait partie intégrante de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). La PSDC, qui « *inclut la définition progressive d'une politique de défense commune de l'Union* », dispose que « *les États membres s'engagent à améliorer progressivement leurs capacités militaires* ». Le TUE fait ainsi référence à la « *base industrielle et technologique du secteur de la défense* », pour laquelle l'Agence européenne de défense (AED)[435] met en œuvre toute mesure utile pour renforcer cette dernière.

271. Du point de vue du droit de l'UE, le renforcement de la BITDE constitue donc l'un des moyens de la PSDC. Les références à la BITDE sont le plus souvent liées à d'autres voies de la politique de défense[436] que celle du droit des marchés publics. Le rapport du Parlement européen sur la BITDE de 2013[437] l'illustre. Il souligne qu'« *une PSDC opérationnelle a besoin d'une solide BITDE* »[438]. Le rapport présente différents moyens de la BITDE[439]. Parmi eux, le

[434] Directive 2009/81/CE, considérant 2.
[435] Cf. *infra* §482 et s.
[436] Cf. *infra* §445 et s.
[437] Parlement européen, Rapport sur la base industrielle et technologique de défense européenne (2013/2125(INI)), A7-0358/2013, 29 octobre 2013, 30 p.
[438] *Ibid.*, p. 4.
[439] Ces moyens sont notamment l'harmonisation des exigences et consolidation de la demande, la politique industrielle, la nécessité d'une approche commune de la normalisation et de la certification, garantir la sécurité d'approvisionnement, donner un nouvel élan à la coopération en matière d'armement, etc.

Parlement appelle à « *renforcer le marché intérieur dans le domaine de l'équipement de défense* ». C'est à cette occasion que les MDS sont relevés en tant qu'instrument de la BITDE, le rapport exhortant les États membres « *à utiliser de manière stratégique les marchés publics dans le domaine de la défense et à mettre en œuvre des principes novateurs d'attribution des marchés, fondés sur le concept de l'offre économiquement la plus avantageuse* »[440].

272. Les actions récentes de l'UE (notamment l'établissement du Fonds européen de la défense (FEDef)[441] et de la coopération structurée permanente (CSP)[442] confirment la relation entre la BITDE et la commande publique[443]. Cette dernière ne l'ignore pas, puisqu'elle participe à la politique globale de défense de l'Union. Néanmoins, le MEED constitue le pont entre la commande publique et BITDE. Ainsi, le droit des marchés publics participe *in fine* au renforcement de la BITDE *via* l'établissement du MEED, à l'image du droit des marchés publics civils vis-à-vis du marché intérieur. Ce droit constitue en quelque sorte le « *bras armé* » du marché économique et de la libre concurrence.

[440] *Ibid.*, point 68 (p. 14).
[441] Règlement (UE) 2021/697 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 établissant le Fonds européen de la défense et abrogeant le règlement (UE) 2018/1092, JOUE L 170 du 12 mai 2021, p. 149-177. Ce programme de l'Union européenne, destiné à financer la R&D et le développement de programmes industriels dans le secteur de la défense, a pour objectif général « *de renforcer la compétitivité, l'efficacité et la capacité d'innovation de la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE) dans l'ensemble de l'Union* » (article 3). Ainsi, elle *« devrait contribuer à une BITDE forte, compétitive et innovante et compléter les initiatives de l'Union visant à une plus grande intégration du marché européen de la défense et, en particulier, les directives 2009/43/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil sur les transferts et la passation de marchés dans le secteur de la défense au sein de l'Union, adoptées en 2009* » (considérant 4).
[442] Décision (PESC) 2017/2315 du Conseil du 11 décembre 2017 établissant une coopération structurée permanente (CSP) et fixant la liste des États membres participants, JOUE L 331 du 14 décembre 2017, p. 57-77. Parmi les engagements pris par les États membres, se trouve leur contribution aux projets capacitaires, lesquels « *doivent renforcer l'autonomie stratégique de l'Europe et la* [BITDE] » (Engagement 15), ainsi que veiller à ce que les programmes en coopération et leurs stratégies d'acquisition « *aient un apport positif à la BITDE* » (Engagement 20).
[443] Voy. également la Résolution du Parlement européen du 25 mars 2021 sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, et de la directive 2009/43/CE relative aux transferts de produits liés à la défense (2019/2204(INI)), JOUE C 494 du 8 décembre 2021, p. 54-60. Le Parlement européen souligne que les directives 2009/34/CE et 2009/81/CE « *visent à stimuler le marché intérieur des produits liés à la défense et renforcer la compétitivité du MEED* » (point C).

b. La BITD, une notion liée au marché de la défense : entre une approche libérale et une approche industrielle

273. Si le code de la commande publique ne fait pas référence au MEED, la BITDE est liée à ce dernier, puisque la BITD procède d'une analyse du marché. En effet, les données recensées de la BITD correspondent à la structure du marché des équipements de la défense. J-P Dunne démontre notamment que la base industrielle est remarquablement stable du point de vue des principales entreprises qui la composent : il l'explique par les barrières à l'entrée et à la sortie du marché des équipements de défense[444]. La tentative d'une définition de la BITD, nationale ou européenne, permet d'appréhender le marché de la défense. En premier lieu, elle se mesure du point de vue de son *internationalisation*[445]. Ensuite, *l'offre* dans le marché de la défense se retrouve également dans la BITD, puisque sa mesure s'appuie sur le volume et la nature des opérateurs économiques offreurs[446]. Réciproquement, la BITD comprend les sources du marché de la défense du point de vue de la *demande*[447]. L'ensemble de ces données autorise enfin une analyse sur le plan *contractuel*, puisque la BITD permet de déterminer le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et éventuellement les sous-contractants.

274. Ainsi, la BITDE se mesure à l'aune du MEED. Néanmoins, la circonstance que le code de la commande publique n'en fasse pas mention témoigne d'une différence d'approche entre le droit de l'UE et le droit français. Là où le premier a une approche libérale centrée sur la notion de marché économique, le second s'appuie sur une vision davantage politique de protection du tissu industriel du pays (la BITDE est généralement associée à l'ensemble des voies de la politique de défense, qui n'est pas exclusivement fondée sur le droit des marchés publics).

275. Si l'objectif propre aux MDS en droit interne est une formulation empruntée à la directive 2009/81/CE, il faut toutefois noter une différence. En transposant cette dernière, le droit interne a fait le choix, non pas d'inscrire l'émergence du MEED, mais l'objectif davantage

[444] J-P. DUNNE, *op. cit*., p. 408.
[445] La BITD couvre le marché domestique (commandes étatiques et de la demande des industriels auprès de leurs fournisseurs et sous-traitants) et à l'international (programmes de coopération et exportations).
[446] C'est-à-dire les entreprises qui exportent du matériel militaire et celles qui fournissent à des clients, finaux (structures publiques, étatiques (nationale ou étrangères) ou intergouvernementales (OCCAr, OTAN)) ou intermédiaires (les GMOI).
[447] On retrouve ici les clients finaux (demande finale) et les clients intermédiaires (demande intermédiaire).

politique qu'est le renforcement de la BITDE, dont le développement dudit marché est l'instrument. Se retrouve la logique politique du droit interne par rapport à celle plus économique du droit de l'UE. La notion de MEED se positionne en effet davantage du côté des opérateurs économiques, dans la mesure où son développement s'appuie sur l'importance de l'accès au marché ou encore à son atomicité. Le paradoxe est que la directive 2009/81/CE, tout en étant fortement influencée par la politique dans ses aspects de défense ou de sécurité, est moins « *politique* » que la directive 2014/24/UE du point de vue des objectifs politico-économiques du droit de la commande publique, désormais commun au droit interne et au droit de l'UE. Ce paradoxe résulte du fait que la directive 2009/81/CE est un héritage des directives de 2004[448].

276. Ainsi, alors que la finalité des MDS en droit de l'UE est l'émergence d'un MEED, parallèle à celui de l'amélioration du marché intérieur pour le secteur classique, le droit interne opère, non pas un parallèle, mais un cumul des finalités. En effet, le régime spécial des MDS a pour finalité, à la fois les objectifs de droit commun et son objectif *sui generis*. Les développements politiques du droit des marchés publics, en ce qui concerne le secteur de la défense ou de la sécurité, se vérifient particulièrement, à travers le renforcement de la BITDE en tant qu'objectif des principes fondamentaux de la commande publique.

277. Conclusion de la sous-section. En droit interne, la finalité du droit des marchés publics a une dimension résolument politique. Bien que liés au principe de concurrence, les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique s'en détachent quelque peu. L'ajout d'un objectif de développement durable confirme cette dynamique ouvrant la possibilité d'une instrumentalisation des marchés publics, laquelle constitue la mise en pratique de ladite finalité. Une fois encore, le secteur de la défense ou de la sécurité focalise la finalité du droit des marchés publics. Tout en reprenant les objectifs de droit commun, les MDS se voient ajouter le renforcement de la BITDE, occupant une « *place majestueuse* », laquelle incarne cette

[448] La directive 2009/81/CE s'est fait « doubler » par la directive 2014/24/UE. Cependant, tout porte à croire que la prochaine directive MDS s'intégrera dans les développements politiques croissants des directives de 2014. Elle devrait encore être plus ouverte aux politiques publiques, et ce d'autant plus avec le contexte de la guerre en Ukraine. De même, là où la crise sanitaire a vu se renforcer la volonté de relocaliser en Europe (fabrication des masques et médicaments), les MDS pourraient se voir appliquer une telle dynamique (ce qui vaut, plus globalement, pour tout enjeu public fort et *a fortiori* en présence d'un enjeu de souveraineté, très fort dans le cas des MDS).

proximité entre la finalité du droit des marchés publics et ses développements politiques. Pour ces marchés, ces développements sont d'ailleurs présents dès la genèse du régime spécial auxquels ils sont soumis.

278. Conclusion de la section. La finalité du droit des marchés publics révèle ainsi sa dimension davantage politique ; dimension qui lui est, à l'instar de la fonction, consubstantielle. Cette finalité n'est en effet pas une révolution : la circonstance que le droit des marchés publics de « *nouvelle génération* » (comme ont pu être qualifiées les directives de 2014) en fasse la promotion est plutôt une révélation de cette finalité. Le droit de l'UE est davantage lié à la fonction du droit de la commande publique, tandis que, en droit français, le rapport entre la finalité et les développements politiques qui lui sont subséquents est encore plus ténu. Là où le premier se positionne davantage du point de vue des opérateurs économiques, le second se place sur celui de l'acheteur[449]. Cette distinction est toutefois à nuancer. Les objectifs ne se contredisent pas, bien au contraire : ils se superposent[450], voire s'inspirent l'un l'autre[451]. La différence entre les objectifs tient en réalité davantage à une hiérarchie inversée des effets théoriques attendus de la mise en concurrence (à travers les principes directeurs des marchés publics)[452]. Ainsi, la finalité du droit de la commande publique démontre que la concurrence n'est pas une fin en soi[453], puisqu'elle est le moyen d'atteindre des objectifs qui lui sont assignés. Il n'y a donc pas nécessairement contradiction entre « instrumentalisation » et « libre

[449] F. LICHÈRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », *Les Petites Affiches*, 2007, n° 79, p. 29. Pour le dire autrement, le droit des marchés publics en France est originellement conçu comme un droit de la demande, tandis que l'Union européenne en fait un droit de l'offre. Schématiquement, le droit des marchés publics en droit de l'Union européenne est articulé autour de la dimension « marché », tandis que la composante publique structure le droit français.

[450] *Ibid*.

[451] Par ailleurs, outre leur mention dans la directive 2014/24/UE, les objectifs du droit français font aujourd'hui partie intégrante de la stratégie de l'Union européenne en matière de marchés publics. Dans sa communication du 3 octobre 2017 relative aux marchés publics, la Commission mentionne l'objectif « *de parvenir à un meilleur rapport coût/efficacité pour les deniers publics, d'obtenir de meilleurs résultats pour l'ensemble de la société et sur le plan d'autres objectifs de politiques publiques, tout en améliorant l'efficacité des dépenses publiques* ». Le choix des mots est remarquable : l'on retrouve sous des formulations différentes les objectifs de droit interne, ainsi qu'une référence aux *autres objectifs de politique publique*.

[452] Le droit de l'Union européenne se positionne davantage sur les effets attendus du côté de l'offre, le droit français se place du point de vue de ceux du côté de la demande. Ainsi, l'objectif en droit de l'Union européenne peut être analysé comme le secondaire du droit français, et, inversement, l'objectif primaire de ce dernier constitue le secondaire du droit de l'Union européenne. O. GUÉZOU (*Traité de contentieux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 13) écrit à propos du droit de l'Union européenne : « *Et ce n'est qu'ensuite, comme un effet secondaire positif, que la réglementation permet en plus d'économiser les deniers publics* ».

[453] *Ibid*. La politique de concurrence se révèle « *bien plus riche qu'une simple politique de libre-échange* ».

concurrence », puisque cette dernière est une politique qui repose elle-même sur des moyens au service d'objectifs. Et parmi ces objectifs, certains rejoignent ceux du droit des marchés publics.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

279. Le droit des marchés publics est donc articulé autour du rapport entre sa fonction de création des conditions du libre jeu de la concurrence et sa finalité politico-économique. Le récent rapprochement du droit des marchés publics de sa finalité ne signifie pas pour autant le recul de sa fonction. La concurrence doit rester tout autant le vecteur que le cadre de l'instrumentalisation des marchés publics : elle s'adapte mais demeure. En droit de l'UE comme en droit français, la réglementation applicable aux marchés publics repose sur un équilibre entre la fonction et la finalité. Les deux notions s'épaulent et se nourrissent mutuellement.

280. S'il n'est qu'une fonction concurrentielle, le droit des marchés publics n'est pas incarné. Cela est d'autant plus gênant au regard de sa dimension politique de la commande publique, laquelle rend impérative une telle incarnation. Seule, sa finalité politique et économique n'aurait quant à elle pas la consistance requise, et n'aurait pas les moyens de se concrétiser. Elle ne saurait en effet constituer à elle seule le cadre dont a besoin l'acheteur pour s'approvisionner et obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

281. Ainsi, fonction et finalité sont indissociables et réciproquement liées. Il est possible d'expliciter ce lien à travers l'acheteur. En effet, la fonction du droit des marchés publics encadre la position atypique de l'acheteur sur le marché, tandis que sa finalité permet à ce dernier de remplir son rôle politique. Dans cette subtile équation, la concurrence apparait alors comme une matrice des développements politiques.

CHAPITRE 2. LES DEVELOPPEMENTS POLITIQUES DU DROIT DES MARCHES PUBLICS

282. Les développements politiques du droit des marchés publics sont la principale évolution de ce dernier, et soulignent sa capacité à intégrer des « politiques publiques ».

283. La finalité du droit des marchés publics a constitué la porte d'entrée à ces développements politiques. Par *développements politiques*, il faut ici comprendre l'intégration des politiques publiques dans le droit des marchés publics. Cette intégration a conduit à ses évolutions les plus importantes depuis le début des années 2000, alors que les règles fonctionnelles, c'est-à-dire les règles de publicité et de mise en concurrence, sont déjà matures. Le droit des marchés publics voit se développer en son sein des principes – voire des règles détaillées – qui ont pour objectif principal de tenir compte ou de remplir des objectifs de politique publique. Ces développements sont la marque d'un rapprochement du droit des marchés publics de sa finalité. Ils affichent (et concrétisent) en effet les objectifs politico-économiques que ce droit sert. De ce point de vue, les développements politiques semblent indispensables. En effet, l'acheteur peut voir dans l'approvisionnement de ses besoins un des moyens pour remplir son rôle politique. En cela, les marchés publics constituent le levier contractuel de l'action publique.

284. Pour qu'ils aient une véritable portée et matérialisent la finalité du droit des marchés publics, les développements politiques doivent *a priori* s'intégrer dans les obligations de publicité et de mise en concurrence, et déterminer plus ou moins le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Toutefois, si la finalité véhicule ces développements politiques, la fonction se rappelle à eux. Sans encadrement, l'introduction de critères politico-économiques renforce la présomption d'irrationnalité économique applicable à la personne publique en situation de demandeur. Ici, un conflit latent entre finalité et fonction se dessine. Pour que l'intégration de considérations politiques ne se fasse pas ingérence, les développements politiques doivent respecter le cadre concurrentiel. Il convient de voir dans quelle mesure la concurrence admet cette concrétisation de la finalité.

285. Pour ce faire, une analyse économique puis juridique des objectifs de politique publique présents dans le droit des marchés publics présente plusieurs avantages. D'abord, elle permet de déterminer les origines et fondements des politiques publiques. Ensuite, elle concourt à caractériser plus généralement le lien entre ces politiques et la commande publique, comment cette dernière les intègre en son sein.

286. Or, les achats de défense sont particulièrement idoines pour l'étude des développements politiques du droit des marchés publics. En effet, ils reprennent l'ensemble des objectifs de politique publique ayant cours dans le droit des marchés publics. Tout comme ils reprennent les objectifs de droit commun des principes fondamentaux de la commande publique et instituent un objectif qui lui est propre, les achats de défense appliquent, non seulement les politiques publiques de droit commun qui leur sont exogènes (Section 1), mais également une politique qui leur est propre, la politique de défense (Section 2).

Section 1. Les politiques exogènes aux marchés de défense ou de sécurité : les politiques publiques de droit commun

287. Les marchés publics se caractérisent aujourd'hui par l'intégration d'objectifs de politique publique qu'il est possible de qualifier de *droit commun*. Ils sont de droit commun, dans la mesure où ces objectifs, issus initialement de la sphère civile (d'où la dimension *exogène* aux MDS), s'épanouissent dans l'ensemble des marchés publics, qu'ils soient civils comme de défense ou de sécurité.

288. En effet, le secteur de la défense fait partie du secteur économique. Ainsi, si la défense demeure une activité atypique, il n'y a pas d'étanchéité parfaite, ni entre défense et économie, ni entre droit des MDS et droit des marchés publics. Il est donc naturel que les politiques publiques de droit commun aient cours dans les achats publics de défense. Toutefois, il faut vérifier si les politiques publiques de droit commun sont modifiées, amoindries ou, au contraire, renforcées, lorsqu'elles sont mises en œuvre dans le cadre d'un achat de défense. Considérer que le droit des marchés publics n'aurait pour seul objectif que celui de la concurrence serait oublier que la finalité de ce droit impose en raison de sa nature même d'autres objectifs. Toutefois, la concurrence s'impose, eu égard à la fonction du droit des marchés publics. Une

hiérarchie parait alors se dessiner : les objectifs de politique publique ne peuvent (et ne doivent) se réaliser que dans le cadre concurrentiel. Dans cette construction, l'objectif de concurrence serait *primaire*, tandis que les objectifs de politique publique seraient *secondaires*. Néanmoins, la dynamique actuelle du droit des marchés publics, son rapprochement avec sa finalité, semble apporter des nuances à cette approche qui peut s'avérer aujourd'hui dépassée.

289. Par ailleurs, au sein des politiques publiques de droit commun, des différences apparaissent, notamment en termes de champ d'application. Ainsi, constituant à bien des égards comme un *objectif de politique publique générale*, le développement durable (Sous-section 1) ne saurait être mis sur le même plan que les autres objectifs fondamentalement secondaires (Sous-section 2), lesquels agissent globalement comme des objectifs ponctuels, en ce sens qu'ils ne conduisent pas l'ensemble de la procédure, mais agissent comme des objectifs ponctuels, à la discrétion de l'acheteur.

Sous-section 1. Un objectif de politique publique générale : le développement durable

290. Historiquement, même si ce terme n'était pas alors employé, le développement durable peut être juridiquement considéré comme la première des politiques publiques de droit commun prise en compte dans le droit des marchés publics. Cette intégration s'est faite croissante, jusqu'à l'intronisation du développement durable à l'article L. 3-1 du code de la commande publique[454]. La qualification d'*objectif de la commande publique* distingue le développement durable des autres politiques publiques de droit commun, du moins en droit interne. Depuis, il semble que le développement durable n'est plus véritablement un « *objectif secondaire* ». En effet, les objectifs de concurrence n'ont plus le monopole de leur inscription dans le titre préliminaire du code de la commande publique. Néanmoins, pour le valider, il convient de déterminer si véritablement le développement durable « *concurrence la concurrence* »[455]. Dépasse-t-il, en tant qu'*objectif de la commande publique*, la simple portée symbolique pour innerver, à l'instar du principe de concurrence, l'ensemble de la procédure de

[454] Cf. *supra* §239-242 et 252-255.
[455] L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *op. cit*.

passation ? Remet-elle, ce faisant, « *la situation de conciliation entre un objectif supérieur* [la concurrence] *et des objectifs secondaires* [les objectifs de politique publique] »[456] ? Ou demeure-t-il, au contraire, un objectif secondaire ? Eu égard à ses caractéristiques, le développement durable doit nécessairement être pris en compte par la commande publique (I). L'étude des modalités de son intégration dans le droit des marchés publics devra déterminer dans quelle mesure il constitue véritablement ou non un objectif de politique publique générale (II).

I. La nécessaire prise en compte du développement durable dans la commande publique

291. Le développement durable fait aujourd'hui partie intégrante de l'analyse du droit des marchés publics, si bien que la notion d'*achat public durable* y occupe une place de choix. Au regard des caractéristiques du développement durable, la commande publique ne peut y échapper (A). Après avoir été longtemps quelque peu hermétique aux enjeux liés au développement durable, le domaine de la défense s'en empare désormais, en particulier dans le domaine environnemental (B).

A. Notion de développement durable

292. Issu originellement du droit international, le développement durable dispose de fondements juridiques en droit de l'UE et en droit interne (1), dont il est possible de déduire une double fonction *conciliatrice* et *universelle* (2).

[456] R. LE VELLY, « Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique », *Droit et société*, 2022, n°110, p. 173.

1. Fondements juridiques

293. Le développement durable est une notion délicate à définir en raison de sa portée juridique parfois considérée comme imprécise[457]. Sa première présentation remonte au rapport Bruntland, rédigé par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement des Nations Unies en 1987. Le développement durable y est défini comme le « *développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* », et repris dans la Déclaration de Rio de 1992. En la matière, le droit international est donc moteur.

294. L'UE s'est notamment appuyée sur le rapport Bruntland pour intégrer le développement durable dans son action[458]. La notion s'épanouit ainsi dans le droit primaire. Dans le septième considérant de son Préambule, le TUE lie « *principe de développement durable* » et « *achèvement du marché intérieur* ». De même, l'article 3.3 stipule que l'UE « *œuvre pour le développement durable de l'Europe* ». L'article 11 TFUE prévoit que « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ».

295. En droit interne, le développement durable trouve également place dans la loi fondamentale. La Charte de l'environnement, promulguée le 1er mars 2005, constitutionnalise notamment le développement durable[459]. En ce sens, son article 6 dispose que « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Ainsi, la promotion du développement durable a une valeur constitutionnelle.

---

[457] Voy. notamment F. AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, *op. cit.*, p. 27 ; voy. également C. CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, p. 210.

[458] Commission européenne, « Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable », communication, COM(2001) 264 final/2, 19 juin 2001 (p. 2).

[459] Le Conseil constitutionnel a confirmé la valeur constitutionnelle de l'ensemble des droits et devoirs de la Charte de l'environnement (CC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, DC n°2008-564). Le Conseil d'État consacre à son tour la valeur constitutionnelle de la Charte (CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, req. n°297931, publié au *Lebon*).

296. En droit interne comme en droit de l'UE, le développement durable occupe donc les plus hautes places dans la hiérarchie des normes.

2. Les fonctions conciliatrice et universelle du développement durable

297. Souvent assimilé voire confondu avec la seule question environnementale[460], le développement durable est généralement présenté comme étant un ensemble plus vaste. Il repose ainsi sur trois piliers : économique, social et environnemental[461]. De ce contenu très large découle une double-fonction du développement durable.

298. La première repose sur l'idée de conciliation, et d'abord avec le développement économique. Elle se retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, lequel a déduit de l'article 6 de la Charte de l'environnement un *principe de conciliation*[462], non exempt de critiques[463], entre, d'une part, les préoccupations environnementales (« *la protection et la mise en valeur de l'environnement* ») et sociales (« *le progrès social* ») et, d'autre part, le développement économique (étant entendu que la protection et la mise en valeur de l'environnement, et, à plus forte raison, le progrès social peuvent résulter du développement économique).

299. La seconde fonction du concept de développement durable est d'en faire une notion universelle. Son efficacité est conditionnée par une application transversale, tant du point de vue du droit de l'UE que du droit interne. Ainsi, l'article 11 TFUE implique une *promotion* du développement durable transverse, *via* l'intégration des exigences de la protection de l'environnement dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union. En droit interne, l'article 6 de la Charte de l'environnement impose la même promotion du

[460] F. AKOKA, *op. cit.*, p. 27.
[461] A. TOUZET, « Droit et développement durable », *Revue du droit public*, 2008, n°2, p. 453. Des variantes existent : voy. notamment C. CANS (*op. cit.*).
[462] CC, 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, DC n°2005-514. Le Conseil constitutionnel contrôle le respect par le législateur du « *principe de conciliation* » posé par l'article 6 de la Charte (considérants 37 et 38).
[463] M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2014, n°43, p. 5-24.

développement durable par les politiques publiques sans distinction. Ce faisant, le développement durable apparait comme une politique publique parmi les politiques publiques.

300. La politique de développement durable doit en effet irriguer les autres politiques publiques, lesquelles doivent la rendre effective dans leur domaine. De ce point de vue, les autres politiques publiques, notamment de droit commun (accès des PME au marché et innovation), sont le moyen de réussir à atteindre les objectifs liés au développement durable. La politique de développement durable est donc également le résultat escompté d'une mise en œuvre intelligente des autres politiques publiques.

301. Nonobstant une effectivité de l'article 6 dépendante de l'intervention du législateur[464], le développement durable est ici lié à la notion de politiques publiques[465]. Cette dimension universelle implique que le développement durable s'épanouisse au-delà de la commande publique, à l'instar des autres politiques publiques.

302. Le développement durable remplit ainsi deux fonctions qui le définissent : une fonction de conciliation (entre les trois piliers qui le composent) et une fonction globalisante (le développement durable étant une dimension qui doit être prise en compte dans l'ensemble des politiques publiques). Son universalité conduit à lui faire une place également dans le secteur de la défense.

B. Le développement durable dans le secteur de la défense : le cas particulier de l'impact environnemental des activités militaires

303. Malgré l'apparente contradiction entre la défense et l'environnement, pilier au cœur du concept de développement durable[466], le secteur de la défense est de plus en plus sensible

[464] CC, 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français* (*op. cit.*), considérant 36. En l'espèce, le Conseil constitutionnel valide la disposition législative déférée au regard de l'article 6, puisque le législateur a *« pris des mesures de nature à promouvoir la sécurité maritime et la protection de l'environnement, qu'il n'a pas, dès lors, méconnu les exigences de l'article 6 de la Charte de l'environnement* ».
[465] M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable,* Bruylant, 2014, p. 51 (également cité par F. AKOKA, *op. cit*, p. 28).
[466] P. BOULANGER, « Du bon usage de l'environnement par les armées : le début des stratégies nationales militaires de développement durable », *Cahiers de géographie du Québec*, 2010, vol. 54,

audit concept[467]. À partir des années 1990, les États ont commencé à penser le secteur de la défense sous l'angle environnemental[468]. Ainsi, dans une présentation de sa stratégie *Défense Durable*, le ministère des Armées se place « *au cœur du défi du développement durable* »[469]. La politique de développement durable n'est donc pas limitée aux activités civiles.

304. Dans un article consacré à la redéfinition des activités militaires à la lumière des enjeux, Charlotte Touzot-Fadel souligne à cet égard que cette politique « *touche tous les secteurs publics, dont la défense nationale* »[470]. L'autrice souligne que ces activités doivent « *intégrer une dimension environnementale à leurs activités* », passant « *par une adaptation aux enjeux environnementaux* »[471]. Ainsi, s'agissant du secteur de la défense, c'est plus particulièrement la dimension environnementale du développement durable qui remet en cause la stratégie des armées.

305. En France, les enjeux environnementaux sont pris en compte dans l'action du ministère des Armées[472]. L'administration militaire évolue au regard de ces enjeux[473]. Ce *privilège* de l'aspect environnemental du développement durable résulte du fait que, dépassant leur contradiction première, défense et environnement sont en réalité interdépendants. Ces deux

---

n°152, p. 315. L'auteur relève que « *le rapport entre le militaire et l'environnement renvoie traditionnellement à une notion contradictoire avec celle de développement durable. Le militaire est un acteur de la dégradation du milieu naturel à des fins tactiques dans le cadre d'une manœuvre défensive ou offensive* ».

[467] S. RÉGNIER, « Le Service d'infrastructure de la Défense dans la lutte contre le dérèglement climatique », *Revue Défense Nationale*, 2015, n°783, p. 33-38.

[468] *Ibid*., p. 324.

[469] Voy. la présentation de la stratégie « Défense Durable ». Il y est notamment relevé que le ministère des armées est le « *premier acheteur public, deuxième recruteur et employeur public, premier occupant du domaine foncier de l'État, premier consommateur d'énergie public, des missions opérationnelles sensibles aux effets du changement climatiques* ».

[470] C. TOUZOT-FADEL, « Une redéfinition des activités militaires à la lumière des enjeux environnementaux », *Revue Défense nationale*, 2019, n°820, p. 189.

[471] *Ibid*.

[472] En particulier, le Ministère des Armées a mis en place des stratégies relatives aux enjeux environnementaux. Ainsi en est-il de la *Stratégie ministérielle de préservation de la biodiversité à l'horizon 2030* (disponible en ligne), ainsi que la Stratégie énergétique de la défense.

[473] Le cas du service de l'énergie opérationnelle (SEO) (article R. 3241-26 à R. 3241-31 du C. Défense), anciennement services des essences des armées (SEA), est symptomatique de cette évolution. Créé en 1940, le SEA devient SEO le 1er janvier 2021, dans le cadre de la stratégie énergétique de la défense. Le SEO étend son action à l'approvisionnement, au stockage et à la distribution des énergies alternatives (article R. 3241-26 du C. Défense). Contribuant au *soutien énergétique* des armées, le SEO concourt à « *la résilience et l'efficacité énergétiques des armées.* » (article R. 3241-28-4° du C. Défense).

ensembles ont des impacts réciproques, et doivent donc faire l'objet d'une « *conciliation* »[474]. En effet, « *l'empreinte carbone des armées est supérieure à celle de la plupart des activités civiles et commerciales* »[475], de sorte que « *les activités militaires dégradent l'état de l'environnement à bien des égards* »[476]. Cet impact est d'ailleurs continu, puisqu'il se constate avant[477], pendant[478] et après[479] l'opération militaire[480], y compris même en temps de paix[481].

306. Inversement, l'environnement a un impact sur les activités de défense, notamment à travers le dérèglement climatique, « *amplificateur des risques* »[482]. Ce dernier provoque notamment l'usure du matériel militaire[483], et engendre une multiplication des opérations de sauvetage, notamment après une catastrophe naturelle, ou encore des tensions migratoires

[474] N. LENOIR, « Industries et marché de l'armement contre le changement climatique », *Revue Défense nationale*, 2022, n°854, p. 34.
[475] *Ibid*.
[476] C. TOUZOT-FADEL, *op. cit*., p. 187.
[477] *Ibid.* L'autrice cite notamment le coût environnemental du transport de matériels, la construction d'armes, ou encore l'approvisionnement et déplacement des troupes.
[478] Le temps de la guerre a probablement le coût environnemental le plus élevé. Des exemples peuvent être donnés, tels que la destruction de barrages de la Ruhr par l'aviation britannique à l'occasion de la seconde guerre mondiale, « *considérée comme l'une des premières utilisations militaires « modernes » de l'environnement* » (P. BOULANGER, *op. cit.*, p. 315). J.-M. LAVIEILLE (« Les activités militaires, la protection de l'environnement et le droit international », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°4, 1992. P. 440) illustre l'impact environnemental des activités militaires avec les marées noires et les incendies de puits de pétrole provoqués par l'armée irakienne au cours de la 1ère guerre du Golfe, « *utilisés comme politique de la terre brûlée* ». La marée noire a « *a été une pollution grave des côtes saoudiennes sur une cinquantaine de kilomètres qui signifie pourtant destruction d'écosystèmes marins.* ». Quant à l'incendie de puits de pétrole, celui-ci a « *provoqué une catastrophe écologique qui évoquait sur le pays une sorte d'hiver nucléaire puisque la température tombait de quinze degrés* ».
[479] L'après-conflit engendre des déchets militaires, la contamination des sols et la pollution des eaux, etc. De même, la fin de vie des équipements militaires occasionne un coût environnemental potentiellement très lourd. C'est notamment le cas de navires militaires qui peuvent nécessiter un sabordage en mer. L'échec du démantèlement du porte-avions *Foch* est un très bon exemple. Acheté par le Brésil en 2000, le porte-avions est finalement désarmé en 2018. En 2021, il est revendu à un chantier naval turc pour son démantèlement. Cependant, la Turquie refuse de l'accueillir, en raison de la présence d'amiante. La marine brésilienne décide finalement de saborder le porte-avions, et ce malgré le coût environnemental très élevé (le navire étant rempli de matériels polluants).
[480] *Ibid.*, p. 187-188. Pour tempérer l'impact environnemental des conflits armées, voy. C.-A. PAILLARD, « Les défis auxquels le monde doit faire face au XXIe siècle », *Revue Défense Nationale*, 2015, n° 783, p. 25-26.
[481] Le temps de paix est l'occasion d'essais nucléaires, d'exercices militaires en conditions réelles, etc.
[482] Ministère des Armées, « Changement climatique – Quels enjeux stratégiques pour les armées ? », Mars 2023, p. 4 (disponible en ligne).
[483] *Ibid*., p. 6-7. Le document évoque les conditions climatiques plus rudes et leur impact sur les infrastructures et les équipements. Il donne l'exemple précis de l'acoustique marine, laquelle dépend de la température et de la salinité de l'eau, de sorte que le changement climatique a une « *incidence sur la fiabilité et la précision des sonars utilisés par les navires* ». L'environnement nécessite donc de faire évoluer les matériels, afin de prendre en compte ces changements opérationnels.

sources de conflits[484]. Plus globalement, le dérèglement climatique a et continuera d'avoir des implications géopolitiques majeures, par exemple « *pour le contrôle de nouveaux territoires ou de nouvelles ressources mises à jour par le processus de réchauffement* »[485].

307. En ce sens, un lien a pu être fait entre le renforcement de la BITD et l'action en matière climatique, « *afin de contribuer au développement d'une commande publique européenne* »[486]. Sur le plan militaire, enfin, le verdissement des technologiques militaires devrait être gage d'une meilleure opérationnalité, puisque ces technologies gagneront en résilience (dans la mesure où, notamment, le réchauffement climatique impose un tel gain pour garantir la durabilité des équipements et infrastructures dans un contexte opérationnel rendu plus complexe)[487].

308. Le développement durable est une politique de plus en plus centrale dans le secteur de la défense. Le concept d'une *défense durable* est partagé par de nombreux États, au point que « *la durabilité deviendra de plus en plus essentielle pour le succès des missions militaires* »[488], eu égard notamment à l'impact du changement climatique sur les activités militaires. Le cas du secteur de la défense, autrefois réticent à la prise en compte de ces enjeux, illustre parfaitement le fait que le développement durable est une politique publique qui ne peut échapper à la commande publique (de la même façon que la commande publique ne peut échapper au développement durable). Par son champ d'application et son contenu, le développement durable concerne nécessairement la commande publique, levier contractuel de l'action publique, étant elle-même de plus en plus contractuelle.

---

[484] N. LENOIR, *op. cit*., p. 34.
[485] L'histoire militaire est ainsi largement conditionnée par l'influence climatique. Voy. notamment L. HENNINGER, « Le climat et la guerre : une brève mise en perspective historique », *Revue Défense Nationale*, 2015, n° 783, p. 67-70.
[486] N. LENOIR, *op. cit*., p. 38. L'autrice ajoute qu' « *Il est temps de favoriser et donc mieux financer le remplacement du matériel militaire par des produits mieux adaptés aux défis du climatique* ».
[487] C. TOUZOT-FADEL, *op. cit.*, p. 189.
[488] A. WALEIJ, « Gestion des risques environnementaux et empreinte environnementale des forces armées », *Les Champs de Mars*, 2020, n° 35, p. 244.

II. L'intégration du développement durable dans les marchés publics

309. Le développement durable fait aujourd'hui partie intégrante de la commande publique[489]. Néanmoins, cette intégration interroge au regard des fondements concurrentiels du droit des marchés publics. Une forme de conflit semble se dessiner entre les objectifs de développement durable et le principe traditionnel de neutralité (A). En outre, le dépassement de ce dernier ne signifie pas pour autant la remise en cause des limites imposées aux objectifs de développement durable, inhérentes à la fonction du droit des marchés publics (B).

A. Le développement durable à l'épreuve du principe de neutralité

310. Imposé par le juge administratif[490], le principe de neutralité de la commande publique a longtemps été la ligne de conduite des acheteurs, justifiant dans un premier temps une méfiance vis-à-vis d'autres objectifs que la stricte efficacité économique, y compris envers le développement durable (1). Pourtant, ce dernier a, dans un second temps, réussi à ouvrir la première brèche dans un ensemble normatif, faisant apparaitre le principe de neutralité comme « *dépassé par les exigences du développement durable* »[491], et conduisant aujourd'hui à la rénovation du principe de neutralité de la commande publique (2).

[489] Dès 2008, la prise en compte des aspects sociaux et environnementaux a envahi le droit des contrats de partenariat comme celui des marchés publics » (voy V. BARBÉ, « Les aspects sociaux et environnementaux dans les marchés publics et les contrats de partenariat », *JCP A*, 2008, n°48, 2274). Dernièrement, la loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (JORF n°0196 du 24 août 2021) a apporté des modifications au code de la commande publique (dans une rubrique « *Verdir l'économie* »).
[490] CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofi*, req. n°39120, publié au *Lebon*.
[491] N. PORTE, « Vers l'abandon du principe de neutralité ? », *RDP*, 2014, n°5, p. 1249.

1. Une méfiance originelle au regard du principe de neutralité de la commande publique

311. Le développement durable « *n'a pas toujours fait figure d'évidence* »[492]. L'introduction de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics a longtemps fait l'objet d'une certaine méfiance. Le principe de neutralité peut être rattaché à l'efficacité économique, étant entendu que « *le bon usage des deniers publics devait être le seul guide acceptable de l'acheteur public* »[493]. Dans cette configuration, l'efficacité économique doit être l'unique marqueur d'évaluation du bon achat. Ainsi, la circonstance que le développement économique puisse apparaitre comme priorité intégrale du développement durable[494] n'a pas remis en cause la perspective d'une collision entre le principe de neutralité et les objectifs de développement durable. La conception traditionnelle du principe de neutralité se heurte à la définition-même de développement durable (et inversement). En effet, ce dernier est un concept plural ; caractéristique à l'origine de sa fonction conciliatrice entre les dimensions diverses. Or, la neutralité de la commande publique, unidimensionnelle, veut que la dépense publique ne soit pas « *l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »[495]. Intrinsèquement, développement durable et neutralité de la commande publique divergent.

312. Ainsi, les premiers développements de l'intégration de considérations autres que l'efficacité économique des marchés publics ont été contredits par le juge administratif. Dans une décision du 10 mai 1996[496], le Conseil d'État a lu les mentions d'un critère additionnel social mis en avant dans une circulaire interministérielle, comme constituant « *une simple déclaration d'intentions, destinée à marquer l'intérêt porté par les cocontractants aux questions relatives à l'emploi et à la formation professionnelle, sans que cette déclaration d'intentions puisse constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires* (…) *ou même se bornerait à compléter ces critères réglementaires* ». Ce faisant,

[492] P. IDOUX, « La commande publique au service du développement durable », *op. cit*, p. 107.
[493] P. IDOUX, *op. cit*.
[494] Voy. C. CANS, *op. cit.* Distinguant le développement durable de la protection de l'environnement, l'autrice souligne à propos du premier que « *la priorité qu'il sous-tend est le développement économique », ajoutant par ailleurs que « son usage peut avoir des effets pervers* ».
[495] D'après les conclusions de M. PIVETEAU sous la décision CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, publié au *Lebon*.
[496] CE, 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment*, n° 159979, publié au *Lebon*.

la Haute juridiction « *annihile* »[497] la tentative de la circulaire. Elle confirmera ultérieurement cette jurisprudence « *hostile au mieux-disant social* »[498] dans une décision *Commune de Gravelines*[499]. De même, la Cour de justice sanctionnait les pouvoirs adjudicateurs qui, dans le choix des critères d'attribution, se laissent guider par des considérations autres qu'économiques[500]. En d'autres termes, cette jurisprudence appliquait un principe de neutralité.

313. Ainsi, une lecture stricte du principe de neutralité, accompagnée des craintes quant au potentiel discriminatoire de l'introduction de considérations sociales et environnementales, a suscité ladite méfiance, et ce jusqu'au début des années 2000[501]. Néanmoins, la commande publique, en tant que levier d'action publique, n'a pu rester étrangère à la place centrale qu'occupe les objectifs de développement durable. Le droit des marchés publics a alors dû infléchir le principe de neutralité, dépassé par la fonction universelle du développement durable.

2. Le développement durable, symptôme d'une rénovation du principe de neutralité de la commande publique

314. Le développement durable constitue le premier vecteur d'affaiblissement du principe de neutralité (a), le dépassement de ce dernier étant confirmé par l'article L. 3-1 du code de la commande publique (b).

a. Le développement durable, premier vecteur d'affaiblissement du principe de neutralité

315. La première remise en cause du principe de neutralité vient de l'UE, dont le projet politique[502] semble devoir dépasser l'horizon de l'efficacité économique. Dès 1996, la

[497] N. PORTE, *op. cit.*
[498] H. PONGÉRAD-PAYET, « Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus », *AJDA*, 2006, p. 635.
[499] CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, *op. cit*.
[500] CJCE, 3 octobre 2000, *Université de Cambridge*, aff. C-380/98, Rec. 2000 I-8035, point 17.
[501] Voy. notamment R. LE VELLY, « Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique », *Droit et société*, 2022, n° 110, p. 173.
[502] G. ECKERT, « La commande publique, un levier pour l'action publique ? Perspectives générales », *in* E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018,

Commission européenne souligne dans un Livre vert[503] que « *la politique des marchés publics a une incidence positive sur les autres politiques communautaires* », de sorte que « *la réglementation des marchés publics peut contribuer à la réalisation des objectifs de politique sociale et environnementale* »[504]. Le Livre vert souligne à propos des *aspects sociaux* que « *les achats publics* [peuvent] *constituer en effet un moyen significatif d'orientation de l'action des opérateurs économiques* »[505] . S'agissant de la protection de l'environnement, le Livre vert est plus nuancé, se limitant au constat d'un verdissement des marchés publics. Dans le prolongement du Livre vert, la Commission européenne publie deux communications interprétatives sur l'intégration de considérations sociales[506] et environnementales[507] dans les marchés publics.

316. Les considérations de développement durable sont intégrées depuis la définition des besoins[508] jusqu'à l'attribution du marché. Initialement, la prise en compte du développement durable concerne d'abord les critères de choix des offres[509]. C'est d'abord (mais pas exclusivement[510]) au regard de ces critères que cette prise en compte pose question. La Cour de justice va évoluer dans son approche neutre[511], à travers une interprétation de la notion d'offre

p. 1-14. L'auteur renvoie fait que le « *projet politique assigné aux institutions européennes ne se limite pas à* [la] *seule considération concurrentielle* » (p. 2).

[503] Commission européenne, « Livre vert – Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », communication, COM(96) 583, 27 novembre 1996, 73 p.

[504] *Ibid.*, p. 40.

[505] *Ibid.*, p. 51.

[506] Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés », COM(2001) 274, 28 novembre 2001, 15 p. ci-après « Communication interprétative relative aux considérations environnementales dans les marchés publics »). La Commission publie également une communication consacrée à la stratégie de l'Union européenne sur le développement durable (Commission européenne, « Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable », COM(2001)264 final/2, 18 p.)

[507] Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », COM(2001) 566, 28 novembre 2001, 15 p. ; ci-après « Communication interprétative relative aux aspects sociaux dans les marchés publics »).

[508] Cf. *infra* §948-949.

[509] CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, Rec. 2002, p. I-7213.

[510] La jurisprudence de la Cour de justice relative aux critères de choix des offres intégrant des considérations environnementales et sociales est chronologiquement ultérieure à l'arrêt *Beentjes* (20 septembre 1988, aff. C-31/87, Rec. 1988, p. 4635), dans lequel la Cour distingue les critères de choix des offres des « conditions de marché » (cf. *infra* §1335 et s.).

[511] CJCE, 3 octobre 2000, *Université de Cambridge*, *op. cit*.

économiquement la plus avantageuse, dans le cadre de la détermination des critères d'attribution.

317. Dans l'arrêt *Concordia Bus Finland*, la question était notamment de savoir ce que signifiait la notion d'offre économiquement la plus avantageuse. Implique-t-elle que « *chacun des critères d'attribution choisis* [comporte] *un avantage économique au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur* », ou est-ce qu'il « *suffit que chacun de ces critères soit mesurable en termes économiques sans qu'ils comportent un avantage économique direct pour le pouvoir adjudicateur, avantage qui se traduit dans l'achat en question* »[512] ? La Cour de justice se prononce pour la première interprétation, jugeant que les critères d'attribution n'ont pas « *nécessairement* [à] *être de nature économique* », puisqu' « *il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur* ». C'est cette interprétation qui va permettre d'admettre les considérations sociales et environnementales, non plus seulement au niveau des critères de choix des offres, mais aussi par l'intermédiaire des conditions d'exécution. En admettant ainsi des considérations autres économiques, cette jurisprudence[513], qui s'accompagne d'une *soft law* européenne favorable à la prise en compte de ces autres objectifs[514], conduit à dépasser une vision neutre des critères de choix des offres, et plus globalement du droit des marchés publics.

318. L'instrumentalisation des marchés publics au service des objectifs de développement durable se concrétise avec la rénovation de la réglementation applicable issue des directives marchés publics de 2004[515]. Elle est par la suite entretenue et renforcée par la directive 2014/24/UE. Le dépassement du principe de neutralité est inscrit dans la réglementation-

[512] Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », *op. cit.*, p. 6.
[513] À la suite de la jurisprudence *Concordia Bus Finland*, l'arrêt *Commission européenne c. RFA* (aff. jointes C-20/01 et C-28/01, Rec. 2003, p. I-3609) est l'occasion pour la Cour « *d'accentuer la pression en faveur de l'achat écologique* » (W. ZIMMER, « L'incidence des considérations environnementales sur le droit des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, 2003, n°7, chron. 16).
[514] N. PORTE, *op. cit.*
[515] Les références au développement durable et aux considérations sociales et environnementales sont nombreuses, notamment au considérant 5, repris en substance dans la directive 2014/24/UE (considérant 91).

même : ce faisant, le droit des marchés publics assume pleinement sa finalité, dépassant le principe de neutralité[516], dans le cadre assoupli de sa fonction.

319. En France, le CMP de 2001 promeut déjà l'instrumentalisation *via* les conditions d'exécution (article 14). Les évolutions ultérieures du code (2004[517], puis 2006[518]) confirment la possibilité d'utiliser les marchés publics comme levier des politiques publiques, principalement en matière sociale et environnementale. Dans le texte, le principe de neutralité parait déjà obsolète. Le juge administratif, initialement garant dudit principe, fait sien ce mouvement. La décision *Département de l'Isère*[519] de 2013 est à ce titre présentée comme le revirement de jurisprudence qui remet en cause l'approche restrictive du principe de neutralité[520]. En l'espèce, le Conseil d'État valide l'emploi du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté, jugeant que « *le pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins, tels que définis à l'article 5 du code des marchés publics, compte tenu des objectifs de développement durable* ».

b. La confirmation du dépassement du principe de neutralité : l'article L. 3-1 du code de la commande publique

320. L'article L. 3-1 est la marque de ce dépassement. La commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du Sénat indique dans son amendement introduisant cette nouvelle disposition (n° COM-472-rec. Bis) que ce dernier, « *en conservant cet objectif d'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* (…) *propose de dépasser ce seul principe de neutralité du droit des marchés publics pour intégrer le*

[516] R. LE VELLY, *op. cit*., p. 181. L'auteur fait également ce lien, écrivant en ce sens que « *cet affaiblissement du principe de neutralité correspond symétriquement à la montée en puissance de l'idée de marchés publics « levier » de politique publique* ».
[517] Sur le projet de réforme du CMP de 2004, voy. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Des conditions environnementales au développement durable : sur une mutation possible du droit des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, 2003, n° 7, rep. 7. Sur le CMP de 2004, voy. M.-P. LAVOILLOTTE, L'environnement dans le nouveau Code des marchés publics », *AJDA*, 2004, p. 2081 ; O. SCHMITT, « La commande publique et le développement durable », *La Gazette du Palais*, 2005, n° 169, p. 4.
[518] C. ETRILLARD, « Commande publique et développement durable », LPA, 2007, n° 49, p. 3.
[519] CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950, publié au *Lebon* (S. HUL, Critère « social » : une conception renouvelée du lien avec l'objet du marché, *AJCT*, 2013, p. 294).
[520] N. PORTE, *op. cit.*

développement durable. Il s'agit ainsi de trouver le bon équilibre, sans les opposer, entre le « meilleur rapport qualité prix » et l'atteinte des objectifs de développement durable », se fondant sur les dernières jurisprudences du Conseil d'État[521].

321. Faisant ainsi référence à l'impératif de « *concilier l'économique, le social et l'environnemental dans les principes mêmes de la commande publique* », la commission confirme que le dépassement du principe de neutralité réside dans une telle conciliation. Le développement durable poursuit encore aujourd'hui son rôle avant-gardiste dans la remise en cause de l'approche classique du principe de neutralité.

322. Il y a une sorte d'encerclement du principe de neutralité par le développement durable. Ce dernier imprègne l'ensemble de la procédure du marché public (définition du besoin, spécifications techniques, critères de sélection des candidatures et les critères de choix des offres, les conditions d'exécution qui conduisent à des offres non conformes, etc.). Il s'ensuit que le principe de neutralité ne dispose plus que d'un rôle « resserré » : l'acheteur doit choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, dont les évolutions lui permettent d'intégrer le développement durable à tous les stades de la procédure, y compris l'exécution.

323. Plus globalement, le principe de neutralité a évolué. Au cours de ces évolutions, ce principe a recouvré plusieurs sens. Dans un premier temps, il pouvait conduire à considérer que le droit des marchés publics ne doit rien promouvoir et demeurer strictement économique : c'est le sens initial, historique, notamment promu dans la jurisprudence *Université de Cambridge*[522] ou *Communauté de Gravelines*[523]. Dans un deuxième temps, notamment au regard de la jurisprudence[524], le principe de neutralité pouvait s'analyser comme permettant à l'acheteur de décider de mener des politiques publiques par ses achats, cependant que le droit des marchés publics ne doit pas l'y inciter. C'est encore aujourd'hui le sens qui est majoritairement donné au principe de neutralité. Il est toutefois possible de dégager un troisième sens, contemporain. Ainsi, non seulement le droit des marchés publics peut permettre à l'acheteur de décider de

[521] CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte-d'Azur*, n° 351570, tables du *Lebon*. La commission y voit la « *reconnaissance du lien entre l'économique et le social dans les objectifs actuels* ». Le Conseil d'État fait référence à l'article 5 du code des marchés publics, et non directement au développement durable en tant qu'objectif de la commande publique.
[522] CJCE, 3 octobre 2000, *Université de Cambridge*, *op. cit*.
[523] CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, *op. cit.*
[524] Voy. notamment les jurisprudences *Beentjes* et *Concordia Bus Finland* (*op. cit.*) pour la Cour de justice, et la décision *Département de l'Isère* (*op. cit.*) pour le juge administratif.

mener des politiques publiques, mais il semble tendre lui-même à l'y inciter, en imposant par exemple certains critères ou clauses[525]. Cette redéfinition du principe de neutralité surgit après les orientations données par les directives de 2014, accentuées par le contexte sanitaire. Dans le cas des marchés publics dans le domaine de la défense, le principe de neutralité recouvre manifestement ce sens, tant leur dimension politique est accentuée. En effet, la directive 2009/81/CE font de ces marchés l'instrument du MEED (et, en droit français, celui de la BITDE). À tout le moins, la neutralité du droit des marchés publics peut se définir comme ayant pour but de ne pas empêcher l'acheteur de mener ses politiques publiques à travers ses achats.

324. Fort de ces évolutions, le code de la commande publique apparait comme un code de l'instrumentalisation des marchés publics, notamment au service du développement durable, validant le passage d'un principe de neutralité *stricte* à une neutralité *bienveillante*[526]. Cette remise en cause du principe de neutralité renseigne sur la nature profonde du droit des marchés publics. Elle illustre que le droit des marchés publics est consubstantiellement un *droit-finalité*. D'une certaine façon, la neutralité paraissait comme l'expression contraire de cette nature profonde. Néanmoins, elle s'accompagne en toute logique du maintien du cadre concurrentiel, confirmant que ce droit est également (et impérativement) un *droit-fonction*.

B. Les limites imposées par la fonction du droit des marchés publics

325. Quel que soit le type de marché en cause, les instruments au service du développement durable présentent toutefois des limites, principalement vis-à-vis du principe de concurrence, et donc de la fonction du droit des marchés publics. Outre la *concurrence des universalités* (entre celle du principe de concurrence et celle du développement durable), ce dernier présente un risque au regard du premier[527]. Le flou juridique qui caractérise le développement durable

[525] Cf. *infra* §1381 et s.
[526] F. WILINSKI, « De l'intégration du développement durable dans les contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2011, n° 12, étude 11. L'auteur reprend l'expression de « *neutralité bienveillante* » de B. DELAUNAY (« Le développement durable, avenir de la commande publique ? », *Contrats publics*, 2010, n° 96, p. 3).
[527] L'inverse a pu également être jugé comme vrai. Voy. H. DELZANGLES, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2015, vol. 40, p. 32. L'auteur écrit : « *le postulat de base pour l'instant indépassable, à tort ou à raison, que règles de marché et protection de l'environnement sont difficilement conciliables* ».

est la source de ces limites (1). L'interdiction du critère géographique en est l'exemple le plus concret (2).

1. Les limites liées au flou juridique de la notion de développement durable

326. Le flou de la notion de développement durable (en termes de contenu, de valeur normative, etc.) est un vecteur d'opacité[528], à rebours de l'exigence de transparence sur lequel se fonde le principe de concurrence, en particulier du point de vue des règles de publicité que cette exigence sous-tend. Par ailleurs, cette incertitude conceptuelle incline à penser que la prise en compte des objectifs de développement durable entretient une certaine imprécision, avec laquelle le droit des marchés publics s'accommode mal. En effet, ce dernier est articulé autour d'une exigence de précision des éléments concourant à l'attribution du marché (particulièrement s'agissant de la définition du besoin ou des critères de marché). Une telle opacité peut également être un moyen, volontaire ou non, de favoriser des candidats[529].

327. Il en résulte que le développement durable peut être vecteur de discrimination. C'est là la *zone de frottement* qui fait naître la plus grande crainte[530], celle-là même qui a longtemps neutralisé la prise en compte du développement durable dans les marchés publics. Les opérateurs économiques ne prenant pas suffisamment en compte les aspects environnementaux et sociaux se voient interdire l'accès à la commande publique[531]. Le juge administratif ne manque pas cependant de censurer l'imprécision[532] ou le manque de transparence des critères sociaux et environnementaux[533].

[528] F. WILINSKI, *op. cit.* p. 12. Sous l'angle environnemental, voy. F. AKOKA, *op. cit.*, p. 159.
[529] F. WILINSKI, *op. cit*., p. 12. L'auteur estime en ce sens que la prise en compte de considérations environnementales et sociales « *pourrait servir de justificatif pour évincer un candidat* ».
[530] P. IDOUX, *op. cit.* p. 114.
[531] F. WILINSKI, *op. cit.*, p. 12.
[532] Voy. notamment CE, 28 mai 2014, *Commune de Dijon*, n° 375941, inédit au *Lebon*.
[533] Pour une présentation des sanctions jurisprudentielles du manque de transparence des critères environnementaux, voy. F. AKOKA, *op. cit.*, p. 160-162.

2. Exemple d'une limitation par la fonction du droit des marchés publics : l'interdiction du critère géographique

328. Aux fins de satisfaire des objectifs de développement durable, l'acheteur pourrait être tenté de recourir à un critère géographique, étant entendu que « *le lien entre développement durable et achat local est évident* »[534]. La distinction entre l'exigence locale et géographique est ténue ; or, la seconde s'oppose frontalement à la fonction du droit des marchés publics, eu égard à son potentiel discriminatoire certain.

329. Ainsi, les marchés publics ne peuvent être attribués sur la base d'une préférence locale. En effet, « *le droit de la commande publique ne permet pas de retenir des critères liés à l'origine ou l'implantation géographique des candidats au marché* », de sorte que « *la prise en compte de la participation des entreprises au développement de l'économie française et à la création d'emplois es*t (…) *impossible* »[535]. La Cour de justice[536] comme le juge administratif[537] censurent un tel critère. Il en résulte notamment que l'acheteur ne peut exiger une proximité géographique dans le but de réduire les émissions de CO2, notamment en tant que critère de sélection[538]. En tant que tel, cet objectif n'est « *pas valable et suffisant juridiquement pour justifier d'un critère géographique pour l'attribution d'une offre* »[539].

330. Il en va de même dans le secteur de la défense. Ainsi, s'agissant de la prise en compte de l'empreinte carbone dans les achats de défense, notamment à travers l'implantation des entreprises sur le territoire ou à proximité pour économiser le CO2, la DGA renseigne qu'« *en ce qui concerne les achats de l'ensemble des ministères, il s'agit de dimensions qui sont de plus en plus prises en compte* ». En revanche, « *pour le marché de l'armement, il* [semble] *qu'il sera beaucoup plus difficile d'avancer, même si des progrès peuvent être accomplis* » [540]. Toutefois,

---

[534] M. AMILHAT, « Le retour au local, le rôle de la commande publique », *Droit et ville*, 2021, n° 91, p. 162.
[535] Réponse ministérielle n° 101276, JOAN, 5 juillet 2011, p. 7308.
[536] CJCE, 27 octobre 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-158/03.
[537] CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*, n° 131562, tables du *Lebon*.
[538] Réponse ministérielle n° 40461, JOAN Q 23 novembre 2004, p. 9271. Voy. également la réponse ministérielle n° 10874, JO Sénat du 21 janvier 2010, p. 130.
[539] Ministère de l'Économie et des Finances, « Guide de l'Achat Public – L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques », version 1.0, octobre 2016, p. 44.
[540] Question posée par le rapporteur de la mission commune sur la commande publique du Sénat (M. BOURQUIN, Rapport d'information du Sénat fait au nom de la mission commune sur la commande publique – Tome II : Comptes rendus des auditions, Sénat, n° 82, 14 octobre 2015, p. 159. La question

pour les MDS, l'application d'une préférence communautaire[541] peut, incidemment et dans une certaine mesure, servir le développement durable en toute légalité.

331. Il en va de même s'agissant du développement durable dans sa dimension sociale. Ainsi, l'acheteur ne peut, à la faveur du développement économique local (notamment vis-à-vis des PME, structures essentiellement locales), insérer un critère géographique. C'est par exemple le cas des marchés publics de construction et de la sous-traitance[542].

332. Si le localisme n'est pas impossible, pour peu qu'il ne se confonde pas avec l'exigence géographique[543], il est strictement encadré par la fonction du droit des marchés publics, principalement à travers l'exigence du lien avec l'objet du marché[544]. Une telle exigence apparait comme une contrainte au regard des objectifs de développement durable, dans la mesure où, entendue strictement, elle reviendrait à limiter la possibilité d'introduire de telles considérations aux seuls marchés dont l'objet est social ou environnemental. Sur ce point, l'interprétation du lien avec l'objet du marché étant plus ou moins *large*[545], l'exigence ne condamne pas *de facto* le développement durable dans les marchés publics.

333. Conclusion Sous-section 1. Le développement durable se trouve ainsi au cœur des développements politiques du droit des marchés publics. Il en est à l'origine, et constitue la

---

démontre par ailleurs l'importance du risque de confusion entre critère environnemental et proximité géographique.

[541] Cf. *infra* §788 et s.

[542] Réponse ministérielle n° 30977, JOAN du 1er septembre 2020, p. 5776.

[543] Voy. notamment P. TERNEYRE, « *Pour l'attribution de marchés publics, une préférence peut être accordée aux entreprises implantées localement à condition que cette implantation soit une des conditions de bonne exécution du marché* », *Dalloz*, 1995, p. 245. À propos de la décision *Commune de Ventenac-en-Minervois* (*op. cit.*), l'auteur souligne que la préférence locale « *constitue en principe une erreur de droit* ». Il souligne néanmoins que la décision du CE « *n'exclut pas cependant qu'une préférence locale soit licite* », dès lors que la proximité du lieu d'exécution est justifiée par l'objet du marché ou constitue l'une des conditions de bonne exécution du marché.

[544] Cf. *infra* §1433 et s.

[545] P. IDOUX (*op. cit.*) relève cette interprétation large de la notion de lien avec l'objet, s'appuyant sur la décision *Département de l'Isère*. Néanmoins, cette décision a pu être mise en relation avec la décision CE, 25 mai 2018, *Nantes Métropole* (n° 417580, publié au *Lebon*), dans laquelle un critère d'attribution relatif à la politique de responsabilité sociale de l'entreprise a été rejeté en raison de l'absence de lien suffisamment directe avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. R. LE VELLY (*op. cit.*, p. 179) relève que cette décision a pu être « *interprété*[e] *par les professionnels de l'achat public comme un avertissement à ne pas aller trop loin dans cette direction* ». De même, P. IDOUX en conclue qu' « *« interprétation large » ne signifie pas que tout est possible* » (p. 115).

marque la plus ancrée de la commande publique comme *levier* des politiques publiques[546]. Le développement durable est symptomatique du dépassement du principe de neutralité de la commande publique ; dépassement qui « aligne » le droit des marchés publics avec sa *finalité*. La remise en cause du principe de neutralité ne signifie pas toutefois, à l'évidence, l'abandon du principe de concurrence et, plus généralement, la *fonction* du droit des marchés publics.

334. Or, le respect du principe de concurrence a pu être analysé comme une *limite* au développement durable. En réalité, un tel constat dépasse le seul développement durable. Il renvoie la fonction du droit des marchés publics. Par définition, un cadre – ici la concurrence – est une limite. Cela ne concerne pas spécifiquement les objectifs de développement durable. S'agissant de ces derniers, la concurrence apparait comme une limite, parce que ces objectifs, mal définis ou exploités par l'acheteur, ont un potentiel discriminatoire. La doctrine a d'ailleurs pu constater, dans le cadre de l'intégration des considérations sociales et environnementales, un certain « *élargissement du périmètre des discriminations acceptables* »[547]. Le développement durable illustre que l'instrumentalisation des marchés publics requiert l'appropriation des objectifs de politique publique par le cadre concurrentiel, permettant ainsi une *conciliation* entre la fonction et la finalité du droit des marchés publics dont sont issus ses développements politiques[548].

Sous-section 2. Les objectifs de politique publique secondaires

335. Certains objectifs de politique publique sont véritablement « *secondaires* », en ce sens qu'ils ne conduisent pas l'ensemble de la procédure, mais agissent comme des objectifs ponctuels. Leur soumission au principe de concurrence est *a priori* strictement entendue. Il s'agit d'enjeux d'ordre économique qui, à l'instar du développement durable, dépassent mais concernent la commande publique. Contrairement à la promotion du développement durable, ils n'ont en revanche pas leur place dans le titre préliminaire du code de la commande publique,

[546] Voy. notamment F. ALLAIRE, « L'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique », *in* E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018, p. 144.
[547] R. LE VELLY, *op. cit.*, p. 187.
[548] CC, 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier*, *op. cit*., considérant 6.

et sont essentiellement évoqués dans le préambule des directives marchés publics. S'ils découlent de la finalité du droit des marchés publics, ils ne l'intègrent donc pas à proprement parler. Néanmoins, ce droit s'est approprié ces objectifs en les incorporant dans certaines des règles classiques de la passation d'un marché. Cette appropriation est d'autant plus marquée que, dans certains cas, des règles ont été bâties spécifiquement pour la réalisation de ces objectifs. Ces objectifs de politique publique secondaires constituent des politiques publiques de droit commun et s'appliquent tant aux marchés publics civils qu'aux MDS. Ainsi, deux objectifs se distinguent : la politique d'accès des PME aux marchés publics (I) et, plus récemment, la politique d'innovation (II).

I. La politique d'accès des PME aux marchés publics

336. L'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics est l'un des leviers majeurs de la politique publique en faveur des PME, laquelle comprend également les politiques de financement, d'aide à l'exportation, etc. Cet accès est central dans les réformes successives du droit des marchés publics intervenues depuis les années 2000, notamment en France[549]. Cet objectif a ceci de particulier qu'il s'agit d'instrumentaliser le droit pour corriger ce qui est présenté comme une fragilité sur le plan économique. En effet, les PME, cellules de base dans une économie, souffrent d'une sous-représentation dans l'attribution de marchés publics. Le droit des marchés publics a pour objectif de corriger cette situation en favorisant l'accès des PME aux marchés publics (A), ce qui implique de connaître les causes de la situation (B).

A. Les enjeux de l'accès des PME aux marchés publics

337. L'enjeu d'accès des PME est transverse à l'ensemble des marchés publics. Initialement applicable aux marchés publics civils (1), il se trouve que cet objectif est particulièrement pertinent dans le contexte des MDS (2).

[549] P. de BAECKE, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA*, 2007, n° 28, p. 1505.

1. L'accès des PME dans les marchés publics civils

338. Dans un pays comme la France, le tissu économique est constitué d'un petit nombre de grandes entreprises pour une myriade de PME[550]. Outre leur poids économique, les PME ont des qualités qui expliquent l'intérêt des politiques publiques en leur faveur. Elles sont créatrices d'emplois, innovantes, souples et compétitives, et, par conséquent, sources de croissance. En d'autres termes, les PME constituent des opérateurs économiques au cœur des politiques publiques, y compris en matière de défense. Or, la place des PME dans la commande publique ne reflète pas ce poids. Cette problématique a été relevée très tôt par l'Union européenne[551], puis en France[552].

339. En France, la question de l'accès des PME a guidé les réformes de 2001[553], de 2004[554] et de 2006[555]. Cette recherche constante d'une amélioration de l'accès des PME souligne l'importance du rôle attendu de ces dernières. L'accès des PME est également présent dans la directive 2014/24/UE, laquelle aborde cette question de manière plus détaillée et précise que la directive 2004/18/CE[556]. La révision et la modernisation des règles de passation des marchés publics ont vocation à permettre d'« *accroître l'efficacité de la dépense publique en facilitant notamment la participation des PME* »[557]. Cette mention fait le lien entre le principe

[550] En 2019, « *les 4,1 millions de PME représentent 99,9 % des entreprises, 48,5 % de l'emploi salarié* (…)*, 44 % de la valeur ajoutée, 35,7 % de l'investissement corporel hors apport, 36,6 % du chiffre d'affaires et 14,2 % du chiffre d'affaires à l'exportation* » (voy. Annexe au projet de loi de finances pour 2023, « Effort financier de l'État en faveur des petites et moyennes entreprises », p. 115).
[551] Voy. notamment Commission européenne, « Promotion de la participation des PME aux marchés publics dans la Communauté », COM(90) 166, 7 mai 1990, p. 3.
[552] M. BOURQUIN, « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME », Rapport d'information du Sénat fait au nom de la mission commune sur la commande publique, Rapport n° 82, Tome 1, 14 octobre 2015, p. 9. Le rapport déplore encore que les PME « *ne profitent que trop peu du potentiel de la commande publique* ».
[553] F. LLORENS, « Réforme du code des marchés publics : document d'orientation », *RDI*, 1999, p. 392.
[554] Voy. la réponse ministérielle faite au député CORNUT-GENTILLE le 7 mars 2006 (JO Assemblée nationale, question écrite n° 82800, p. 2585.
[555] J.-D. DREYFUS, « Code des marchés et PME : le choix de la discrimination positive », *AJDA*, 2006, p. 1769 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Regards sur le Nouveau code des marchés publics », *Contrats et Marchés publics*, 2006, n° 8, étude 7 ; F. OLIVIER, « Les nouvelles mesures en faveur des PME », *Contrats et marchés publics*, 2006, n° 8-9, étude 15.
[556] L. RICHER (« La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *op. cit.*) souligne toutefois l'absence de révolution sur le fond entre 2004 et 2014 s'agissant des règles applicables aux PME.
[557] Directive 2014/24/UE, considérant 2.

d'efficience économique et le meilleur accès des PME à la commande publique, appuyée par le constat que « *la passation des marchés publics devrait être adaptée aux besoins des PME* »[558], faisant par ailleurs référence au Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics[559].

2. L'accès des PME dans les marchés de défense ou de sécurité

340. Le constat dressé pour les PME dans le secteur civil se vérifie et s'accentue dans le secteur de la défense. La structure de l'industrie de défense est articulée « *autour d'une dizaine de grands groupes* (…) *disposant des capacités de maîtrise d'œuvre industrielle d'ensemble – et de 4000 entreprises résidentes de toute taille, majoritairement des PME* »[560]. Les paiements directs du ministère des Armées à ses fournisseurs illustrent cette architecture pyramidale : en 2020, sur les 24 038 entreprises fournisseurs directs, « *près de la moitié des entreprises privées résidents fournisseurs en 2020 sont des micro-entreprises, 40,2 % sont des petites et moyennes entreprises (PME), 9,7 % sont des entreprises de taille intermédiaire (ETI) et 1,1 % des grandes entreprises (GE)* »[561].

341. De même, les qualités intrinsèques des PME sont tout particulièrement intéressantes pour le secteur de la défense. Les PME constituent un *atout*, en particulier pour leur potentiel innovant[562], ou encore, dans le domaine des exportations[563], facteur crucial pour les activités de défense. Enfin, les PME sont au cœur de la dimension duale des activités de défense[564].

---

[558] Directive 2014/24/UE, considérant 78.
[559] Document de travail de la Commission, SEC(2008)2193, Code européen de bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics, *op. cit.*
[560] J. BARRE, « L'Europe de l'armement : enjeux technologiques et industriels pour la France et condition de l'affirmation géostratégique de l'UE », *Revue Défense Nationale*, 2022, n° 851, p. 67.
[561] Observatoire Économique de la Défense, « Annuaire statistique de la défense - Édition 2021 », *Écodef*, 2021, n° 200, p. 12.
[562] Voy. notamment A. MAROIS, « Défense, PME, grands groupes : la fille de toutes les batailles », *Revue Défense Nationale*, 2017, n° 796, p. 85-90.
[563] C. RAMET, « Les déterminants économique des exportations de matériels militaires des entreprises industrielles de la BITD française », *Écodef*, n° 147, 2020, 8 p. En 2017, les PME représentent ainsi 40% des entreprises exportatrices de matériel militaire (39 % pour les ETI). Néanmoins, « *alors que les petites et moyennes entreprises (PME) comptent pour 76 % de l'ensemble des entreprises industrielles de la BITD française (et 4 % du chiffre d'affaires militaire), il n'y en a plus que 40 % parmi les entreprises exportatrices de matériels militaires* »).
[564] Voy. notamment Commission européenne, Communication, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense », *op. cit.,* p. 8

342. La défense partage avec les marchés publics civils la question fondamentale de l'accès des PME : elle y est même particulièrement importante. Les PME représentent approximativement 40% des entreprises fournisseurs du ministère des armées (contre plus de 60% pour les marchés publics civils), pour moins de 8% des paiements directs (tandis que les PME captent près de 30% du montant des marchés publics civils)[565]. Or, le moindre accès des PME de défense aux marchés publics s'intègre dans « *situation de crise* » soulignée dans un rapport d'information de l'Assemblée nationale en 2011[566]. Ce dernier lie cette situation à la *contrainte budgétaire et financière* (impliquant une baisse des commandes militaires), au *cadre réglementaire inadapté*, ainsi qu'à *la dépendance des PME aux grands groupes* (les PME étant essentiellement sous-traitantes des GMOI)[567]. Afin d'améliorer cette situation, le ministère des Armées a mis en place en 2013 une politique de soutien des PME et ETI, constamment renouvelée depuis : le *Pacte ACTION PME*[568], dans laquelle il entend exploiter les instruments offerts par la réglementation des marchés publics.

343. La volonté de mettre en place un régime sur mesure pour les marchés dans le secteur de la défense à l'échelle de l'Union a notamment eu pour but d'améliorer l'accès des PME. De nombreuses mentions en sont faites dans les communications de la Commission précédant le processus d'adoption de la directive[569]. La directive 2009/81/CE consacre elle-même l'intérêt d'un meilleur accès des PME au marché de la défense, incitant les États membres à « *contribuer*

[565] Cette participation est mesurée à partir des paiements directs du ministère des Armées, ce qui inclue les MDS (voy. l'Annuaire statistique de défense de l'OED, *op. cit.*, p. 12). Pour les données relatives aux marchés publics civils, voy. le rapport de l'Observatoire économique de la commande publique (OECP), » Recensement économique de la commande publique – Chiffres 2022 », p. 8.
[566] Voy. notamment D. CAILLAUD et J. MICHEL, « Les PME et la défense », Rapport d'information déposé par la commission de la défense nationale et des forces armées, Assemblée nationale, n° 3663, 13 juillet 2011, 50 p.
[567] *Ibid.*, p. 15. La réciproque est vraie (voy. P. ALLIZARD et M. BOUTANT, « L'industrie de défense dans l'œil du cyclone », Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Sénat, n° 605, p. 13).
[568] Instruction ministérielle n° 5871/ARM/CAB relative au Plan ACTION PME rénové du ministère des armées en appui des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire du 25 avril 2022. Cette instruction est la dernière version d'une séries de pactes en faveur des PME (la première, le *Pacte Défense PME*, date du 21 mars 2013 ; voy. B. ROMAN-SÉQUENSE, « Point sur le Pacte Défense PME », *Contrats et marchés publics*, 2013, n° 11, comm. 300). Elle se décompose en 5 axes (en particulier l'Axe 3 (« *soutenir le chiffre d'affaires des PME et des ETI en facilitant leur accès aux marchés du ministère* ») et 37 actions.
[569] Voy. Commission européenne, « Livre vert – Les marchés publics de défense » (*op. cit.*), p. 3.

à. diversifier davantage la base de fournisseurs liés à la défense en Europe, en particulier en favorisant la participation pleine et entière des petites et moyennes entreprises (…) »[570].

344. L'efficacité de la commande publique a besoin d'une politique publique favorable aux PME, afin de compenser leurs difficultés d'accès. Les PME de défense doivent pouvoir profiter des instruments du droit des marchés publics à même de favoriser l'accès des PME, et souffrir également de leurs limites, puisque les voies d'accès sont strictement encadrées par la réglementation.

B. Causes

345. Les causes du moindre accès des PME au marché sont multiples. Beaucoup de facteurs expliquent en effet ce moindre accès : le peu de trésorerie, les délais de paiement trop longs et les lourds investissements que peut nécessiter la candidature à un marché public, ou encore l'autocensure par peur de la complexité des marchés publics et de leurs procédures, etc. Ainsi, les causes du moindre accès des PME peuvent être distinguées selon qu'elles se situent au niveau du marché principal (1) ou au niveau de la sous-traitance (2).

1. L'accès limité au niveau du marché principal

346. La problématique de l'accès des PME au marché principal est avant tout une affaire de dimension du marché en cause[571], en lien avec l'assise financière et la trésorerie moindres de ces entreprises. Si le droit des marchés publics autorise des solutions au niveau du marché principal qui nuancent la dimension du marché, principalement l'allotissement[572] et la cotraitance, la fonction du droit des marchés publics interdit par principe tout critère discriminatoire en faveur des PME, notamment en cherchant la répartition équilibrée des

[570] Directive 2009/81/CE, considérant 3.
[571] Si d'autres éléments doivent également être pris en compte, notamment la lourdeur et le coût administratifs, le manque d'information ou encore le poids des plus gros opérateurs économiques, c'est avant tout la dimension du marché qui va ouvrir (ou fermer) plus ou moins l'accès des PME à la commande publique.
[572] Cf. *infra* §968.

marchés entre les PME et les grandes entreprises en prenant en compte l'importance du chiffre d'affaires, quel que soit l'intérêt général qui s'y attache[573]. Cette position a été réitérée à l'occasion de la censure du dispositif du CMP de 2006 fixant un nombre minimal de PME admises à présenter une offre. Conduisant nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures, un tel critère, « *qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique* »[574].

347. Encore récemment, une proposition de loi[575] émanant du Sénat consistait à permettre aux acheteurs d'imposer une part minimale (jusqu'à 25% du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché) effectuée par des personnels domiciliées à proximité du lieu d'exécution, dans un périmètre déterminé par l'acheteur. En outre, l'article 3 du texte proposait que l'acheteur puisse prendre en compte comme critère d'attribution « *la proximité des soumissionnaires du lieu d'exécution du marché et leurs engagements à cet égard dans l'évaluation de leur offre* », dispositif conçu comme visant *de facto* les PME locales. Cette proposition de loi s'inscrit dans une démarche visant à « *mettre à profit la commande publique au bénéfice des TPE/PME, notamment lorsqu'elles sont implantées à proximité de l'acheteur* »[576], afin de tenir compte de « *l'impact préjudiciable de la crise sanitaire sur les entreprises locales – souvent des petites et moyennes entreprises (PME) ou très petites entreprises (TPE)* »[577]. L'auteur du rapport sur cette proposition suggère toutefois de ne pas retenir ces dispositifs. En effet, les critères géographiques, « *très difficilement conciliables avec les règles tant constitutionnelles qu'européennes relatives à la commande publique* »[578], ne sont

[573] CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofi*, *op. cit*. Le Conseil d'État relève que cette répartition « *n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du code des marchés publics visent à atteindre* », de sorte que le critère relatif à l'importance du chiffre d'affaires « *a pour effet d'introduire une discrimination qui n'est pas en rapport avec l'objet de la réglementation des marchés publics* ».
[574] CE, 9 juillet 2007, *Syndicat Entreprises générales de France-Bâtiment travaux publics*, n° 29771, publié au *Lebon*. Voy. notamment J.-D. DREYFUS, « Un critère de sélection des candidatures fondé sur la taille des entreprises est illégal », *RDI*, 2007, p. 423.
[575] Proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire, Sénat, n° 592, 3 juillet 2020.
[576] S. LE RUDULIER, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire, Sénat, n° 118, 10 novembre 2020, p. 6.
[577] *Ibid*., p. 5.
[578] *Ibid.*, p. 7. Voy. également la réponse ministérielle récente rappelant que l'instauration d'un droit de préférence locale « *serait censurée comme inconventionnelle et inconstitutionnelle* » (réponse ministérielle n° 4915, JOAN 3 octobre 2023, p. 8798) ; B. KOEBEL, « Fournisseurs locaux et marchés publics », *Contrats et marchés publics*, 2023, n° 11, comm. 316.

pas autorisés dans de tels contours. À la suite du rapport, la première version de la proposition a été modifiée[579], suggérant de faire de « *l'implantation géographique du titulaire ou de ses sous-traitants* » une condition d'exécution, notamment lorsque cela est « *indispensable au regard de l'objet du marché* » ou de la prise en compte des autres considérations prévues par le code de la commande publique[580].

348. De nouveau, la fonction du droit des marchés publics apparait comme une limitation à la prise en compte de l'objectif politique, encore une fois par l'entremise du lien avec l'objet du contrat. En outre, si l'accès des PME au marché principal ne peut se régler par l'application d'un régime préférentiel, son accès par la voie indirecte qu'est la sous-traitance comprend également des complications.

2. L'accès limité au niveau de la sous-traitance

349. *A priori*, la sous-traitance comme voie d'accès alternative au marché présente un intérêt certain pour les PME. Dans la mesure où elle renforce les conditions de liberté d'accès et d'atomicité du marché, « *de nombreuses politiques en faveur des PME s'appuient sur la meilleure prise en considération de la sous-traitance en droit de la commande publique* »[581]. Elle présente l'avantage d'être plus probablement à la dimension de ces dernières. Néanmoins, la sous-traitance présente des limites qui ne permettent pas de profiter pleinement du potentiel économique des PME, notamment dans le domaine de la défense[582]. Outre les limites financières[583], la fonction du droit des marchés publics se présente à la fois comme un obstacle apparent et une possibilité qui n'est pas saisie.

---

[579] Proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire, Sénat, n° 119, 18 novembre 2020.

[580] Ainsi, dans une telle hypothèse, une condition d'exécution serait admise pourvu qu'elle soit nécessaire à une autre condition d'exécution, elle-même liée à l'objet du marché. Outre qu'elle témoigne des rapports réciproques entre les politiques publiques, une telle configuration est douteuse tant elle distend la considération de politique publique du critère du lien avec l'objet du marché.

[581] O. GUÉZOU, « Sous-traitance et droit de la concurrence », *Contrats publics*, 2005, n° 46.

[582] A. CHASSAIGNE ET J.-P. CUBERTAFON, *op. cit.*, p. 79-80.

[583] Des limites par ailleurs délicates à déterminer, faute d'information sur la participation des PME en tant que sous-traitantes. Voy. M. BOURQUIN, *op. cit.* (Tome I), p. 130. Le rapport relève qu' « *on n'est pas non plus en mesure d'estimer quel est le montant du « sacrifice » financier qu'occasionne la participation à la commande publique en tant que sous-traitant par rapport à une participation en tant que titulaire* ».

350. Il convient par ailleurs de relever que la prohibition d'un régime préférentiel à destination des PME est applicable au niveau de la sous-traitance. La Cour de justice a par exemple jugé contraire au droit des marchés publics, les dispositions d'une loi italienne consistant à réserver une partie des travaux aux seuls sous-traitants ayant leur siège social dans la région où les travaux sont exécutés, en ce qu'elle constitue « *une discrimination à l' encontre des entreprises établies dans les autres États membres* »[584].

351. En outre, les PME ne peuvent bénéficier des effets de la publicité et de la mise en concurrence appliquées au marché principal, faute de leur application au niveau des sous-traités (sauf exception, notamment dans les MDS). Ayant la maîtrise (et la responsabilité) de sa chaîne de sous-traitance, le titulaire du marché peut préférer s'appuyer sur ses structures d'approvisionnement préétablies, notamment à la faveur de ses filiales (potentiellement concurrentes des PME)[585].

352. Si la sous-traitance est de plus en plus encadrée par le droit des marchés publics, l'essentiel des règles applicables à la sous-traitance demeurent d'ordre financier. Ainsi, les règles du code de la commande publique relatives à la sous-traitance (du moins pour ce qui est des marchés publics civils) s'articulent autour de deux sections, l'une relative à l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement des sous-traitants[586], l'autre relative au paiement du sous-traitant[587]. À cet égard, le développement de l'application d'une attribution concurrentielle au niveau de la sous-traitance[588] pourrait permettre de remplir l'objectif d'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics. La possibilité offerte par la fonction du droit des marchés publics serait alors saisie.

353. La politique d'accès des PME aux marchés publics est l'un des développements politiques les plus emblématiques du droit des marchés publics. Elle démontre que l'achat public peut servir de véritable levier au service d'une politique économique, et met en exergue le champ du possible de l'instrumentalisation de la commande publique : son potentiel, mais aussi ses limites, inhérentes au cadre concurrentiel.

---

[584] CJCE, 3 juin 1992, *Commission c. République Italienne*, aff. C-360/89, point 8.
[585] Pour peu que ces structures présentent les capacités rendues nécessaires par le marché.
[586] Articles L. 2193-4 à L. 2193-9 du CCP.
[587] Articles L. 2193-10 à L. 2193-13 du CCP.
[588] Cf. *supra* §175.

II. La politique d'innovation dans les marchés publics

354. La notion d'innovation est liée à l'idée de nouveauté, de rupture par rapport à l'existant. Ainsi, sur le plan économique, elle peut être définie comme « *une nouvelle combinaison des facteurs dans la fonction de production* »[589]. Bien qu'elle leur soit intrinsèquement liée, elle se distingue de l'invention[590] et de la recherche[591]. Eu égard à ces caractéristiques, l'innovation entretient un rapport paradoxal avec le droit des marchés publics. L'innovation n'est pas, par nature, identifiable en amont de la passation d'un marché, en ce qu'elle est relative à un bien ou service qui n'existe pas encore sur le marché. Un tel bien ou service peut pourtant correspondre au besoin d'un acheteur, faisant ainsi de l'innovation le moyen de satisfaire ledit besoin. En outre, elle permet de réaliser les autres objectifs de politique publique (développement durable et accès des PME), participant ainsi à l'écosystème des politiques publiques intégré à la commande publique. Cet écosystème désigne ainsi les objectifs associés aux marchés publics qui entretiennent entre eux des rapports réciproques. Ces objectifs se nourrissent mutuellement, non seulement dans le *cadre*, mais également *grâce* au principe de concurrence. Il est donc possible de voir l'innovation comme un objectif secondaire naturel du point de vue de la finalité du droit des marchés publics (A). Cependant, eu égard au fait qu'elle constitue un objet non identifié, la politique d'innovation parait être contrariée du point de vue de la fonction de ce droit (B).

[589] A. BEITONE, A. CAZORLA et E. HEMDANE, « Innovation », *in* A. BEITONE, A. CAZORLA et E. HEMDANE (dir.), *Dictionnaire de science économique*, Paris, Dunod, « Hors collection », 2019, p. 333-357.
[590] *Ibid*. Les auteurs précisent que « *l'innovation doit être différenciée de l'invention. L'innovation est la mise en valeur économique de l'invention* ».
[591] Voy. notamment M. DESTOT, « L'innovation en France », Rapport d'information déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, Assemblée nationale, n° 2364, 9 mai 2000, p. 11-12.

A. L'innovation, un objectif secondaire naturel du point de vue de la finalité du droit des marchés publics

355. L'innovation est un développement politique qu'il est possible de qualifier de naturel au regard de la finalité générale du droit des marchés publics. Cette dernière permet en effet d'intégrer les politiques publiques et de les placer au cœur de la contractualisation de l'action publique. Or, l'innovation est un concept économique décliné en politique publique (1), de sorte que son intégration dans le droit des marchés publics doit permettre de démocratiser l'*achat public innovant* (2).

1. L'innovation, un concept économique décliné en politique publique

356. L'innovation dans sa dimension économique est au cœur des politiques publiques, et continue de se développer, notamment à travers les investissements publics ayant pour objet de la promouvoir. Elle constitue une politique tant dans le secteur civil (a) que dans celui de la défense (b).

a. La politique d'innovation dans le secteur civil

357. L'innovation est une politique publique de nature économique[592], appréhendée notamment par l'UE. La *soft law* européenne a dédié de nombreuses publications sur la politique de l'Union en matière d'innovation. Dès 1995, la Commission a rédigé un Livre vert sur l'innovation[593], dans l'objectif d'établir une *stratégie européenne pour la promotion de l'innovation*. Ce dernier prend l'innovation « *comme synonyme de produire, assimiler et exploiter avec succès la nouveauté dans les domaines économique et social* »[594]. La Commission européenne entend exploiter l'innovation en tant que vectrice de croissance et

[592] Ceci d'autant plus que « *depuis la révolution industrielle, et de manière encore plus forte de nos jours, l'innovation a été le principal moteur de la dynamique de croissance de l'économie de marché, et plus précisément de l'économie capitaliste* » (D. ENCAOUA, « Repenser les politiques d'innovation en France ? », *Revue française d'économie*, 2017, n° 3, vol. XXXII, p. 95).
[593] Commission européenne, « Livre vert sur l'innovation », Décembre 1995, 52 p.
[594] *Ibid*. p. 1.

d'emploi. L'innovation demeure au cœur des politiques et programmes européens[595], eu égard à son impact sur l'économie et la circonstance qu'elle est « *indispensable pour atteindre les objectifs généraux de la double transition écologique et numérique* »[596].

358. En France, l'innovation est considérée comme un « *objectif central de politique publique* »[597]. Entre 2000 et 2014, les investissements publics sont passés de 3,5 milliards à 8,7 milliards d'euros[598]. La mise en œuvre à partir de 2010 des *programmes d'investissement d'avenir* (PIA) marque une accélération de ce soutien public. L'actuel PIA, le quatrième, succédant à trois PIA[599], est en vigueur depuis 2021 et doté de vingt milliards d'euros[600]. Sept milliards et cinq cents millions sont consacrés au financement des écosystèmes d'enseignement supérieur, de recherche et d'innovation, tandis que douze milliards et cinq cents millions d'euros sont dédiés aux *stratégies d'accélération pour l'innovation*, ciblées sur des secteurs et technologies prioritaires (technologies numériques, recherche médicale, énergies décarbonées, etc.)[601]. Dans le cas de la France, les atouts de l'innovation sont mis en avant comme un moyen de revitalisation de l'industrie[602]. Or, s'il est un secteur particulièrement marqué par la dynamique de l'innovation, c'est bien celui de la défense.

---

[595] L'innovation est notamment l'une principales briques de la stratégie Europe 2020 (voy. Commission européenne, « Europe 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », communication, COM(2010) 2020 final, 3 mars 2010, 38 p.). Parmi les trois priorités de la Stratégie Europe 2020, figure la croissance intelligence, c'est-à-dire « *développer une économie fondée sur la connaissance et l'innovation* ». L'une des initiatives majeures de cette stratégie est *l'Union de l'innovation*, mise en œuvre par le programme de financement d'innovation et de recherche *Horizon 2020* (2014-2020), auquel a succédé le programme *Horizon Europe* (2021-2027). Le budget est ainsi passé de 80 milliards à plus de 95 milliards d'euros.

[596] Commission européenne, « Un nouveau programme européen d'innovation », communication, {SWD(2022) 187 final}, 5 juillet 2022, p. 1.

[597] Commission nationale d'évaluation des politiques publiques, Rapport, « Quinze ans de politique d'innovation en France », Janvier 2016, p. 11.

[598] V. PALOI-GAGIN, « Transformer l'essai de l'innovation : un impératif pour réindustrialiser la France », Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur le thème « Excellence de la recherche/innovation, pénurie de champions industriels : cherchez l'erreur française », Sénat, n° 665, 8 juin 2022, p. 23.

[599] Le PIA 1 (2010-2013, doté de 35 milliards d'euros), le PIA 2 (2014-2016, 12 milliards d'euros), et le PIA 3 (2017-2020, 10 milliard d'euros (V. PALOI-GAGIN, *op. cit.*, p. 23).

[600] Sur ces 20 milliards d'euros, 11 sont intégrés au plan France Relance, « *afin d'en accélérer la dynamique d'innovation* » (Dossier de presse sur le 4e programme d'investissement d'avenir, 8 janvier 2021, disponible en ligne, p. 6).

[601] Voy. le dossier de presse sur le 4e programme d'investissement d'avenir, *op. cit.* (p. 6).

[602] V. PALOI-GAGIN, *op. cit*. (en particulier p. 39-44).

b. La politique d'innovation dans le secteur de la défense

359. L'innovation fait partie intégrante de la défense. Dans un pays comme la France, la politique d'innovation s'est d'ailleurs longtemps concentrée sur des programmes publics liés à la défense[603]. Aujourd'hui, la défense, « *industrie d'innovation* »[604], repose sur des technologies de pointe. L'innovation est l'indispensable compagnon de l'excellence technologique. Cette dernière est, au sein des entreprises d'armement, « *constante et l'industrie de défense est un des grands moteurs de notre économie à préserver et à alimenter* »[605]. Comme dans le secteur civil, l'innovation est considérée comme facteur de croissance[606]. Innovation et défense entretiennent ainsi des relations de renforcement réciproque. En effet, les activités de défense, au regard des évolutions permanentes du contexte opérationnel, appellent à davantage d'innovation (à travers les activités de R&D) pour faire face à ces évolutions[607].

360. Ainsi, l'innovation est un vecteur de développement des technologies dites de « *double-usage* », particulièrement favorables aux PME[608]. En outre, plus qu'aucun autre secteur, l'innovation dans la défense est la langue du futur[609]. À cet égard, la recherche et

---

[603] M. DESTOT, « L'innovation en France », *op. cit*. (p. 41) ; R. BOYER et M. DIDIER, « Innovation et croissance », Conseil d'analyse économique, La Documentation Française, 30 septembre 1998, p. 113 ; R. BELLAIS et S. DAFFIX, « Évolutions de l'effort public et privé de recherche-développement et capacités d'innovation des firmes », *in* R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, Descartes & Cie, 2004, p. 87-110.

[604] P. ALLIZARD et M. BOUTANT, « L'industrie de défense dans l'œil du cyclone », Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Sénat, n° 605, 8 juillet 2020, p. 5. Le rapport met en exergue l'impact critique de la COVID-19 sur cette industrie, et notamment les carences du financement de l'innovation de défense (p. 14-21). Voy. également P. ALLIZARD et Y. VAUGRENARD, « Renseignement et prospective : garder un temps d'avance, conserver une industrie de défense solide et innovante », Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Sénat, n°637, 24 mai 2023, 78 p.

[605] M. KOPECKY, « Industrie d'armement française et innovation », *Revue Défense nationale*, 2012, n°754, p. 122.

[606] J. MALIZARD, « L'innovation comme facteur de croissance, l'exemple de grands groupes industriels de défense français », *Revue Défense nationale*, 2015, n° 780, p. 34-39.

[607] J. MALIZARD, « L'impact économique de la défense : une approche globale », *Revue Défense nationale, 2020*, n°832, p. 43-48. L'auteur analyse les deux caractéristiques de la BITD, dont la première est « *sa place centrale dans l'innovation en France* » (p. 46).

[608] M. KOPECKY, *op. cit*., p. 117. Le char Leclerc, dont « *les technologies très sophistiquées* (…) *ont eu des retombées multiples dans de nombreuses PME qui n'avaient pas de moyens suffisants de R&D* ».

[609] Le projet de « soldat augmenté » nécessite d'intégrer des solutions innovantes (voy. B. BARRERA, « Besoins et perspectives de l'augmentation des capacités du combattant », *Revue Défense Nationale*, 2017, Hors-série « Le soldats augmenté – Les besoins et les perspectives de l'augmentation des capacités du combattant », p. 9-16).

développement (R&D) est cruciale dans ce secteur[610]. En France, la défense représente une part conséquente de la R&D globale[611]. Les entreprises de la défense, au premier rang desquelles les PME, bénéficient de dispositifs d'aides et de programmes d'investissements, généraux[612] ou dédiés[613], tels les programmes ASTRID[614], RAPID[615] ou encore les fonds *Definvest* et *Innovation Défense*[616]. De même, l'UE dispose d'un programme dédié au financement de la recherche et développement dans le domaine de la défense, avec la récente mise en œuvre du Fonds européen de défense (FED)[617]. Si les politiques d'innovation sont transversales et dépassent le cadre de la commande publique, force est de constater que cette dernière est conçue comme un levier majeur de l'action publique en faveur de l'innovation, tant du point français qu'européen.

[610] J.-M. OUDOT et R. BELLAIS, « Choix contractuels et innovation : le cas de l'approvisionnement de défense », *Innovations*, 2008, n° 28, p. 85.
[611] Voy. notamment J. BELIN, « La R&D des entreprises de défense dans le système national d'innovation français », *Défense & Industries*, 2015, n° 3, p. 4-6.
[612] Notamment le crédit d'impôt recherche (CIR) est un dispositif général d'aide à la R&D. Il permet aux entreprises de déduire de l'impôt sur les sociétés (IS) une partie de leurs dépenses en R&D. Les entreprises de la BITD sont entre autres éligibles.
[613] L'action publique en faveur de l'innovation de défense se structure principalement autour du ministère des Armées. En 2018, il crée notamment l'Agence de l'innovation de défense (AID), placée sous la responsabilité du Délégué général de l'armement. L'AID a ainsi pu être qualifiée de « *nouvel acteur porteur d'une nouvelle culture du risque* » (voy. C. PERRIN et J.-M. GUÉRINI, « Innovation de défense : dépasser l'effet de mode », Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Groupe de travail sur l'innovation et la défense, Sénat, n°665, 10 juillet 2019, p. 57).
[614] Le programme ASTRID (« Accompagnement spécifique de travaux de recherche et d'innovation défense »), financé par la DGA et géré par l'Agence nationale de la recherche (ANR), a été créé en 2011 et est à destination des organismes de recherche (75% des financements) et des PME-TPE (19 % des financements, chiffres de l'ANR).
[615] Le programme RAPID (« Régime d'APpui pour l'Innovation Duale ») a été créé en 2009. Destiné aux entreprises de moins de 2000 salariés, RAPID vise à subventionner les projets d'innovation duale. Le dispositif a été depuis internalisé à l'AID.
[616] Le fonds *Definvest* a pour objet de sécuriser le capital des entreprises d'intérêt stratégique pour le secteur de défense, en soutenant leur développement à long terme, notamment en termes d'innovation. Le fonds *Innovation Défense*, dédié aux PME, ETI et start-up, vise à développer et accompagner l'innovation de ces dernières, dans le domaine des technologies duales et transversales. Ces fonds constituent des mesures du plan ACTION PME.
[617] Le FED a été mis en place par le Règlement (UE) 2021/697 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 établissant le Fonds européen de défense et abrogeant le règlement (UE) 2018/1092, JOUE n° L 170 du 12 mai 2021, p. 149-177.

2. L'intégration de la politique d'innovation dans la commande publique : l'achat public innovant

361. L'*achat public innovant* consiste à mobiliser les instruments du droit de la commande publique en faveur de l'innovation. Ainsi, les marchés publics se transforment en moyens de soutenir l'innovation, qu'il s'agisse du secteur civil (a) ou du secteur de la défense (b).

a. Le soutien à l'innovation par les marchés publics civils

362. Dans les années 1990, la Commission européenne s'interroge sur la possibilité de stimuler l'innovation par les moyens existants dans les directives sur les marchés publics, dans le cadre d'un environnement plus favorable à l'innovation[618]. Dans la stratégie *Europe 2020*, la Commission entend améliorer les *conditions-cadres* pour l'innovation entrepreneuriale, par une « *pleine utilisation de politiques orientées vers la demande, par exemple au moyen des marchés publics* »[619].

363. En France, la commande publique est également vue comme un moyen de l'innovation. Pour relancer l'industrie par l'innovation, le premier axe d'amélioration identifié par la mission d'information du Sénat est « *Faire de la commande publique un levier essentiel de la croissance pour les entreprises industrielles innovantes* »[620]. L'une des recommandations propose de s'appuyer sur les développements politiques du droit des marchés publics, puisque le rapport suggère d'« *intégrer le soutien à l'innovation parmi les principes généraux du droit de la commande publique, au même niveau que le principe de la concurrence* »[621].

---

[618] Commission européenne, « Livre vert sur l'innovation », *op. cit.*, p.47.

[619] Commission européenne, « Europe 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », *op. cit*., p. 14. En outre, l'une des initiatives phares du nouveau programme européen d'innovation (« *Rendre possible l'innovation deep tech au moyen d'espaces d'expérimentation et de marchés publics* ») consacre les marchés publics de l'innovation.

[620] V. PALOI-GAGIN, *op. cit*. Certaines recommandations du Sénat proposent une amélioration de l'existant (« utiliser toutes les souplesses du droit de la commande publique » ; « former les acheteurs publics à l'achat innovant afin d'introduire la culture du risque et les sensibiliser à une interprétation moins frileuse des règles »). Outre la recommandation de « *tripler le plafond de l'achat innovant à 300 000 euros* », le rapport reprend l'idée d'un *small business act* européen « *afin de soutenir les entreprises européennes dans les achats publics* », notamment le tissu économique local.

[621] *Ibid*. Relevant la prédominance de la concurrence, dont il « *résulte une hiérarchie des textes en faveur de la concurrence et au détriment du soutien des autres politiques publiques* » (p. 64), le Sénat propose « *d'enrichir les principes fondamentaux de la commande publique afin d'y inclure, à côté du principe*

364. Cette place accrue de l'innovation dans la commande publique se ressent aujourd'hui dans la réglementation des marchés publics. Ainsi, la directive 2014/24/UE, imprégnée de la stratégie *Europe 2020*, consacre « *la recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale* », comme l'un des « *principaux moteurs de la croissance future* », de sorte que « *les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation* »[622]. Cette promotion de l'innovation ne relève pas seulement du discours, puisqu'elle se retrouve au niveau des règles applicables aux marchés publics. Elle explique en effet l'apparition de règles spéciales : seuils spécifiques pour les achats innovants[623], partenariat d'innovation[624], etc.

b. Le soutien de l'innovation par les marchés de défense ou de sécurité

365. Malgré la relation entre la défense et l'innovation, la directive 2009/81/CE n'évoque pas une seule fois l'innovation en tant que telle, se consacrant plutôt à la R&D et à sa définition. Si cela s'explique certainement par le fait qu'elle précède la directive 2014/24/UE, qui marque une véritable prise en compte de l'innovation, cette absence illustre le fait que la commande publique dans le secteur de la défense, à bien des égards, n'est pas nécessairement un levier naturel de l'innovation.

366. En effet, le soutien de l'innovation par les MDS est rendu délicat par une forme de décalage entre le temps de la commande publique et celui de l'innovation. Tandis que la première se positionne globalement sur un temps long, l'innovation repose sur des cycles courts, afin de ne pas être rattrapée par l'obsolescence[625]. Ainsi, « *le maintien de l'effort d'innovation des entreprises pour acquérir de nouvelles connaissances* [*suppose*] *donc de dépasser une simple logique d'acquisition* »[626].

---

de la concurrence et au même niveau, d'autres principes, comme le soutien à l'innovation ou aux PME ou encore l'objectif de développement durable » (p. 66).

[622] Directive 2014/24/UE, considérant 47.

[623] Article R. 2122-9-1 du CCP.

[624] Article L. 2172-3 du CCP, applicable aux MDS via l'article L. 2372-1 (cf. *infra* §1015 et s.).

[625] C. PERRIN et J.-M. GUÉRINI, *op. cit.*, p. 52.

[626] R. BELLAIS et J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 97.

367. Toutefois, si l'innovation de défense repose en partie sur des modalités en dehors de la réglementation des marchés publics (principalement via les dispositifs d'aide), la commande publique ne peut être mise de côté dans l'action publique en faveur de l'innovation[627]. Marché et subvention doivent aller de pair. En particulier, le financement de l'innovation de défense (par la subvention) nécessite en parallèle une optimisation des modalités d'achat public[628]. Partant, le secteur de la défense doit bénéficier des instruments du droit des marchés publics en faveur de l'innovation. En ce sens, le plan d'action « *achat d'innovation 2021-2024* » du ministère a pour premier axe « *Favoriser l'achat d'innovation par la mise en œuvre d'actions comme le partage et l'appropriation d'une définition claire de l'achat d'innovation issue du code de la commande publique* »[629].

368. Ainsi, l'innovation ne peut échapper au droit des marchés publics du point de vue de sa finalité, tant elle imprègne l'ensemble des politiques publiques. L'innovation favorise la réalisation des objectifs du développement durable, de même qu'elle facilite la candidature des PME, structures innovantes. En outre, l'innovation est un critère de plus en plus prégnant de l'achat public. En revanche, elle se voit limitée par la fonction de ce droit.

B. L'innovation, un objectif secondaire contrarié du point de vue de la fonction du droit des marchés publics

369. L'innovation permet de répondre à un besoin qui n'existe pas encore sur le marché. C'est son atout, mais c'est aussi sa fragilité. En effet, le droit des marchés publics repose notamment sur une définition précise et préalable du besoin de l'acheteur, ce qui suppose de connaître *a minima* les caractéristiques dudit besoin. Le respect de cette obligation permet la mise en œuvre des règles de publicité et de mise en concurrence. Pour mieux cerner et promouvoir ce qu'est l'innovation, le droit des marchés publics a donc dû la définir (1). Malgré cette définition, l'innovation entretient un rapport qui ne peut que demeurer ambivalent avec la fonction du droit des marchés publics (2).

[627] P. ALLIZARD et M. BOUTANT, *op. cit.*, p. 25.
[628] C. PERRIN et J.-M. GUÉRINI, *op. cit.*, p. 52.
[629] Ministère des Armées, « Document de référence de l'orientation de l'innovation de défense 2022 », *op. cit*., p. 49.

1. Définition juridique de l'innovation : l'angle du droit des marchés publics

370. L'article L. 2172-3 du code de la commande publique, relatif au partenariat d'innovation, dispose que « *sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés* », étant entendu que le caractère innovant peut « *consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction* [innovation de procédé]*, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* [innovation de procédé] ». Cette définition, large[630], présente l'avantage de recouvrir les deux types d'innovation et de les appliquer dans le contexte des marchés publics. L'*innovation de produit* est formulée par l'acheteur au niveau de la définition du besoin (par exemple en termes de performances – y compris nouvelles – à atteindre). L'*innovation de procédé* s'exprime quant à elle en termes de moyens, et peut viser à satisfaire un besoin qui, lui, n'est pas nécessairement nouveau. Le caractère innovant est également défini à l'article R. 2124-3-2° du code de la commande publique relatif à la procédure avec négociation en cas de besoin consistant en une solution innovante. Dans le code de la commande publique, l'innovation dépasse donc le seul partenariat d'innovation, et n'est pas simplement définie en tant « *en tant qu'élément constitutif* »[631] de celui-ci.

371. Les articles L. 2172-3 et R. 2124-3-2° du code de la commande publique reprennent la définition de l'*innovation* posée par la directive 2014/24/UE[632]. Cette dernière ajoute néanmoins à cette définition une dimension politique, puisque l'innovation est mise en œuvre, « *notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive* ». Par ailleurs, la communication de la Commission relative à la passation de marchés portant sur des solutions innovantes[633] définit la passation de ces marchés comme se référant à « *tout achat public présentant un ou deux des aspects suivants : achat des processus d'innovation – services de recherche et développement*

[630] Ce qui n'est pas sans inconvénient. La largesse de cette définition peut constituer un frein à l'achat innovant, notamment au regard de la difficulté à définir précisément le caractère innovant : voy. L. BIDAULT et J. GAURY, « Comment déterminer le caractère innovant d'une solution ? », *Contrats publics*, 2023, n° 239.
[631] G. ROSSIGNOL-INFANTE, « L'acquisition de solutions innovantes dans le cadre du droit commun des marchés publics », *Contrats publics*, 2023, n° 239.
[632] Directive 2014/24/UE, article 2.22.
[633] Commission européenne, Communication de la Commission, « Orientation sur la passation de marchés de solutions innovantes », (2021/C 267/01), 6 juillet 2021, 72 p.

– *avec des résultats (partiels) ; achat des résultats de l'innovation* »[634], s'appuyant sur la définition de la directive 2014/24/UE. Elle illustre ainsi la dimension politique de l'innovation, puisque la Commission associe aux marchés de solutions innovantes une série d'objectifs[635]. De plus, ces objectifs mettent en exergue le fait que l'innovation par la commande publique est un vecteur des autres politiques publiques. Elle contribue notamment au développement de solutions écologiques, favorables aux objectifs de développement durable. De même, l'innovation met en valeur les PME, dont la souplesse les autorise précisément à se montrer plus innovantes.

372. Le juge administratif a eu l'occasion de définir en substance ce qui est *nouveau ou sensiblement amélioré* dans une ordonnance du juge des référés précontractuels du TA de Lyon[636]. En l'espèce, le tribunal a censuré la passation d'un marché par un office public de l'habitat (OPH). L'office avait eu recours, sur le fondement l'article 25-II-2° du décret du 25 mars 2016 (devenue article R. 2124-3-2° du code de la commande publique), la procédure avec négociation lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Or, le TA releva que le CCTP du marché renvoyait aux « *réglementations et normes courantes applicables* », de sorte qu'il s'agit de « *prestations connues et normalisées* », soulignant néanmoins que les offres devaient être « *adaptées* » et non « *standardisées* ». Le juge des référés rejeta plusieurs arguments pour retenir la nouveauté ou l'amélioration sensible[637]. L'OPH a donc recouru à tort à la procédure avec négociation, le caractère innovant n'étant pas établi.

373. Sur recours de l'OPH, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance[638], parce que la procédure suivie avait été en réalité engagée sur le fondement de l'article 25-II-1° du décret du 25 mars 2016 (devenue article R. 2124-3-1° du code de la commande publique), ce qui suppose que le besoin ne puisse être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles. Néanmoins, le Conseil d'État reprend une partie de l'argumentaire du tribunal, et relève que le marché portait sur des « *prestations connues et normalisées* », ce qui écarte l'absence de

[634] *Ibid*. p. 6
[635] La Commission identifie le besoin de recourir à la passation de tels marchés au regard de six objectifs, notamment *« accélérer la reprise économique, la transition verte et numérique et la résilience de l'UE* » ou encore « *aider les start-up et les PME innovantes à se lancer et se développer* ».
[636] TA Lyon, 10 avril 2020, *SARL AED amiante et environnement*, n°2001965.
[637] Le TA rejette le caractère innovant de la circonstance que le marché soit susceptible de porter sur un nombre important de prestations, de la possibilité de présenter des variantes, ou encore le fait que les offres ne soient pas toutes identiques, notamment en termes de prix.
[638] CE, 7 octobre 2020, *Lyon Métropole Habitat*, n° 440575, tables du *Lebon*.

solutions immédiatement disponibles, tout comme cela aurait permis d'exclure tout caractère innovant.

374. Par définition, l'innovation (de produit ou de procédé), et donc la *nouveauté*, qui ne peut reposer sur les réglementations et normes courantes, est exclusive des prestations connues et normalisées. En outre, elle se distingue de la simple *adaptation*. Or, ces caractéristiques font apparaitre un rapport ambivalent entre l'innovation et la fonction du droit des marchés publics.

2. L'ambivalence du rapport entre l'innovation et la fonction du droit des marchés publics

375. Cette ambivalence est le fruit d'un paradoxe. Les principes directeurs du droit des marchés publics et l'innovation partagent une même « *dynamique concurrentielle* »[639]. La concurrence incite à l'innovation[640], de même que l'innovation favorise la compétitivité[641]. En théorie, la libre concurrence conduit par les mécanismes du marché à inciter les entreprises à maximiser leur chance d'obtenir le contrat en présentant la meilleure offre possible (dans ce but, elles sont incitées à innover). Ainsi, l'innovation est un élément sur lequel porte la concurrence (la concurrence par l'innovation), mais elle est aussi une conséquence de la concurrence (l'innovation par la concurrence). De ce point de vue, la création des conditions du libre jeu de la concurrence par la fonction du droit des marchés publics est complémentaire avec l'innovation[642]. Pourtant, dans le même temps, les principes directeurs du droit des marchés publics et l'innovation apparaissent comme « *difficilement conciliables* »[643], de sorte que la *dynamique concurrentielle* susmentionnée doit être tempérée.

---

[639] S. MESLIN-LIÈRE, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit*., p. 9.
[640] Manuel d'Oslo, Lignes directrice pour le recueil, la communication et l'utilisation des données sur l'innovation, 4e édition, OCDE, 2018, p. 184 (point 8.6).
[641] Voy. notamment R. LALLEMENT et V. WISNIA-WEILL, « Concurrence et innovation : quelles politiques pour favoriser le développement des entreprises ? », *Horizons stratégiques*, 2007, n° 4, p. 15-158.
[642] S. MESLIN-LIÈRE (*op. cit.*) souligne ainsi l'interdépendance entre l'innovation et les contrats de la commande publique, en relevant, d'une part, la *dynamique concurrentielle*, et, d'autre part, la *finalité performancielle*, commune aux deux ensemble (p. 9-14).
[643] S. MESLIN-LIÈRE, « La difficile conciliation entre les principes de la commande publique et l'innovation », *Contrats publics*, 2023, n° 239.

376. La recherche d'une solution innovante par l'acheteur peut en effet avoir pour effet de réduire le nombre d'opérateurs économiques susceptibles de présenter leur candidature, l'offre innovante étant nécessairement atypique[644]. De plus, l'innovation favorise les structures, précisément, innovantes. Ainsi, les PME, qui représentent très largement ces structures[645], semblent être candidates naturelles à des marchés publics innovants[646], cependant que leur accès au marché est amoindri, participant ainsi à réduire le nombre potentiel d'offres innovantes.

377. En outre, le besoin innovant est difficile à cerner, plus encore dans le cadre de la commande publique. Il ne peut être défini avec précision, parce qu'il repose sur une solution nouvelle ou sensiblement améliorée (l'amélioration elle-même étant le fruit d'un processus nouveau), s'émancipant de l'existant[647]. L'acheteur a besoin de connaître l'état du marché, en identifiant les solutions innovantes, et donc, les entreprises susceptibles de répondre à son besoin. Pour ce faire, elle peut s'appuyer sur la connaissance des opérateurs économiques en amont du marché, cependant que l'association entre l'acheteur et les opérateurs économiques dans la détermination du besoin n'est pas sans risque vis-à-vis de la fonction du droit des marchés publics[648]. En outre, il y a un risque d'une demande « *sur-mesure* » pour la solution innovante spécialement proposée par une entreprise (à tout le moins s'agissant des innovations de produit).

378. De même, l'innovation par l'intermédiaire des marchés publics est, par principe, soumise à l'exigence du lien avec l'objet du marché. Or, cette exigence peut être délicate à respecter lorsque l'objet a une part d'indétermination résultant précisément du caractère innovant[649]. À l'instar du développement durable, la bonne prise en compte de l'innovation

---

[644] C. CABANES, « Les difficultés du choix d'un cocontractant innovant », *Contrats publics*, 2023, n° 239. L'auteur relève également le cas des droits de propriété intellectuelle, « *de sorte qu'un seul opérateur économique est susceptible de présenter une offre* ».
[645] J.-G. SORBARA, « Marchés publics et innovation », *Contrats et marchés publics,* n°. 6, juin 2014.
[646] *Ibid.* L'auteur estime que la structure innovante des PME constitue un risque d'atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination. Néanmoins, cela ne semble pas un facteur discriminant, car la dimension innovante est l'objet du marché ; qu'un certain type d'entreprises soit plus objectivement susceptible d'y répondre ne parait pas constituer une déviation de la fonction du droit des marchés publics.
[647] G. ROSSIGNOL-INFANTE, *op. cit*.
[648] J.-G. SORBARA (*op. cit*.) ; S. MESLIN-LIÈRE, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit*., p. 43-49.
[649] Ministère de l'Économie et des Finances, *Guide pratique – Achat public innovant*, version 1, mai 2019, p. 22.

repose notamment sur l'interprétation plus ou moins souple de la condition du lien avec l'objet du contrat. Enfin, les critères de choix des offres utilisés par l'acheteur doivent être suffisamment génériques (et ne pas viser implicitement l'offre d'un candidat en particulier, en mettant en œuvre des critères de choix ciblés). L'acheteur doit maintenir une sélection objective des candidatures et des offres, alors que les offres innovantes ont tendance à être hétérogènes.

379. Ainsi, l'innovation nécessite une adaptation du droit des marchés publics pour que ce dernier puisse intégrer ce que requiert cet objectif atypique. Cette adaptation semble être ici plus profonde, et imposer sur une rénovation des règles relatives à la détermination du besoin. Les procédures de passation de droit commun doivent intégrer la dimension innovante de ce besoin, sans quoi cet objectif secondaire se trouverait enfermé dans les exigences classiques de la réglementation du droit des marchés publics. De ce point de vue, le droit des marchés publics doit évoluer afin que l'offre économiquement la plus avantageuse puisse dépasser sa dimension de strict approvisionnement, pour intégrer la dimension innovante.

380. Conclusion de la sous-section. L'accès des PME aux marchés publics et la politique de développement de l'innovation constituent donc bien des objectifs *secondaires* du droit des marchés publics. Certes, leur place est de plus en plus centrale dans les politiques publiques, et ils sont au cœur des plus récentes réformes du droit des marchés publics. Dans le même temps, ce droit exerce sa fonction de cadre, interdisant le recours à des moyens qui, s'ils semblent naturels pour satisfaire ces objectifs de politique publique, sont manifestement incompatibles avec le principe de concurrence. Par conséquent, les objectifs secondaires auront des implications nécessairement plus limitées dans la procédure de passation. En ce sens, des règles ponctuelles (adaptées pour les besoins de ces objectifs secondaires ou créées spécifiquement pour ces derniers) devront permettre de concourir à la réalisation de ces objectifs, adaptant l'application du principe de concurrence sans toutefois lui porter atteinte.

381. Conclusion de la section. Ainsi, les objectifs de politique publique de droit commun font aujourd'hui partie intégrante du droit des marchés publics. Si les modalités peuvent diverger selon qu'il s'agit de l'objectif général (de promotion de développement durable) ou des objectifs secondaires (relatifs à l'accès des PME et à l'innovation), ces objectifs sont le symptôme des développements politiques du droit des marchés publics. Leur analyse

économique puis juridique font apparaitre un véritable écosystème de politiques publiques dans les marchés dont les éléments – les diverses politiques publiques – interagissent et se nourrissent réciproquement.

382. L'acheteur doit donc opérer un subtil équilibre entre finalité et fonction du droit des marchés publics. Cet équilibre le responsabilise toujours davantage, puisqu'il doit manipuler non sans précaution les outils qui lui sont offerts. Il peut alors se retrouver potentiellement dans l'inconfort d'une forme d'insécurité juridique. L'intégration d'objectifs politiques (généraux ou secondaires) doit nécessairement s'accompagner de moyens offerts par la fonction du droit des marchés publics, sans quoi cette intégration ne serait pas maîtrisée par l'acheteur public. Cette absence de maîtrise pourrait alors contrevenir aux principes directeurs du droit des marchés publics. Ainsi, la bonne instrumentalisation des marchés publics requiert l'application – non sans une certaine adaptation – du cadre concurrentiel. La dynamique actuelle d'instrumentalisation laisse à penser que le droit des marchés publics intégrera toujours plus ces objectifs à travers des règles détaillées toujours plus adaptées. Ceci devrait concourir à guider l'acheteur public dans la balance subtile à opérer entre la fonction et la finalité.

383. En outre, l'analyse économique et juridique des objectifs de politique publique de droit commun permet de dégager deux caractéristiques communes à ces objectifs. D'une part, la réalisation de tels objectifs de politique publique est *autorisée* (sinon encouragée par la finalité du droit des marchés publics) *mais encadrée* (par la fonction de ce droit). D'autre part, ces objectifs *concernent mais dépassent* le droit des marchés publics. Pour le dire autrement, ce sont des objectifs que la commande publique ne peut ignorer (et réciproquement, eu égard à l'importance économique de la cette dernière). Dans le même temps, ces objectifs vont au-delà de la seule commande publique, et sont appliqués par d'autres pans de l'activité économique (et donc du droit). Or, ces caractéristiques sont applicables à un objectif de politique publique spécifique aux MDS : la politique de défense.

Section 2. La politique endogène aux marchés de défense ou de sécurité : la politique de défense

384. L'objectif de politique publique propre aux achats publics de défense est au cœur de leur spécificité. La finalité du régime spécial qui leur est appliqué se retrouve à travers la politique de défense qui l'imprègne. Cette politique se distingue de tous les autres objectifs au regard de sa fusion avec ladite finalité, y compris, pour l'heure, par rapport au développement durable.

385. Son intégration dans le titre préliminaire en droit interne, ainsi que les objectifs liés à la défense à l'échelle de l'UE dans la directive 2009/81/CE, font clairement apparaitre la politique de défense comme un objectif primaire du droit des marchés publics appliqué au secteur de la défense ou de la sécurité. Ici, la concurrence semble véritablement concurrencée. L'équilibre entre défense et concurrence est nécessairement une clé de lecture constante s'agissant des achats publics de défense. Tout comme les objectifs de politique publique de droit commun, une analyse économique puis juridique de la politique de défense permettra d'appréhender ses contours et son intégration dans le droit des marchés publics.

386. Une telle analyse, fondée sur les caractéristiques relevées pour les objectifs de droit commun, souligne que la prise en compte de la politique de défense est conditionnée par l'adaptation du droit des marchés publics aux exigences de l'acheteur, selon un rapport autorisation/encadrement (Sous-section 1). Par ailleurs, la politique de défense dispose d'autres voies, bien qu'elles soient plus ou moins liées avec la commande publique, confirmant également que ladite politique concerne mais dépasse les marchés publics (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La prise en compte de la politique de défense conditionnée par l'adaptation du droit des marchés publics aux exigences de l'acheteur

387. Pour encadrer les objectifs liés à la politique de défense, et, par la même occasion, la faire entrer dans le champ concurrentiel, le droit des marchés publics doit nécessairement

s'adapter aux spécificités du secteur. En effet, l'achat public de défense présente de tels particularismes qu'une application pure et simple de règles (initialement dédiées à des marchés publics civils) n'aurait pas l'efficacité escomptée. Une telle inadéquation ne permettrait pas de garantir le libre jeu de la concurrence, ni de réaliser la politique de défense. Dans ces conditions, tant la finalité que la fonction du droit des marchés publics se trouverait neutralisée. Or, les besoins d'adaptation peuvent être identifiés sous l'angle des exigences de l'acheteur. Plus encore que dans le secteur civil, le demandeur public constitue la principale force de marché : il exprime la demande, mais il oriente également l'offre sur le marché. En tant que demandeur, il est logiquement le ressort du libre jeu des mécanismes du marché, mais dans le cadre des MDS, c'est particulièrement vrai s'agissant de ses exigences qui vont imprégner l'ensemble de la procédure de passation des MDS : ses exigences techniques (I) mais aussi ses exigences de sécurité (II)[650].

I. L'adaptation aux exigences techniques de l'acheteur

388. Les exigences techniques de l'acheteur exercent une influence sur l'achat public de défense telle que le droit doit s'adapter afin d'intégrer la politique de défense en son sein. Ces exigences techniques distinguent radicalement les achats « civils » en termes de dimension et de contenu du marché (entendu ici dans son aspect contractuel). Leurs fondements et leur teneur (A) ont pour conséquence principale un besoin de négociation (B).

A. Fondements et teneur des exigences techniques de l'acheteur

389. Les exigences techniques de l'acheteur ont des fondements multiples (1) dont la teneur exercera nécessairement une influence sur l'encadrement de la politique de défense par le droit des marchés publics (2).

[650] Si cette distinction repose sur une certaine artificialité (les exigences de sécurité étant stratégiques et ont également des implications techniques), elle présente l'avantage d'isoler les impératifs de sécurité d'approvisionnement et des informations, à l'instar du droit des marchés publics.

1. Les objectifs des exigences techniques de l'acheteur

390. Les exigences techniques de l'acheteur sont fondées sur le critère de l'excellence technologique au service de la supériorité opérationnelle des armées (a) ainsi que sur la prise en compte de l'environnement de guerre (b).

a. L'excellence technologique au service de la supériorité opérationnelle des armées

391. Les exigences techniques de l'acheteur résultent du fait que les armées sont soumises à l'impératif de la supériorité opérationnelle[651], seule à même de garantir l'autonomie stratégique d'un État[652]. Il est donc impératif que les armées soient dotées d'« *armements de bon niveau dans tous les domaines* »[653]. Pour ce faire, elles visent l'excellence technologique[654], de sorte que les biens et services dans le domaine de la défense sont des « *produits très technologiques* »[655]. De telles technologies doivent en effet permettre de maintenir ou acquérir cette supériorité sur les théâtres d'opération[656]. Il s'en suit une complexification de l'achat de

[651] R. BELLAIS, « Budget d'armement et politique industrielle : pour une approche en longue période », *in* D. PESTRE, *Deux siècles de l'armement en France : De Gribeauval à la force de frappe* », CNRS Édition, coll. « CNRS Histoire », 2005, p. 294. Ainsi, « *la recherche d'une supériorité militaire explique le biais technophile des militaires et le processus de course aux armements, puisque toute supériorité ne saurait être que temporaire. De ce fait, la production d'armement appelle le recours à un flux soutenu de connaissances scientifiques et techniques* ».

[652] *Livre blanc : Défense et sécurité nationale*, La Documentation française, 2013, p. 20. « *L'autonomie stratégique de la France repose sur la maîtrise nationale de capacités essentielles à sa défense et à sa sécurité* ». L'Union européenne s'est approprié cet objectif « *très français* » (A. BOUVIER, « Économie de défense et droit de la concurrence », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 825, p. 71), dans un rapport du Conseil (Conseil de l'Union européenne, Une stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'Union européenne, 28 juin 2016, 45 p.). Dans son avant-propos, la Haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité Federica MOGHERINI souligne que « *La stratégie nourrit l'ambition de doter l'Union européenne d'une autonomie stratégique* » (p. 3).

[653] Centre de doctrine et d'enseignement du commandement, *Précis de tactique générale*, 2022, p. 32 de la version PDF disponible en ligne.

[654] E. WARINGHEM, P. KOFFI, X. FAVREAU ET P. SCHANNE, « Capacités militaires, innovation et technologies », *Revue Défense nationale*, 2013, n° 761, p. 19.

[655] J. BELIN, « Les entreprises françaises de défense : caractéristiques économiques et financières », *Revue Défense Nationale*, 2015, n°780, p. 29 ; C.-A. PAILLARD, « Technologies critiques et performance des programmes d'armement », *Revue Défense nationale*, 2013, n° 757, p. 53.

[656] C.-A. PAILLARD, « Technologies critiques et performance des programmes d'armement », *op. cit.*, p. 53.

défense, étant donné qu'« *il devient de plus en plus difficile de définir, puis d'atteindre, la spécifications des systèmes d'armes modernes de manière simple* »[657].

b. La prise en compte de l'environnement de guerre

392. Les exigences techniques de l'acheteur doivent par ailleurs permettre aux équipements de défense de faire face à des conditions extrêmes. L'environnement dans lequel évoluent les forces armées se caractérise par des conditions physiques et une géographie par nature complexe[658] et évolutive[659]. L'ennemi évolue lui-même. Les armées ne font plus seulement face à des ennemis dits « *conventionnels* »[660] dans le cadre de conflits interétatiques. De nouvelles formes ennemies apparaissent, au premier rang desquelles les groupes terroristes, plus ou moins structurés, le tout dans un contexte où « *les amis et ennemis répondent de moins en moins à la division nationale-étatique et de plus en plus à des logiques transnationales* »[661]. Il en résulte un environnement instable, marqué par l'émergence de menaces asymétriques[662] et l'« *éclatement des sources de violences* »[663], eu égard à l'indispensable capacité d'adaptation des armées[664].

393. Cette recherche d'autonomie opérationnelle, constante, engendre ainsi des exigences techniques atypiques dans le cadre de la commande publique. Pour satisfaire les besoins des

---

[657] P. TRAMIER, « Libre concurrence ou acquisition dirigée : l'exemple britannique », *Défense nationale et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 85.
[658] Tel est le cas, par exemple, du milieu aéroterrestre, « *par essence un milieu physique hétérogène, mouvant et strié », marqué par la « discontinuité géographique et humaine* » (Centre de doctrine et d'enseignement du commandement, *Concept d'emploi des forces terrestres* (CEFT) 2020-2035, 2021, p. 14 de la version PDF disponible en ligne.
[659] Le développement des conflits en zone urbaine est un exemple de ces évolutions, de même que, dans le futur, l'enjeu du libre accès à l'espace extraatmosphérique. Voy. S. VINÇON, Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur les perspectives en matière d'équipements militaires, Sénat, n° 370, 11 juillet 2007, p. 29.
[660] J.-R. BACHELET, « Il était une fois « l'ennemi conventionnel » », *Inflexions*, 2015, n° 28, p. 75-81.
[661] L. POURTAU, « L'ennemi à l'âge des conflits asymétriques », *Sociétés*, 2003, n° 80, p. 74.
[662] Directive 2009/81/CE, considérant 7.
[663] Voy. également C. BRUSTLEIN, « Concentration et contournement dans l'après-guerre froide », *in* R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, *op. cit*., p. 23-25 ; voy. également Centre de doctrine et d'enseignement du commandement, *Concept d'emploi des forces terrestres (CEFT) 2020-2035*, *op. cit.*).
[664] R. de BELLSCIZE, « Organisation et missions de la défense », *Jurisclasseur Administratif*, fasc. 250, 1er mai 2019, point 2.

forces armées, l'acheteur doit notamment tenir compte des caractéristiques de l'environnement dans lequel les forces armées opèrent.

2. La contenu des exigences techniques de l'acheteur

394. Eu égard à leurs objectifs, les exigences techniques prennent essentiellement deux formes : les équipements de défense se caractérisent par une logique de système (a) et leurs conditions d'emploi (b).

a. La logique de système des équipements de défense

395. Un équipement de défense ne peut être saisi indépendamment du système opérationnel dont il fait partie. Cette logique de système qui combine « *l'équipement lui-même ainsi que tout son environnement* »[665] influe directement sur le contenu des exigences techniques de l'acheteur. Leur complexité est croissante, notamment en raison de l'intégration dans des « *systèmes de systèmes* », chaque équipement faisant partie d'un ensemble qui lui-même est intégré à un ensemble plus vaste. Cette capacité de mener une approche globale et intégrée est « *un critère déterminant de la supériorité militaire face à des ennemis de mieux en mieux équipés* »[666]. L'équipement étant intégré à un ou plusieurs systèmes, il en découle une exigence transversale d'interopérabilité, c'est-à-dire la « *capacité des systèmes, unités ou forces à fournir des services à d'autres systèmes, unités ou forces et à accepter des services de ceux-ci, et à utiliser les services ainsi échangés pour leur permettre de fonctionner ensemble de manière cohérente, efficace et efficiente, afin d'atteindre les objectifs tactiques, opérationnels et stratégiques fixés* ». [667]. L'interopérabilité s'accompagne d'exigences relatives notamment à la formation des utilisateurs des équipements, ou encore à la prise en compte des conditions d'emploi.

---

[665] J.-M. BRULEZ et M. de LANGLOIS, « La réalisation du besoin opérationnel », *Défense nationale et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 42.
[666] D. BRUGÈRE et D. SCHAJER, « L'approche capacitaire dans les processus d'acquisition : enjeux et perspectives », *Défense nationale et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 35.
[667] P. GROS, *Les nouveaux enjeux de l'interopérabilité*, Fondation pour la recherche stratégique, 2020, note 13, p. 4.

b. Les conditions d'emploi des équipements de défense

396. Les conditions d'emploi des équipements de défense sont souvent radicalement différentes de celles de leurs homologues civils. En conséquence, l'acheteur exige des caractéristiques hors des normes habituelles[668]. Bien plus fréquemment que dans le secteur civil, les équipements de défense doivent être capables d'évoluer dans des « *conditions climatiques extrêmes, d'opérer dans des conditions de vibrations intenses, de résister aux chocs* »[669]. Il en découle des exigences multiples relatives aux conditions d'emploi : durcissement[670], robustesse, autoprotection, furtivité, redondance, miniaturisation, etc.[671]. En outre, l'acheteur doit tenir compte dans ses exigences techniques du caractère évolutif des conditions d'emploi, dans la mesure où les changements opérationnels sont récurrents dans le contexte militaire[672]. Enfin, ces exigences doivent tenir compte de l'impératif de durabilité des équipements. Les exigences techniques sont telles que l'approvisionnement de défense est sujet à la *sur-spécification*, effet pervers de l'objectif d'anticiper la sophistication et les évolutions du besoin[673].

397. Pour pouvoir intégrer cette complexité technique et faciliter l'adaptation de l'offre à la demande, la négociation avec les industriels peut être utile voire indispensable, ce dont le droit des marchés publics doit nécessairement tenir compte pour déployer les effets positifs attendus.

---

[668] Voy. M. BOURQUIN, Rapport d'information du Sénat fait au nom de la mission commune sur la commande publique, Rapport n°82, Tome II, 14 octobre 2015, p. 157. F. COJAN, audité en tant que directeur du service centralisé des achats de la DGA dit : « *Outre le fait que nos systèmes sont en général prévus pour être employés dans des environnements extrêmement difficiles, ils sont également prévus pour être soutenables pendant des dizaines d'années, ce qui n'est pas le cas du véhicule de Monsieur tout le monde* ».

[669] C. BRÉANT et J. GARCIA, « Les apports des technologies de défense et sécurité aux industries de défense », *Géoéconomie*, 2011, n° 57, p. 100.

[670] M. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 175.

[671] L. GAUTIER, *La défense de la France après la guerre froide*, PUF, coll. « Major », 2009, p. 490.

[672] L'acheteur doit également s'adapter au rythme de l'évolution technologique, lequel « *poursuit encore aujourd'hui son ascension exceptionnelle commencée au XXe siècle* » (C. BRÉANT et J. GARCIA, *op. cit.*, p. 107).

[673] C. PERRIN et J.-M. GUÉRINI, *op. cit*., p. 52. Pour la critique du surcoût du programme *Rafale* en raison de sa sur-spécification voy. le compte rendu n°65 de la Commission de la défense nationale et des forces armées, séance du 15 juin 2021, p. 9).

B. Conséquences des exigences techniques : le besoin de négociation

398. Les exigences techniques de l'acheteur conduisent ce dernier à privilégier la négociation comme mode d'acquisition des marchés (1). Bien que présentant la flexibilité nécessaire à la satisfaction desdites exigences, la négociation n'est toutefois pas exempte de critiques (2),

1. Le recours généralisé à la négociation sans mise en concurrence dans l'achat public de défense

399. Considéré comme le meilleur principe d'acquisition pour intégrer les exigences techniques de l'acheteur, la négociation a fait et continue de faire l'objet d'un recours généralisé pour les achats de défense (a), non sans s'accompagner d'une tendance à la renégociation (b).

a. Un recours généralisé

400. Les MDS se caractérisent « *par leur complexité qui nécessite de manière générale de longues et multiples négociations entre les parties* »[674]. La négociation est considérée comme le principe d'acquisition le plus à même d'absorber la complexité du marché[675], puisqu'elle favorise « *l'émergence de discussions techniques de fonds, ce qui participerait à la mise à jour de problèmes techniques pouvant intervenir durant l'exécution du contrat* »[676]. La circonstance que les parties puissent partager les informations pertinentes permet d'augmenter les chances d'obtenir un contrat adapté aux caractéristiques particulières de la prestation[677].

[674] J.- B. MARIS, *La structuration du marché européen de l'armement, op. cit*., p. 425.
[675] R. BELLAIS, M. FOUCAULT et J.-M. OUDOT, *Économie de la défense*, La Découverte, coll. « Repères », 2014, p. 43.
[676] J.-M. OUDOT, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, Thèse, Paris I, 2007, p. 52.
[677] J.-M. OUDOT, « La passation des marchés publics de défense », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 77.

401. La négociation correspond également à la tendance de l'acheteur, pour les systèmes les plus complexes, à chercher l'acquisition dite « *clé en main* »[678]. Cette dernière implique le plus souvent un marché global, sous la forme d'une négociation bilatérale, auprès d'un opérateur économique qui centralise l'information et la production. La négociation bilatérale apparait comme l'unique modèle viable lorsqu'un seul opérateur économique est « *capable d'assembler les morceaux en temps et en heure dans le respect des performances exigées* »[679], à partir de sa chaîne d'approvisionnement préétablie, d'où la volonté de l'acheteur de ne pas « *faire voler en éclat l'environnement des grands systémiers* »[680]. Le recours à la négociation se trouve ainsi corrélée à la complexité de l'équipement en cause.

402. Dans ce contexte, l'acheteur a alors le plus souvent recours à la négociation en dehors du cadre concurrentiel. En effet, en 2004, 70% des contrats passés par la DGA sont attribués sans mise en concurrence[681], malgré la montée en puissance du principe de concurrence dans la politique d'acquisition de la DGA[682]. En outre, J.-M. Oudot a démontré que la DGA supporte moins de risque avec une négociation par rapport aux autres modes d'acquisition, y compris en cas d'attribution selon une procédure mixte combinant négociation et mise en concurrence[683]. Il relève qu'« *une interprétation possible d'un tel résultat repose sur le pouvoir de marché de la DGA lorsque les contrats d'approvisionnement sont négociés* »[684]. En matière de MDS, l'acheteur dispose en effet d'une puissance de négociation d'autant plus importante, liée à sa position de force sur le marché, fondée notamment sur son monopole en tant qu'acheteur et sa connaissance technique du secteur.

403. Par ailleurs, il a été observé que cette négociation bilatérale et sans mise en concurrence demeure le principe en cas de renégociation du marché[685].

---

[678] Le « *clé en mains* » désigne une acquisition par laquelle l'acheteur obtient l'équipement *stricto sensu* ainsi que les biens et services associés (maintenance, essais, pièces de rechange, formation, etc.).
[679] M. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 155.
[680] *Ibid*.
[681] R. BEAUFILS, « Le contrôle des coûts à la délégation générale de l'armement », *Contrats publics*, Dossier « Les marchés publics de la défense nationale », n° 32, avril 2004, p. 60-61.
[682] J.-M. OUDOT, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, *op. cit*., p. 50. L'auteur écrit : « *Bien que le principe de concurrence soit clairement posé dans les documents cadres, une grande partie des contrats d'approvisionnement est attribuée de façon négociée, pour des raisons stratégiques principalement* ».
[683] *Ibid.*, p. 232. L'auteur distingue trois modes d'attribution : la mise en concurrence, la négociation (qui s'entend donc sans mise en concurrence) et la procédure mixte combinant concurrence et négociation (p. 230).
[684] *Ibid*.
[685] *Ibid.*, p. 106.

b. Un recours accompagné d'une tendance à la renégociation

404. L'achat de défense est également marqué par un phénomène accru de renégociation. Ce dernier est dû à la complexité de ces achats, conjugué au fait qu'ils obéissent à des cycles longs. La durée de ces cycles implique une évolution du besoin en cours d'utilisation, apparaissant notamment à l'issue des retours d'expérience opérationnelle[686]. De telles évolutions impliquent bien souvent une modification des conditions initiales de réalisation du marché, nécessitant la conclusion d'avenants[687].

405. Ainsi, l'acheteur est face à un dilemme au moment de contracter. Deux options s'offrent à lui. Il peut viser l'exhaustivité du contrat initial, afin d'éviter au maximum sa remise en cause ultérieure. Une telle option présente toutefois le risque de la sur-spécification et donc d'une certaine rigidité. Une autre possibilité est de recourir à un contrat « *peu précis* »[688], intégrant la possibilité de recourir à la renégociation, mais avec un risque de surcoût parfois plus important. L'acheteur public devra au cas par cas mener un travail d'anticipation afin de lui permettre autant que possible de parer ces risques.

2. Critique du recours à la négociation

406. Face aux limites de la négociation (a), des solutions alternatives méritent d'être explorées (b).

a. Les limites de la négociation

407. Si la négociation (principalement sans mise en concurrence) apparait comme *naturelle*, il s'avère qu'elle n'est pas toujours le mode d'attribution idoine. D'une part, elle n'empêche pas la remise en cause des conditions initiales du marché en cours d'exécution, laquelle ne peut pas toujours être anticipée. D'autre part, lorsqu'elle est réalisée sans mise en concurrence, elle ne permet pas, à l'échelle du marché de la défense, de remettre en cause la

[686] J.-M. BRULEZ et M. de LANGLOIS, *op. cit.*, p. 49-50.
[687] R. BELLAIS, M. FOUCAULT et J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 42.
[688] T. KIRAT, « Réglementation et performances », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 67.

position d'un opérateur économique en situation de monopole[689]. Renforçant ainsi les rentes de situation, la négociation peut même alors être facteur de surcoût pour l'acheteur, ce dernier ne bénéficiant pas des effets attendus de la mise en concurrence. Du point de vue de l'offre, la négociation peut avoir pour effet de limiter l'accès aux partenaires habituels et donc d'empêcher les potentiels nouveaux entrants sur le marché de s'en voir fermer l'accès, faute d'organisation d'une compétition suffisamment ouverte et transparente.

408. En outre, la négociation n'apparait pas nécessaire lorsque l'achat ne porte pas sur des équipements particulièrement complexes. Les activités de défense ne s'appuient pas exclusivement sur des systèmes d'armes, mais également sur des biens et services aux caractéristiques, sinon similaires, proches du secteur civil[690]. Dès lors, pour de telles prestations, la négociation ne parait pas adaptée.

409. En France, la primauté de la négociation (essentiellement sans mise en concurrence) a fait l'objet d'une remise en cause, avec la promotion d'une *certaine* concurrence. Cette remise en cause est d'autant plus valable que le droit des marchés publics n'est pas étranger à la négociation comme principe d'acquisition dans un cadre concurrentiel. Du point de vue de ce dernier, négociation et libre concurrence ne s'opposent pas nécessairement. En effet, la négociation permet dans certaines hypothèses une meilleure adaptation de l'offre à la demande (elle lui est même parfois indispensable). La négociation peut donc se réaliser avec une mise en concurrence, dans le respect des principes directeurs, ainsi que les règles de publicité et de mise en concurrence qui s'accompagnent. La négociation n'est pas antinomique avec l'avis de marché, avec la mise en œuvre de critères objectifs, etc.

[689] L'acheteur, par sa force de marché, peut empêcher les opérateurs économiques de profiter de leur situation pour empêcher l'accès d'autres opérateurs au marché. Voy. V. BRIDOUX, *Droit de la commande publique et droit de la concurrence de l'Union européenne – Étude sur une dynamique commune*, thèse, Paris I, Concurrences, 2021, p. 493. L'auteur s'appuie sur la décision de la Commission européenne *Finmeccanica/BAES Avionics & Communications* du 14 mars 2005 (aff. COMP/M/3649).
[690] Voy. notamment T. KIRAT et D. BAYON, *Les marchés publics de la défense – Droit du contrat public, pratique administrative et enjeux économiques*, Bruylant, 2006, p. 118.

b. L'alternative concurrentielle : une solution aux limites de la négociation ?

410. En France, la promotion d'une logique de compétition est incarnée par la DGA, dès 2004[691]. La politique d'acquisition du ministère de la Défense, articulée autour du principe de l' « *autonomie compétitive* » consiste à recourir le plus souvent possible à la mise en concurrence[692], dans un contexte où la négociation sans mise en concurrence est prépondérante[693]. L'objectif est de concilier l'excellence technologique avec l'efficacité économique[694], dans un contexte de restriction budgétaire, d'où la recherche du *juste prix* par l'intermédiaire d'une approche concurrentielle, y compris avec négociation.

411. Néanmoins, le principe de mise en concurrence présente également des limites. Un risque, largement identifié par la doctrine[695], résulte de l'effet pervers de la compétition consistant pour les opérateurs économiques à sous-évaluer leur prix lorsqu'ils soumettent leur offre, aux fins de remporter le marché. La logique de compétition peut inciter les participants à détourner l'objectif initial du juste prix, lequel se mute alors en prix minimum, au profit du *moins disant*[696]. La concurrence peut ainsi renforcer le besoin de renégociation, d'où l'importance de prévoir l'utilisation du principe du choix multicritère.

412. Dès lors, un partage se dessine entre la négociation et le principe de mise en concurrence, avec pour critère principal la complexité technique ainsi que la dimension stratégique de l'opération. De nombreuses typologies d'équipements ont été présentées en ce sens[697]. Les systèmes d'armes les plus complexes, mais également les plus sensibles vis-à-vis

---

[691] Ministère de la Défense, *Pour une autonomie compétitive en Europe. La politique d'acquisition du ministère français de la Défense*, *op. cit*.
[692] Les anglo-saxons ont sans doute inspiré ce modèle. Pour l'exemple britannique, lequel est revenu sur le tout concurrentiel incarné par l'approche « *Best Value for Money* », voy. P. TRAMIER, *op. cit.* ; R. BELLAIS, M. FOUCAULT et J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 44 ; C. HOEFFLER, *op. cit.*, p. 650-652.
[693] R. BELLAIS, M. FOUCAULT et J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 43.
[694] DGA, *Pour une autonomie compétitive en Europe. La politique d'acquisition du ministère français de la Défense*, *op. cit*., p. 6.
[695] Voy. notamment J.-M. OUDOT, « La passation des marchés publics de défense », *op. cit.*, p. 77.
[696] P. TRAMIER, *op. cit.*, p. 87. L'auteur alerte sur la généralisation de la logique de compétition, laquelle peut avoir pour « *effet induit, par le choix du moins disant, le risque d'opter pour le candidat le moins crédible et pour la proposition la moins réalisable* ».
[697] Voy. notamment L. GAUTIER, *op. cit.*, p. 500. L'auteur distingue les *équipements standards*, les *équipements de supériorité et les équipements de souveraineté* ; voy. également le Livre blanc de 1994 (cf. *supra* §267-268).

de la souveraineté de l'État et son cœur de compétences[698], nécessitent de recourir à la négociation sans mise en concurrence. Pour ces systèmes (relatifs notamment à la dissuasion nucléaire) « *aucune référence internationale de prix n'existe. L'approvisionnement de ces systèmes ne doit être effectué dans ce cas qu'au niveau national, voire européen sous certaines conditions, en concordance avec le principe d'autonomie* »[699].

413. Entrent schématiquement dans le champ concurrentiel les équipements moins stratégiques, notamment parce qu'ils sont plus ou moins standards et proches du secteur civil, telles les technologies duales. Entre les deux, les procédures mixant mise en concurrence et négociation apparaissent intéressantes pour conjuguer leurs avantages[700]. Ainsi, la concurrence peut s'avérer idoine, selon l'hypothèse en cause et la manière de l'organiser.

414. La complexité des équipements de défense détermine largement les exigences de l'acheteur. Cela s'est traduit par le recours généralisé à la négociation, souvent bilatérale et sans mise en concurrence, avant que la logique de compétition ne remette en cause sa primauté. Pour que le droit des marchés publics puisse adopter la politique de défense, il faut dans le même temps qu'il en intègre les caractéristiques fondamentales, avant de les encadrer voire de les faire évoluer. Ainsi, ces exigences techniques auront nécessairement une incidence transversale, tant sur la définition du besoin que l'attribution, en passant par les règles applicables aux procédures de passation. Au côté de ces exigences, les impératifs de sécurité exercent également une influence majeure.

---

[698] Pour une analogie avec le cœur de métier des entreprises, voy. R. BELLAIS, « La défense entre missions et satisfaction : Nouvelle « géographie » des frontières du marché », *in* R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, *op. cit.*, p. 61.

[699] J.-M. OUDOT, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, *op. cit*., p. 39.

[700] J.-M. OUDOT, « La passation des marchés publics de défense », *op. cit.*, p. 77. Dans le cadre du droit des marchés publics, ces procédures mixtes sont principalement constituées de la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif.

II. L'adaptation aux exigences de sécurité de l'acheteur

415. Les exigences de sécurité de l'acheteur ont été identifiées dès la genèse de l'encadrement des marchés publics dans le domaine de la défense par le droit de l'UE[701]. Très tôt, en effet, il est apparu indispensable que le droit des marchés publics tienne compte de ces exigences. Applicables durant toute la procédure de passation, ces exigences sont de deux types : la sécurité des informations (A) et la sécurité d'approvisionnement (B).

A. La sécurité des informations

416. La sécurité des informations renvoie à la notion de secret, ce dernier pouvant être défini comme « *ce qui n'est pas divulgué, que l'on tient caché* »[702], ou bien encore à la confidentialité, « *propriété d'une information qui n'est ni disponible, ni divulguée aux personnes, entités ou processus non autorisés* »[703]. Du point de vue des MDS, il est possible de définir la sécurité des informations à travers le cas français du secret de la défense nationale (1). Cette définition fait apparaitre d'emblée une confrontation voire une contradiction entre la sécurité des informations et la transparence, en particulier celle inhérente aux marchés publics (2).

[701] Voy. notamment Commission européenne, « Les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense – Contribution en vue d'actions au niveau européen », *op. cit.*, p. 21.
[702] É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, « secret », L . HACHETTE, 1873-1874, version électronique créée par F. GANNAZ (disponible en ligne). Le « secret » est également ce qui se dit des « *des assemblées quand elles se ferment au public* », « *qui ne peut être pénétré* ».
[703] Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information [ANSSI], Glossaire, « confidentialité », (disponible en ligne).

1. Définition de la sécurité des informations : l'exemple du secret de la défense nationale

417. Dans le contexte de la défense[704], domaine privilégié de la sécurité des informations, il est possible de définir cette dernière à partir de ses enjeux (a) et de ses moyens (b).

a. Les enjeux de la sécurité des informations

418. La sécurité des informations est un impératif dans les activités de défense[705]. *Lato sensu*, elle vise à protéger la sécurité de l'État (son territoire, sa population) et de ses alliés. Aussi, cet objectif de sécurité n'est pas simplement lié aux informations strictement militaires, puisque le secret porte également sur la défense civile et économique de l'État[706]. Le secret peut recouvrir une multitude de supports et de contenus.

419. En ce qui concerne ses *supports*, la sécurité des informations est également large, spécialement car elle suit les évolutions des technologies de support de l'information (supports matériels, tels des documents, ou immatériels, notamment informatiques). S'agissant de son *contenu*, la sécurité des informations peut porter sur un actif matériel ou immatériel. L'information peut être un savoir technologique, recouvrant ainsi une dimension scientifique (renvoyant à l'étroitesse des rapports entre science et guerre[707], où le secret apparait comme le

[704] Le secret n'est pas l'apanage de la défense : d'autres activités y sont sujettes (secret médical, secret des affaires, secret professionnel, etc.). De même, toutes les informations militaires ne nécessitent pas de mesure de protection particulière.

[705] Dans le commentaire de la décision CC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres*, QPC n°2011-192, le Conseil constitutionnel relève que la protection du « *secret de la défense* », préoccupation de droit interne et de droit international, « *répond à un intérêt public et constitue une préoccupation commune à toutes les démocraties* » (p. 11).

[706] Premier ministre, « Instruction ministérielle sur la protection du secret de la défense nationale », 1er décembre 2021, p. 8. « *Le secret de la défense nationale ne constitue pas qu'un enjeu de défense « militaire », dans la mesure où la défense nationale concerne toutes les administrations responsables de ressources essentielles à la vie du pays* (…) ».

[707] B. LAPERCHE, « Les inventions, la science et la guerre : la place du secret », *Innovations*, 2005, n° 21, p. 109-143. En particulier, p. 115 : « *Le secret a en effet imprégné les relations entre science et guerre dans toute son histoire. En témoignent par exemple les codes secrets très tôt utilisés pour véhiculer toutes sortes d'informations, non seulement d'ailleurs les informations scientifiques et techniques* (…) »

médiateur de ces deux activités[708]). Ce peut être également une information relative au terrain des opérations militaires (l'emplacement d'un équipement de défense critique, d'une base militaire, etc.)[709]. De même, la sécurité des informations peut directement avoir pour objet la protection des vies humaines, notamment sur le théâtre opérationnel[710].

420. En France[711], le secret dans la défense est incarné par le *secret de la défense nationale*, « défini » à l'article 413-9 du code pénal comme étant « *Les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès* »[712]. C'est une définition incomplète, en ce qu'elle n'aborde que le support, et non le contenu (sinon par une définition tautologique retenant que le secret de la défense concerne les informations « *intéressant la défense nationale* »…). Quant à lui, le Conseil constitutionnel, dans l'examen de la nature constitutionnelle du secret de la défense nationale, souligne que ce dernier « *participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, réaffirmés par la Charte de l'environnement, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire* » [713].

421. La loi n'offre aucune définition matérielle du secret, « *c'est-à-dire* [d'un] *ensemble de domaines dans lesquels il pourrait être mobilisé utilement* »[714]. La tentative d'une définition

---

[708] *Ibid*., p. 109. « *Le secret est* (…) *le médiateur essentiel des relations entre la science et la guerre. Grâce au secret, les connaissances scientifiques nouvelles appliquées au domaine militaire ne sont pas connues de l'adversaire, donnant ainsi une supériorité à celui qui, le premier, les utilise* ».

[709] P. FERLET et P. SARTRE, « Le secret de défense en France », *Études*, 2010, Tome 412, p. 166. Les auteurs donnent plusieurs exemples d'information à protéger pour et par l'État : « *fragilités et objectifs de son système de dissuasion, dispositifs mis en place pour démasquer les agents adverses, protection des indicateurs infiltrés dans les réseaux terroristes, etc.* ».

[710] Pour un exemple de mesure de sécurité des informations aux fins de protéger des militaires, voy. J.-L. COTARD, « « Le secret est nécessaire et légitime » », *Inflexions*, 2021, n° 47, p. 35.

[711] En droit de l'Union européenne, le secret de la défense renvoie à la sauvegarde des informations protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale.

[712] Le C. Défense, qui traite du secret de la défense nationale (article L. 2311-1 à L. 2313-1 et R. 2311-1 à R.2312-2) définit ce dernier par référence à l'article 413-9 du C. pénal.

[713] CC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres*, *op. cit.*, considérant 20. Le Conseil constitutionnel se fonde sur les article 5 et 20 de la Constitution pour assortir le secret de la défense nationale d'une valeur constitutionnelle. Cette QPC portait sur la conformité aux droits et libertés des dispositions du code de la défense et du code pénal relatives, d'une part aux informations classifiées au titre du secret de la défense nationale, et, d'autre part, aux lieux classifiés au titre de ce secret. Le Conseil a validé les premières et censuré les secondes.

[714] M. CHRISTELLE, « Le secret de la défense nationale : la raison d'État dans l'œil du droit », *Les Champs de Mars*, 2021, n° 36, p. 113.

matérielle parait « *irréaliste* »[715], tant la matière est fluctuante et parait incompatible avec une définition générale[716]. Le secret se définit au cas par cas, constituant un outil discrétionnaire pour l'administration utilisé « *au gré des besoins de* [sa] *politique et des contraintes du moment* »[717]. Par extension, ce flou juridique s'applique à la sécurité des informations, limitée également par l'absence d'une définition matérielle de *l'information* à protéger.

b. Les moyens de la sécurité des informations

422. Le secret de la défense est doté d'une protection juridique, notamment en France. Outre sa valeur constitutionnelle, il bénéficie d'un régime juridique[718] légal[719] de protection qui s'accompagne de sanctions pénales en cas de non-respect[720]. Ce régime s'articule autour du mécanisme de classification qui comprend plusieurs types de mesures.

423. Une information à protéger au nom du secret de la défense nationale fait l'objet d'une classification de niveau « *Secret* »[721] ou « *Très Secret* »[722]. De même, sans qu'il s'agisse d'une mesure de classification *stricto sensu*, une information peut porter en sus la mention de protection « *Diffusion Restreinte* »[723], voire la mention complémentaire « *Spécial France* »,

---

[715] M. GUILLAUME, « La réforme du droit du secret de la défense nationale », *RFDA*, 1998, p. 1223.
[716] B. LAPERCHE, *op. cit.*, p. 121 citant N .WUYLENS (*Défense nationale et brevet d'invention*, Cédat, coll. « Le droit en poche », 1999, p. 52-53).
[717] B. WARUSFEL, « Le secret défense entre les exigences de l'État et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 2001, n° 199, p. 3.
[718] Le régime juridique du secret de la défense nationale a fait l'objet d'une réforme d'ampleur, entamée en 2019, par l'intermédiaire du décret n°2019-1271 du 2 décembre 2019 relatif aux modalités de classification et de protection du secret de la défense nationale, et achevée le 1er juillet 2021, par l'entrée en vigueur de l'arrêté du 15 mars 2021 portant approbation de l'instruction ministérielle [IM] n° 900 sur la protection du secret et des informations diffusion restreinte et sensibles (IM n° 900/ARM/CAB/NP).
[719] Il faut également rajouter les textes infra-réglementaires ou contractuels, lesquels reprennent les mesures de protection posées par la loi (politique de sécurité des systèmes d'information, politique de protection du secret, etc…).
[720] Articles 413-10 à 413-12 du C. pénal.
[721] Le niveau Secret est « *réservé aux informations et supports dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à porter atteinte à la défense et à la sécurité nationale* » (article R. 2311-3, al. 1 du C. défense). Voir en ce sens la présentation du SGSDN relative à la protection du secret de la défense nationale (disponible en ligne).
[722] Le niveau Très Secret est « *réservé aux informations et supports dont la divulgation ou auxquels l'accès aurait des conséquences exceptionnellement graves pour la défense et la sécurité nationale* » (article R. 2311-3, al. 2 du C. défense). Les informations Très Secret qui « *concernent des priorités gouvernementales en matière de défense et de sécurité nationale font l'objet de classifications spéciales définies par le Premier ministre.* » (article R. 2311-3, al. 3).
[723] Il s'agit d'une mention de protection, qui « *vise à protéger des informations et supports qu'il n'y a pas lieu de classifier mais qui présentent une sensibilité particulière, en ce que notamment ils sont*

lorsqu'elle ne doit pas être communiquée à quelconque organisation internationale ou État[724]. Sans qu'elles ne solutionnent la problématique de définition matérielle du secret, ces mesures de classification confirment la dimension nationale[725] du secret (notamment à travers les notions de *sécurité nationale* et de la marque « *Spécial France* »).

424. En conclusion, le secret de la défense nationale démontre que la sécurité des informations est une exigence relative à des enjeux dépassant le seul cadre militaire, reposant sur une définition partielle, et incarnée par des mesures de classification. Si la légitimité du secret de la défense ne fait pas de débat[726], et, *a fortiori* celle de la sécurité des informations, elle demeure (outre la remise en cause de son efficacité[727]) critiquable du point de vue des exigences de l'État de droit[728].

2. La sécurité des informations face à la transparence des marchés publics

425. L'exigence de sécurité des informations, incarnée par le secret, soulève inévitablement des questions quant à sa compatibilité avec le principe de transparence. Le caractère transparent désigne ce « *qui se laisse pénétrer par une lumière abondante pour permettre de distinguer clairement les objets à travers leur épaisseur* » ou bien encore ce « *qui laisse apercevoir un sens caché, quelque chose de caché* »[729]. Ainsi, la transparence dévoile le secret qui par nature, ne saurait se laisser dévoiler : transparence et secret sont *a priori* deux

susceptibles de comporter des éléments dont la consultation ou la communication porterait atteinte à l'un des secrets, autres que le secret de la défense nationale (…) » (IGI 1300/SGDSN/PSE/PSD sur la protection du secret de la défense nationale, p. 27, annexée à l'arrêté du 9 août 2021 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, JORF n° 0185 du 11 août 2021, texte 1 sur 86).

[724] Article R. 2311-4, alinéa 3 du C. défense.

[725] Ce qui n'empêche pas des États alliés de partager certains de leurs secrets.

[726] L. COTARD, *op. cit.*

[727] P. SARTRE et P. FERLET, *op. cit.*, p. 169-171 ; voy. également, par rapport aux domaines scientifiques et techniques, B. LAPERCHE, *op. cit.*, p. 130-136.

[728] M. CHRISTELLE, *op. cit.*, p. 109. L'auteur synthétise ainsi cette problématique : *« si la nécessité du secret ne fait guère de doute, le régime juridique actuel permet-il de satisfaire également un autre impératif juridique, à savoir l'État de droit ?* ». L'une des critiques les plus récurrentes demeure l'étroitesse du contrôle du juge et les droits de la défense (voy. notamment la décision CC, 8 avril 2022, M. Saïd Z., QPC n° 2022-987).

[729] É. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, « transparent », L. HACHETTE, 1873-1874.

impératifs contradictoires[730]. D'ailleurs, la transparence, en tant que « *condition nécessaire à la démocratie* »[731], du point de vue de la liberté de l'information[732], de la matière environnementale ou nucléaire[733], remet en cause l'opacité du secret, y compris de la défense. Une déclinaison du principe de transparence se confronte également à la sécurité des informations : celle applicable en droit des marchés publics.

426. Dans ce domaine, la transparence suppose un *degré de publicité adéquat*[734]. Le caractère adéquat autorise que ce degré soit, dans certains cas exceptionnels, égal à zéro (par exemple, lorsqu'un seul candidat peut réaliser la prestation, cas d'autant plus susceptible de se produire dans le secteur de la défense). La sécurité des informations peut justifier un tel abaissement. Cependant, sa récurrence dans les MDS nécessite que le droit des marchés publics intègre cet impératif, sans que cette intégration revienne à supprimer toute publicité.

427. Or, garantir l'information appropriée des candidats, quelle que soit leur nationalité, peut apparaître délicate lorsque le marché en cause est sujet au secret de la défense et donc à l'impératif de sécurité des informations. Dans un tel cas, le secret impose quant à lui un *degré d'opacité adéquat*, afin de se préserver d'une atteinte à la défense et à la sécurité nationale. Un achat public peut imposer une part d'ombre, rendue nécessaire par le secret de la défense, sur des informations telles que le lieu d'exécution (que ce soit l'emplacement ou le site, lui-même classifié[735]), la quantité commandée, le prix, voire l'équipement ou le service en lui-même, etc. La circonstance que le secret de la défense n'a pas de définition stricte et qu'il ne se limite pas

---

[730] D. RICHARD, « Secret défense : entre comitologie et État de droit », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 270. « *Pour assurer un meilleur contrôle de l'usage qui est fait de ce secret, le législateur se devait de concilier des impératifs contradictoires, à savoir la transparence de l'utilisation du secret défense pour éviter toute suspicion d'abus sans pour autant remettre en cause le caractère secret de celui-ci, s'agissant d'un élément nécessaire à la préservation des intérêts nationaux. C'est toute la dialectique de la transparence et du secret* ».

[731] S. MONNIER, « *L'accès aux archives couvertes par le secret défense dans la tourmente* », *AJDA*, 2021 p. 1993 ; voy. également O. FORCADE, S.-Y. LAURENT et B. WARUSFEL, « Archives et politiques du secret : ramener l'État à la raison démocratique », *Esprit*, juin 2021. Les auteurs plaident pour que la représentation nationale saisisse « *l'occasion historique de ramener l'État à la raison démocratique, en tenant compte des besoins de la société en matière d'archives et d'histoire, de sécurité, mais aussi de juste transparence* ».

[732] L. GAY, « La liberté d'information à l'épreuve du secret défense », *Légipresse*, 2019, p. 324.

[733] Sur la « *confrontation directe avec les impératifs renforcés de transparence, comme en matière environnementale et nucléaire* », voy. B. WARUSFEL, « Enjeux et limites de l'ouverture des données en matière de sécurité et de défense », *RFDAP*, 2018, n°167, p. 551-564.

[734] Cf. *supra* §119.

[735] Un site ou une installation étant susceptible d'être elle-même classifiée (article R. 2311-9-1 du code de la défense).

aux aspects strictement militaires limite la possibilité d'une *information appropriée* des candidats. L'acheteur est donc soumis à un choix impossible entre la transparence de l'information appropriée et le secret d'une information protégée.

428. En France, par exemple, dans le cas d'une information classifiée *Très Secret*, la préservation contre les « *conséquences exceptionnellement graves pour la défense et la sécurité nationale* » parait rendre illusoire l'information appropriée des candidats. Plus encore, la mention *Spécial France* est *a priori* incompatible avec le principe de non-discrimination. L'*information appropriée* des candidats extranationaux est alors rendue *a priori* impossible. Cela suppose toutefois que la classification ou la mention implique des éléments compris dans le champ d'application de l' « *information appropriée* », principalement les critères de marché (de sélection et d'attribution). Étant donné que, dans le secteur de la défense, l'acheteur n'a généralement pas recours au critère du prix, l'information appropriée impose en principe à l'acheteur de renseigner les conditions de mise en œuvre de ces critères. Le risque est alors que l'information ne puisse être *appropriée*, l'acheteur devant conserver son caractère d'information *protégée*.

429. Le secret est pourtant consubstantiel et indispensable aux activités de défense, de sorte que le droit des marchés publics, qu'il s'agisse de sa fonction ou de sa finalité, ne peut l'ignorer ou le contrarier. Les exigences de sécurité des informations de l'acheteur doivent donc être prises en compte par le droit des marchés publics. Ici, secret (défense) et transparence (concurrence) rendent délicat pour la réglementation d'opérer une conciliation entre ces deux impératifs au potentiel contradictoire certain. L'obligation de transparence dans les marchés publics tempère cette opposition entre transparence et secret, à travers la notion de « *degré adéquat de publicité* ». La transparence n'est pas un but en soi : le degré de publicité adéquat a une double finalité, celle de permettre « *une ouverture du* [marché] *à la concurrence, ainsi que le contrôle des procédures d'adjudication* »[736]. Dans ce contexte, la conciliation entre les deux impératifs est la voie idoine pour solutionner cette équation aux composants opposés. L'européanisation du secret est sans conteste un facilitateur, bien que cette solution demeure inenvisageable en présence des informations les plus sensibles pour la sécurité de l'État.

[736] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, *op. cit.*, point 62.

B. La sécurité d'approvisionnement

430. La sécurité d'approvisionnement, préoccupation ancienne dans la défense[737], soulève des questions et présente des enjeux multiples qui dépassent ce secteur. Elle concerne notamment l'énergie[738]. Les enjeux énergétiques font d'ailleurs partie intégrante de la sécurité d'approvisionnement militaire[739]. La sécurité d'approvisionnement dans le domaine de la défense répond à des enjeux et notions spécifiques qui permettent d'en donner une définition (1). Elle entretient un rapport particulier avec le droit des marchés publics, puisque ce dernier vise également au bon approvisionnement, avec des moyens toutefois différents que ceux de la sécurité d'approvisionnement dans le contexte de la défense ou de la sécurité (2).

1. Définition de la sécurité d'approvisionnement

431. La sécurité d'approvisionnement est liée à la notion d'autonomie stratégique (a) et est garantie par des moyens qui lui sont propres (b).

a. La sécurité d'approvisionnement, un vecteur d'autonomie stratégique

432. Dans le contexte militaire, la sécurité d'approvisionnement peut désigner « *l'assurance de la continuité de l'approvisionnement en équipement de défense et/ou services qui y sont liés, et ce malgré des circonstances extérieures telles que guerres, troubles internationaux, embargos ou changements d'alliances* »[740]. Composante de la politique de

[737] L. SEGRETO, « Industrie de l'armement et relations internationales XIX^e^-XX^e^ siècles », in D. PESTRE (dir.), *Deux siècles de l'armement en France : De Gribeauval à la force de frappe*, *op. cit*., p. 228. « *En Italie aussi, l'État considérait que laisser ses arsenaux dépendre de fournitures étrangères était un danger et une faiblesse, car cela rendait le pays vulnérable sur un point vital : la sécurité de l'approvisionnement de l'acier* ».

[738] Voy. notamment Ministère de la Transition écologique et solidaire, « Stratégie française pour l'énergie et le climat – Programmation pluriannuelle de l'énergie 2019-2028 », 2020, 399 p., en particulier, p. 167-204.

[739] Voy. notamment P. VIAUD, « Où allons-nous ? Fondamentaux d'une prospective en matière de défense », *Revue Défense Nationale*, 2023, n° 858, p. 11 ; voy. également CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, « L'impact économique de la défense », 2007, p. 45.

[740] B. HEUNINCKX, « Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », *Pyramides*, n° 21, 2011, point 63.

défense en France[741], la sécurité d'approvisionnement est étroitement liée au principe d'autonomie stratégique, puisqu'elle permet de garantir à un État une indépendance vis-à-vis des sources extérieures[742]. Ainsi, cette exigence de sécurité a une forte dimension nationale, en particulier pour les technologies les plus souveraines[743]. Leur sécurité d'approvisionnement consiste alors à maintenir la production de l'équipement ou du service sur le territoire national.

433. Dans le même temps, les évolutions du marché de la défense de l'après-guerre froide, notamment en termes de restrictions budgétaires, ont modifié l'horizon de la sécurité d'approvisionnement, lequel était historiquement national. Si l'autonomie stratégique (nationale) des États demeure, force est de constater que la perspective extranationale a gagné du terrain. Les développements politiques et industriels, principalement européens et outre-Atlantique en ce qui concerne la France, passent ainsi par une extension du champ d'application de la sécurité d'approvisionnement, laquelle n'est plus seulement nationale, mais s'épanouit désormais dans des cadres d'alliance bilatérales ou multilatérales. Les travaux liés au processus de la Lettre d'intention (LdI)[744] ainsi que ceux de l'Agence européenne de Défense (AED) illustrent cette évolution, dans le cadre d'une approche intergouvernementale.

---

[741] C. SERFATI, « Quelques enjeux autour de la notion de « nationalité des firmes » », *Revue internationale et stratégique*, 2006, n°62, p. 85.

[742] J.-M. OUDOT, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, *op. cit*., p. 23. Le principe d'autonomie veut que l'État soit « *indépendant des sources d'approvisionnement extérieures à l'Europe pour l'acquisition des systèmes d'armes permettant d'assurer la sécurité nationale ainsi que les accords internationaux de coopération militaire. Un processus d'approvisionnement autonome vis-à-vis d'industriels étrangers favorise en effet l'indépendance des prises de décision politique sur la scène internationale* ».

[743] *Livre blanc : Défense et sécurité nationale*, La Documentation française, 2013, p. 124. Le Livre blanc l'industrie de défense comme une « *composante essentielle de l'autonomie stratégique de la France. Elle participe aussi d'une volonté politique, diplomatique et économique. Elle seule peut garantir notre sécurité d'approvisionnement en équipements de souveraineté et en systèmes d'armes critiques, comme leur adaptation aux besoins opérationnels, tels qu'ils sont définis par le ministère de la Défense* » (nous soulignons).

[744] Le processus de la LdI est la conjugaison de la Lettre d'intention entre les ministres de la défense allemand, espagnol, français, italien, britannique et suédois concernant les mesures destinées à faciliter les restructurations de l'industrie européenne de défense signée à Londres le 6 juillet 1998 (texte reproduit dans : J.-C. SANDRIER, C. MARTIN et A. VEYRET, Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le contrôle des exportations signée le 6 juillet 1998) et l'accord-cadre de Farnborough du 27 juillet 2000, ratifié par la France avec l'adoption du décret n° 2001-1075 du 16 novembre 2001 portant publication de l'accord-cadre entre la République française, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République italienne, le Royaume de Suède et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux mesures visant à faciliter les restructurations et le fonctionnement de l'industrie européenne de défense, fait à Farnborough le 27 juillet 2000, JORF n° 268 du 18 novembre 2001.

434. Dans la LdI, la sécurité d'approvisionnement est le premier des six domaines d'intervention des États parties pour faciliter les restructurations de l'industrie européenne de défense. Ainsi, les États entendent accepter « *une mutuelle dépendance et la possibilité d'abandons de capacités industrielles* » (LdI, point 1.4) , *via* une sécurité d'approvisionnement harmonisée. Autrement dit, la sécurité d'approvisionnement des États parties s'apprécie au niveau du groupe des signataires, dans le cadre des travaux de la LdI.

435. Dans l'AED, il s'agit également d'un chantier mutualisé, cette fois à l'échelle de l'Union européenne. L'objectif de l'AED est ainsi d'adopter une approche européenne de la sécurité d'approvisionnement, aux fins de renforcer la BITDE et le fonctionnement du MEED. Sur la base de cette approche fondée sur une dépendance accrue entre les États membres afin de gagner en indépendance face à l'extérieur, l'AED a adopté en 2006 un accord-cadre non contraignant relatif à la sécurité d'approvisionnement entre les États membres souscripteurs, mis à jour en 2013[745] à la suite de l'adoption du *paquet défense*, ainsi qu'un code de conduite sur les priorités pour la sécurité d'approvisionnement[746].

436. Ces travaux mettent ainsi au jour l'extension du principe d'autonomie stratégique et, par conséquent, du périmètre de la sécurité d'approvisionnement (puisqu'alors, la sécurité d'approvisionnement, qui est une composante de l'autonomie stratégique, devient également européenne). Or, qu'elle soit exclusivement nationale ou supranationale, la sécurité d'approvisionnement repose sur des moyens communs.

b. Les moyens de la sécurité d'approvisionnement

437. La sécurité d'approvisionnement dans le secteur de la défense vise à garantir la bonne destination, l'entretien et le soutien des équipements de défense sur les théâtres d'opérations[747]. Plus que jamais d'actualité[748], cette exigence de sécurité doit permettre de faire face aux évolutions opérationnelles. Schématiquement, il est possible de définir les moyens de la sécurité

[745] AED, "Framework Arrangement for Security of Supply between subscribing Member States" », 19 novembre 2013.
[746] AED, "Code of Conduct on Prioritisation agreed by subscribing Member States to the Framework Arrangement for Security of Supply", 19 novembre 2013.
[747] B. HEUNINCKX, *op. cit.*, point 8.
[748] Sur l'intérêt du maintien de l'approvisionnement dans les circonstances de la COVID-19, voy. P. BOUR, *op. cit.*, p. 84.

d'approvisionnement autour de deux ensembles (étant entendu qu'ils sont liés entre eux) : la continuité de l'approvisionnement sur le théâtre d'opération, d'une part, et de de la chaîne d'approvisionnement d'autre part (du point de vue des industriels).

438. S'agissant de la continuité d'approvisionnement sur le théâtre d'opération, la sécurité d'approvisionnement vise à assurer la durabilité des équipements de défense dans le temps. Cette durabilité recouvre donc des exigences en termes de maintien en condition opérationnelle (MCO)[749], dès le stade de l'acquisition. De façon plus globale, la sécurité d'approvisionnement doit perdurer malgré l'augmentation du besoin en cours d'utilisation, par exemple à l'occasion d'une crise, récurrente dans les activités militaires[750]. Pour éviter ces discontinuités, le risque de dysfonctionnement dans la sécurité d'approvisionnement peut conduire l'acheteur à renégocier.

439. Quant à la continuité de la chaîne d'approvisionnement, il s'agit de s'assurer, du côté des industriels, du maintien des capacités de production. Les chaînes d'approvisionnement sont en effet *fragiles*, notamment en raison de l'étroitesse du marché de la défense. L'acheteur doit donc prendre garde à anticiper l'éventuelle cessation d'activités d'un fournisseur. Les chaînes d'approvisionnement sont également *changeantes*. L'acheteur doit alors contrôler les mouvements d'entreprises à l'occasion de fusions et acquisitions. La régulation des fusions et acquisitions dans le secteur de la défense permet de favoriser la sécurité d'approvisionnement, « *tout en s'assurant d'un niveau de concurrence adapté au contexte et aux enjeux sectoriels* »[751].

440. Ainsi, la sécurité d'approvisionnement, au cœur de la rénovation de la politique de défense qui s'étend au-delà du giron national, est une exigence fondamentale dans l'achat de défense. Partant, la réglementation des marchés publics ne peut, là encore, y échapper.

---

[749] Cf. *infra* §1303.

[750] B. HEUNINCKX, *op. cit*., point 8. « *La rapidité avec laquelle les crises se développent impose également de pouvoir passer des marchés en urgence de manière à pouvoir satisfaire aux exigences posées par le déploiement des forces et à l'évolution de la menace* ».

[751] La régulation des fusions et acquisitions dans le secteur de la défense permet de favoriser la sécurité d'approvisionnement, « *tout en s'assurant d'un niveau de concurrence adapté au contexte et aux enjeux sectoriels* » (voy. notamment R. BELLAIS, J.-M. OUDOT et M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 32).

2. La sécurité d'approvisionnement et le droit des marchés publics : des objectifs comparables, des moyens divergents

441. La sécurité d'approvisionnement n'est pas étrangère au droit des marchés publics. La notion d'approvisionnement public résonne d'ailleurs de manière singulière avec celle de contrats de la « commande publique ». L'une comme l'autre ont pour objectif de garantir la bonne exécution matérielle du contrat. Par ailleurs, la continuité d'approvisionnement peut être mise en parallèle avec le principe d'exécution personnelle du marché, c'est-à-dire l'exécution par l'entreprise désignée par la mise en concurrence, d'où les limites aux cessions du contrat[752], ou encore l'interdiction de la sous-traitance totale[753]. Cette sécurité relève donc du champ lexical de la commande publique. En effet, cette dernière, quelle que soit sa nature (civile ou militaire), est un acte d'approvisionnement. De même, tous les marchés publics comprennent une dimension de sécurité d'approvisionnement au stade des candidatures. Par exemple, cette exigence se retrouve lorsque l'acheteur exclut de plein droit les opérateurs économiques faisant l'objet d'une procédure collective (notamment de liquidation judiciaire ou encore de redressement judiciaire)[754] ; de même, lorsque l'acheteur exclut un opérateur économique défaillant à l'occasion d'un marché antérieur[755]. Ce faisant, l'acheteur cherche à s'assurer de la pérennité du contrat pour toute la durée d'exécution.

442. Toutefois, la nature particulière de MDS, dont les traits publics ou régaliens sont plus marqués, conduit à les doter de règles protectrices renforcées en matière de sécurité des approvisionnements. Or, si le droit des marchés publics a vocation de garantir la bonne exécution matérielle de l'opération qu'il encadre, il est en revanche par principe opposé à faire le lien entre la sécurité d'approvisionnement et la nationalité de l'opérateur économique. Dans le cas de l'achat de défense, pourtant, le principe d'autonomie stratégique peut induire un approvisionnement strictement national, notamment en termes de localisation de la prestation. Ainsi, si l'objectif est comparable (sinon identique), les moyens sont susceptibles de diverger jusqu'à les rendre conflictuels.

[752] Article R. 2194-6-2° du CCP, applicable aux MDS (article R. 2394-1 du CCP).
[753] Interdiction déductible de l'article L. 2193-2 du CCP (pour les marchés publics civils) et L. 2393-1 du CCP (pour les MDS). Cf. *infra* §1673 et s.
[754] Article L. 2141-3 du CCP.
[755] Article L. 2141-7 du CCP.

443. Comme la sécurité des informations, la solution de ce conflit latent passe notamment par l'européanisation de la sécurité d'approvisionnement. À cet égard, les développements extranationaux de la sécurité d'approvisionnement de défense doivent être exploités par le droit des marchés publics. Ce dernier peut d'ailleurs constituer un accélérateur de ces développements. Départi du critère de la nationalité du cocontractant et de localisation de la prestation sur le territoire de l'acheteur, la sécurité d'approvisionnement pourrait s'épanouir en tant que critère transversal de la passation et condition d'exécution. Cette conciliation est toutefois limitée dans le cas des technologies dites « souveraines », qui, par nature, continuent de relever d'une application strictement nationale du principe d'autonomie stratégique. Pour ces dernières, la possibilité d'une application du droit des marchés publics parait toute relative.

444. Conclusion de la sous-section. Les exigences de l'acheteur, elles-mêmes déduites du contexte des activités de défense, constituent ainsi la source de l'ensemble des adaptations nécessaires pour l'instrumentalisation des marchés publics. Ces exigences auront nécessairement un impact sur le régime spécial applicable aux MDS. La négociation devra être ajustée dans ses règles et ses modalités de son recours, afin de satisfaire le besoin de flexibilité de l'acheteur. En outre, les spécifications techniques devront tenir compte de la complexité opérationnelle et technologique inhérente aux équipements de défense. De même, les exigences de sécurité devront être intégrées aux règles de la passation (le choix du titulaire étant conditionné au respect de ces exigences) et d'exécution, alors même que certaines de leurs implications semblent conflictuelles avec la fonction du droit des marchés publics. C'est principalement le cas des impératifs *a priori* irréconciliables de transparence et du secret de la défense. C'est encore le cas de la dimension géographique (traditionnellement nationale) de la sécurité d'approvisionnement. Sans une telle adaptation, les activités de défense ne peuvent entrer dans le moule du droit des marchés publics, et, à leur tour, s'adapter au cadre concurrentiel de ce dernier. L'objectif de renforcement de la BITDE ne saurait alors être satisfait, puisque les États membres auraient davantage intérêt à recourir à des procédures (nationales) qui tiennent compte des exigences de l'acheteur. Ainsi, l'intégration de la politique de défense dans les marchés publics démontre plus généralement que l'instrumentalisation nécessite une adaptation (plus ou moins conséquente) à l'objet économique et politique auquel le droit des marchés publics entend s'appliquer. S'agissant de la défense, cette adaptation va imprégner l'ensemble de la procédure de passation.

Sous-section 2. Les autres voies de la politique de défense

445. À l'instar des autres objectifs de politique publique, la politique de défense n'est pas circonscrite au droit des marchés publics[756]. D'autres voies existent, et permettent de répondre à des enjeux et problématiques qui ne correspondent pas à ceux qui ont vocation à être encadrés par ce droit. En effet, pour certaines de ces voies, les moyens de leur réalisation ne sont pas constitutifs de marchés publics. Dans d'autres cas, bien que répondant à la définition de marché public, ces moyens ont pour objet des équipements ou prestations qui, par leur processus d'attribution spécifique, se trouvent en dehors des procédures de publicité et de mise en concurrence.

446. Toutefois, ces autres voies et celle du droit des marchés publics ne fonctionnent pas en vase clos. Les premières vont exercer une influence plus ou moins importante sur la seconde, et requièrent donc pour le droit des marchés publics d'en prendre compte. Deux voies se distinguent : d'une part, le contrôle des exportations (I), et, d'autre part, la coopération intergouvernementale (II).

[756] Parlement européen, « Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, et de la directive 2009/43/CE relative aux transferts de produits liés à la défense », (2019/2204(INI)), 2021, p. 5 : « *La politique des marchés publics n'est que l'un des nombreux facteurs contribuant à l'ambition de longue date de l'Union de développer le MEED et de garantir l'efficacité et la compétitivité de la base industrielle et technologique de défense européenne (BITDE)* ».

I. Le contrôle des exportations

447. Le contrôle des exportations[757] apparait un outil de régulation[758] imbriqué dans les achats publics de défense (A). La simplification des transferts intracommunautaires de produits liés à la défense en est d'ailleurs l'illustration (B).

A. Définition du contrôle des exportations : un outil de régulation imbriqué dans les achats publics de défense

448. Cet outil de régulation est la résultante d'une double dimension : celle d'exportation (1) et celle de contrôle (2).

1. Les exportations au soutien de la BITD

449. L'exportation désigne l'« *action d'exporter des marchandises* », les « *choses qu'on fait sortir d'un pays, soit qu'elles y croissent naturellement, ou qu'elles y aient été fabriquées* »[759]. Dans le domaine de la défense, les exportations jouent un rôle crucial[760], en particulier en France. Durant la période 2012-2021, les exportations d'armement ont augmenté

[757] L. TRIGEAUD, « Les exportations d'armements et de matériels de guerre dans le Code de la défense : aspects juridiques », *Les Champs de Mars*, 2021, n° 36, p. 75-90 ; L. BÉRAUD-SUDREAU, « Un changement politisé dans la politique de défense. Le cas des ventes d'armes », *Gouvernement et action publique*, 2014, vol. 3, p. 79-103 ; L. BÉRAUD-SUDREAU et H. MEIJER, « Enjeux stratégiques et économiques des politiques d'exportation d'armement. Une comparaison franco-américaine », *Revue internationale de politique comparée*, 2016, vol. 23, p. 57-84.
[758] Nous reprenons ici la terminologie de R. BELLAIS, M. FOUCAULT et J.-M. OUDOT (*op. cit.*, p. 34-35), qui définissent le contrôle des exportations comme un levier de régulation indirecte de l'industrie de défense.
[759] É. LITTRÉ, Dictionnaire de la langue française, « exportation », L . HACHETTE, 1873-1874.
[760] Voy. notamment J. MAIRE et M. TABAROT, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 31 octobre 2018 sur le contrôle des exportations d'armement, Assemblée nationale, Rapport n°3581, 18 novembre 2014, 156 p.

de 59%[761], continuant d'exercer une influence positive sur la balance commerciale française[762]. La politique de défense se réalise en partie à travers les exportations, considérées comme le moyen de pérenniser la BITD nationale (et européenne).

450. Dans un contexte de restriction budgétaire, conjugué avec l'augmentation du coût de développement et de possession des technologies de défense, le marché domestique d'un État constitué de ses commandes publiques nationales n'est généralement pas auto-suffisant pour la majorité des États (à l'exception relative des États-Unis)[763]. Répondant à des cycles de plus en plus longs et à des volumes limités, elle ne permet pas de maintenir les compétences et le savoir-faire, y compris critiques[764]. Par ailleurs, le même constat peut être fait au niveau européen, dans la mesure où de nombreux États membres achètent du matériel de guerre en dehors de l'UE (outre-Atlantique, principalement)[765]. La BITD française, qui ne peut reposer sur le seul marché domestique, est donc particulièrement dépendante des exportations[766].

451. En permettant notamment d'amortir les investissements lourds, principalement en termes de R&D[767], l'exportation entretient l'outil de production de défense, en maintenant « en vie » les chaînes d'approvisionnement des fournisseurs nationaux[768]. Du point de vue de l'État, donc, les exportations sont un moyen pour l'État de garantir de son autonomie stratégique, de sorte que la France se dote d'une forte politique de soutien à l'exportation[769]. Ainsi, exportations et commandes publiques nationales sont complémentaires dans leur rôle de soutien à la BITD.

---

[761] M. GRÉAUME et a., « Proposition de loi visant à renforcer le contrôle sur le commerce des armes et relative à la violation des embargos », Sénat, proposition n° 878, 9 septembre 2022, 24 p.
[762] *Livre blanc : Défense et sécurité nationale*, *op. cit*., p. 124.
[763] Voy. notamment dans le domaine terrestre : D. LOUISE, « L'industrie de défense dans le domaine terrestre », *Revue Défense Nationale*, 2016, n° 791, p. 130-131.
[764] IHEDN (Comité 6), « Grands contrats d'armement et relais de croissance sur des segments alternatifs », *Revue Défense nationale*, 2017, n°804, p. 48.
[765] Voy. notamment P. ALLIZARD et M. BOUTANT, *op. cit.*, p. 22.
[766] Voy. Cour des comptes, « Le soutien aux exportations de matériel militaire », Rapport public thématique, janvier 2023, p. 129. Dans le cas de la France, la dépendance à l'exportation d'armement est d'environ 30 % pour la France (contre 15 % pour les États-Unis, 25 % pour le Royaume-Uni).
[767] ALLIZARD et BOUTANT, *op. cit.*, p. 22
[768] J. MAIRE et M. TABAROT, *op. cit.,* p. 27. Le rapport relève à propos du Rafale que, « *sans les premières exportations à l'Égypte, les chaînes de production auraient certainement dû fermer, conduisant à des surcoûts importants pour l'État* ».
[769] Notamment à l'endroit des PME de défense, via le Plan ACTION PME (voy. Instruction ministérielle n° 5871/ARM/CAB, *op. cit.*).

452. Si les exportations distendent le lien entre les industriels et le marché national, ce lien n'est toutefois pas rompu dans la mesure où l'État contrôle les ventes à l'international qui ne sont possibles qu'avec son accord.

2. La maîtrise des exportations

453. Les équipements de défense, qu'ils relèvent de technologies duales ou de matériels de guerre, sont des biens atypiques qui ont toujours fait l'objet d'un contrôle de leur exportation[770]. Dans le contexte post-guerre froide, marqué par une multiplication notamment du trafic d'armes[771], de réexportations vers des pays en guerre, etc., le contrôle des exportations s'est doté de critères éthiques et de transparence[772]. Les États doivent tenir compte des destinataires (intermédiaire et final) et de leur utilisation, au regard de critères notamment relatifs aux droits de l'Homme. Le contrôle des exportations constitue ainsi un moyen pour mener une politique étrangère, intégrée dans le cadre du droit international. L'UE a adopté en 2008, dans le cadre de la PESC, une position commune définissant des règles communes relatives au contrôle des exportations dans le domaine militaire[773], mise à jour en 2019 au regard des nouveaux engagements internationaux applicables aux États membres[774].

454. Le contrôle des exportations constitue également un levier stratégique sur le plan industriel et technologique. Véritable outil de souveraineté, il permet à l'État de garder la maîtrise de son industrie de défense. En effet, une exportation induit un transfert de technologies, plus ou moins critiques, de sorte que son contrôle permet à l'État d'accepter ou

---

[770] Ainsi, Charlemagne prononce l'interdiction de vendre des épées franques, technologiquement supérieures en raison de leur alliage spécifique d'acier, à l'extérieur de l'Empire. Cette décision est plus tard confirmée par Charles le Chauve avec l'Édit de Pistre (864).

[771] F. COULOMB, « Chapitre 3. L'industrie mondiale d'armement entre compétition et coopération », *in* F. COULOMB (dir.), *Industries de la défense dans le monde*, Presses universitaires de Grenoble, coll. « Économie en + », 2017, p. 74-75.

[772] G. LE BLANC et S. MATELLY, « Course technologique et compétitivité », *in* R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, *op. cit.*, p. 140-141.

[773] Position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires, JOUE 2008 L 335/99 ; S. LAVRIC, « Exportations de technologies et d'équipements militaires: adoption d'une position commune », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2008.

[774] Décision (PESC) 2019/1560 du Conseil du 16 septembre 2019 modifiant la position commune 2008/944/PESC définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires, JOUE 2019 L 239/16.

de refuser les transferts de technologies, notamment dans le cadre de compensations. Il doit ainsi arbitrer entre le gain financier à court-terme et les conséquences sur l'autonomie stratégique à long terme, laquelle peut se trouver « grignotée » par une politique d'exportation trop permissive.

455. Par ailleurs, le contrôle des exportations a nécessairement un impact sur les achats de défense, en particulier du point de vue de la sécurité d'approvisionnement. Il peut en effet apparaître comme un facteur bloquant dans l'attribution d'un MDS[775], un État pouvant refuser d'accorder une autorisation d'exportation à un industriel, ou l'assortir de conditions très restrictives. Ce refus peut se fonder sur l'intérêt de sa BITD, afin d'empêcher, par exemple, le transfert d'une technologie considérée comme critique par l'État. Un tel refus rend impossible l'exécution du marché à l'export, interdisant à l'entreprise considérée de se le voir attribuer.

456. Le contrôle des exportations est central dans le commerce des équipements de défense, et donc, dans la commande publique. À l'instar du droit des marchés publics, la fragmentation des réglementations *export control* à l'échelle nationale est une cause d'affaiblissement de la BITDE. Or, une telle fragmentation limite considérablement l'intérêt de l'harmonisation des procédures de passation des MDS au niveau de l'UE, tant l'impact de cette réglementation sur la commande publique est conséquent. Ainsi, dans la même logique ayant conduit l'adoption de la directive 2009/81/CE, l'UE a notamment mis en œuvre une harmonisation dans le contrôles des exportations des produits liés à la défense.

B. L'exemple de la simplification des conditions des transferts intracommunautaires de produits liés à la défense

457. Les transferts intracommunautaires de produits liés à la défense sont un bon exemple de l'européanisation de la défense. Leur simplification correspond au besoin d'une harmonisation à l'échelle de l'UE, tandis que la BITDE souffrait d'une multiplication des

[775] À l'image de la réglementation américaine *International Traffic in Arms Regulations* (ITAR). En ce sens, voy. A. BOUVIER, *op. cit.*, p. 68-69.

réglementations nationales (1). Dans ce but, l'UE a adopté la directive 2009/43/CE[776], qui constitue un complément utile à la directive 2009/81/CE (2).

1. État des lieux antérieur : une fragmentation des réglementations nationales

458. À l'image des marchés publics de défense, l'exportation de technologies de défense faisait initialement l'objet de réglementations nationales au sein de l'UE, concourant au morcellement du MEED (a). Avant l'adoption de la directive 2009/43/CE, un certain nombre d'initiatives relatives à l'européanisation de ces exportations avaient toutefois déjà été mises en place (b).

a. Des réglementations nationales éparses néfastes à la BITDE

459. La problématique des transferts intracommunautaires a été identifiée dès les origines de la volonté de bâtir une BITDE, constamment associée à celle des marchés publics. Dès 1996, la Commission appelait de ces vœux une harmonisation des procédures d'exportation, notamment par une simplification et une rationalisation des contrôle exercés par les États sur les échanges intracommunautaires[777]. Un an plus tard, elle se faisait plus offensive en critiquant la lourdeur et la longueur des procédures nationales relatives aux *transferts intra-communautaires de produits liés à la défense*. Elle proposait donc de mettre en place un régime simplifié à l'échelle de l'Union[778].

460. Les échanges intracommunautaires de produits liés à la défense faisaient alors l'objet de réglementations nationales, contribuant à la fragmentation du MEED et à l'importance du « *coût de la non-Europe* » dans le secteur de la défense et de la sécurité[779]. Dans cette myriade

[776] Directive 2009/43/CE, *op. cit*.
[777] Communication de la Commission européenne, « Les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense – Contribution en vue d'actions au niveau européen », *op. cit.*, p. 22.
[778] Communication de la Commission européenne, « Mettre en œuvre la stratégie de l'Union en matière d'industries liées à la défense », *op. cit.*, p. 2-3. Ces commentaires sont répliqués en 2003 (Communication de la Commission européenne, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense », *op. cit.*, p. 14-15), puis en 2007 (Communication de la Commission européenne, « Stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive », *op. cit.*, p. 3).
[779] Parlement européen, *The Cost of Non-Europe in the Area of Security and Defence*, Juin 2006, 59 p.

de procédures, la BITDE n'était pas prise en compte, puisque ces dernières ne faisaient pas de distinction entre les transferts intracommunautaires et les exportations en dehors de l'UE[780]. Cette absence de distinction incitait les États membres à faire le choix d'un approvisionnement national, afin de se voir « *garantir la fourniture de pièces essentielles dans les délais contraints* »[781]. De cette situation résultait un « *désavantage comparatif entre les industriels européens et ceux pouvant disposer d'un vaste marché domestique unifié* »[782].

461. Dans le même temps, ces réglementations nationales présentaient des similitudes inhérentes à l'objectif commun de contrôle des mouvements de biens dangereux[783]. Les critères éthiques et diplomatiques du contrôle des exportations dressaient des ponts entre les procédures respectives des États, cependant que les critères industriels demeuraient principalement nationaux. De même, la plupart des États membres, parties aux accords internationaux, utilisaient des listes de matériels de guerre et des licences d'exportations identiques ou similaires[784]. Ce constat laissait entrevoir la possibilité d'une européanisation des transferts de produits liés à la défense.

b. Les premières initiatives d'une européanisation des transferts de produits liés à la défense

462. Cette européanisation a d'abord fait l'objet d'initiatives multilatérales, principalement à travers le processus de la LdI. Les États signataires ont, dans un esprit de coopération, pour objectif d'harmoniser leurs politiques de contrôle, pour leurs besoins propres ou pour toute réexportation ultérieure au sein de l'Union[785]. L'accord-cadre résultant de la LdI distinguait

[780] J.- B. MARIS, *op. cit.*, p. 431.
[781] J. CATS, « Le « paquet défense » : le marché intérieur au service de la défense européenne ? », *RMCUE*, 2009 p. 564. L'auteur ajoute : « *les délais d'obtention d'une autorisation de transfert pouvant dépasser les délais proposés par un intégrateur pour la réception des offres, les chaînes de sous-traitance sont restées essentiellement nationales* ».
[782] J. de ROHAN, Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des produits liés à la défense dans l'Union européenne, et aux marchés de défense et de sécurité, Sénat, 15 février 2011, n° 306, p. 25.
[783] J. CATS, *op. cit.*
[784] J.-B. MARIS, *op. cit.*, p. 431. L'auteur analyse ces similitudes, déterminant notamment un « *axe central commun* » entre les différentes procédures nationales, chacune conservant néanmoins des traits nationaux (p. 431-438).
[785] Voy. la section « Procédures d'exportations » de la LdI (1.6 à 1.11).

ainsi les transferts des exportations[786], permettant de favoriser les industries (européennes) des États parties. Il fluidifiait la délivrance de licences, notamment dans le cadre de programmes d'armement en coopération, avec pour ambition d'améliorer la sécurité d'approvisionnement entre les États parties[787]. À bien des égards, le processus de la LdI était « *précurseur* » de la directive 2009/43/CE, qui allait en étendre les principes à l'échelle de l'UE[788].

463. Avant même cette directive, un Code de conduite européen sur les exportations d'armes de 1998[789] a été adopté. « *De portée essentiellement politique* » et non contraignant[790], ce Code a ainsi créé un mécanisme de transparence des politiques d'exportation d'armement, sur la base de huit critères d'exportation vers des pays tiers. Le Code de conduite a depuis été remplacé par la position commune du 8 décembre 2008, juridiquement contraignante, et qui actualise les huit critères d'exportation initiaux[791].

---

[786] Décret n°2001-1075, *op. cit*. Une exportation désigne « tout mouvement d'articles de défense ou de services de défense entre une Partie et un État qui n'est pas une Partie » (article 2, h), tandis qu'un transfert signifie « *tout mouvement d'articles de défense ou de services de défense entre les Parties* » (article 2, n).

[787] L'accord-cadre introduit notamment la *licence globale de projet* dans le cadre de programmes d'armement en coopération (article 12). Sur la base d'un consensus entre les parties, l'accord-cadre vise également à coordonner les exportations dans le cadre d'un tel programme. Cette coordination doit se réaliser au regard des caractéristiques des équipements concernés, des destinations d'exportation autorisées, définies et modifiées sous la responsabilité des parties, ainsi que de la liste des embargos internationaux (article 13). Par ailleurs, les parties souhaitent simplifier les procédures de délivrance de licences dans le cadre de la sous-traitance entre des industries situées sur le territoires des États parties (article 16). Enfin, ces derniers visent l'amélioration de la sécurité d'approvisionnement, par une rationalisation des procédures de délivrance de licences nationales applicables aux transferts entre les Parties d'articles de défense et de services de défense associés produits nationalement (article 17).

[788] J.-B. MARIS, *op. cit.*, p. 443.

[789] Conseil de l'Union européenne, Code de conduite en matière d'exportation d'armements, 5 juin 1998, 8675/2/98, PESC, 11 p. (révisé le 8 juin 1998) ; S. MATELLY, « Un code de conduite européen pour sécuriser les exportations ? Le cas des exportations d'armes en Europe », *Les cahiers Irice*, 2010, n°6, p. 93-110.

[790] J. de ROHAN, *op. cit.*, p. 26. J.-B. MARIS (*op. cit.*, p. 444) souligne que « *conformément à l'article 46 TUE, la* [CJCE] *n'avait* (…) *pas compétence pour en imposer l'application* ». Pour les limites de ce caractère non-contraignant, voy. p. 445-446.

[791] Les États membres s'engagent sur les huit critères suivants : respect des obligations et engagements internationaux des États membres, en particulier des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies ou l'Union européenne, des accords en matière, notamment, de non-prolifération, ainsi que des autres obligations internationales (1er critère) ; respect des droits de l'homme dans le pays de destination finale et respect du droit humanitaire international par ce pays (2e critère) ; situation intérieure dans le pays de destination finale (existence de tensions ou de conflits armés) (3e critère) ; préservation de la paix, de la sécurité et de la stabilité régionales (4e critère) ; sécurité nationale des États membres et des territoires dont les relations extérieures relèvent de la responsabilité d'un État membre, ainsi que celle des pays amis ou alliés (5e. critère) ; comportement du pays acheteur à l'égard de la communauté internationale, et notamment son attitude envers le terrorisme, la nature de ses alliances et le respect du droit international (6e critère) ; existence d'un risque de détournement de la technologie ou des équipements militaires dans le pays acheteur ou de réexportation de ceux-ci dans des conditions non

464. Ces premières initiatives ont inspiré et permis l'adoption d'une directive dédiée à la simplification des transferts intracommunautaires de produits liés à la défense : la directive 2009/43/CE.

2. La directive 2009/43/CE

465. La directive 2009/43/CE, au champ d'application restreint aux transferts intracommunautaires de produits liés à la défense (a), établit des principes ayant pour objectif général un renforcement du MEED, et donc de la BITDE (b).

a. Champ d'application

466. Relevant que les dispositions du Traité relatives au marché intérieur s'appliquent aux produits liés à la défense, la directive 2009/43/CE souligne par ailleurs les effets néfastes de la divergence des dispositions nationales sur l'innovation, la coopération industrielle et la compétitivité du secteur de la défense au sein de l'Union[792]. Face à l'insuffisance de la mise en œuvre des dispositions relatives aux principes de la libre circulation des marchandises et des services en la matière, il convient, comme pour les MDS, d'établir un pont entre droit commun et régime dérogatoire. La directive appelle donc à une harmonisation des *procédures*, bien qu'elle n'entende pas porter atteinte aux *politiques* d'exportation des États en matière de produits liés à la défense, lesquels demeurent souverains[793].

467. La directive s'applique ainsi aux *transferts* de *produits liés à la défense*. Cette notion ne fait pas l'objet d'une définition, mais repose sur une liste indiquée en annexe. Cette dernière

souhaitées (7e critère) ; compatibilité des exportations de technologies ou d'équipements militaires avec la capacité technique ou économique du pays destinataire, compte tenu du fait qu'il est souhaitable que les États répondent à leurs besoins légitimes de sécurité et de défense en consacrant un minimum de ressources humaines et économiques aux armements (8e critère).

[792] Directive 2009/43/CE, considérant 3.

[793] *Ibid.*, Considérant 6 et 7.

reprend la liste commune des équipements militaires de l'UE[794]. Cette annexe est exclusive des biens double-usage, encadrés par le règlement 2021/821[795]. En revanche, d'autres termes sont définis. Ainsi, la notion de *transfert* renvoie à « *Toute transmission, ou mouvement d'un produit lié à la défense, d'un fournisseur vers un destinataire situé dans un autre État membre* »[796], un fournisseur désigne « *la personne physique ou morale établie dans la Communauté qui est légalement responsable d'un transfert* »[797], et un destinataire est « *la personne physique ou morale établie dans la Communauté qui est légalement responsable de la réception d'un transfert* »[798]. À l'instar du processus de la LdI, la directive assimile le transfert aux mouvements intra-européens, en complément de la position commune[799].

468. Ce champ d'application est toutefois restreint par les dispositions dérogatoires du traité, au premier rang desquelles les articles 36 et 346 TFUE[800].

b. Principes généraux

469. La directive 2009/43/CE repose classiquement sur un système de licences dont le champ d'application est européen. Ainsi, pour ce texte, une licence de transfert est « *une autorisation délivrée par une autorité nationale d'un État membre qui permet aux fournisseurs de transférer des produits liés à la défense à un destinataire situé dans un autre État membre* »[801]. Lorsque l'opération en cause est un MDS, le demandeur est le titulaire ou ses

[794] Dans sa dernière version mise à jour, voy. la Liste commune des équipements militaires de l'Union européenne adoptée par le Conseil le 20 février 2023, (PESC) 2023/C 72/02).
[795] Règlement (UE) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2021 instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage, JO L 206 du 11 juin 2021, p. 1.
[796] Directive 2009/43/CE, article 3.2.
[797] *Ibid.*, article 3.3.
[798] *Ibid.*, article 3.4.
[799] J.-B. MARIS, *op. cit.*, p. 471. L'auteur souligne que « *la logique voudrait que, à terme, les exportations d'armements soient intégrées, du moins en partie, dans le marché intérieur* », rappelant que « *la Commission et la Cour ont répété à plusieurs reprises que les produits liés à la défense entrent dans le champ d'application du* [Traité] ». Il relève ainsi que « *certains auteurs estiment qu'au vu de la compétence de la Commission en matière de lutte contre la prolifération des armes légères et de petit calibre, reconnue par la Cour de justice dans un arrêt du 20 mai 2008* [CJCE, 20 mai 2008, *Commission contre Conseil*, aff. C-91/05] (…) *il ne serait pas incohérent d'adopter des mesures sur le contrôle des exportations des produits liés à la défense dans le cadre du marché européen* ».
[800] Cf. *infra* §513 et s.
[801] Directive 2009/43/CE, article 3.5. Une licence d'exportation est quant à elle « *une autorisation de fournir des produits liés à la défense à une personne physique ou morale située dans un pays tiers* » (article 3.6).

sous-contractants, tandis que le destinataire peut être l'acheteur ou le titulaire du marché (dans le cadre d'un sous-contrat). Sauf exceptions liées à des raisons de sécurité publique ou d'ordre public, l'autorisation est applicable à l'ensemble du territoire de l'UE saisi globalement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une autre autorisation lorsque les produits ne font que passer par ledit territoire (importation ou transit). Par ailleurs, les États membres peuvent exempter certains transferts d'une autorisation préalable dans certaines hypothèses limitativement énumérées[802]. Trois types de licences de transfert se distinguent : la licence peut être *individuelle*, *globale* ou *générale*.

470. Les *licences générales de transfert* autorisent directement les fournisseurs respectant les conditions indiquées dans ladite licence à effectuer des transferts de certains produits liés à la défense à une ou plusieurs catégories de destinataires situés dans un autre État membre[803]. La Commission privilégie le recours à de telles licences, qui simplifient considérablement les flux d'échanges, facilitant ainsi la sécurité d'approvisionnement entre les États membres[804].

471. Les *licences globales de transfert* sont délivrées à la demande de fournisseurs individuels, et autorisent le transfert de produits liés à la défense à des destinataires situés dans un ou plusieurs États membres[805] (sans limitation de quantités ni de montants, dans le cadre d'une ou plusieurs opérations, pour une période de trois ans). Une telle licence est particulièrement adaptée aux programmes en coopération et aux contrats sans montant prévisible, notamment les contrats de maintenance à bons de commande[806].

---

[802] *Ibid*., article 4.2. Ces cas sont : « *a) le fournisseur ou le destinataire est une institution publique ou fait partie des forces armées ; b) les livraisons sont effectuées par l'Union européenne, l'OTAN, l'AIEA ou d'autres organisations intergouvernementales aux fins de l'exécution de leurs missions ; c) le transfert est nécessaire pour la mise en œuvre d'un programme de coopération en matière d'armements entre États membres ; d) le transfert est lié à l'aide humanitaire en cas de catastrophe, ou réalisé en tant que don dans le contexte d'une situation d'urgence ; ou e) le transfert est nécessaire à des fins de réparation, d'entretien, d'exposition ou de démonstration, ou après ces opérations* ».

[803] *Ibid*., article 5. Les licences générales sont publiées lorsque « *a) le destinataire fait partie des forces armées d'un État membre ou d'un pouvoir adjudicateur dans le domaine de la défense, qui réalise des achats dans un but exclusif d'utilisation par les forces armées d'un État membre ; b) le destinataire est une entreprise certifiée conformément à l'article 9 ; c) le transfert est effectué à des fins de démonstration, d'évaluation ou d'exposition ; d) le transfert est effectué à des fins d'entretien et de réparation, si le destinataire est le fournisseur d'origine des produits liés à la défense* ». En droit interne, la licence générale prend la forme d'un arrêté publié au JO, comprenant une liste de produits.

[804] J.-B. MARIS, *op. cit.*, p. 473.

[805] Directive 2009/43/CE, article 6.

[806] Ces avantages sont relevés par la présentation de la licence globale de transfert par le site amrmement.defense.gouv.fr (disponible en ligne).

472. Enfin, les *licences individuelles de transfert*, qui sont les plus utilisées[807], sont délivrées aux fournisseurs individuels pour une quantité spécifiée de produits liés à la défense, et pour une ou plusieurs expéditions à un destinataire[808].

473. Qu'elles soient générales, globales ou individuelles, les licences de transfert sont indispensables dans le cadre d'une candidature à un MDS, notamment (mais pas exclusivement[809]) extranationales. Ainsi, dans le contexte de ces marchés publics, les candidats doivent avoir connaissance de la complexité réglementaire, particulièrement élevée dans le secteur de la défense ou de la sécurité, ce qui comprend le contrôle des exportations. Le droit des marchés publics devra donc intégrer des règles permettant de garantir le respect des règles relatives à l'obtention des licences de transfert (voire d'exportation), tant pour garantir un traitement égal des candidatures qui requièrent de telles licences, que, plus largement la bonne réalisation du MDS.

474. D'autres mécanismes renforcent la simplification de ces transferts. Ainsi en est-il de la certification des entreprises, valable jusqu'à cinq ans, qui « *établit la fiabilité d'une entreprise destinataire, en particulier par rapport à sa capacité à respecter les restrictions à l'exportation pour les produits liés à la défense reçus au titre d'une licence de transfert d'un autre État membre* »[810]. De même, les États membres doivent veiller au respect des éventuelles restrictions à l'exportation lorsqu'un destinataire leur soumet une demande de licence

[807] J.-B. MARIS, *op. cit.*, p. 473.
[808] Directive 2009/43/CE, article 7. Les quatre cas de licences individuelles sont les suivants : « *a) la demande de licence de transfert est limitée à un seul transfert ; b) la protection des intérêts essentiels de leur sécurité ou des raisons d'ordre public l'exigent ; c) cela est nécessaire pour respecter les obligations et les engagements internationaux des États membres ; ou d) un État membre a de sérieuses raisons de croire que le fournisseur ne sera pas en mesure de remplir toutes les conditions nécessaires à l'obtention d'une licence globale de transfert* ».
[809] Un candidat national à un MDS peut ainsi souhaiter exporter des informations ou des technologies destinées à un opérateur économique issu d'un autre État membre, dans le cas où ce dernier est envisagé comme partenaire du candidat national (par exemple en tant que sous-traitant), pour les besoins de sa candidature au marché principal.
[810] *Ibid.*, article 9.2. La fiabilité d'une entreprise est évaluée selon une série de critères déterminées par la directive, relatifs à l'activité de l'entreprise (expérience en matière d'activités d'entreprises, activité industrielle pertinente dans le domaine des produits liés à la défense au sein de l'Union), aux engagements de l'entreprise (respect des conditions relatives à l'utilisation finale et l'exportation et à la diligence de l'entreprise, diligence dans le contrôle des autorités compétentes sur les utilisateurs finaux et l'utilisation finale des produits transférés, exportés ou reçus), ainsi que la description du programme interne de conformité ou du système de gestion des transferts et des exportations mis en œuvre dans l'entreprise (organisation, responsabilités, sensibilisation du personnel, mesures de sécurité physiques et techniques, tenue de registres et traçabilité des transferts et exportations).

d'exportation[811]. Enfin, « *en liaison avec la Commission, les États membres prennent toutes les mesures appropriées pour mettre en place une coopération et un échange d'informations directs entre leurs autorités compétentes nationales* »[812]. Ainsi, la directive 2009/43/CE devrait concourir au renforcement de la BITDE pour ce qui concerne les produits liés à la défense.

475. Le régime des transferts des produits liés à la défense est directement profitable aux MDS, dans la mesure où les opérateurs économiques candidats s'appuient le plus souvent sur des chaînes d'approvisionnement sur une échelle européenne. Le *paquet défense* est en cela logique. Pour que l'objectif de renforcement de la BITDE (de même que celui de l'émergence d'un MEED) puisse se réaliser, celui-ci ne peut se passer d'une telle complémentarité entre commande publique et transferts des produits liés à la défense. La commande publique génère des exportations, nécessitant donc leur contrôle. Réciproquement, les exportations des opérateurs économiques sont rendues nécessaires par les commandes des clients étatiques. La commande publique est facilitée, puisque l'exportation n'est plus en principe un blocage. De même, les exportations sont fluidifiées, à travers le décloisonnement des marchés publics.

II. La coopération intergouvernementale

476. La coopération intergouvernementale, qui a pu être qualifiée de « *voie d'avenir* »[813], est une donnée fondamentale dans la politique de défense. La directive 2009/81/CE n'ignore pas les spécificités des programmes de coopération. Ceux-ci peuvent nécessiter la mise à l'écart des règles de publicité et de mise en concurrence ; mise à l'écart que la directive organise elle-même, à l'instar des marchés conclus dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur

[811] *Ibid.*, article 10.
[812] *Ibid.*, article 12.
[813] P. BELLOUARD, « La coopération européenne en matière de défense, voie d'avenir », *Revue Défense Nationale*, 2013, n757, p. 67-72.

des activités de recherche et développement[814]. Susceptible de revêtir plusieurs formes[815], la coopération intergouvernementale concerne les États parties aux structures intergouvernementales en matière de défense, y compris en Europe[816] (A). Fondamentalement constitutives de commandes publiques, les procédures de passation spécifiques applicables à la coopération intergouvernementale sont comparables à celles du droit des marchés publics sur bien des points (B).

A. Les structures intergouvernementales de coopération en Europe

477. La coopération européenne de défense repose sur des relations intergouvernementales nouées dans des structures variées. Deux d'entre elles sont particulièrement importantes pour la réalisation de la politique de défense européenne : l'Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement (OCCAr) (1) qui n'est pas une structure de l'UE, contrairement à l'Agence européenne de défense (AED) (2).

[814] Article 13, c) de la directive 2009/81/CE, transposé à l'article L. 2515-1-8° du CCP. La mise à l'écart des règles de la directive ne signifie pas toutefois celle des principes directeurs (voy. S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit.*, p. 155), d'autant que l'État doit, lorsque seules participent des personnes relevant d'États membres, notifier à la Commission la part des dépenses de R&D dans le coût global programme, ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque État membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement. En outre, le juge administratif a rappelé l'application des principes fondamentaux de la commande publique aux autres marchés (TA Toulon, 14 octobre 2022, *op. cit.*, cf. *supra* 147-148).

[815] La coopération intergouvernementale peut ainsi être bilatérale ou multilatérale. Entre les deux, se distingue une nouvelle forme, le « *minilatéralisme* » (voy. A. PANNIER, « Le « minilatéralisme » : une nouvelle forme de coopération de défense », *Politique étrangère*, 2015, n°1, p. 37-48). Cette forme, constituée de « *coopérations plus limitées entre des États en nombre restreint* » est présentée comme étant « *sans doute une dynamique prometteuse en Europe, en dépit des multiples difficultés auxquelles* [les États] *se trouvent confrontés* » (p. 37).

[816] L'Europe n'est pas le seul champ de coopération qui intéresse la France, cette dernière étant partie à l'OTAN, structure atlantique.

1. Une structure hors Union européenne : l'Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement

478. L'OCCAr[817] est le fruit d'une initiative franco-allemande[818], rejointe par le Royaume-Uni et l'Italie, et créée par la signature de l'arrangement administratif du 12 novembre 1996 à Strasbourg. L'absence de personnalité juridique de l'OCCAr (nécessitant notamment de passer par des structures nationales pour la passation de marchés) a conduit les États à adopter la voie d'un traité *sui generis*, lors de la signature de la Convention de Farnborough le 9 septembre 1998. Cette dernière a été ratifiée en France par le décret n°2001-238 du 14 mars 2001[819]. L'OCCAr a ensuite été renforcée par la Belgique (2003), puis l'Espagne (2005).

479. Dans son préambule, la Convention de Farnborough donne les objectifs de cette structure intergouvernementale. L'OCCAr a pour but d'accroitre la coopération des États parties en matière d'armement, aux fins « *d'en améliorer l'efficacité et d'en réduire les coûts* ». L'organisation vise le meilleur rapport coût/efficacité, qu'elle considère comme une « *impérieuse nécessité* », *via* notamment une meilleure efficacité des procédures de passation des contrats. Pour cela, l'OCCAr encourage « *la constitution de maîtrises d'œuvre industrielles transnationales et véritablement intégrées* », et estime notamment que « *l'établissement d'une identité européenne en matière de défense et de sécurité* » passe par un renforcement de la coopération en matière d'armement. Se retrouve ici la logique générale du droit des marchés publics, et les objectifs européens qu'il porte s'agissant des MDS.

[817] Voy. notamment C. SCHNEIDER, « Les coopérations européennes en matière d'armement : l'OCCAR » (« Défense »), *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2019 (actualisation : Octobre 2020).

[818] Lors d'un sommet bilatéral de décembre 1993, la France et l'Allemagne décident de créer une structure d'armement commune. Le sommet franco-allemand de Baden-Baden en décembre 1995 dégage les futurs principes conducteurs de l'OCCAr.

[819] Décret n° 2001-238 du 14 mars 2001 portant publication de la convention entre le Gouvernement de la République française, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, le Gouvernement de la République italienne et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord portant création de l'Organisation conjointe de coopération en matière d'armement, signée à Farnborough le 9 septembre 1998, JORF n°69 du 22 mars 2001 (ci-après « Convention OCCAr »).

480. Dotée d'une organisation « *originale* »[820], l'OCCAr a pour mission de coordonner les programmes d'armement, en coopération ou confiés par les États membres[821]. Ses tâches sont multiples : gestion des programmes, élaboration des spécifications techniques conjointes pour le développement et l'acquisition d'équipements définis en commun, coordination des activités de recherche conjointe, des décisions nationales concernant la base industrielle commune et les technologies communes, et des investissements et de l'utilisation des centres d'essais[822].

481. Au regard de son expérience en matière de conduite des programmes de coopération et de l'utilisation de règles flexibles, le recours à l'OCCAr est aujourd'hui « *le mode de conduite le plus apte à tirer avantage des coopérations* »[823]. La France est ainsi engagée dans douze programmes parmi les seize menés par l'OCCAr[824], notamment l'avion de transport *A400M*[825], l'hélicoptère *Tigre* ou encore les frégates *FREMM*. Cependant, l'OCCAR, gestionnaire de programmes, ne réalise aucun processus d'acquisition harmonisé, « *ce qui en constitue la principale limite au regard de l'objectif de création d'un marché européen commun de l'armement* »[826].

[820] J.-B. MARIS, *op. cit*., p. 91. L'OCCAr dispose d'un conseil de surveillance, « *organe suprême de décision au sein de l'OCCAR* » (Conv. Farnborough, article 10), et d'une administration d'exécution, « *organe exécutif permanent chargé de la mise en œuvre des décisions du Conseil* » (article 19). Dans une présentation de son rapport avec la coopération européenne d'armement (Ministère des armes, « La direction générale de l'armement et la coopération européenne d'armement », Février 2022, 20 p. La DGA souligne que l'OCCAr « *peut se prévaloir de la souplesse d'une PME, par sa taille, et de procédures éprouvées, par son ancienneté* » (p. 5).

[821] Convention OCCAr, article 7.

[822] *Ibid.*, article 8.

[823] Cour des comptes, « La coopération européenne en matière d'armement : un renforcement nécessaire, soumis à des conditions exigeantes », Rapport public thématique, avril 2018, p. 39. L'OCCAr est ainsi la structure la plus utilisée pour la coopération européenne, malgré une exploitation insuffisante de ses possibilités (p. 34-35).

[824] Ministère des armées, « La direction générale de l'armement et la coopération européenne d'armement », *op. cit.* p. 5.

[825] Le programme *A400M* est globalement vu comme une réussite (voy. notamment R. PASSERIEUX, « Airbus A400M le chaînon manquant de la défense européenne », *RMCUE* 2003, p. 513). Néanmoins, la Cour des comptes a épinglé son retard, la rigidité du contrat initial et de ses avenants, bien que le programme soit prometteur sur le plan opérationnel (voy. Cour des comptes, *op. cit.*, p. 43-46).

[826] S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit*., p. 143-144. L'auteur souligne les avantages de l'OCCAr, laquelle « *permet de réaliser de réelles économies d'échelle et d'éviter certaines duplications* ».

2. Une structure au sein de l'Union européenne : l'Agence européenne de défense

482. L'AED [827] a pour origine une initiative du Conseil européen, lors de sa réunion des 19 et 20 juin 2003 à Thessalonique. L'objectif est alors de créer une agence intergouvernementale dans le domaine du développement des capacités de défense, de la recherche, des acquisitions et de l'armement. Créée par l'action commune du Conseil du 12 juillet 2004[828] et placée sous l'autorité de ce dernier, l'AED contribue à la mise en œuvre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), en particulier la politique européenne de sécurité et de défense (PESD) (devenue politique de sécurité et de défense commune, PSDC). Elle est ensuite promue par le Traité de Lisbonne en tant qu'institution de l'UE (articles 42-3 et 45 du TUE).

483. Sa mission consiste à « *assister le Conseil et les États membres dans les efforts qu'ils déploient pour améliorer les capacités de défense de l'Union européenne dans le domaine de la gestion des crises, et soutenir la PESD dans son état actuel et son développement futur* »[829]. L'AED travaille ainsi dans quatre domaines : « *le développement des capacités de défense dans le domaine de la gestion des crises* », « *la promotion et l'amélioration de la coopération européenne dans le domaine de l'armement* » (comme l'OCCAr, l'AED souhaite favoriser les acquisitions présentant un bon rapport coût-efficacité), « *en œuvrant au renforcement de la BITD et à la création d'un* [MEED] *qui soit concurrentiel sur le plan international* » ; « *l'accroissement de l'efficacité de la recherche et technologie européenne dans le domaine de la défense* »[830]. Là encore, la proximité des objectifs promus par l'AED avec ceux des MDS dans la directive 2009/81/CE est frappante.

484. Malgré les initiatives de l'AED, notamment celles concourant à l'amélioration de la coopération capacitaire européenne[831], celle-ci fait l'objet de nombreuses critiques, notamment

[827] J. DOMECQ, « Les défis de l'AED : mutations technologiques, nouvelles menaces et évolutions géostratégiques », *Revue Défense Nationale*, 2016, n° 789, p. 103-107.
[828] Action commune 2004/551/PESC du Conseil concernant la création de l'Agence européenne de défense, JOUE n° L 245 du 17 juillet 2004, p. 17-28.
[829] *Ibid*., article 2.
[830] *Ibid*., article 5.3.
[831] R. LE GLEUT et H. CONWAY-MOURET, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur « Quelle boussole stratégique pour l'Union européenne » », Sénat, n°753, 7 juillet 2021, 113 p.). Depuis 2006, l'AED établit un plan de

en raison de la délicatesse dans l'évaluation de ses performances[832], de la complexité et la rigidité de son processus de décision[833], ou encore au regard d'une certaine rivalité avec la Commission s'agissant des aspects économiques de la défense[834].

485. Son rapprochement avec l'OCCAr constitue une voie d'amélioration, simplifiant le paysage de la coopération européenne partagée entre les instruments aux périmètres similaires voire identiques. Ce rapprochement est d'ailleurs concomitant à la création de l'AED[835], qui révèle la complémentarité des deux structures qui sont des « *partenaires naturels* »[836]. Les tâches de l'AED correspondent au travail à faire en amont des fonctions confiées à l'OCCAr[837], de sorte que cette dernière apparait comme le bras droit exécutif de l'AED[838]. Ainsi, un accord de partenariat, signé le 27 juillet 2012, formalise cette coopération[839]. Le rapprochement s'achèverait avec une éventuelle fusion[840], bien que l'intégration de l'OCCAr dans l'AED serait pour certains « prématurée »[841]. Dans l'intervalle, l'UE exploite cette complémentarité,

développement capacitaire (PDC) qui « *fixe les priorités en matière de capacités de défense de l'Union européenne à court, moyen ou long terme* » (p. 41), ainsi qu'un examen annuel coordonné en matière de défense (EACD), lequel dresse « *un état des lieux du paysage européen de la défense* » (p. 42). En parallèle, l'AED a publié un code de conduite sur le partage et la mutualisation capacitaire ('*Code of conduct on pooling and sharing'*).

[832] A. MENON, « La politique de défense européenne après le traité de Lisbonne. Beaucoup de bruit pour rien », *Politique étrangère*, 2011, p. 379.

[833] P. BELLOUARD, « Enfin l'Europe s'intéresse à sa défense : un vrai réveil », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 819, p. 65.

[834] F. TERPAN, « La relance du projet européen de défense au-delà du contrôle des États », *Politique européenne*, 2020, n° 70), p. 49.

[835] Action commune 2004/551/PESC, *op. cit*, article 5.3.2.3. L'AED assume à la demande des États membres la gestion de programmes spécifiques, en recourant notamment à l'OCCAR.

[836] P. BELLOUARD, « La coopération européenne en matière de défense, voie d'avenir », *op. cit.*, p. 72. L'auteur donne en exemple les programmes *ad hoc* de l'AED confiés à l'OCCAR.

[837] J.-B. MARIS, *op. cit.*, p. 255-256.

[838] Cour des comptes, *op. cit.*, p. 34

[839] Cet accord est destiné à « *faciliter le transfert de programmes initiés au sein de l'AED vers l'OCCAR* » (P. BELLOUARD, « Enfin l'Europe s'intéresse à sa défense : un vrai réveil », *op. cit.*, p. 65).

[840] J. PUERYO et Y. FROMION, Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur la relance de l'Europe de la défense, Assemblée nationale, n°911, 9 avril 2013, p. 34. Une proposition de résolution, annexée au rapport, suggère, en vue de renforcer l'industrie de défense européenne, que « *les États travaillent à une harmonisation de la demande, sous l'égide de l'AED, et que l'AED et l'organisme adjoint de coopération en matière d'armement, dont les missions sont complémentaires et indissociables, soient fusionnés par souci de cohérence, de lisibilité, d'efficacité* ».

[841] S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit.*, p. 149. L'auteur identifie quatre raisons. Premièrement, le fait que les deux structures n'interviennent pas à la même étape du processus de définition des programmes d'armement. Deuxièmement, la difficulté de prendre des décisions corrélée au nombre de membres de la nouvelle structure émanant de cette intégration, troisièmement, le risque de compromission de « *l'acquis et* [de] *l'expérience engrangés par* [l'OCCAR] », et, quatrièmement, le risque de « *perturber la structure encore naissante de l'AED* ».

notamment dans le cadre de la coopération structurée permanente (CSP) visée à l'article 42, paragraphe 6 du TUE[842].

486. Ainsi, l'AED et l'OCCAr, bien que distinctes, jouissent d'une complémentarité favorable à leurs objectifs respectifs, et ce d'autant plus que leurs méthodes d'acquisition présentent des traits communs.

B. Les procédures de passation intergouvernementales

487. Les procédures de passation de marchés de l'OCCAr et de l'AED utilisent également une méthode concurrentielle (1), dans un contexte où, pourtant, l'objectif est de consolider l'industrie de défense européenne, en contradiction apparente avec le principe même de concurrence (2).

1. L'utilisation d'une méthode concurrentielle

488. L'OCCAr comme l'AED utilisent une méthode concurrentielle non sans faire directement référence au droit des marchés publics. En effet, l'OCCAr s'inspire de ce droit, à travers une proximité de logique, se référant en particulier la directive 2009/81/CE (a). L'AED est quant à elle un pouvoir adjudicateur, et applique les directives marchés publics (b).

[842] Les États membres de la CSP s'engagent « *à participer, le cas échéant, au développement de programmes communs ou européens d'équipements majeurs dans le cadre de l'Agence européenne de défense* ». Or, dans une position commune du Conseil (Décision (PESC) 2017/2315 du Conseil du 11 décembre 2017 établissant une coopération structurée permanente (CSP) et fixant la liste des États membres participants), les États membres adhèrent à un l'engagement d'« *avoir recours à l'AED, en tant que forum européen pour le développement de capacités communes, et considérer l'OCCAR comme l'organisme privilégié pour la gestion des programmes en commun* ».

a. L'OCCAR : le rapprochement avec les directives marchés publics

489. Initialement, l'OCCAr avait pour principe de recourir à un *calcul analytique du juste-retour industriel*, programme par programme, selon lequel l'attribution des contrats aux industriels se fait au *prorata* de la participation de son État au sein de l'OCCAr[843]. Néanmoins, la Convention OCCAr marque un renoncement des États membres au principe de juste retour[844], afin de « *permettre le renforcement de la compétitivité de la base industrielle et technologique de défense européenne* ». Il est remplacé par la recherche d'un *équilibre global* entre la part de travail et la part de coût sur plusieurs programmes et plusieurs années (concept d'équilibre global[845]). Pour ce faire, la Convention s'appuie sur un modèle concurrentiel. Sans en faire l'analyse complète, il est possible d'en dégager les principes généraux, qui démontrent la proximité entre les règles de l'OCCAr et celles prévues pour les marchés publics[846].

490. L'article 24 de la Convention OCCAr dispose que « *les contrats et les contrats de sous-traitance sont attribués de façon générale après mise en concurrence* », selon un principe de *best value for money*. Lorsque les exigences de défense ou de sécurité ou l'amélioration de la compétitivité de la BITD l'imposent, « *la concurrence et l'attribution des contrats concernant les activités de recherche et de technologie en matière d'armement, peuvent être limitées aux sociétés, instituts, organismes ou institutions appropriées sous la juridiction d'un État participant au programme concerné* » (article 24.4). À l'instar des marchés publics, la mise en concurrence des contrats de l'OCCAr fait l'objet d'une publication « *par les voies appropriées* » (article 26)[847], tandis que les critères de qualification et de choix des soumissionnaires et les critères d'évaluation des offres sont « *définis en termes précis avant le lancement des consultations et rendus publics* » (article 27). Enfin, les sociétés non retenues

[843] L'Agence spatiale européenne (ESA) applique elle-même un principe de juste retour géographique, non sans une certaine critique des industriels. Voy. notamment Cour des comptes, Rapport annuel 2019, Tome 1 : Les observations, février 2019, p. 105 : « *s'il est légitime que les États contribuant au développement des lanceurs aient un juste retour géographique de leur investissement, ces règles de retour devraient être à tout le moins assouplies. Elles devraient notamment être gérées de façon pluriannuelle et globale au niveau de l'ensemble des programmes spatiaux européens* ».
[844] Convention OCCAr, article 25. Ainsi, en cas de mise en concurrence, « les contrats sont attribués en règle générale en tenant compte de la compétitivité des offres reçues plutôt que des contributions financières apportées par les participants ».
[845] OCCAr, Principal Programme Management Procedure (OMP 1), 8 décembre 2016, 56 p. Le concept de *Global Balance* (GB) est défini à l'article 4.9.
[846] J.-B. MARIS, *op. cit*., p. 109. « *L'originalité des processus contractuels ne repose pas tant sur les règles elles-mêmes que sur la matière qu'elles régissent* », c'est-à-dire les programmes de coopération.
[847] Ces publications prennent la forme d''*Invitation to Tender*' (ITT) ou '*Request for Proposal*' (RFP).

peuvent, à leur demande, être informées « *des raisons de leur exclusion ou de la non-acceptation de leur offre* » (article 30).

491. Pour appliquer ces principes, l'article 23 de la Convention OCCAr prévoit que les règles et procédures d'acquisition détaillées de l'OCCAr font l'objet d'un règlement adopté par le Conseil de surveillance. La dernière version de ce règlement ('*Contract Placement Procedure*', OMP 5), en date du 28 juin 2019[848], a été révisée à la lumière des directives 2009/81/CE et 2014/24/UE. L'OCCAr applique ainsi des principes directeurs identiques aux directives, puisqu'elle doit traiter tous les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, sans discrimination, et agir de manière transparente et proportionnée (OMP 5, article 3.2.1.2)[849]. De même, les procédures de passation de l'OCCAr sont comparables à celles prévalant pour les marchés publics[850]. Les contrats de l'OCCAr font l'objet d'une préparation là encore comparable, puisqu'ils sont notamment sujets aux consultations préalables, à l'allotissement, ou encore aux variantes. Le choix des candidats, participants ou partenaires, se fonde sur des critères de sélection[851] et des critères d'attribution[852]. Enfin, l'OCCAr applique la mise en concurrence aux sous-contrats, soulignant que la concurrence doit être encouragée tout au long de la chaîne d'approvisionnement[853].

---

[848] OCCAR, Contract Placement Procedure (OMP 5), 28 juin 2019, 44 p.

[849] De même que la conception du marché ne doit pas être faite dans l'intention de restreindre artificiellement la concurrence, en favorisant ou désavantageant indûment certains opérateurs économiques (OMP 5, article 3.2.1.3).

[850] OMP 5, article 4. L'OCCAr passe ses contrats selon une procédure ouverte (article 4.2) ou restreinte (article 4.3), une procédure concurrentielle avec publication d'un avis de marché (article 4.4), un dialogue compétitif (article 4.5), un partenariat d'innovation (article 4.6) ou une procédure avec négociation sans publication d'un avis de marché (article 4.7).

[851] Ces critères de sélection sont articulés autour de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle (OMP 5, article 5.2.1.2), la situation économique et financière (article 5.2.1.3), ainsi que la capacité technique et/ou professionnelle (article 5.2.1.4). Les candidats peuvent également s'appuyer sur les capacités d'autres opérateurs économiques (article 5.2.1.5) et peuvent faire l'objet d'une exclusion (article 5.2.1.6), notamment sur la base de la sécurité d'approvisionnement.

[852] Les critères d'attribution (OMP 5, article 5.3.1.2), qui permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, reprennent à l'identique ceux de l'article 67 de la directive 2014/24/UE. Par ailleurs, l'OCCAr applique également un dispositif contre les offres anormalement basses (article 5.2.1.7). Enfin, l'offre doit présenter les mêmes garanties en termes de sécurité des informations que celles prévues à l'article 22 de la directive 2009/81/CE.

[853] La sélection des sous-contractants incombe au contractant, cependant que l'OCCAr a, selon des circonstances exceptionnelles, la possibilité d'orienter le choix vers un sous-contractant spécifique (OMP 5, article 6.1.2). En cas de contrat non concurrentiel, le contractant doit fournir les preuves de la manière dont il entend obtenir la plus grande concurrence au niveau des sous-traitants (article 6.1.3). Exceptionnellement, l'OCCAr peut participer à la sélection des sous-traitants, afin de préserver les intérêts des États membres, selon deux configurations (article 6.1.4). Dans un premier cas, l'avis de marché peut fournir des orientations sur la répartition des prestations (article 6.1.4.ba), afin de rétablir l'équilibre global. Dans le second cas, cette participation est fondée sur des questions de sécurité

492. Ainsi, l'OCCAr applique un modèle concurrentiel à la logique, aux méthodes et à la terminologie très proches voire quasi-identiques à celles des marchés publics. Il est possible d'y voir un certain triomphe de la libre concurrence, y compris dans le secteur de la défense, ce qui n'allait pas de soi initialement (elle constitue un symptôme de la libéralisation globale de ce secteur).

493. Ce constat se vérifie également, *a fortiori* en matière d'acquisition de l'AED.

b. L'AED : l'application du droit des marchés publics

494. En tant qu'institution de l'UE, l'AED est considérée comme pouvoir adjudicateur pour ses propres marchés. Conformément à la décision 2016/1353 du Conseil[854], l'Agence est soumise au respect du règlement relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union[855], en particulier les *Dispositions applicables aux marchés passés par les institutions de l'Union pour leur propre compte*. Ces dernières reprennent essentiellement les dispositions des directives marchés publics[856]. L'AED peut toutefois conclure des contrats sans avoir recours à une procédure de passation de marché public en présence de certains cocontractants,

---

d'approvisionnement ou de stratégie industrielle qui impose l'attribution des sous-contrats à des fournisseurs d'un ou plusieurs pays particuliers (article 6.1.4.b). Enfin, l'OCCAr peut rejeter les sous-contractants proposés, au cours de la procédure de passation ou en cours d'exécution, sur la base des critères du marché principal.

[854] Décision (UE) 2016/1353 du Conseil du 4 août 2016 concernant les règles financières de l'Agence européenne de défense et abrogeant la décision 2007/643/PESC, JOUE L 219 du 12 août 2016, p. 98-119 (ci-après « Décision 2016/1353 »).

[855] Règlement (UE, Euratom) 2018/1046 Parlement européen et du Conseil du 18 juillet 2018 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, modifiant les règlements (UE) n° 1296/2013, (UE) n° 1301/2013, (UE) n° 1303/2013, (UE) n° 1304/2013, (UE) n° 1309/2013, (UE) n° 1316/2013, (UE) n° 223/2014, (UE) n° 283/2014 et la décision n° 541/2014/UE, et abrogeant le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012, JOUE L 193 du 30 juillet 2018, p. 1-222 (ci-après « Règlement 2018/1046 »).

[856] Dans l'ensemble, les règles applicables aux marchés passés par les institutions de l'UE sont très proches de directives marchés publics. Outre l'application des seuils de la directive 2014/24/UE, leurs marchés respectent les principes de transparence, de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non-discrimination (Règlement 2018/1046, article 160), et appliquent des mesures de publicité au JOUE (article 163). Les procédures de passation prennent des formes identiques aux directives marchés publics (article 164), tandis que l'acheteur peut procéder à une consultation du marché en vue de la préparation de la procédure (article 166). De même, les marchés obéissent à des critères de sélection et d'attribution identiques (article 167), et les soumissionnaires disposent d'un droit d'information sur les motifs de rejet de leur demande de participation ou de leur offre (article 170).

telle la Commission[857]. Elle peut également suivre une *procédure de passation de marchés conjointe*, notamment dans le cadre des actions de collaboration avec les États membres, tels la gestion de projets ou programmes *ad hoc*[858].

495. Les procédures de passation applicables aux marchés de l'AED sont très proches avec les directives « marchés publics ». À l'instar de celles applicables à l'OCCAr, elles démontrent la prévalence du modèle concurrentiel sur les autres méthodes d'acquisition, telles que le juste retour. Dans l'ensemble, une convergence renforcée des méthodes s'observe donc entre la voie de la commande publique et celle de la coopération intergouvernementale. Toutefois, si le renforcement de la BITDE (et l'émergence du MEED) sont des enjeux communs entre la commande publique et la coopération intergouvernementale, les deux voies ont des objectifs qui peuvent sembler divergents voire contradictoires. En effet, la coopération intergouvernementale s'intègre dans un objectif de consolidation du MEED.

2. Critique de l'objectif de consolidation du marché européen de la défense

496. L'AED comme l'OCCAr, en tant que structures de coopération, participent à l'objectif de consolidation du marché européen de la défense. Ce dernier, central dans leur construction, consiste à rationaliser tant l'offre que la demande à l'échelle européenne, et à favoriser l'émergence d'industriels transfrontaliers. Dès lors, se pose la question de son articulation avec la diffusion d'un modèle concurrentiel promu par le droit des marchés publics.

497. La consolidation du marché européen de la défense est un prérequis pour faire face à la concurrence internationale, et pour permettre la pérennité de la BITDE. Parce qu'elle fait l'économie d'un programme national (nécessairement plus coûteux), la coopération intergouvernementale permet de réaliser des économies sur les coûts d'acquisition et de possession des équipements de défense, partagés entre les États. Ainsi, la coopération est indispensable à la consolidation, afin de lui donner la taille critique et la compétitivité

[857] Décision 2016/1353, article 33, 3.
[858] *Ibid.*, article 34, 2. Dans le cas où la part du marché conjoint revenant au pouvoir adjudicateur d'un ou plusieurs États membres est égale ou supérieure à 50% du montant, les règles des directives 2014/24/UE et 2009/81/CE s'appliquent (article 34, 3).

nécessaires[859]. La politique du contrôle des concentrations de la Commission tient d'ailleurs compte de l'impératif de consolidation dans le secteur de la défense, faisant preuve de pragmatisme, de sorte que « *de grands groupements industriels ont pu se faire sans que, finalement, la Commission européenne ne les examine au regard de l'objectif de concurrence* »[860]. Or, le droit des marchés publics promeut la pluralité de l'offre et de la demande. La conciliation entre la fonction du droit des marchés publics et la consolidation du marché de la défense parait de prime abord délicate[861].

498. T. Kirat et D. Bayon appelaient ainsi à une clarification de la politique de la Commission européenne en termes de concurrence et d'ouverture des marchés, jugeant que « *La position de la Commission sur le rapport entre la concurrence et la consolidation des industries de la défense est déconcertante* ». Les auteurs soulignent que « *la concentration est contradictoire avec la concurrence, en termes de structure de marché* », relevant que, « *dans le même temps, la Commission soutient que la concurrence entre entreprises européennes d'équipements de défense est une vertu dont les États membres ne devraient se passer* »[862].

499. S'agissant de la concurrence dans les marchés publics, l'approche est centrée sur la mise en concurrence des offreurs, et suppose donc de maintenir plusieurs opérateurs économiques pour une même prestation, l'atomicité du marché étant d'ailleurs l'une des conditions classiques pour que les mécanismes du marché produisent les effets positifs que la théorie économique en attend. Dans ce cas, « *l'ouverture des marchés nationaux risque de créer des tensions concurrentielles entre entreprises européennes qui, au lieu de coopérer dans l'intérêt commun, seront engagées dans des rivalités qui risquent de déboucher sur des risques de disparition de certaines, auxquelles les États membres peuvent ne pas se résigner pour des raisons tenant à l'équilibre de leur système économique, à l'emploi, à la base industrielle de défense ou toute autre considération* »[863].

---

[859] J. BARRE, « Économie de défense et droit de la concurrence », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 825, p. 62-63.
[860] I. DE SILVA, « Économie de défense et droit de la concurrence », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 825, p. 64. L'autrice prend les exemples de British Aerospace-Lagardère (1996), Marconi-Alenia (1998) ou encore Matra-Aérospatiale (1999).
[861] La même question se pose vis-à-vis du droit de la concurrence : « *comment concilier cette nécessité de constituer des champions, de coopérer, de consolider, d'intégrer, avec le droit de la concurrence ?* » (A. BOUVIER, *op. cit.*, p. 71).
[862] D. BAYON et T. KIRAT, *op. cit.*, p. 117-118.
[863] D. BAYON et T. KIRAT, *op. cit.*, p. 118. Les auteurs ajoutent le risque de duplication induit par l'ouverture à la concurrence des marchés nationaux, de sorte que, selon eux, cette dernière « *ne saurait*

500. Il est toutefois possible de tempérer cette critique, fondée sur les effets à court terme de la concurrence, qui par nature est un mécanisme de sélection qui conduit à l'élimination des moins performants (d'où l'existence d'une régulation, notamment en matière de lutte contre les abus de domination). Le *paquet défense*, en concourant à l'ouverture progressive des marchés et des organisations industrielles, devrait favoriser les fusions et acquisitions dans le secteur européen de la défense[864]. De plus, le droit des marchés publics, et plus globalement le droit de la concurrence, a « *d'abord un objectif* [ou une *finalité*] *qui est l'efficacité de l'achat public et l'intérêt de l'acheteur public* »[865], de sorte qu'il peut s'adapter aux spécificités du secteur. De ce point de vue, la voie de la commande publique et la voie de la coopération intergouvernementale ont un potentiel de complémentarité[866].

501. Conclusion sous-section. Ainsi, la défense (européenne) est une politique qui emprunte des voies autres que celle du droit des marchés publics (tout en s'inspirant de celui-ci). Tout comme les objectifs de politique publique de droit commun, la politique de défense concerne mais dépasse la commande publique. Eu égard à l'impact de ces autres voies sur la commande publique, le droit des marchés publics devra nécessairement les intégrer dans le régime spécial applicable aux MDS. Le contrôle des exportations a un impact sur les exigences de sécurité de l'acheteur, de sorte qu'il devra être pris en compte dans les critères de marché. Sans cela, cette voie serait bloquante pour l'attribution des MDS, notamment s'agissant des opérateurs économiques extranationaux (voire nationaux, notamment dans le cas où le titulaire a par exemple recours à des sous-traitants extranationaux). De même, la coopération intergouvernementale devrait se retrouver dans le champ d'application (négatif) du régime spécial applicable aux MDS. S'ils appliquent des règles d'attribution voisines de la directive

---

tenir lieu de politique de renforcement des capacités industrielles et technologiques et de moyen de générer une spécialisation efficace des États membres ».

[864] R. BELLAIS, M. FOUCAULT et J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 33.

[865] A. BOUVIER, *op. cit.*, p. 71.

[866] J. CATS, *op. cit*. L'auteur juge que « *si le « cercle vertueux » du marché intérieur se réalise, les forces armées européennes devraient bénéficier d'un matériel technologiquement plus avancé, à un coût moindre pour les finances publiques. Les lois du marché pourraient alors permettre de finaliser à l'échelle européenne la concentration des industries de défense, entamée nationalement par choix politique au début des années 90 », de sorte que « La directive sur les marchés publics de défense et de sécurité apparaît ainsi directement complémentaire des travaux menés par l'AED* (…) *et l'OCCAr* (…) *visant à réaliser des économies dans les programmes nationaux d'armements, tout en renforçant l'interopérabilité des forces* ».

2009/81/CE, les programmes de coopération entre États membres obéissent à un processus d'attribution plus flexible vis-à-vis du principe de concurrence. En définitive, il apparait que la logique de coopération intergouvernementale et l'application du droit des marchés publics vont de pair dans la réalisation du MEED et du renforcement de la BITDE[867].

502. Conclusion de la section. La politique de défense dispose donc de voies multiples, étroitement liées entre elles. Le droit des marchés publics est un instrument parmi d'autres dans la réalisation des objectifs associés à cette politique. Le renforcement de la BITDE ne saurait être réalisé par la seule directive 2009/81/CE, de même que le MEED n'est pas seulement composé de la « commande publique concurrentielle ». Par ailleurs, ces voies ont ceci de commun qu'elles sont toutes articulées autour d'une européanisation (et d'une « *concurrentialisation* ») des règles et procédures applicables. Si certaines contradictions peuvent être identifiées, notamment à travers l'objectif de consolidation du MEED, la diffusion du modèle concurrentiel semble assurer une cohérence à l'ensemble.

503. Ainsi, la politique de défense reprend les caractéristiques d'un objectif de politique publique intégré dans le droit des marchés publics, cependant qu'elle se distingue au regard de son impact sur ce dernier. En effet, dans le cas de la défense, l'encadrement passe par une spécialisation du régime. Les particularismes du secteur sont tels que la politique de défense ne saurait se contenter d'un assouplissement de règles éparses de la passation des MDS. C'est l'ensemble de la procédure qui doit évoluer, par des ajouts, modifications, suppressions de règles, depuis la préparation du marché jusqu'à sa fin. Cela souligne en définitive que la politique de défense est la finalité spécifique des MDS. De ce point de vue, elle n'est pas seulement un objectif, mais l'objet même du régime spécial à bâtir.

[867] S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit*., p. 150. L'auteur souligne que l'avenir du *marché européen des armements et équipements de défense*, « qui pâtit aujourd'hui de l'absence de nouveaux programmes », doit, outre les mécanismes de coopération, « *également progressivement intégrer des mécanismes d'harmonisation dont la Commission européenne contrôle et gère les rouages dans le cadre de l'établissement et du développement du marché intérieur de l'Union* ». En d'autres termes, il s'agit « *d'approfondir le marché intérieur de la défense et de la sécurité en veillant tout d'abord à la pleine application des instruments existants en matière de libre circulation et de libre concurrence* », ce qui comprend la coordination des procédures de passation des marchés publics de défense ou de sécurité prévue par la directive 2009/81/CE.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

504. Les développements politiques des marchés publics sont incarnés par des objectifs de politique publique, divers dans leur objet mais aussi dans leur impact sur le droit des marchés publics. L'analyse des développements politiques sous l'angle des achats dans le domaine de la défense permet de dégager des principes, des règles et des caractéristiques communes à l'ensemble des objectifs de politique publique. Ainsi, si ces objectifs dépassent les seuls marchés publics, ceux-ci constituent un vecteur de première importance pour les réaliser. En effet, le poids économique de la commande publique fait d'elle un levier fondamental de l'action publique. Tandis que la finalité du droit des marchés publics autorise sinon encourage la prise en compte des objectifs de politique publique, sa fonction nécessite de les intégrer dans le respect d'une mise en concurrence.

505. Ensemble, les objectifs de politique publique constituent leur propre écosystème. Ils interagissent entre eux. Le développement durable suppose une meilleure prise en compte du tissu local et notamment des PME (non sans limites), et requiert notamment l'innovation. L'objectif d'innovation repose par ailleurs sur des structures précisément innovantes, au premier rang desquelles les PME. En retour, ces dernières peuvent accéder aux marchés publics *via* une meilleure prise en compte de l'innovation et des objectifs de développement durable. Ces liens entre les objectifs de politique publique sont d'autant plus vrais en ce qui concerne le secteur de la défense ou de la sécurité, lequel focalise toutes les problématiques et solutions envisageables relatives aux politiques publiques de droit commun. En outre, dans le cas de la défense ou de la sécurité, l'intégration de la politique de défense doit être totale, au point que l'objectif de politique de défense soit, en réalité, l'objet du régime spécial applicable à ces marchés. Pour le dire autrement, l'instrumentalisation est inévitable, tant le régime, pour pouvoir encadrer son objet, doit nécessairement s'articuler autour de considérations économiques, techniques, voire politiques.

506. Au sein de cet écosystème de politiques publiques, la concurrence apparait moins comme un objectif qu'un prérequis. La prise en compte d'objectifs politico-économiques est possible tant qu'elle n'empêche pas le droit des marchés publics d'exercer sa fonction. Ainsi, *tout est autorisé, à l'exception de ce qui est interdit*, spécifiquement par le principe de

concurrence. Par son adaptation au contexte de l'achat public, la concurrence ne constitue plus un frein, mais davantage une matrice des politiques publiques. La bonne mécanique entre fonction et finalité du droit des marchés publics suppose alors que ses développements politiques – et donc l'instrumentalisation des marchés publics – reposent sur cette matrice. En ce sens, cette mécanique ne constitue pas une *confrontation*, mais une *conciliation*[868].

[868] Le 6e considérant de la décision n°2001-452 du Conseil constitutionnel du 6 décembre 2001 (*op. cit.*) synthétise ce besoin de *conciliation*.

CONCLUSION TITRE 1

507. L'étude de la génétique du droit des marchés publics révèle bien le potentiel d'un écosystème entre les dimensions de « défense » et d'« achats ». À cet égard, les marchés publics dans le domaine de la défense soulignent la richesse des fondements concurrentiels du droit des marchés publics. Ces derniers ont constitué la porte d'entrée vers les développements politiques de ce droit. Ces fondements concurrentiels et développements politiques font apparaitre le droit des marchés publics comme un écosystème juridique, vivant et évolutif, et *a priori* propice à l'instrumentalisation des marchés publics.

508. En assumant davantage sa finalité, dans le cadre de sa fonction de création des conditions du libre jeu de la concurrence, le droit des marchés publics s'est peu à peu tourné vers la réalisation d'objectifs de politique publique, de plus en plus variés et, pour certains d'entre eux, exerçant une influence certaine sur les règles de la commande publique. Fort de cette dimension écosystémique de plus en plus évidente, le droit des marchés publics dispose intrinsèquement des outils et de la flexibilité nécessaire pour ce faire. L'intégration des achats de défense dans le champ du droit des marchés publics n'aurait d'ailleurs peut-être pas été possible sans ce « nouvel âge » de la commande publique, dont l'instrumentalisation est aujourd'hui inscrite dans les textes-mêmes. Elle témoigne de ce que le droit des marchés publics constitue l'écosystème propice à l'accueil d'un secteur aussi « public » et « politique » qu'est celui de la défense.

509. L'instrumentalisation de la commande publique (de défense) peut donc s'appuyer sur l'écosystème qu'est le droit des marchés publics. De cet écosystème va alors pouvoir émerger une notion de marché public dédié à la défense, et, par conséquent, tournée vers son instrumentalisation.

TITRE 2. L'EMERGENCE D'UNE NOTION DE MARCHE DE DEFENSE OU DE SECURITE INTEGREE AUX CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

510. Si le droit des marchés publics est intrinsèquement propice à intégrer les achats de défense en tant qu'écosystème, encore faut-il qu'il soit en mesure de corriger le vide juridique dont ont fait l'objet ces achats. En effet, ces derniers étaient initialement partagés entre l'application du droit commun des marchés publics, inadapté aux spécificités de la défense, et celle de l'article 346 TFUE[869], disposition dérogatoire et donc en principe exceptionnelle. Il a donc fallu que le droit des marchés publics évolue, afin que l'écosystème potentiel soit une réalité, ce qui a conduit à une qualification juridique particulière des achats de défense.

511. Avant la directive 2009/81/CE, l'essentiel des achats de défense échappaient de fait à l'application du droit des marchés publics. Le recours généralisé à l'article 346 TFUE, toléré bien qu'inadéquat au regard des textes (y compris de l'article 346 TFUE lui-même), a conduit à voir les achats de défense faire très largement l'objet de procédures nationales. Comment le droit des marchés publics a-t-il pu faire émerger une notion de MDS qui puisse à la fois correspondre à la réalité politico-économique du secteur de la défense, et, dans le même temps, garantir le libre jeu de la concurrence dans ce secteur qui relevait encore du pré carré étatique (et qui le demeure à bien des égards) ? Les développements politiques du droit des marchés publics, en parallèle du dépassement progressif de l'horizon national du secteur de la défense au lendemain de la guerre froide, ont assurément constitué un contexte favorable à la mise en œuvre d'une notion de MDS.

512. Il se trouve que l'instrumentalisation de l'article 346 TFUE dessine une proto-notion de MDS (Chapitre 1), sur la base de laquelle le droit des marchés publics a pu, en sus de ses notions les plus fondamentales, faire émerger une notion de MDS intégrée aux marchés publics (Chapitre 2).

[869] Anciennement article 223 du Traité de Rome, puis 296 CE.

CHAPITRE 1. LA PROTO-NOTION DE MARCHE DE DEFENSE OU DE SECURITE PAR L'INSTRUMENTALISATION DE L'ARTICLE 346 TFUE

513. L'instrumentalisation de l'article 346 TFUE par les États membres a servi de modèle pour bâtir la notion de MDS, laquelle doit résulter d'une adaptation du droit des marchés publics au secteur de la défense. Mais par un curieux contrecoup, la construction d'une notion sur mesure et spécifique de MDS a également pour objectif de limiter et de rationaliser le recours à l'article 346 TFUE.

514. Avant de constituer un objet juridique identifiable, par leur intégration au sein du droit des marchés publics, les achats de défense ont longtemps été incertains dans leurs contours, à mi-chemin entre leur qualité de marché public et leur dimension dérogatoire. Pourtant, une « proto-notion de MDS » se dégageait déjà, à travers l'interprétation et les conditions de recours à l'article 346 TFUE.

515. Cette disposition présente une double nature qui peut paraitre, de prime abord, paradoxale[870]. Elle est ainsi un instrument de la souveraineté des États membres, préservant cette dernière de l'application des règles du Traité, et notamment du principe de concurrence dans le cadre de marchés publics. De ce point de vue, il est possible de qualifier l'article 346 TFUE de « *clause de sauvegarde* », en particulier des intérêts essentiels de sécurité des États membres. Ce point est renforcé par la circonstance qu'il s'agit d'une exemption au champ d'application universel du Traité, dans la mesure où l'article 346 TFUE est placé parmi les dispositions générales et finales. Il en résulte une « *portée générale, laquelle est susceptible d'affecter toutes les dispositions de droit commun du traité, notamment celles relatives aux règles de concurrence* »[871]. Longtemps, dans le contexte d'une absence de contrôle de son utilisation, cette vision souverainiste l'a emporté, de sorte que l'article 346 TFUE a constitué

[870] Cette double-nature vient rappeler que les marchés publics dans le domaine de la défense ont toujours été pris « en tenaille » entre le droit commun et le droit dérogatoire.
[871] TPICE, 30 septembre 2003, *Fiocchi Munizioni c. Commission*, aff. T-26/01, Rec. 2003, p. II-3951 (point 58).

un « verrou », à rebours de la constitution d'un marché européen de l'armement[872], en tant que « *réel obstacle à la consolidation du marché intérieur de la défense* »[873].

516. Toutefois, l'article 346 TFUE n'est pas seulement un instrument de cette souveraineté. Du moins, cette qualité est conditionnée à l'autre face de l'article 346 TFUE. En effet, sa qualité d' « *exception de sécurité* »[874] ne l'empêche pas de reposer également sur une « *logique du marché et de la concurrence* »[875], puisque les mesures prises sur son fondement « *ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* » (article 346, §2 TFUE). Or, quelle que soit la vision qui prédomine (souverainiste ou concurrentielle), l'application de l'article 346 TFUE semble relever d'une instrumentalisation (au profit des intérêts étatiques ou de la politique du marché intérieur). L'enjeu du présent chapitre est donc de voir comment l'utilisation et l'encadrement de l'article 346 TFUE ont permis de dégager une proto-notion suffisamment claire et rationnelle pour servir de base à celle de MDS.

517. À travers l'étude du domaine d'application de cette disposition (Section 1) et de la notion d'intérêts essentiels de la sécurité des États membres, qui en est la pierre angulaire (Section 2), c'est donc l'origine des MDS qui apparait à travers l'étude d'une proto-notion qui lui a légué une partie – sinon l'essentiel – de son patrimoine génétique.

Section 1. Domaine d'application

518. Le domaine d'application de l'article 346 TFUE interroge la défense (et la sécurité) : que recouvre-t-elle exactement ? Faut-il l'entendre *stricto* ou *largo sensu* ?

---

[872] A. MILLET-DEVALLE, « Vers un marché européen de l'armement ? », *in* J. AUVRET-FINCK (dir.), *Vers une relance de la politique de sécurité et de défense commune ?*, Larcier, coll. « Europe(s) », 2014, p. 219. 356 p.
[873] S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit.*, p. 158.
[874] F. TERPAN, « La relance du projet européen de défense au-delà du contrôle des États », *Politique européenne*, 2020, n° 70, p. 54.
[875] F. TERPAN, « La CJUE et les marchés publics de défense : l'encadrement des intérêts nationaux de sécurité », *RTDE,* 2016, p. 495.

519. Ce domaine d'application a fait l'objet d'une certaine incertitude juridique. Cette problématique a longtemps été mise de côté en raison du recours généralisé par les États membres à cette disposition et de l'absence de contrôle effectif de la Cour de justice en la matière. De fait, l'article 346 TFUE constituait alors une clause de sauvegarde quasi automatique des intérêts essentiels de la sécurité des États membres. Le contexte post-guerre froide a incité la Commission et la Cour de justice à jouer leur rôle de contrôle à l'égard des mesures nationales prises sur le fondement de l'article 346 TFUE. Il en résulte, encore aujourd'hui, un mouvement de rationalisation du recours à cette exemption. Cette rationalisation a d'abord consisté à délimiter les domaines d'application de l'article 346 TFUE. Le domaine de la défense (nationale) ne semble pas *a priori* soulever de difficulté. L'article 346, §1, b) le vise spécifiquement. Toutefois, l'article 346, §1, a), témoigne du fait que, dès les origines, l'exemption du Traité ne limite pas la protection des intérêts essentiels de sécurité à la chose militaire. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui que l'impératif de sécurité nationale a dépassé les enjeux strictement militaires. Avec (notamment) le développement des menaces asymétriques, cet impératif intègre la sécurité dite *non militaire*.

520. Ainsi, le domaine d'application de l'article 346 TFUE est multiple, variable et potentiellement délicat à déterminer. À cet égard, l'établissement du champ d'application de l'article 346 TFUE doit, non seulement permettre de déterminer les domaines dans lesquels cette exemption est susceptible de s'appliquer, mais, également, de dessiner une proto-notion de MDS. En effet, la notion de MDS a pour objectif de permettre, à la fois de faire correspondre le droit des marchés publics aux achats de défense ou de sécurité et leurs particularismes, et, dans le même temps, de limiter au maximum le recours à l'article 346 TFUE. En déterminant le domaine d'application de ce dernier, c'est donc une proto-notion du MDS qui se dessine, celle sur laquelle le législateur de l'UE devra s'appuyer pour remplir les objectifs susmentionnés. Dans cette perspective, il est possible de distinguer deux domaines d'application principaux, suivant le découpage de l'article 346 TFUE. Ainsi, l'article 346, §1, b) se limite aux équipements militaires (Sous-section 1), tandis que l'article 346, §1, a), lequel apparait comme une clause générale de sauvegarde, renvoie en réalité à des domaines privilégiés (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'article 346 §1, b) : les équipements militaires

521. L'article 346, §1, b) dispose que 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. La notion d'*armes, de munitions et de matériel de guerre* est ici centrale. Elle implique que le point b) est ici limité à des équipements matériels. En soi, la notion est suffisamment large pour embrasser l'ensemble des équipements dans le domaine militaire[876]. Sur ce fondement, la France a notamment considéré que les règles du Traité ne sont pas applicables au secteur de la défense dans son ensemble[877]. Toutefois, le point b) de l'article 346 §1 TFUE, lu en lien avec le §2, délimite l'exemption aux produits compris dans la liste du Conseil du 15 avril 1958 (ci-après « liste de 1958 ») (I). Cette référence à la liste de 1958 a certain nombre de conséquences sur le domaine d'application de l'article 346, §2, b) (II).

I. L'encadrement : la liste du Conseil du 15 avril 1958

522. La liste de 1958 fonde le domaine d'application de l'article 346, §1, b). De prime abord, elle apporte une certaine clarté sur ce domaine. Le recours à une liste présente *a priori* l'avantage d'apporter une réponse concrète sur la possibilité ou non d'appliquer l'exemption du §1, b) : ou bien un produit est sur la liste, ou bien il ne l'est pas. Néanmoins, la liste de 1958 a deux inconvénients majeurs. D'une part, elle présente une problématique liée à sa publication (A) et, d'autre part, à son contenu (B).

[876] La notion d' « *armes* » permet d'englober l'ensemble des systèmes destinés à être une arme, quelle que soit leur complexité, tandis que la notion de « *matériel de guerre* » permet d'étendre le champ d'application de l'article 346 TFUE au-delà des seules armes, pour des produits participant à l'effort de guerre. Ce triptyque armes, munitions et matériels de guerre se retrouvait déjà dans le décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, JO, 13 juin 1939, p. 7463-7466.
[877] DAJ, « *La notion de sécurité en droit européen* », études juridiques, 1999, n°17, p. 7 (cité par M. TRYBUS, 'The EC Treaty as an instrument of European defence integration', 2020, p. 7 (disponible en ligne).

A. La question de la publication

523. Bien que faisant partie du domaine public[878], la liste de 1958 a la particularité de ne pas avoir fait l'objet d'une publication officielle (1). Il en résulte une incertitude sur son caractère contraignant (2).

1. L'absence de publication officielle

524. La liste de 1958 n'a pas fait, dans sa version originale, l'objet d'une publication au Journal officiel, malgré la demande de parlementaires européens[879]. La qualifiant de décision au sens de l'article 249 CE(devenu article 288 TFUE), le Conseil considère « *qu'il y a lieu de notifier aux États et non pas de publier* »[880].

525. Néanmoins, plusieurs versions sont publiées officieusement. Ainsi, la décision du Conseil de la Communauté économique européenne du 31 mars 1958[881] est en ligne. Elle établit la liste de armes, munitions et matériel de guerre, « *y compris les armes conçues pour utiliser l'énergie nucléaire* », auxquels s'appliquent l'article 223, §1, b). Cette décision est celle à laquelle fait référence la Commission dans sa communication interprétative sur l'application de l'article 296 CE. Toutefois, une autre version de la liste existe. Publiée au JOCE le 20 décembre 2001[882] à l'occasion d'une question écrite d'un député en date du 4 mai 2001, elle ne constitue pas une exacte reprise de la décision n° 255/58. Cette version est plus courte, moins détaillée que la celle de ladite décision, et constitue aujourd'hui la référence, notamment au sein de la

[878] M. TRYBUS, 'The EC Treaty as an instrument of European defence integration', *op. cit*.
[879] Voy. notamment la résolution clôturant la procédure de consultation du Parlement européen sur la communication de la Commission au Conseil sur les marchés publics de fournitures — constat et orientations (COM(84) 717 final, document A2-38/85, JOCE n° C 175 du 15 juillet 1985, p. 241-242. Le Parlement européen estime « *qu'il serait indiqué que le Conseil publie au Journal officiel des Communautés européennes la liste des produits destinés spécifiquement à des fins militaires fixée conformément à l'article 223, alinéa 2, du traité instituant la CEE* » (point 4).
[880] S. TROMBETTA, « La protection des intérêts nationaux de la défense quand la défense devient européenne », *RMCUE*, 2005, p. 441. L'autrice se réfère à plusieurs réponses du Conseil aux questions écrites de parlementaires.
[881] Conseil de la Communauté économique européenne, 31 mars 1958, n°255/58, 4 p. (disponible en ligne).
[882] Question écrite n° E-1324/01 du député Bart STAES au Conseil, 4 mai 2001, JOCE n° C 364 E du 20 décembre 2001, p. 85.

doctrine[883], considérée comme étant « *la plus officielle* »[884]. De même, dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission contre République Italienne*[885], l'avocat général J. Mazàk, concédant que « *la liste elle-même n'a jamais été publiée ou modifiée* », souligne qu'« *elle est dans le domaine public* », se référant à la question écrite susmentionnée.

2. La question du caractère contraignant

526. Cette absence de publication questionne la valeur contraignante de la liste de 1958. La circonstance qu'il existe deux listes et qu'elles soient différentes renforce cette incertitude sur le caractère contraignant. Cette situation est problématique du point de vue de la sécurité juridique[886], principe général du droit de l'UE[887]. Dans le cadre de la transposition de la directive 2009/81/CE, le Conseil d'État du Luxembourg a souligné cette fragilité. Il relève ainsi qu'« *un problème d'accessibilité de la norme se pose en l'espèce, comme elle n'est pas publiée dans le JOUE, ce qui peut constituer une source d'insécurité juridique* »[888]. La Commission européenne n'a pourtant pas saisi l'opportunité de la publication de sa communication interprétative sur l'article 296 CE pour corriger cette incertitude[889].

---

[883] Voy. notamment E. POURCEL, « Marchés publics de défense ou de sécurité – Principes généraux et règles de passation », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 645-2, 21 septembre 2016 (mis à jour le 23 août 2021) ; également E. AALTO, 'Interpretations of Article 296', *in* D. KEOHANE (ed.), 'Towards a European Defence Market', Cahiers de Chaillot n° 113, 2008, p. 19-20. Il en va de même pour les parlementaires, voy. P. LEQUILLER et a., Rapport d'information déposé par la commission chargée des affaires européennes sur des textes soumis à l'Assemblée nationale en application de l'article 88-4 de la Constitution du 2 octobre 2008 au 5 novembre 2008, Assemblée nationale, n° 1244, 12 novembre 2008, p. 50. Le rapporteur B. DEFLESSELLES écrit : « *Non officiellement publiée, cette liste a été diffusée en 2001 uniquement, en réponse à une question écrite d'un membre parlementaire* ».

[884] A. GEORGOPOULOS, 'The Commission's Interpretative Communication on the Application of Article 296 EC in the Field of Defence Procurement', *Public Procurement Law Review*, 2007, Issue 3, NA 43, p. 4, note 9 de la version disponible en ligne (https://ssrn.com/abstract=2757349) (traduction libre).

[885] CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-337/05, Rec. 2008, p. I-2173 ; Chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, *AJDA*, 2008, p. 87).

[886] E. AALTO, *op. cit.*, p. 21.

[887] CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. C-13/61, Rec. 1962, p. 89 (point 6).

[888] Conseil d'État du Luxembourg, avis n° 49.751 du 27 novembre 2012, p. 3. S'agissant de l'accessibilité de la liste de 1958 aux ressortissants des États membres, P. GILSDORF (« Les réserves de sécurité du traité CEE, à la lumière du traité sur l'UE », *RMCUE*, 1994, p. 17) relève que ces derniers « *peuvent obtenir cette liste, qui n'a pas encore été publiée officiellement à ce jour, à condition d'invoquer des motifs pertinents* ».

[889] E. AALTO, *op. cit.*, p. 31.

527. De même, le juge de l'UE a pourtant eu l'occasion de se prononcer sur la liste de 1958, cependant qu'il s'agissait de débattre de la notion d'*arme, munition ou matériel de guerre* portée par la liste, et non de sa valeur juridique. Ainsi, le TPI, tout en abordant le domaine d'application de la liste, la mentionne sans en déterminer ni la source, ni le contenu, se référant seulement à « *la liste du Conseil du 15 avril 1958, mentionnée à l'article 296, paragraphe 2, CE* »[890]. La Cour de justice en dit davantage dans sa jurisprudence ultérieure, sans que cela ne règle la question de sa valeur juridique. Elle s'appuie sur la décision n°255/58 du Conseil (non publiée), « *dont des extraits sont reproduits dans le document 14538/08 du Conseil, du 10 novembre 2008* »[891]. La circonstance que la Cour de justice s'appuie sur des extraits d'une liste n'ayant fait l'objet d'aucune publication officielle ne remet pas en cause la critique portant sur la valeur juridique de la liste et l'insécurité juridique qui en découle.

528. Ce faisant, comme l'observe la Commission des affaires étrangères du Parlement européen, elle « *n'est pas un document public officiel de l'UE et n'est par conséquent pas disponible comme élément de droit* »[892]. Dans son Livre vert sur les marchés publics de la défense, la Commission est encore plus sévère : elle souligne que « *pour délimiter le champ d'application de l'article* [346 TFUE]*, la liste de 1958 ne constitue pas une base de référence appropriée dans la mesure où elle n'a jamais été publiée officiellement, ni révisée depuis* »[893]. C'est pourtant en se référant à la liste de 1958 qu'elle a, plus tard, apporté des précisions sur les modalités d'application de l'article 346 TFUE.

[890] TPICE, 30 septembre 2003, *Fiocchi Munizioni c. Commission*, aff. T-26/01, Rec. 2003, p. II-3951 (point 57) ; F. MARIATTE, *Europe*, n° 12, 2003, comm. 382.
[891] CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, aff. C-615/10, (point 5). Ce renvoi est également opéré par le TPI, voy. TPI, 18 juin 2013, *République portugaise contre Commission*, aff. T-509/09, point 2.
[892] Parlement européen, Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, 16 octobre 2008, A6-0425/2008, p. 64.
[893] Commission européenne, Livre vert sur les marchés publics de la défense, *op. cit.*, p. 7.

B. Contenu

529. La liste de 1958 a, selon les versions, un contenu plus ou moins large[894] (1). Par ailleurs, si son contenu est en principe susceptible d'évoluer, force est de constater que la liste de 1958 n'a fait l'objet d'aucune mise à jour (2).

1. Un contenu générique

530. La liste de 1958 contient une quinzaine de catégories d'armes, munitions et matériels de guerre[895]. Visant des applications spécifiques à la plupart des catégories, la liste intègre des produits (exclusivement) relatifs à du matériel de guerre ou de défense « dure »[896]. La Commission juge ainsi que cette liste est « *suffisamment générique pour englober les développements récents et à venir* »[897] des technologies et politiques d'acquisition. B. Schmitt la considère quant à lui comme étant « *suffisamment vague pour couvrir les nouveaux développements technologiques et permettre une interprétation flexible du champ d'application*

[894] Nous nous appuierons sur la réponse à la question écrite du député B. STAES.
[895] La liste du 15 avril 1958 porte en substance sur :
« *1. Armes à feu portatives et automatiques* (…)
2. Matériel d'artillerie et lance-fumées, gaz, flammes (…)
3. Munitions destinées aux armes reprises aux articles 1 et 2.
4. Bombes, torpilles, roquettes et engins guidés (...)
5. Matériel de conduite du tir à usage militaire (…)
6. Chars et véhicules spécialement conçus pour l'usage militaire (…)
7. Agents toxiques ou radioactifs (…)
8. Poudres, explosifs et agents de propulsion liquides ou solides (…)
9. Navires de guerre et leurs équipements spécialisés (…)
10. Aéronefs et leurs équipements à usage militaire.
11. Matériel électronique pour l'usage militaire.
12. Appareils de prise de vues spécialement conçus pour l'usage militaire.
13. Autres équipements et matériel.
14. Parties et pièces spécialisées du matériel repris dans la présente liste pour autant qu'elles aient un caractère militaire.
15. Machines, équipement et outillage exclusivement conçus pour l'étude, la fabrication, l'essai et le contrôle des armes, munitions et engins à usage uniquement militaire repris dans la présente liste ».
[896] M. TRYBUS, 'Procurement for the armed forces: balancing the internal market and national security', *European Law Review*, 2002, p. 4 de la version électronique (disponible en ligne : https://ssrn.com/abstract=3716349) (traduction libre).
[897] Commission européenne, communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité, *op. cit.*, p. 6.

de l'article [346 TFUE] »[898]. Sur ce point, le CESE est nettement plus critique. Dans son avis du 23 octobre 2008 sur la proposition de directive, il relève que, si la liste « *semble familière et accessible* (…) *dans le même temps, il est largement admis que la version actuelle de la liste est trop générale et sa portée trop large* »[899]. De même, la Commission des affaires étrangères du Parlement juge que la liste est « *trop large et générale* »[900]. Cette dimension générique, sinon générale, induit la possibilité d'une interprétation flexible et divergente[901]. Elle a donc pu servir de fondement à une utilisation abusive et variable de l'article 346 TFUE par les États membres. Paradoxalement, le recours à une liste de produits pour rationaliser l'utilisation de cette exemption a contribué à la fragmentation du marché européen de la défense.

531. Par ailleurs, la catégorie 13 (« *Autres équipements et matériel* ») renforce la généralité de la liste. Cette catégorie apparait de prime abord « *fourre-tout* », de sorte que les États membres ou le Conseil pourraient ajouter tout type de produit pour compléter la liste de 1958. Ce faisant, la catégorie 13 questionne l'exhaustivité de la liste, et ce d'autant plus que cette dernière ne se distingue pas par son sens du détail[902]. La version publiée de la décision n°255/58 est toutefois plus précise. Elle associe ainsi à ses autres équipements et matériel les « *parachutes et matériel de parachutage, matériel de franchissement de cours d'eau spécialement conçu pour usage militaire, projecteurs à commande électrique à usage militaire* ». Ces équipements, très spécifiques, font contraste avec la catégorie qu'ils recouvrent. Ils relativisent ainsi l'incertitude sur l'exhaustivité de la liste. Là encore, le défaut de publication ne permet pas de lever entièrement les interrogations.

532. Ainsi, la dimension générique de la liste de 1958, dont l'exhaustivité est douteuse, pose question quant au domaine d'application de l'article 346, §1, b). La procédure de

---

[898] B. SCHMITT, 'Defence procurement in the European law: The current debate', European Union Institute for Security Studies, 2005, p. 21-22 (traduction libre).
[899] Conseil économique et social européen, Avis sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, JOUE C 100 du 30 avril 2009, p. 115 (point 1.3.1).
[900] Parlement européen, Rapport sur la proposition de directive, *op. cit.*, p. 64.
[901] B. HEUNINCKX, 'Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives', *Public Procurement Law Review*, 2008, volume 17, Issue 1, p. 3 de la version électronique (disponible en ligne : https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/heuninckxcoherenteuropeandefence.pdf).
[902] En ce sens, voy. M. TRYBUS, *European Union Law and Defence Integration*, Oxford, 2005, p. 145-146, cité par E. AALTO, *op. cit*, p. 20.

modification de la liste, prévue par le TFUE, apparait alors comme une solution possible pour lever (une partie) de ces incertitudes. Pourtant, en pratique, il s'avère que ce contenu n'est pas mis à jour.

2. Un contenu non mis à jour

533. L'article 346, §2 du TFUE dispose que « *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent* ». Les technologies militaires étant évolutives, une telle procédure apparait, nonobstant la dimension générique de la liste, salutaire. Toutefois, l'article 346, §2 n'a jamais été utilisé, de sorte que la liste n'a fait l'objet d'aucune modification. Deux éléments expliquent cette absence de révision.

534. Le caractère générique de la liste de 1958 l'explique d'abord, dans la mesure où les États membres, considérant qu'elle les autorisait à recourir à l'article 346 TFUE pour tout type de matériel militaire, n'avaient ni le besoin, ni l'intérêt d'une telle révision[903].

535. Ensuite, la procédure de révision, qui repose sur l'unanimité, semble trop lourde : comment réunir l'ensemble des États membres sur ces questions, dont les intérêts industriels et stratégiques diffèrent parfois considérablement ?[904]

536. Dans sa communication interprétative, pourtant, la Commission européenne s'appuie sur le caractère générique de la liste et estime que l'article 346, §1, b) « *peut aussi intégrer les marchés de services et de travaux directement liés aux produits inclus dans la liste, ainsi que les méthodes d'acquisition modernes centrées sur les capacités, pour autant que les autres conditions d'application de l'article* [346] *soient satisfaites* ».

[903] B. SCHMITT, *op. cit*, p. 22.
[904] S. TROMBETTA, *op. cit*. L'autrice aborde l'hypothèse de modification de la procédure d'adaptation de la liste de 1958 : partage du pouvoir d'initiative (dévolu à la Commission), passage d'un vote à l'unanimité à la majorité qualifiée. Sur ce dernier point, elle souligne cependant qu'une telle réforme créerait « *une situation où la liste serait très souvent modifiée, contre le gré de certains États par un ensemble d'États membres dont beaucoup n'ont pas d'industrie de défense significative, ce qui est accentué depuis l'élargissement* ».

537. Faute d'évolution, la liste de 1958 peut apparaitre comme un outil dépassé et inapte à une utilisation raisonnée de l'article 346 du TFUE. Néanmoins, c'est sur sa base que cette exemption a été rationalisée.

II. Les conséquences : un recours limité aux équipements destinés à des fins spécifiquement militaires

538. La référence à la liste de 1958 a pour conséquence logique de délimiter le domaine d'application du point b) de l'article 346 §1 aux produits que cette liste vise (A). Cette limitation permet de déterminer la validité du recours à l'article 346 TFUE dans les cas les plus simples (notamment lorsque le produit n'a manifestement aucun lien direct avec les produits de la liste). D'autres situations plus subtiles ne peuvent être encadrées par cette seule référence. Pour répondre à ces difficultés, la Cour de justice va établir un critère applicable aux produits susceptibles de faire l'objet de l'exemption prévue à l'article 346 §1, b) (B).

A. Une exemption limitée aux produits de la liste de 1958

539. Malgré les incertitudes autour de la liste de 1958, la Cour de justice a déduit de cette dernière le périmètre d'application de l'article 346, §1, b). D'une part, ce dernier est strictement limité au contenu de la liste. D'autre part, et en conséquence, seuls les équipements conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires peuvent faire l'objet de l'exemption de l'article 346, §1, b).

540. La limitation de l'article 346, §1, b) **(**alors article 223, §1, b) du Traité de Rome**)** aux produits de la liste de 1958 a été mentionnée une première fois par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions sous l'arrêt *Richardt*[905]. En l'espèce, une procédure pénale avait été engagée notamment contre M. Richardt, en raison d'une tentative de transfert de marchandises en violation de la loi luxembourgeoise. Ce dernier s'était engagé à livrer à l'Union soviétique des

[905] CJCE, 4 octobre 1991, *Richardt et les Accessoires Scientifiques SNC*, aff. C-367/89, Rec. 1991, p. I-4621.

produits susceptibles d'être utilisés à des fins militaires. Cherchant à déterminer si des dispositions du Traité peuvent couvrir des restrictions apportées à la libre circulation des marchandises (en l'occurrence, ces restrictions consistaient à soumettre à autorisation l'exportation que le Luxembourg qualifie d' « *importance stratégique* »), l'avocat général examina notamment l'applicabilité de l'article 223. Or, il estimait que ce dernier ne trouvait pas à s'appliquer, « *étant donné que personne n'a prétendu que le microtech* [micro-gravure] *constitue des armes, munitions ou matériel de guerre destinés à ces fins* ». Après avoir rappelé que l'article 223, §2 du Traité de Rome prévoit que le Conseil était tenu de fixer la liste des produits auxquels s'appliquent l'exemption, l'avocat général conclue qu' « *il semble qu'une liste ait été établie, mais elle n'a pas été modifiée par la suite, et on n'a pas allégué qu'elle couvrirait le microtech* »[906].

541. Cette position va être confirmée par le juge de l'UE dans l'arrêt *Fiocchi Munizioni c. Commission*[907]. En l'espèce, la société *Fiocchi Munizioni SpA*, entreprise fabriquant et commercialisant des armes et des munitions, adressa une plainte à la Commission en raison de subventions accordées par l'Espagne à l'*Empresa Nacional Santa Barbara*, société espagnole de production militaire. La société requérante estimait en effet que la subvention avait été accordée en violation de dispositions du Traité, et notamment de l'article 296 CE. Après des échanges d'information entre la Commission et l'Espagne[908], la société requérante a demandé

[906] Conclusions de l'avocat général F. G. JACOBS, présentées le 8 mai 1991, point 30. La Cour a quant à elle procédé à l'examen de la validité de la restriction sur la base de l'article 36 du traité. Ainsi, « *les États membres, en vue de contrôler les marchandises qualifiées de matériel stratégique, ont la possibilité de soumettre, en vertu de l' article 36 du traité, leur transit à une autorisation spéciale* » (point 23). Ainsi, le règlement (CEE) n° 222/77 du Conseil, du 13 décembre 1976, relatif au transit communautaire, « *ne s'*[oppose] *pas à une réglementation d' un État membre qui exige, pour des raisons de sécurité extérieure, l' obtention d' une autorisation spéciale pour le transit par son territoire des marchandises qualifiées de matériel stratégique,* (…) », cependant que « *les mesures prises par l' État membre comme conséquence de l' inobservation de cette exigence ne doivent pas être disproportionnées par rapport au but poursuivi* » (point 26).

[907] TPICE, 30 septembre 2003, *Fiocchi Munizioni c. Commission*, *op. cit*.

[908] Dans le cadre de cet échange, l'Espagne a fait savoir à la Commission que la société *Santa Barbara* était une entreprise publique se consacrant exclusivement à la production d'armes et de munitions ainsi qu'à la fabrication de blindés, de sorte que, selon elle, ses activités relevaient de l'article 296, §1. En outre, la législation espagnole a reconnu les activités de la société *Santa Barbara* comme étant d'intérêt pour la défense nationale. Par ailleurs, ses usines appartenaient à l'État et sa production visait principalement à satisfaire les besoins de l'armée espagnole. L'Espagne a enfin fait valoir que les activités de *Santa Barbara* étaient soumises à la législation nationale sur les secrets d'État. En retour, la Commission européenne, rappelant les termes de l'article 296, §1, a demandé à l'Espagne de fournir des indications sur le rapport entre les subventions et la production d'armements civils et militaires destinés à l'exportation. Selon la Commission, une telle activité ne relevait pas de la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Espagne au sens de l'article 296 CE.

à la Commission des informations sur l'état de la procédure relatives aux aides accordées à *Santa Barbara* et sur les intentions de la Commission à cet égard. Alors que cette dernière lui a fait savoir qu'elle était occupée à examiner le bien-fondé du recours à l'article 296 CE, la société requérante lui a répondu que, selon elle, les subventions litigieuses n'étaient pas de nature à relever de l'article 296, §1, b). Elle se fondait sur la circonstance que *Santa Barbara* était active à l'international dans le domaine des appels d'offres relatifs à la fournitures de munitions, de sorte que les aides de l'Espagne ne pouvaient être considérées comme nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. Devant l'absence ultérieure de prise de position de la Commission (laquelle n'a pas fait usage de l'article 298 CE(devenu article 348 TFUE) et n'a exercé aucun recours devant la Cour), la société requérante a formé un recours devant le TPI.

542. La Commission invoqua notamment devant le TPI le moyen selon lequel l'article 296, §1, b) a pour conséquence que, « *s'agissant de produits destinés à des fins spécifiquement militaires, il serait sans importance que les mesures nationales en cause altèrent les conditions de la concurrence dans le marché commun* » (point 38). Ce faisant, un État ayant recours à l'article 296, §1, b), notamment à propos d'une mesure d'aide spécifique, « *et dans la limite des produits destinés à des fins spécifiquement militaires* » (point 39), n'a pas à notifier préalablement la Commission.

543. Sur ce moyen de la Commission, la société requérante s'est appuyée sur la décision *Lürssen*[909] pour souligner que l'invocation de l'article 296 par un État membre ne suffit pas pour conclure à son applicabilité. Elle releva que la Commission avait, dans la décision précitée, « *examiné les aides litigieuses en vue de vérifier si celles-ci étaient destinées exclusivement à des productions de nature spécifiquement militaire* », et ce « *en dépit de l'invocation de l'article 296 CE par les autorités allemandes* » (point 51). S'agissant des subventions en cause, la société requérante souligna que les armements produits par *Santa Barbara* étaient destinés à des fins tant militaires que civiles. Elle estimait en outre que « *la production concernée doit être destinée exclusivement au marché national, ainsi que cela découle de la condition* (…) *relative à la protection des intérêts essentiels de la sécurité nationale* ». Or, *Santa Barbara* a

[909] Décision 1999/763/CE de la Commission, du 17 mars 1999, sur les mesures prises et envisagées par le Land de Brême, en Allemagne, en faveur de Lürssen Maritime Beteiligungen GmbH & Co. KG, JO L 301, p. 8 (ci-après la « décision Lürssen »).

participé à des appels d'offres d'autres États membres, de sorte que la société requérante concluait qu' « *il ne pourrait, dans ces conditions, être considéré que l'activité de cette entreprise ait été limitée à des produits destinés à des fins spécifiquement militaires au sens de l'article 296 CE* » (point 52).

544. Si le TPI ne donna pas satisfaction à la société requérante, il releva toutefois qu'il ressort de la combinaison des paragraphes §1, b) et §2 que l'article 296 « *n'a pas vocation à s'appliquer aux activités concernant des produits autres que les produits militaires identifiés dans la liste du Conseil du 15 avril 1958* » (point 61). *A contrario*, cette formulation laisse à penser que l'article 296 CE s'applique aux activités concernant les produits de la liste[910]. Se référant ainsi aux liens des *activités* de produits *militaires* de la liste de 1958, le TPI confirma incidemment que « *seuls les marchés d'équipements conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires peuvent être exemptés des règles* [de l'UE] *sur la base de* [l'article 296, §1, b)] »[911].

B. Le critère de la destination militaire

545. La Cour de justice a apporté une certaine clarté dans la notion d'équipement militaire au sens de l'article 346, §1, b). Adoptant dans un premier temps un critère fondé sur l'utilisation certaine (1), la Cour a affiné sa jurisprudence à travers les critères de destination objective et subjective (2).

[910] Commission européenne, « Communication interprétative sur l'application de l'article 296 CE », *op. cit.*, p. 6. « *De même, l'article 296, paragraphe 1, lettre b), peut aussi intégrer les marchés de services et de travaux directement liés aux produits inclus dans la liste* ».
[911] *Ibid*. Voy. également S. TROMBETTA, *op. cit.*

1. Un critère fondé sur l'utilisation certaine : la jurisprudence *Commission contre Italie*

546. Une lecture *a contrario* de l'article 346, §1, b) permet de déduire que, outre le fait que son domaine d'application est limité aux produits de la liste de 1958, faut-il encore que ces produits soient *destinés* à des fins spécifiquement militaires. En effet, les mesures prises sur le fondement de l'article 346, §1, b) « *ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* » (nous soulignons)[912]. Cette lecture a été confirmée par la Cour de justice.

547. Ainsi, l'arrêt *Commission contre Italie* du 8 avril 2008[913] a donné l'occasion à la CJUE de se positionner sur la notion de *fins* spécifiquement militaires. En l'espèce, la Commission intenta un recours en manquement contre l'Italie en raison de sa pratique en matière d'achats d'hélicoptères. L'administration italienne attribuait directement des marchés pour l'achat d'hélicoptères dans le but de couvrir des besoins de différents corps (civils et militaires) de l'Italie, sans procéder à une quelconque mise en concurrence. Selon la Commission, ces achats remplissaient les conditions de la directive 93/36, alors applicable, de sorte que l'Italie aurait dû recourir à une procédure ouverte ou restreinte. Selon l'Italie, au contraire, ils étaient éligibles à l'exemption de l'article 346, §1, b)[914].

548. La Cour de justice s'est appuyée sur la lecture *a contrario* susmentionnée de l'article 346 TFUE, pour déterminer que « *les produits en cause doivent être destinés à des fins spécifiquement militaires* ». Il en ressort que « *l'achat d'équipements, dont l'utilisation à des fins militaires est peu certaine, doit nécessairement respecter les règles de passation des*

[912] Dans le même sens, voy. P. PEYRET, « Marchés publics de défense et de sécurité : l'offensive de la CJCE », *AJDA*, 2008, p. 1834. L'auteur écrit : « *Par conséquent, on doit considérer a contrario que, de manière générale, l'atteinte aux règles de la concurrence n'est tolérée que pour des produits et équipements dont la finalité est spécifiquement militaire* ».

[913] CJCE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, *op. cit*.

[914] En outre, l'Italie considère que la spécificité technique des hélicoptères et du caractère complémentaire des fournitures en cause justifiait le recours à la procédure négociée, selon la procédure de l'article 2, §1, b) de la directive 93/36 (point 31). Cet article prévoit que la directive ne s'applique pas « *aux marchés de fournitures lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État membre l'exige* ».

marchés publics »[915]. La Cour considéra donc que « *la fourniture d'hélicoptères à des corps militaires en vue d'une utilisation civile doit respecter ces mêmes règles* » (point 47). En l'espèce, la Cour a constaté que les hélicoptères en cause ont « *une vocation civile certaine et une finalité militaire éventuelle* » (point 48). Deux enseignements majeurs peuvent être tirés de cette décision.

549. En premier lieu, le caractère spécifiquement militaire ne dépend pas tant de l'utilisateur que de l'utilisation. La nature militaire de l'utilisateur importe peu : seule l'utilisation que ce dernier en fait est déterminante. En l'espèce, la circonstance que les hélicoptères soient destinés à un corps militaire ne suffit pas à déterminer que l'utilisation est effectivement militaire.

550. En second lieu, l'utilisation à des fins militaires doit être certaine, et non simplement éventuelle. Un tel produit n'aurait alors pas de caractère spécifiquement militaire. L'article 346, §1, b) suppose ainsi que la destination à des fins militaires soit *exclusive* d'une utilisation civile[916]. Ainsi, dans l'affaire des hélicoptères italiens, « *peu importait que les utilisateurs finals des hélicoptères appartiennent aux corps civils ou aux corps militaires du gouvernement italien, dès lors que la finalité exclusivement militaire des hélicoptères n'était pas avérée* »[917].

551. Cette jurisprudence est appliquée quelques mois plus tard, toujours dans le cadre d'une affaire *Commission contre Italie*[918], à propos d'achats d'hélicoptères légers pour les besoins des forces de police et du corps national des pompiers réalisés en dehors des règles prévues par la directive 93/36. La Commission considéra que ces hélicoptères étaient par conséquent destinés à des secteurs civils qui n'avaient pas vocation à participer à des opérations militaires. Par ailleurs, la Commission s'appuya sur « *la circonstance que l'installation d'un armement léger*

---

[915] La Cour suit le raisonnement de l'avocat général J. MAZÀK, selon lequel « *La condition que les produits soient destinés à des fins spécifiquement militaires signifie par exemple que la fourniture d'un hélicoptère à des corps militaires pour une utilisation à des fins civiles doit respecter les règles de passation des marchés publics. A fortiori, l'achat pour certains services civils étatiques d'hélicoptères dont l'utilisation à des fins également militaires – alléguée par la République italienne – n'est qu'hypothétique, doit inévitablement respecter ces règles* » (point 60).
[916] En ce sens, voy. les conclusions précitées de J. MAZÀK, point 61.
[917] P. PEYRET, *op. cit*.
[918] CJCE, 2 octobre 2008, *Commission contre Italie*, aff. C-157/06, Rec. 2008, p. I-7313 (D. SIMON, « Notion de bien à double-usage », *Europe*, n° 12 2008, comm. 414 ; W. ZIMMER, « Marchés de fournitures non spécifiquement militaires », *Contrats et marchés publics*, n° 11, 2008, comm. 252 ; *Droit administratif*, n° 12, 2008, comm. 163).

soit prévue comme une simple éventualité confirmerait que les hélicoptères en cause sont destinés à un usage essentiellement civil ». La Commission ajouta que lesdits hélicoptères ne pouvaient être assimilés à des fournitures militaires du seul fait qu'ils « *doivent posséder certaines caractéristiques semblables à celles des hélicoptères militaires* », de sorte qu'elle les qualifie d'« *aéronefs destinés à un double usage éventuel* » (point 14)[919]. L'Italie se fonda quant à elle sur une interprétation des notions de guerre et de matériel de guerre (ainsi que la notion d'*intérêts essentiels de la sécurité nationale*[920]), lesquelles ont « *subi une modification substantielle par rapport à leur signification initiale* ». De même, l'Italie jugeait incontestable le caractère militaire des hélicoptères, dans la mesure où ils étaient « *susceptibles d'être utilisés pour assurer des missions de sécurité nationale* », puisqu'ils devaient posséder certaines caractéristiques techniques aux fins d'être « *éventuellement utilisés comme systèmes d'armes et de défense* » (point 16)[921]. Ainsi, selon l'État membre, ces hélicoptères étaient constitutifs de matériel militaire, éligibles à l'article 346, §1, b).

552. La Cour appliqua avec rigueur sa jurisprudence du 8 avril 2008. Considérant que les hélicoptères litigieux avaient une vocation civile certaine et une finalité militaire éventuelle, elle jugea que l'Italie ne pouvait se fonder sur l'article 346 TFUE[922]. Ce faisant, elle rejeta l'argument de de l'Italie, considérant qu'un bien double usage ne peut entrer dans l'exemption de l'article 346, §1, b) TFUE.

[919] La Commission ajoute que l'Italie aurait dû, y compris si les hélicoptères constituent des fournitures militaires, justifier le recours à la dérogation prévue par la directive 93/36 (point 15).
[920] Cf. *infra* §598 et s.
[921] S'agissant du recours à la dérogation prévue par la directive 93/36, l'Italie juge nécessaire de recourir à une procédure négociée, afin de garantir le secret, « *étant donné leur utilisation comme systèmes d'arme et leur interopérabilité avec d'autres matériels militaires* » (point 17).
[922] De même, le recours à la dérogation de la directive 93/36 ne saurait être validé par le seul argument du caractère secret des fournitures en cause, d'autant que la Cour rappelle que la nécessite de prévoir une obligation de confidentialité « *n'empêche nullement de recourir à une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un marché* » (point 30).

2. Les critères des destinations objective et subjective : la jurisprudence *Insinööritoimisto InsTiimi*

553. L'arrêt *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*[923] apporte des éléments supplémentaires relatifs au critère de la destination militaire. En l'espèce, l'État finlandais a lancé un appel d'offres relatif à la fourniture d'un système de plateforme tournante en vue de simuler des situations de combat dans le cadre d'exercices de guerre électronique. Or, cet appel d'offres n'avait pas fait l'objet de la publication préalable d'un avis de marché au JOUE. La procédure négociée, en dehors des prescriptions de la directive 2004/18/CE alors en vigueur, a abouti à l'attribution du marché à un autre opérateur économique que le requérant. Ce dernier estima que la procédure aurait dû respecter ladite directive, en ce que les plateformes tournantes étaient à l'origine une technologie civile, adaptée ensuite à des fins militaires. Selon le requérant, l'article 10 de la directive 2004/18/CE, et donc l'article 346 TFUE, ne s'appliquaient pas. Le tribunal des affaires économiques finlandais rejeta le recours, considérant « *qu'il était établi que ledit système de plateforme tournante était destiné à des fins essentiellement militaires et que le pouvoir adjudicateur entendait l'utiliser exclusivement à de telles fins* » (point 15). La société requérante fit appel de cette décision devant la cour administrative suprême.

554. Selon la société requérante, la plateforme tournante constituait « *une innovation technique dans l'industrie civile et non un matériel militaire* », tandis que « *la réalisation technique du système de plateforme tournante en cause au principal reposerait sur une combinaison de matériaux, de composants ainsi que de systèmes qui sont librement disponibles et la conception de celui-ci relèverait uniquement du choix et de la réunion appropriés d'éléments structurels, en vue de répondre aux exigences de l'appel d'offres* » (point 19). Les forces de défense finlandaises estimaient quant à elles que la directive ne s'appliquait pas à l'objet du marché, la loi finlandaise sur les marchés publics prévoyant qu'elle ne s'appliquait pas à du matériel destiné à des fins essentiellement militaires. Les forces de défense finlandaises jugeaient que ce système constituait « *la composante essentielle d'un dispositif destiné à être*

[923] CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi*, aff. C-615/10, conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, présentées le 19 janvier 2012**.** (*RTDE*, 2013, p. 349, chron. A.-L. DURVIAUX ; *AJDA* 2012, p. 1575, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *RMCUE* 2013, p. 350, chron. S. RODRIGUES, C. BERNARD-GLANZ et L. LÉVI ; D. SIMON, « Marché de fournitures acquises à des fins militaires », *Europe*, n° 8-9, 2012, comm. 324 ; *RJEP*, n° 709, 2013, chron. 3 ; W. ZIMMER, « Marchés publics dans le domaine de la défense », *Contrats et marchés publics*, n° 10, 2012, comm. 273).

installé sur terrain ouvert en vue de mesures, de simulations et d'exercices de guerre électronique et, par conséquent, il serait conçu en vue de la recherche sur des armes, ceci à des fins militaires » (point 21).

555. La Cour administrative suprême finlandaise a alors posé une question préjudicielle à la Cour de justice, lui demandant si la directive 2004/18/CE s'appliquait dans le cas où le matériel objet du marché est destiné à des fins spécifiquement militaires, alors qu'il existait des applications techniques essentiellement similaires sur le marché civil. En d'autres termes, la Cour devait déterminer le champ d'application de l'article 10 de la directive, et donc de l'article 346, paragraphe 1, sous b) du TFUE.

556. Dans ses conclusions, l'avocate générale Kokott rappela les conditions dans lesquelles l'article 346, §1, b) peut être utilisé, notamment du point de vue du critère de la *notion de matériel militaire*. En premier lieu, le produit doit faire partie de la liste de 1958. Si l'avocate générale proposait plusieurs hypothèses permettant de conclure que le système de plateforme tournante faisait bien partie de ladite liste, elle souligna qu'il appartenait à la juridiction de renvoi de le déterminer. Cette première étape ne suffisant pas, il fallait également que le produit soit destiné à des fins spécifiquement militaires. Rappelant la jurisprudence *Commission contre Italie*, l'avocate générale releva le caractère inopérant du critère de l'utilisateur[924] et exclut la simple éventualité d'une finalité militaire. Ainsi, elle proposa de retenir deux critères cumulatifs pour définir le *spécifiquement militaire* : les destinations *subjective* et *objective.*

557. Un matériel est donc spécifiquement militaire lorsque, d'une part, le pouvoir adjudicateur entend l'utiliser à des fins militaires (destination subjective), et, d'autre part, au regard de la conception et des propriétés du produit (destination objective). Si le critère subjectif est relativement simple à remplir et à vérifier, le critère objectif peut nécessiter une analyse approfondie. En l'espèce, l'avocate générale mit en évidence que la destination objective est questionnée lorsqu'une application civile du bien peut également être envisagée, comme c'était le cas en l'espèce[925]. Dans une telle hypothèse, seule une modification fondamentale du produit,

[924] J. KOKOTT écrit ainsi qu'« *il ne suffit pas, pour déduire qu'une marchandise est destinée à des fins militaires, que l'acquéreur soit les forces armées d'un État membre* (…). *Sinon, un simple crayon pourrait devenir un matériel militaire du seul fait qu'il est acquis par les forces armées* » (conclusions, point 46).

[925] Tout en renvoyant à la compétence de la cour administrative suprême, J. KOKOTT juge qu'*« il existe des doutes sérieux quant aux propriétés qui feraient de ce système de plateforme tournante un matériel*

de nature à rendre ce dernier « *tout à fait différent de celui utilisé dans le secteur civil* » (point 55) pourrait permettre de déduire sa destination *objectivement* militaire. À l'inverse, un produit qui ne se distingue pas, « *par sa conception ou ses propriétés* » (point 57), des biens analogues dans le secteur civil, ne devrait pas être considéré comme étant destiné à des fins militaires.

558. La Cour va suivre le raisonnement de l'avocate générale Kokott[926]. Ainsi, elle suggéra l'appartenance du système de plateforme tournante à la liste de 1958 (bien qu'il appartienne à la juridiction de renvoi de le vérifier). Ensuite, elle détermina qu'un matériel, *bien que destiné à des fins spécifiquement militaires* [destination subjective]*, présente également des possibilités d'applications civiles essentiellement similaires que si ce matériel, par ses caractéristiques propres, peut être regardé comme spécialement conçu et développé, y compris en conséquence de modifications substantielles* [destination objective]*, à de telles fins* » (point 46). La Cour renvoya à la cour administrative suprême finlandaise le soin de vérifier si le produit litigieux remplissait bien ces critères[927]. Ainsi entendu, l'article 346, §1, sous b) semble exclure l'équipement civil adapté à des fins militaires. Seule une *modification substantielle* de l'équipement pourrait lui conférer une destination militaire. La jurisprudence *Insinööritoimisto InsTiimi Oy* contribua ainsi à rationaliser l'utilisation de l'article 346 TFUE.

559. Enfin, la LPM 2024/2030[928] a modifié l'article L. 2515-1-3° du code de la commande publique, lequel transpose l'article 13, a) de la directive 2009/81/CE, et, plus précisément, l'article 346 §1, b) TFUE. Ces modifications apportent des enseignements sur la conception

---

à destination spécifiquement militaire », puisqu'« *il existe des applications techniques largement similaires sur le marché civil* » (conclusions, point 53).

[926] D. SIMON, « Marchés de fournitures acquises à des fins militaires », *op. cit*. L'auteur estime quant à lui que « *Sans doute aurait-il été souhaitable que le juge communautaire fournisse au juge interne des indices un peu plus précis, comme s'y était essayée l'Avocate générale Kokott en distinguant destination subjective et destination objective des matériels en cause* ». S'il est vrai que la Cour ne donne pas d'« indices un peu plus précis », notamment sur ce que recouvre la destination objective, elle s'appuie toutefois sur les développements de l'avocate générale. La Cour reprend la destination subjective, mais également, implicitement, la destination objective. Dans une analyse de la liste de 1958, elle relève que « *les termes « pour l'usage militaire » utilisés au point 11 de ladite liste ainsi que les termes « pour autant qu'elles ont un caractère militaire » et « exclusivement conçus » employés aux points 14 et 15 de la même liste indiquent que les produits visés à ces points doivent présenter objectivement un caractère spécifiquement militaire* » (point 41, nous soulignons).

[927] Un renvoi « *réaliste* » selon M. AUBERT, e. BROUSSY et F. DONNAT (*op. cit.*), tandis que S. RODRIGUES, C. BERNARD-GLANZ et L. LÉVI (*op cit.*) estiment que « *la Cour fait preuve de beaucoup de prudence, sans doute en raison du contexte sensible dans lequel l'affaire s'inscrivait* ». D. SIMON (*op. cit*.) ajoute quant à lui que « *la position de la Cour laisse néanmoins une impression de self-restraint* ».

[928]

française du domaine d'application de l'article 346 §1, b), lequel trouve à s'appliquer « *notamment pour des achats qui nécessitent une confidentialité extrêmement élevée ou une grande rapidité d'acquisition, pour le remplacement accéléré des équipements militaires et des munitions mis à disposition des partenaires et des alliés de la France et pour les acquisitions de matériels militaires destinées à tirer rapidement les enseignements des conflits et des crises affectant la sécurité du continent européen ou celle des outre-mers ou lorsque le rythme du progrès technologique nécessite une très grande rapidité d'acquisition* ». L'adjectif « notamment » est le bienvenu, puisqu'il évite à l'acheteur de se trouver enfermé par une liste énumérative, alors même que la protection des intérêts essentiels de sécurité exigerait le recours à la dérogation.

560. Conclusion de la sous-section. Le domaine d'application de l'article 346, §1, b) est donc limité aux seuls produits de la liste de 1958 et aux services qui leur sont associés, nonobstant les limites clairement établies de cette liste. Par ailleurs, ces produits doivent avoir une destination spécifiquement militaire, tant subjectivement qu'objectivement. L'adjonction d'un tel critère a pour conséquence de rationaliser le recours au point b). Cette rationalisation est d'autant plus importante que ces conditions (produit compris dans la liste de 1958 et ayant une destination militaire) ne suffisent pas à valider ledit recours, puisque l'État doit encore démontrer que le recours à cette exemption répond aux intérêts essentiels de sa sécurité[929]. Ces éléments vont nécessairement imprégner la future directive 2009/81/CE, et vont ainsi se retrouver dans la définition de l'*équipement militaire*[930] tout à fait central dans celle des MDS. Par ailleurs, l'article 346 TFUE ne se limite pas au seul domaine militaire (de même, ce domaine militaire, dans une acceptation certes plus large, ne peut être réduit, en réalité, au §1, point b)). En effet, l'article 346, §1, a) TFUE constitue un autre cas de recours, qui semble nettement moins défini.

[929] Cf. *infra* §598 et s.
[930] Cf. *infra* §874 et s.

Sous-section 2. L'article 346 §1, a) : la clause générale de sauvegarde des informations liées aux intérêts essentiels de sécurité

561. L'article 346 §, §1, a) du TFUE stipule qu'« *aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité* ». Il offre un « *droit au secret* »[931] ou bien encore « *un privilège de l'information* »[932]. Considérée comme « *la partie la plus solide et la moins controversée de l'article* [346] *car il n'est pas conditionnel* [et] *vise uniquement la protection des informations classifiées* »[933], cette stipulation semble renvoyer à un champ d'application illimité, tant qu'elle couvre la non-divulgation de renseignements liés aux intérêts essentiels de sécurité nationale. Néanmoins, en pratique, cette non-divulgation intéresse un nombre limité de domaines. Or, leur détermination présente l'intérêt de parfaire, en complément des enseignements du domaine d'application du point b), les contours de la notion de MDS, laquelle devra dépasser le domaine strictement militaire. Ainsi, si ce dernier apparait comme un domaine d'application type (I), l'article 346, §1, a) est une disposition qui « *va au-delà de la défense* »[934], de sorte que la sécurité non militaire constitue l'autre domaine privilégié de cette exemption (II).

I. L'application de l'article 346, §1, a) dans le domaine militaire

562. Sur la plan militaire, l'article 346, §1, a) du TFUE s'applique essentiellement dans deux domaines : le secret militaire (A) et les biens dits « à double usage » (B).

[931] C. SCHNEIDER, *Répertoire de droit européen*, « Défense », §110.
[932] M. TRYBUS, 'Procurement for the armed forces: balancing the internal market and national security', *op. cit.*, p. 11 (« information privilege » en anglais, signifiant la capacité d'accéder à l'information que les autres n'ont pas).
[933] D. VINCENTELLI-MERIA, *op. cit*.
[934] Commission européenne, communication interprétative sur l'application de l'article 296, *op. cit.*, p. 4.

A. Le secret militaire

563. Le libellé de l'article 346, §1, a) du TFUE ne semble pas laisser de place au doute quant à son applicabilité au secret militaire (1). Néanmoins, la position de la Commission européenne sur ce point a été, un temps, ambivalente (2).

1. L'applicabilité de l'article 346, §1, a) au secret militaire

564. Le secret, en particulier militaire, semble être le domaine d'application privilégié de l'article 346, §1, a) TFUE. En effet, ce dernier suppose la réunion de deux conditions cumulatives : d'une part, une information doit être divulguée (ce qui implique notamment qu'elle ne soit pas déjà connue), et, d'autre part, cette information doit porter sur des intérêts essentiels de sécurité des États membres. Ainsi, s'il a manifestement vocation à s'appliquer à tout type de secret, dès lors que de tels intérêts sont en jeu, le domaine militaire parait en premier lieu concerné. Dans le cadre des activités militaires, l'article 346, §1, a) TFUE, bien que n'étant pas applicable aux équipements militaires de la liste de 1958, est susceptible de « *concerner les contrats passés pour le compte des forces armées lorsqu'elles se trouvent sur des théâtres extérieurs et expriment des besoins déterminants pour leur sûreté ou encore les contrats portant sur l'acquisition d'images ou de services liés aux communications opérationnelles dans le cadre d'activités de renseignement* »[935].

565. En intégrant progressivement l'article 346 TFUE en leur sein, les directives marchés publics renseignent sur le domaine d'application de l'article 346, §1, a). Ainsi, l'article 14 de la directive 2004/18/CE prévoyait qu'elle ne s'applique pas notamment aux marchés publics « *lorsqu'ils sont déclarés secrets* », formulation faisant manifestement référence au point a) de l'article 346, §1 TFUE[936]. Toutefois, cet article 14 semblait distinguer l'hypothèse des marchés secrets de ceux exemptés lorsque la protection des « *intérêts essentiels de* [l']*État l'exige* ». La directive 2009/81/CE ne fait pas cette distinction. Se référant explicitement au point a), elle confirme que les États membres ont, sur ce fondement, la possibilité de faire échapper certains

[935] G. FONOUNI-FARDE, « Transposition de la « Directive défense » : *Abistis, dulces carice* ? », *RUE*, 2012, p. 248.
[936] M TRYBUS, *op. cit*., p. 13.

marchés à ses dispositions, notamment « *lorsque les marchés sont à ce point sensibles que leur existence même doit être tenue secrète* »[937].

566. L'article 346, §1, a) TFUE permet donc *a priori* d'étendre le domaine d'application de cette exemption à la matière militaire. Toutefois, le contentieux auprès de la Cour de justice démontre qu'en pratique les États membres circonscrivent le domaine de la défense au point b) de l'article 346 §1 TFUE[938]. Cette stipulation devrait pourtant être strictement limitée à la liste de 1958 (et, par extension, à la destination spécifiquement militaire). L'intérêt du recours au point a) de l'article 346 §1 TFUE présenterait l'avantage de permettre aux États membres de faire valoir, dans le domaine de la défense, la protection de leurs intérêts essentiels de sécurité au-delà des seuls produits de la liste de 1958. Cela ne signifie pas pour autant que les États membres peuvent se prévaloir de l'article 346, §1, a) « *pour faire admettre in abstracto la dérogation prévue au Traité* »[939] : encore faut-il pour cela que l'ensemble des conditions soit réuni[940].

567. Néanmoins, la position de la Commission européenne n'a pas toujours été des plus claires en ce qui concerne le domaine d'application de l'article 346, §1, a) TFUE. Les rares fois où elle s'est prononcée, la Commission a semblé limiter ce domaine aux activités de défense.

2. La position ambivalente de la Commission

568. Dans sa communication interprétative sur l'application de l'article 296 CE, la Commission n'évoque que très peu le point a) du §1, étant donné que cette communication est consacrée aux marchés publics de défense. Elle reconnait toutefois que ce dernier « *a pour but de protéger, de manière générale, les informations que les États membres ne peuvent divulguer*

[937] Directive 2009/81/CE, considérant 20, §2.
[938] Par exemple, voy. CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Grèce*, aff. C-409/05, Rec. 2009, p. I-11859. En l'espèce, la Grèce invoque ensemble les points a) et b) de l'article 296 CE pour justifier l'inapplication de la législation douanière communautaire à certaines importations de matériel militaire. La Cour se prononcera sur l'application de l'article 346, §1, b).
[939] Conclusions de l'avocat général M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER sous CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Finlande*, aff. C-284/05, Rec. 2009, p. I-11705 (point 111).
[940] Notamment la démonstration par l'État membre de la nécessité de préserver ses intérêts essentiels de sécurité et la proportionnalité de la mesure qu'il a adopté pour ce faire (cf. *infra* §671 et s.).

à quiconque sans porter atteinte à leurs intérêts essentiels de sécurité »[941]. S'agissant de la commande publique, la Commission souligne l'étendue de l'application de l'article 346, §1, a), lequel peut ainsi « *concerner les marchés publics d'équipements sensibles aussi bien dans les secteurs de la défense que de la sécurité* ». Cependant, la Commission juge qu'« *en général* (…) *les besoins éventuels de confidentialité liés au processus d'acquisition d'équipements militaires sont couverts par l'article 296, paragraphe 1, lettre b)* »[942].

569. Cette formulation manque de clarté. De prime abord, elle semble témoigner d'une interprétation extensive de l'article 346 TFUE, §1, b). *Stricto sensu*, elle implique que le besoin de confidentialité (pourvu qu'il soit fondé sur la nécessité de protéger les intérêts essentiels de sécurité nationale) est susceptible de s'appliquer à tout équipement militaire, au-delà des seuls produits de la liste de 1958. Pourtant, protéger le secret associé à l'acquisition de tels équipements par l'intermédiaire de l'article 346, §1, b) TFUE ne parait pas nécessaire (du moins, pour les produits ne figurant pas dans la liste de 1958). Le caractère général de l'article 346, §1, a) permet de couvrir le secret militaire, sans pour cela se fonder sur l'article 346, §1, b) dont le domaine d'application est strictement délimité par la liste de 1958.

570. Dans un arrêt *Commission contre Danemark*[943], la Commission va clarifier sa position sur l'application de l'article 346, §1, a) au secret militaire. En l'espèce, le Danemark exonéra de droits de douane les importations de matériel spécifiquement militaire. La Commission lui adressa une mise en demeure en ce que le Danemark n'avait pas respecté ses obligations en vertu du droit communautaire, puis forma un recours devant la Cour de justice. À cette occasion, cette dernière va donner son interprétation de l'article 346, §1, a).

571. Relevant que le Danemark invoquait, en plus du point b), le point a), la Commission qualifia ce dernier d' « *obligation de secret militaire* ». Elle considérait que l'argument du Danemark « *repose sur une confusion entre le point a) de l'article [346, §1, TFUE], qui permet aux États membres de ne pas divulguer certaines informations lorsque cela est contraire aux intérêts essentiels de leur sécurité, et le point b) de cette disposition, qui autorise les États membres à adopter, sous certaines conditions, certaines mesures qu'ils estiment nécessaires à*

[941] Commission européenne, communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité, *op. cit.*, p. 4.
[942] *Ibid*.
[943] CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Danemark*, aff. C-461/05, Rec. 2009, p. I-11887.

la protection desdits intérêts. »[944]. Ainsi, la Commission confirmait que l'article 346, §1, a) couvre le secret militaire, lequel ne trouve à s'appliquer qu'en cas de besoin de confidentialité (en l'espèce, la mesure prise par le Danemark n'avait, en effet, pas pour objet de satisfaire un tel besoin).

572. Tout en reconnaissant la possibilité de protéger le secret militaire par l'intermédiaire du point a) de l'article 346, §1 TFUE, la Commission privilégiait le recours au point b) s'agissant des besoins de confidentialité liés au processus d'acquisition des équipements militaires. Ce privilège peut s'expliquer par la circonstance que le contrôle de la Commission parait être moins strict à l'égard de l'article 346, §1, a). En effet, cette disposition pourrait être utilisée pour rendre très difficile le contrôle du recours à l'article 346, §1, b). Une exemption justifiée par le point a) pourrait conduire à ce que la Commission ne dispose pas des informations nécessaires pour prendre des mesures en cas d'abus des États membres[945].

B. Les biens à double usage

573. La notion de biens à double usage peut paraitre délicat à cerner, étant dans une zone grise entre le militaire et le civil. Il est possible d'en dégager une définition (1), laquelle démontre que de tels biens sont éligibles à l'exemption de l'article 346, §1, a) (2).

1. Définition des biens à double usage

574. Les biens à double usage correspondent à des produits pouvant recevoir une utilisation civile ou militaire. Ces biens soulevant principalement des questions quant au contrôle de leur

[944] *Ibid*., point 34.
[945] M. TRYBUS, 'Procurement for the armed forces: balancing the internal market and national security', *op. cit.*, p. 12. L'auteur fait référence à référence à un amendement du Parlement européen dans le cadre du processus d'adoption de la directive 2004/18/CE. Ce dernier proposait de compléter l'exemption aux règles de la directive, prévue alors à l'article 7 de la proposition de directive, formulant l'amendement : « *Permettre à la Commission de demander aux États membres de justifier le recours au secret si la sécurité nationale l'exige* » (traduction libre). L'auteur juge que cet amendement « *représente donc une restriction raisonnable du privilège de l'information* » (traduction libre), c'est-à-dire l'article 346, §1, a).

exportation, le droit de l'UE les définit d'ailleurs dans le cadre du règlement (UE) 2021/821[946] qui leur est directement consacré. Ainsi, son article 2.1 dispose que ces biens sont « *les produits, y compris les logiciels et les technologies, susceptibles d'avoir une utilisation tant civile que militaire ; ils incluent les biens susceptibles d'être utilisés aux fins de la conception, de la mise au point, de la fabrication ou de l'utilisation d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou de leurs vecteurs, y compris tous les biens qui peuvent à la fois être utilisés à des fins non explosives et intervenir de quelque manière que ce soit dans la fabrication d'armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs* ».

575. Le concept de double-usage a pour origine les États-Unis d'Amérique[947] (« *dual-use* »). Ces derniers ont en effet connu une « *longue période de transferts technologiques « spontanés » opérés depuis le domaine de la défense vers le domaine civil (spin-off) débuté au lendemain de la seconde guerre mondiale* »[948]. En Europe, cette dynamique est plus récente[949]. Ces technologies duales construisent un pont entre les secteurs civil et militaire. Le débat récurrent sur la retombée des technologies de défense dans le secteur civil (« *spin-off* »), loin d'être tranché[950], occulte quelque peu la relation réciproque entre eux (« *spin-in* »)[951]. En pratique, BITD et industries du secteur civil se rapprochent[952]. L'existence de biens à double-usage permet des apports mutuels entre le secteur civil et celui de la défense, conduisant à une amélioration globale des innovations technologiques, par un effet de synergie entre ces secteurs.

---

[946] Règlement (UE) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2021 instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage, JOUE L 206 du 11 juin 2021, p.1-461.

[947] G. LEBLANC, « Dépenses militaires, restructuration de l'industrie d'armement et privatisation de la défense : analyse comparée France – États-Unis 1994-1999 », *in* D. PESTRE (dir.), *Deux siècles de l'armement en France : De Gribeauval à la force de frappe*, *op. cit.*, p. 324. L'auteur présente l'orientation « *duale* » intervenue dans la réforme du processus d'acquisition des États-Unis au milieu des années 1990. L'objectif est alors « *la construction d'une base industrielle massivement duale* ».

[948] F.-X. MEUNIER, « Évaluation du potentiel dual des systèmes technologiques », *Revue d'économie industrielle*, 2020, n° 170, p. 79.

[949] P. PEYRET, *op. cit*. L'auteur identifie le double usage comme un *« phénomène, relativement récent en Europe, qui tend vers l'identification de technologies et d'équipements « dualisables », en vue de créer des synergies entre le secteur civil et le secteur militaire* ».

[950] F.-X. MEUNIER, *op. cit*. Pour une approche historique des retombées de l'industrie de défense dans le secteur civil (y compris sur le plan des technologies duales), voy. R. BELLAIS, « Budget d'armement et politique industrielle : pour une approche en longue période », *in* D. PESTRE (dir.), *Deux siècles de l'armement en France : De Gribeauval à la force de frappe*, *op. cit.*, p. 281-304.

[951] *Ibid*., p. 82. L'auteur note que « *le lien de subordination entre innovation de défense et innovation civile semble s'être inversé pour de nombreuses technologies. Il arrive dans ce cas que ce soit l'intégration de technologies civiles dans le domaine militaire qui devienne un défi* ».

[952] *Ibid*., p. 80. L'auteur explique que « *les dynamiques d'innovation au sein de la* [BITD] *sont largement influencées par celles qui s'exercent au sein des industries civiles* ».

576. La dualité favorise l'entrée de nouveaux acteurs (civils, par exemple des PME[953]) dans un secteur par nature fermé, sur des marchés particulièrement marqués par les technologies duales, tels la sécurité, l'aéronautique et l'espace[954]. L'innovation[955] a, à ce titre, un rôle clé dans le développement de ces technologies[956], comme c'est le cas en matière d'intelligence artificielle[957] par exemple. Sur le plan technologique, les biens à double usage renforcent le secteur de la défense, en diffusant notamment des nouveaux procédés, permettant ainsi de conserver une certaine avance technologique. Néanmoins, le principe de dualité « *fait que cette même technologie est révélée au monde entier via son utilisation civile, faisant de fait perdre l'avantage technologique acquis* »[958].

577. En outre, les technologies duales présentent un risque d'utilisation ou de détournement à des fins militaires. Elles peuvent notamment servir à la fabrication d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques. De même, elles contribuent au développement de nouvelles formes de menace, telles que la cyber-guerre[959]. Elles peuvent être exploitées par certains États[960],

---

[953] Voy. notamment Commission européenne, « Vers une politique de l'UE en matière d'équipements de défense », *op. cit.*, p. 8. La Commission européenne relève qu' « *en réalité, une grande partie des contributions apportées aux systèmes de sécurité et de défense vient désormais d'industries et de PME concevant leurs produits et services d'emblée pour des usages civils* ». Ce potentiel conduit une grande partie des programmes du ministère des armées en faveur des PME (cf. *supra* §360).

[954] J. MALIZARD, « L'innovation comme facteur de croissance, l'exemple de grands groupes industriels de défense français », *op. cit*., p. 35.

[955] C. PERRIN et J.-M. TODESCHINI, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur : « Ukraine : un an de guerre. Quels enseignements pour la France », Sénat, n° 334, 11 février 2023, p. 9. L'innovation duale est une question qui demeure d'actualité, puisque, dans le contexte de la guerre en Ukraine, le rapport préconise que « *l'innovation de masse, duale, de rupture, en cycle court doit être mieux valorisée* ».

[956] J. MALIZARD, *op. cit*., p. 36. L'auteur souligne que la politique d'innovation dans la défense permet « *via le développement des technologies duales* (…) *d'adresser les marchés civils, d'accroître les débouchés envisageables et de partager le coût des recherches* ».

[957] D. SADEK, « De l'intelligence artificielle appliquée à la défense », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 820, p. 104. « *De façon générale, les technologies d'IA sont duales, même si les spécificités du secteur de la défense imposent une certaine « customisation »* ».

[958] C. BEN LAKHDAR, « Suprématie militaire, secret défense et incitation à innover », *Revue internationale d'intelligence économique*, 2013, vol. 5, p. 40-41.

[959] Les formes de menace cyber ont fait évoluer la réglementation de l'Union en matière de contrôle des exportations, avec l'adoption du règlement 2021/821 (voy. notamment son considérant 2). Voy. également J. ANCELIN, « L'UE et les biens à double usage : La politique commerciale commune à l'aune de la sécurité humaine », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mise en ligne le 18 octobre 2017 (https://doi.org/10.4000/revdh.3290), p. 5-8.

[960] J. MAIRE et M. TABAROT, *op. cit.*, p. 24.

ennemis ou alliés[961], ainsi que par des organisations terroristes[962]. Eu égard à ce potentiel d'application militaire, il convient d'en contrôler l'exportation et l'utilisation afin d'en éviter le détournement.

2. Le bénéfice de l'article 346, §1 a) pour les biens à double usage

578. L'applicabilité de l'article 346 TFUE aux biens à double usage pose question. Dans sa communication interprétative sur l'application de l'article 296 CE, la Commission européenne affirme l'inapplicabilité du point b) pour ce qui concerne les technologies double usage. Ainsi, « *contrairement à* [l'article 346, §1, b)], [l'article 346, §1, a)] *peut également couvrir les marchés d'équipements duaux à des fins à la fois militaires et non militaires, si l'application des règles communautaires oblige un État membre à divulguer des informations au détriment de ses intérêts essentiels de sécurité* »[963]. En d'autres termes, le bien double usage est exclusif d'une utilisation strictement militaire, et ne peut faire l'objet d'une exemption aux règles du Traité au titre de l'article 346, §1, b).

579. Ce point de vue est confirmé, dans l'arrêt *Commission contre Finlande* du 15 décembre 2009[964], par les conclusions de l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer[965]. Ce dernier rappela en effet que le point a) de l'article 346 « *couvre également le matériel à double usage, puisque le préjudice découle de la divulgation, indépendamment de l'objet de la transaction* » (point 106). En l'espèce, de tels matériels ne pouvaient donc pas échapper aux

[961] M. GRÉAUME et a., « Proposition de loi visant à renforcer le contrôle sur le commerce des armes et relative à la violation des embargos », *op. cit.*, p. 6-7. Les sénateurs prennent en exemple le système automatisé d'écoute, de surveillance et d'interception Eagle de l'entreprise française Amesys, vendu depuis 2007 « *à des États comme la Libye (contrat « Candy »), le Qatar (contrat « Finger »), l'Arabie saoudite (contrat « Kinder »), le Kazakhstan (contrat « Miko ») ou encore le Maroc (contrat « PopCorn ») ». Ils jugent que « de tels contrats interrogent fortement au vu des accusations récurrentes d'atteinte aux droits humains de la part de ces États* ».

[962] D. COSTARGENT, « Vers une armée 4.0 ? », *Revue Défense Nationale*, 2018, n° 810, p. 30. L'auteur, constatant que « *les technologies sont très fortement duales* » souligne notamment que ces dernières peuvent bénéficier à des groupes terroristes, qui « *pourront acheter sur étagère des produits civils transformables en armes sans de lourds investissements ni savoir-faire difficiles à acquérir* ».

[963] Commission européenne, communication interprétative sur l'application de l'article 296, *op. cit.*, p. 6. Selon M. TRYBUS (*op. cit.*), le cas de non-application des règles de la directive 2004/18/CE (alors au stade de proposition) pour les marchés dont *l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité* n'est applicable qu'aux contrats civils et de double usage (p. 15).

[964] CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Finlande*, *op. cit.*

[965] Conclusions de l'avocat général M. DAMASO RUIZ-JARABO, *op. cit*.

droits de douane via le point b), « *à moins que l'usage militaire exclusif ne soit démontré* » (point 110). Ainsi, s'agissant de l'affaire des hélicoptères italiens, ces derniers étaient constitutifs de biens à double usage. L'Italie l'affirmait elle-même, considérant qu'elle pouvait recourir à l'article 346, §1, b), dans la mesure où « *les hélicoptères en cause sont des «biens à double usage», c'est-à-dire qu'ils peuvent servir à des fins tant civiles que militaires* »[966]. Ce faisant, l'État concédait malgré lui l'usage abusif du point b), puisqu'il reconnait l'usage potentiellement civil des hélicoptères. À cet égard, la technologie duale peut notamment être définie comme ayant une « *vocation civile certaine et une finalité militaire éventuelle* ».

580. S'agissant de l'affaire *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, le statut du système de plateforme tournante était moins évident. L'avocate générale Kokott considérait quant à elle qu' « *À la différence des hélicoptères de l'affaire Agusta, le pouvoir adjudicateur a acquis le système de plateforme tournante à des fins purement militaires. Il ne s'agit donc pas d'un «bien à double usage» au sens strict* » ». Toutefois, elle soulignait qu'il était « *tout à fait envisageable, selon les constatations de la décision de renvoi, que des organismes ou des entreprises privés aient, eux aussi, l'usage d'une telle plateforme* »[967]. En l'espèce, si le critère de destination objective n'était pas considéré comme rempli par la juridiction de renvoi, tout portait à croire que le système de plateforme tournante pourrait recevoir la qualification de biens double usage (et, partant, ne pourrait bénéficier de l'article 34§, §1, b)). Le contrôle des exportations suit cette même logique. Pour déterminer s'il convient d'appliquer le régime d'exportation de biens double usage ou celui appliqué aux produits liés à la défense, l'exportateur doit déterminer la destination, militaire ou non. Un bien conçu ou modifié pour des usages militaires doit ainsi être considéré, au sens de la directive 2009/43/CE, comme un produit lié à la défense[968]. Le juge administratif contrôle d'ailleurs le bon classement des produits destinés à l'exportation[969].

---

[966] CJCE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, *op. cit*., point 30.

[967] Conclusions de l'avocate générale KOKOTT, présentées le 19 janvier 2012, *op. cit*., point 5.

[968] À titre d'exemple, la catégorie ML6 (« Véhicules terrestres et leurs composants ») de la liste des produits liés à la défense annexée à la directive 2009/43/CE, comprend notamment les « véhicules terrestres et leurs composants, *spécialement conçus ou modifiés pour l'usage militaire* ». Sans cette conception ou modification, ces véhicules seraient des biens double usage voire purement civils. De même, le règlement 2021/821 renvoie, s'agissant du contrôle des biens conçus ou modifiés pour des usages militaires, « *à la ou aux listes ad hoc relatives au contrôle des biens à usage militaire tenues par chaque État membre de l'UE* » (Règlement 2021/821, Annexe I, Partie 1, Remarques générales).

[969] Voy notamment CAA de Versailles, 09 décembre 2014, req. n°13VE02489, inédit au *Lebon*. En l'espèce, le litige porte sur le classement d'un logiciel ayant pour objet l'optimisation des calculs des trajectoires des lanceurs spatiaux civils. La société requérante soutient que l'annexe de l'arrêté du 17 juin 2009 fixant la liste des matériels de guerre et assimilés soumis à une procédure spéciale

581. La technologie duale a par ailleurs permis de souligner les limites de l'article 346 TFUE, notamment s'agissant de produits ne relevant pas de la liste de 1958. La tentation serait alors de recourir à la notion de sécurité publique de l'article 36 TFUE applicable à la libre circulation des marchandises (en particulier pour les biens double usage ou dans les biens et services militaires hors liste de 1958). En cas de doute sur le statut du produit[970], cette dérogation à la libre circulation des marchandises pourrait être une alternative à l'article 346 TFUE. Cependant, cette solution présente des limites relevant de la nature et du champ d'application (plus restreint) de cette dérogation[971].

582. Ainsi, le domaine militaire n'est pas étranger à l'article 346, §1, a) TFUE dans sa dimension de secret et s'agissant des technologies duales. S'il n'est pas le fondement privilégié par la Commission ou la Cour de justice pour ce domaine, le point a) permet de corriger la trop grande rigidité (du moins dans le texte) du point b). Dans le même temps, elle multiplie dans les faits le recours à l'exception de sécurité prévue par le Traité, l'éloignant un peu plus de son utilisation conçue initialement comme étant exceptionnelle. Un autre domaine, celui-là exclusif au point a), doit être par ailleurs considéré : la sécurité non militaire.

---

d'exportation (alors applicable) ne visait que les logiciels spécialement conçus pour l'usage militaire. Selon elle, le logiciel litigieux n'était pas ainsi conçu, et n'était donc pas soumis à la procédure d'agrément préalable prévue à l'article L. 2335-2 C. Défense (dans sa version applicable au moment du litige). Le juge administratif relève néanmoins que « *cette circonstance ne s'oppose pas à ce qu'un logiciel qui n'est pas spécialement conçu pour l'usage militaire soit regardé comme relevant des catégories de matériels énumérées par la deuxième partie de l'annexe* ». En l'espèce, le juge administratif constate que « *le logiciel comporte une fonctionnalité permettant de calculer les zones de retombées des étages des lanceurs spatiaux et que cette fonctionnalité peut être détournée pour calculer des trajectoires sécantes avec la surface terrestre* », de sorte qu'il pourrait être utilisé pour des fusées et lanceurs spatiaux à capacité balistique militaire. Ainsi, il s'agit d'un matériel de guerre au sens du code de la défense, dont l'exportation est soumise à autorisation préalable.

[970] F. PICOD, « Libre circulation des marchandises. – Champ d'application. – Principaux mécanismes », *JurisClasseur Europe Traité,* fasc. 530, mis à jour le 5 septembre 2022, point 191. L'auteur souligne que « *le caractère exceptionnel de l'article 346 TFUE* (…) *ne parait pas se satisfaire d'appréciations divergentes qui interviennent inévitablement lorsque sont concernés en particulier des matériels de haute technologie « à double visage » civil et militaire, et plus généralement des armements modernes* ».

[971] *Ibid*. Si l'auteur juge cette solution est possible (envisagée notamment par A. COLLET, dans « Le régime des matériels de guerre, armes et munitions en droit français dans ses rapports avec le droit de la Communauté économique européenne », *RTDE*, 1986, n° 3, p. 355, cité par F. PICOD), il souligne que « *l'article 36 ne permet de déroger, à la différence de l'article 346 qui permet de prendre toute mesure en contradiction avec l'une des règles du traité, qu'aux seules interdictions et prohibitions visées par les articles 34 et 35. On peut observer ensuite que les deux dispositions obéissent à une logique différente : l'article 36 ne saurait, en aucun cas, être qualifié de réserve ou de clause de sauvegarde comme l'article 346* ».

II. Un domaine d'application privilégié : la sécurité non militaire

583. S'il s'agit du domaine d'application privilégié de l'article 346, §1, a), l'expression « *non militaire* » est, à l'instar des biens à double usage, une notion *grise*. Située au carrefour du militaire et du civil, elle désigne plus spécifiquement la *sécurité non militaire*, laquelle comprend potentiellement des intérêts essentiels de la sécurité (A). La sécurité non militaire est d'ailleurs, à ce jour, le seul domaine d'application de l'article 346, §1, a) pour lequel la Cour de justice s'est spécifiquement prononcée sur ce dernier, dans le cadre de marchés publics (B).

A. Définition de la sécurité non militaire

584. La définition de la sécurité non militaire s'avère délicate, dans la mesure où la distinction entre le militaire et le non militaire n'est pas des plus évidentes (1). Il n'en demeure pas moins que les États membres ont de plus en plus recours à l'article 346, §1, a) en la matière (2).

1. La distinction délicate entre la sécurité militaire et non militaire

585. Dans sa communication interprétative, la Commission européenne concède que « *Il est vrai que la sécurité est devenue un concept de plus en plus complexe et que de nouvelles menaces brouillent les frontières traditionnelles entre sécurité militaire et non militaire, extérieure et intérieure* »[972]. Elle juge toutefois qu'« *étant donné que le rôle des forces de sécurité militaires et non militaires diffère encore, il est, en règle générale, possible de distinguer entre les marchés publics militaires et non militaires* »[973]. Du point de vue des marchés publics, la Commission exclut du domaine d'application de l'article 346, §1, b) les marchés publics militaires. Ainsi, implicitement, les marchés publics non militaires sont susceptibles de relever du point a).

[972] Commission européenne, communication interprétative sur l'application de l'article 296, *op. cit.*, p. 6.
[973] *Ibid*.

586. Outre sa dimension militaire, la défense présente également des aspects financier, économique, psychologique et scientifique[974]. Le Livre blanc de 1994 identifiait déjà un certain dépassement de la *défense nationale*, soulignant que « *la défense revêt un caractère global, qui ne se réduit pas à sa dimension militaire, certes essentielle. La défense civile et la défense économique doivent recevoir une plus grande attention* »[975]. Plus loin, il identifiait plusieurs formes de *vulnérabilités nouvelles*, relatives à des « *menaces non militaires* qui pèsent sur [la] *sécurité* »[976] : *le terrorisme*, les *extrémismes religieux et nationalistes*, les *trafics de drogue* et la *globalisation de sécurité et stratégies de communication*[977]. Ainsi, le code de la défense encadre la *mise en œuvre de la défense non militaire*[978]. Celle-ci se déploie sur un double-volet civil[979] et économique[980]. La sécurité non militaire fait donc partie intégrante de la défense, tout en ayant un champ d'application qui la dépasse[981]. Ce lien relativise considérablement la distinction entre sécurité militaire et non militaire. En France, cette frontière floue est incarnée

[974] B. WARUSFEL, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », *in* V. CATTOIR-JONVILLE, *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité – Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecocq*, Université Lille 2, 2011, p. 6 de la version disponible en ligne (http://www2.droit.parisdescartes.fr/warusfel/articles/SecuritéNationale_Warusfel2011).
[975] Livre blanc de 1994, *op. cit*., avant-propos du Premier ministre BALLADUR.
[976] *Ibid.*, p. 17.
[977] B. WARUSFEL, « De la défense à la sécurité nationale », *Revue Défense Nationale*, 2021, n°845, p. 12. Cette forme de vulnérabilité renvoie à « *la possibilité de manipulation et de désinformation via les médias et les flux de communication, ou encore les intrusions sur les réseaux informatiques et les réseaux sociaux* ».
[978] L'article L. 1311-1 du C. Défense dispose notamment qu'« *un haut fonctionnaire civil détient les pouvoirs nécessaires au contrôle des efforts non militaires prescrits en vue de la défense, au respect des priorités et à la réalisation des aides réciproques entre services civils et militaires, en vue de la défense civile et de la sécurité intérieure du territoire* ».
[979] La défense civile a trait à la *participation militaire à la défense et à la sécurité civiles* (article L. 1321-1 à L. 1321-3 ; R. 1321-1 à R. 1321-25 du C. Défense), à la *protection contre les menaces aériennes* (article L. 1322-1 à L. 1322-2 ; R. 1322-1), aux *personnels de complément* (article L. 1323-1 à L. 1323-2 ; R. 1323-1) et aux *exercices* (article L. 1324-1 ; R. 1324-1).
[980] La défense économique a trait à la *constitution de groupements* (article L. 1331-1 du C. Défense ; R. 1331-1), à la *protection des installations d'importance vitale* (article L. 1332-1 à L. 1332-7 ; R. 1332-1 à 1332-42), aux *matières et installations nucléaires* (article L. 1333-1 à L. 1333-20 ; R. 1333-1 à D. 1333-79), aux *postes et communications électroniques* (article L. 1334-1 ; R. 1334-1 à D. 1334-14), au *contrôle naval de la navigation maritime* (article R. 1335-1 à 1335-5), aux *transports et hydrocarbures* (article L. 1336-1 ; R. 1336-1 à D. 1336-56), à l'*alimentation, industrie et travaux* (article. 1337-1 à R. 1337-22) et aux *renseignements et statistiques* (R. 1338-1 à D. 1338-6).
[981] B. WARUSFEL, « Les notions de défense et de sécurité en droit français, *Droit & Défense*, 1994, n°4, p. 19. L'auteur écrit : « *la sécurité est, dans le monde moderne, l'une des principales missions régaliennes des États et son champ d'intervention dépasse largement celui de la seule défense. En toute logique, ce serait sans doute la notion de sécurité nationale qui possèderait pleinement les caractéristiques de permanence et de globalité traditionnellement reconnues à la défense nationale* ».

par l'émergence du concept de *sécurité nationale*, qui se retrouve au cœur de la définition légale de la politique de défense[982].

587. Or, les États membres se sont appuyés sur cet enchevêtrement entre sécurité militaire et non militaire pour recourir à l'article 346 TFUE s'agissant de cette dernière.

2. Le recours des États membres à l'article 346 pour la sécurité non militaire

588. La pratique des États membres démontre que ces derniers ont eu tendance à recourir à l'article 346 TFUE dans le contexte de la sécurité non militaire. Dans l'analyse d'impact accompagnant sa proposition de directive, la Commission relevait que « *le problème* [de l'utilisation abusive de l'article 346] *est moins visible pour les marchés de sécurité sensibles* ». Elle l'expliquait par le fait que « *la sécurité dans le secteur non militaire présente plus de diversité, avec une grande variété de clients, d'utilisateurs et de budgets aux niveaux national, régional et local* », avant de souligner que « *le problème (l'exemption fréquente des règles communautaires), sa cause (l'inadéquation des règles communautaires aux caractéristiques spécifiques des contrats) et ses conséquences (le manque d'ouverture) sont identiques pour les marchés de défense et pour les marchés sensibles* »[983].

589. De même, dans son rapport sur la proposition de directive, le Parlement notait que, outre l'invocation systématique des États membres pour les marchés militaires, « *on constate une situation semblable sur le marché des produits de sécurité non militaires sensibles, dont l'importance économique va croissant* »[984]. Les États membres se fondaient notamment sur l'article 14 de la directive 2004/18/CE, c'est-à-dire sur la disposition de droit (dérivé) des marchés publics reprenant l'article 346, §1, a).

[982] Article L. 1111-1 du C. Défense : la politique de défense s'intègre aujourd'hui dans le cadre de la sécurité nationale.
[983] Commission européenne, Document accompagnant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans le domaine de la défense et de la sécurité – Résumé de l'analyse d'impact », SEC(2007) 1599, 5 décembre 2007, p. 3.
[984] Parlement européen, Rapport sur la proposition de directive, *op. cit.*, p. 60.

590. Eu égard à ses caractéristiques, la sécurité non militaire constitue un domaine d'application privilégié du point a). Toutefois, si elle est particulièrement susceptible d'impliquer les intérêts essentiels de la sécurité d'un État, encore faut-il que ce dernier en fasse la démonstration. Or, la Cour de justice n'avait pas eu l'occasion de se prononcer spécifiquement sur les conditions d'application de l'article 346, §1, a), jusqu'à récemment. C'est désormais chose faite à propos des *marchés publics non militaires*.

B. Les marchés publics non militaires : la jurisprudence *Commission contre Autriche*

591. Contrairement au point b) de l'article 346, §1, qui est préalablement soumis au critère de la destination spécifiquement militaire, le point a) de l'article 346, §1 du TFUE est, au regard de sa formulation générale, soumis au seul critère des intérêts essentiels de sécurité. Cette généralité a soulevé des difficultés quant à son domaine d'application. Longtemps, le point a) semblait relever d'un domaine « par défaut ». Schématiquement, les États membres, faute de pouvoir recourir à l'article 346, §1, b), dans les hypothèses « pseudo-militaires » (notamment s'agissant du double-usage), se « reportaient » vers le point a).

592. Néanmoins, la jurisprudence récente de la Cour de justice permet de tirer des enseignements sur le domaine d'application du point a) de l'article 346, §1 du TFUE, indépendamment de son point b). Il s'agit des hypothèses où l'inapplicabilité de ce dernier ne fait aucun doute, c'est-à-dire celles dans lesquelles la matière militaire n'est concernée ni directement, ni indirectement. La Cour de justice a en effet eu l'opportunité de se prononcer sur le domaine d'application du point a) dans le cas de marchés publics non militaires, en l'occurrence un marché public civil comprenant des aspects particuliers de sécurité, notamment

en termes de confidentialité. L'arrêt *Commission contre Autriche*[985] constitue en effet la première application *per se* de l'article 346, §1, a) par la CJUE[986].

593. En l'espèce, l'Autriche a attribué directement à la société ÖS certains marchés publics de services relatifs à l'impression de documents officiels. La Commission, doutant de la compatibilité de cette attribution avec les dispositions du Traité, adressa une mise en demeure à l'État. La Commission, insatisfaite des justifications de l'Autriche[987], forma un recours devant la Cour de justice. La Commission et l'Autriche réitérant leurs arguments respectifs (l'applicabilité des directives marchés publics pour la première[988], et la nécessité de protéger ses intérêts essentiels de sécurité pour la seconde) devant la Cour de justice, cette dernière s'appuya sur les conclusions de l'avocate générale[989], affirme que l'article 346, §1, a) TFUE « *a, par la généralité de ses termes, vocation à s'appliquer, notamment, au domaine des*

[985] CJUE, 20 mars 2018, *Commission c. Autriche*, aff. C-187/16. *RTDE*, 2019, p. 490, chron. A.-L. DURVIAUX ; *AJDA* 2018, p. 1026, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE et C. GÄNSER ; P. BOURDON, « La production des documents sécurisés par les États membres de l'UE », *AJDA*, 2018, p. 1560 ; M. UBAUD-BERGERON, « Des motifs de sécurité peuvent-ils justifier qu'un État attribue sans appel d'offres un marché public portant sur l'impression de documents officiels ? », *Contrats et marchés publics*, 2018, n°6, comm. 128 ; E. DANIEL, « Intérêts essentiels de sécurité », *Europe*, 2018, n°5, comm. 190 ; D. SIMON, « Les clauses de défense de la sécurité nationale : définition autarcique par les États membres ou invocabilité sous contrôle du juge », *Europe*, 2019, n°6, repère 6 ; J. MARTIN et G. PELLISSIER, « Une collectivité ne peut attribuer un marché de fabrication de documents d'identité sans concurrence, même pour des raisons de confidentialité », *JCP A*, 2019, n°7, 2046.

[986] En ce sens, voy. E. DANIEL, *op. cit*. L'autrice relève également que, contrairement à la jurisprudence relative au point b) qui s'est enrichie au cours des dernières années, « *la Cour de justice n'avait en revanche jamais jusqu'alors eu l'occasion d'interpréter l'article 346, § 1 sous a) TFUE* ».

[987] Tandis que la Commission considérait que le marché aurait pu être passé sous le régime de la directive 92/50/CEE ou 2004/18/CE, ou, dans l'hypothèse où le marché ne relevait pas desdites directives, dans le respect des articles 49 et 59 du traité, l'Autriche considérait que ces marchés servaient la protection de ses intérêts essentiels de sécurité. L'attribution directe à la société ÖS était « *justifiée par la nécessité de préserver le secret des informations, de garantir l'authenticité et l'exactitude desdits documents, d'assurer l'approvisionnement en ces documents et de garantir la protection des données sensibles* » (point 37). La Commission a estimé que la nécessité pour l'Autriche de protéger ses intérêts essentiels de sécurité n'était pas établie.

[988] La Commission a notamment argué du fait que l'État n'a pas démontré qu'un appel d'offre n'aurait pas permis de satisfaire les obligations de sécurité, et notamment de confidentialité. S'agissant de la garantie d'approvisionnement que l'Autriche cherchait à se voir garantir par l'attribution directe du marché, la Commission a souligné que cette dernière aurait pu conclure plusieurs contrats-cadres (point 51). En outre, il lui était loisible de prévoir une obligation de confidentialité dans le cadre d'un appel d'offres (point 52).

[989] Après avoir relevé la différence de domaine d'application entre le point b) et le point a), l'avocate général estimait que ce dernier est applicable aux « *marchés publics militaires tels que les marchés d'impression présentement en cause* » (point 42). Elle soulignait par ailleurs que les cas d'exemption prévues dans les directives marchés publics (relevant les articles 13, a) de la directive 2009/81, article 4, §2 de la directive 92/50 et article 14 de la directive 2004/18) *concrétisent* l'article 346, §1, a) (point 43). L'Autriche se fondait quant à elle sur deux hypothèses de ces exemptions (marchés déclarés secrets et marchés dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité).

marchés publics non militaires, tels que les marchés d'impression en cause dans le présent recours » (point 72). Ainsi, la Cour de justice confirme que le point a) est une exception de sécurité générale. Cette exemption est donc susceptible de s'appliquer au secteur civil, ici en matière de marchés publics, en présence d'une certaine sensibilité (c'est-à-dire la nécessité de prendre en compte des aspects sécuritaires). Néanmoins, pour valider le recours à l'article 346, §1, a), cette sensibilité se mesure à l'aune des intérêts essentiels de sécurité nationale. La Cour démontra que, en l'espèce, tel n'était pas le cas. Cette jurisprudence illustre que les secteurs de la défense et de la sécurité ne sont pas hermétiques entre eux. La directive 2009/81/CE va en tirer les enseignements pour affiner la définition de MDS.

594. La LPM 2024/2030 a également modifié l'article L. 2515-1-4° du code de la commande publique, lequel transpose l'article 346 §1, a). Elle apporte, là encore, des enseignements sur la conception française quant au domaine d'application de cette dérogation, laquelle s'applique « *notamment pour des travaux, des fournitures ou des 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* ». Cette modification est par ailleurs complétée par celle de l'article L. 2515-1-7° relatif aux activités de renseignements, lesquelles requièrent de toute évidence la protection des intérêts essentiels de sécurité et ne peuvent faire l'objet des règles du droit des marchés publics[990].

595. Conclusion de la sous-section. Si l'article 346, §1, a) du TFUE n'est formellement limité à aucun domaine d'application en particulier, il n'en demeure pas moins qu'il entretient des rapports ténus avec le militaire. Parce qu'ils sont susceptibles de recouvrir des éléments relatifs à la protection des intérêts essentiels de sécurité d'un État, le secret militaire et les biens à double usage sont susceptibles de faire l'objet d'une exemption aux règles du Traité par le truchement du point a) de cette stipulation. De même, la sécurité non militaire, dont les caractéristiques sont voisines, apparait comme l'un de ses domaines d'application privilégiés. L'effacement de la distinction entre sécurité militaire et sécurité non militaire profite de la

[990] L'article L. 2515-1-7° du CCP s'applique aux « activités de de renseignement, y compris les activités de contre-espionnage, de contre-terrorisme et de lutte contre la criminalité organisée ».

généralité des termes de l'article 346, §1, a). Elle permet à cette dernière de bénéficier d'une exemption alors que les intérêts essentiels de sécurité d'un État sont en jeu. La directive 2009/81/CE devra alors tenir compte de ces évolutions et du fait que les États membres peuvent légitimement chercher à protéger leurs intérêts essentiels de sécurité dans le cadre de ces activités gravitant autour du purement militaire, à l'instar de l'acquisition des équipements de défense visés par l'article 346, §1, b).

596. Conclusion de la section. L'article 346 TFUE s'applique donc à un ensemble de matières qui dépassent le seul domaine militaire. L'exemption permet ainsi d'embrasser l'ensemble des évolutions de ce dernier. De ce point de vue, le point a) comble les lacunes du point b), trop restreint dans son champ d'application au regard des évolutions susmentionnées. Par sa rédaction suffisamment large, l'article 346 TFUE permet de garantir les intérêts essentiels de la sécurité d'un État dans toutes ses dimensions. En ce sens, la détermination de son domaine d'application permet d'expliquer l'évolution fondamentale du champ d'application de la directive 2009/81/CE. Le recours à l'article 346 TFUE par les États membres, sous le contrôle de la Cour de justice, a démontré implicitement l'inadéquation d'une directive limitée aux marchés publics dans le seul domaine de la défense, comme ce fut prévu initialement. L'intégration de la sécurité (non militaire) dans la directive 2009/81/CE est à mettre en parallèle avec le champ d'application de l'article 346 TFUE. En ce sens, la notion de MDS s'est bel et bien construite *avec* l'article 346.

597. Pour autant, en tant qu'exemption aux règles du Traité, ce dernier doit faire l'objet d'une rationalisation. En effet, son recours (excessif) entraîne *de facto* l'éclatement des procédures de passation à l'échelle nationale, au détriment de la BITDE. De cette rationalisation dépend l'interprétation du critère central de l'application de l'article 346 TFUE : la protection des intérêts essentiels de sécurité.

Section 2. La notion d'intérêts essentiels de sécurité

598. Les intérêts essentiels de sécurité sont centraux dans la proto-notion de MDS. Ils interrogent plus largement ce que recouvre la notion de défense et de sécurité, ce qui est

véritablement dérogatoire, et donc la « matière » qui peut s'épanouir dans la (future) notion de MDS.

599. C'est par l'intermédiaire de la notion d'intérêts essentiels de sécurité que les États membres ont longtemps pu avoir recours à l'article 346 TFUE quasiment sans réserve. Ainsi, la rationalisation du recours à cette exemption passe par celle de la notion d'intérêts essentiels de sécurité. Rationaliser suppose ici une interprétation de cette notion, et donc, au préalable, de la définir. Or, la protection des intérêts essentiels de sécurité apparait d'emblée comme une notion fondamentalement politique, et non juridique. Lesdits intérêts sont précisément nationaux, et touchent au cœur de l'identité des États. L'article 346 TFUE a été conçu comme un instrument de souveraineté des États. Chacun d'entre eux a sa propre définition de ses intérêts essentiels, selon son contexte politique, historique et stratégique. Partant, il est délicat de définir les intérêts essentiels de sécurité d'un État sur le plan juridique. Cette définition dépend en réalité de l'interprétation que leur en donne les États membres. En parallèle, la Commission et la Cour de justice ont nécessairement un rôle à jouer sur la définition des intérêts essentiels de sécurité, étant donné qu'ils contrôlent le bien-fondé du recours à l'article 346 TFUE.

600. Or, des points de divergence apparaissent au sein de ce *triumvirat*. La vision des États membres, historiquement, économiquement et stratégiquement nationale, s'oppose à la Commission européenne, institution européenne dont l'ambition est de dépasser l'horizon national de la défense dès que possible (Sous-section 1). L'arbitre de cette « confrontation » n'est autre que la Cour de justice, dans le cadre de son contrôle du recours à l'article 346 TFUE (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'interprétation des intérêts essentiels de sécurité par les États membres et la Commission européenne

601. Le recours abusif de l'article 346 TFUE par les États membres découle de leur liberté quasi-totale dans la détermination des moyens de préservation de leurs intérêts essentiels de sécurité. *A priori*, les États membres sont légitimes pour définir ce que recouvre lesdits intérêts, ainsi que les moyens de leur préservation. Au contraire, la Commission n'a *de facto* aucune

légitimité pour les remettre en cause. La dimension nationale des intérêts essentiels de sécurité n'autorise pas la Commission à les discuter. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle n'a aucun rôle à jour. En effet, la Commission dispose, et ce depuis les origines de l'exemption, d'une compétence de contrôle au titre de l'article 348 TFUE[991]. De manière plus générale, les États membres sont signataires de traités qui confient à la Commission le rôle de gardienne de ces derniers. En outre, les États ont des intérêts qui peuvent diverger. Dans cette perspective, le Traité et la Commission doivent permettre le fonctionnement global de l'UE.

602. Or, jusqu'à récemment, ce contrôle n'était pas réalisé, laissant la possibilité d'un recours étatique abusif. Le développement d'une politique de défense européenne au tournant des années 1990, notamment par l'intermédiaire du MEED, a concouru à changer ce *statu quo* selon lequel les États membres pouvaient librement utiliser l'article 346 TFUE. Ainsi, tandis que les États membres ont conservé leur interprétation de la notion d'intérêts essentiels de sécurité (I), la Commission européenne a finalement exercé son pouvoir de contrôle, ce qui, inévitablement, l'a conduite à se prononcer, non sans péril sur le plan politique, sur ladite notion (II).

I. L'interprétation étatique de la notion d'intérêts essentiels de sécurité

603. L'interprétation des États membres de la notion d'intérêts essentiels de sécurité conduit à relever une forme de paradoxe. Cette interprétation se fonde sur des considérations communes liées à la souveraineté, de sorte qu'elle fasse l'objet d'une *vision* convergente (A). Néanmoins, le recours à la notion d'intérêts essentiels varie en pratique d'un État à un autre, de sorte que son *utilisation* est divergente (B).

[991] Cf. *infra* §624 et s.

A. Une vision convergente

604. Les États membres interprètent leurs intérêts essentiels de sécurité comme relevant d'un choix politique souverain (1), les conduisant à une interprétation extensive de l'article 346 TFUE (2).

1. L'approche souverainiste des États membres

605. L'article 346 TFUE a longtemps été perçu comme une clause de sauvegarde des intérêts étatiques en matière de défense. L'adoption de l'article 346 TFUE a, du point de vue des États membres, été conçue comme le moyen de préserver le secteur de la défense[992] de l'application des règles du Traité[993], notamment celles relatives à la concurrence[994]. Cela est d'autant plus le cas des MDS, étant donné que les marchés publics ne sont pas mentionnés dans le Traité.

606. S. Mezzadri distingue ainsi deux fondements de la dérogation, lesquels concourent à l'approche souverainiste des États membres. Le premier résulte du fait que « *la construction communautaire s'est faite par l'intégration économique* », de sorte que « *rien ne justifiait alors la prise en compte du secteur de l'armement dans la logique d'ouverture des marchés* ». Le second fondement repose sur la possibilité de « *prendre en compte les spécificités d'une industrie différente des autres, en évitant d'appliquer des règles inadaptées* »[995]. Ce faisant, les États membres cherchaient alors à préserver leur autonomie de décision en matière de politique de défense[996].

---

[992] Voy. notamment N. B. BERNARD, « La procédure de remplacement des F-16 : entre transparence et opacité », *Revue Belge de Droit constitutionnel*, n°2, 2019, p. 185. L'auteur souligne la volonté des États de « *préserver leur souveraineté stratégique et économique* ».
[993] F. TERPAN, « La CJUE et les marchés publics de défense : l'encadrement des intérêts nationaux de sécurité », *op. cit*. Ainsi, malgré la « *création progressive* » de la PSDC et son insertion dans le droit primaire, « *le secteur de la défense reste assez largement placé sous le contrôle des États membres* ».
[994] Outre les marchés publics dans le domaine de la défense, les États se sont également appuyés sur cette exemption pour écarter l'application du droit de la concurrence.
[995] S. MEZZADRI, « L'ouverture des marchés de la défense : enjeux et modalités », *Institut d'études de sécurité*, publication occasionnelle n° 12, 2000, p. 7.
[996] H. MASSON, « La politique européenne de l'armement : la méthode des « petits pas » », *in* Fondation pour la Recherche Stratégique, *Annuaire stratégique et militaire 2003*, Odile Jacob, « Hors collection », 2003, p. 285-344. p. 293.

607. Pourtant, le Traité ne prévoit pas explicitement l'exclusion de la défense, notamment au regard de l'universalité de la politique du marché intérieur[997]. Cela n'a pas empêché les institutions de l'UE (Commission européenne et Cour de justice) de se montrer longtemps réticentes à remettre en cause cette vision souverainiste et « *à trop s'engager dans une matière intimement liée à la souveraineté étatique* »[998]. Les tentatives européennes de « communautariser » la défense se sont d'ailleurs originellement soldées par un échec, « *notamment du fait que la défense* [est] *une composante très sensible de la souveraineté nationale* »[999]. Ainsi, à travers la notion d'intérêts essentiels de sécurité, l'article 346 TFUE « *a nourri le mythe de la liberté absolue des États membres en matière de commerce d'armement* »[1000].

608. Cette approche souverainiste, fondée sur la nature régalienne des activités de défense, a été confortée par l'inadéquation du cadre communautaire s'agissant des acquisitions dans le domaine de la défense. Seul l'article 346 TFUE permet alors d'échapper à la « *profonde tension entre la souveraineté militaire et les exigences du marché intérieur* » [1001]. En écartant ces règles inadaptées, il autorise la prise en compte des spécificités techniques, économiques et stratégiques du secteur de la défense. Or, cette « *thèse étatique d'attachement à la souveraineté* »[1002] a naturellement conduit les États membres à adopter une interprétation extensive de la notion d'intérêts essentiels de sécurité, et, par voie de conséquence, de l'article 346 TFUE.

---

[997] La Cour de justice contredira l'affirmation selon laquelle la défense est hors-traité, notamment dans l'arrêt *Commission c. Royaume-Uni*, 12 avril 2005, aff. C-61/03, Rec. 2005, p. I-2477. Elle juge ainsi que « *l'application de certaines règles instituées par ledit traité, même si celui-ci ne vise que les activités civiles, est néanmoins susceptible d'avoir une incidence sur des activités et des intérêts qui relèvent du domaine de la défense nationale des États membres* » (point 32).
[998] S. TROMBETTA, *op. cit*.
[999] F. DUMAS, « La construction de l'Europe de la défense : dur mais juste chemin vers l'indépendance », *Les Champs de Mars*, 2019, n° 32, p. 128. L'autrice souligne ainsi que « *historiquement, la défense faisait l'objet d'un véritable « tabou » à Bruxelles* ». Pour souligner les échecs d'une européanisation de la défense, elle rappelle le projet de la Communauté européenne de défense (CED), rejeté par la France en 1954 (voy. sur le sujet : Centre international de formation européenne, « Défense européenne et unité politique : Les leçons de l'échec de la Communauté européenne de défense (1954) », *L'Europe en formation*, 2022, n°395). Depuis, « *la Communauté économique européenne puis l'UE sont restées extrêmement frileuses en la matière* ».
[1000] S. MEZZADRI, *op. cit*., p. 7.
[1001] N. B. BERNARD, *op. cit.*, p. 184.
[1002] S. TROMBETTA, *op. cit*.

2. L'interprétation extensive des intérêts essentiels de sécurité

609. La pratique du recours à l'article 346 TFUE par les États membres démontre que ces derniers ont une interprétation extensive de cette exemption. La lettre de l'article 346, §1 permet *a priori* une telle interprétation, puisqu'elle précise que l'État membre peut prendre les mesures qu'il « *estime nécessaire* » pour protéger ses intérêts essentiels de sécurité. Ne pas autoriser les États à le faire remettrait d'ailleurs en cause leur souveraineté quant à la définition et la défense de ces intérêts[1003]. Ainsi, un État membre a pu considérer devant la Cour de justice que « *les États membres disposent d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant de la détermination des mesures portant atteinte aux intérêts essentiels de leur sécurité* »[1004].

610. Cette interprétation extensive concerne tant le point b) que le point a) de l'article 346 TFUE. S'agissant du point b), plusieurs États membres ont considéré qu'il découlait du libellé même de l'article 346, §1, b) que « *le traité a entendu conférer aux États membres un important pouvoir d'appréciation concernant les mesures qu'ils prennent en vue de protéger les intérêts essentiels de leur sécurité* »[1005]. Cette interprétation a notamment conduit les États membres à admettre que tout produit de défense (y compris autres que ceux de la liste de 1958) relevait de leurs intérêts essentiels de sécurité, justifiant ainsi de déroger aux règles du Traité[1006]. C'est d'ailleurs au regard de la seule nature militaire des produits que des États membres ont défendu leur recours à l'exemption[1007]. Il en va de même pour ce qui est de l'article 346, §1, a). Dans l'arrêt *Commission c. Autriche*, la Cour soulignait que l'État membre « *rappelle en substance que la politique de sécurité est un élément essentiel de la souveraineté étatique et qu'il incombe aux États membres de définir leurs intérêts essentiels de sécurité et de déterminer si des mesures de sécurité sont nécessaires, ces États membres disposant, à cet égard, d'un large pouvoir d'appréciation* » (point 39).

[1003] E. AALTO, *op. cit*., p. 19. L'auteur écrit : « *si un État membre ne peut pas choisir les moyens de protéger ses intérêts essentiels de sécurité, quel est l'intérêt de les avoir en premier lieu ?* » (traduction libre).
[1004] CJUE, 4 mars 2010, *Commission c. Portugal*, aff. C-38/06, Rec. 2010, p. I-1569 (point 49).
[1005] Voy. notamment CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Grèce*, *op. cit.* (point 39) ; CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-372/05, Rec. 2009, p. I-11801 (point 52).
[1006] D. KEOHANE, 'The EU and armaments co-operation », Centre for European Reform, 2002, p. 17.
[1007] Ainsi, dans l'affaire des hélicoptères Augusta (CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie* (*op. cit.*), l'Italie souligne que « *d'une manière générale* (…) *sa pratique n'est pas différente de celle mise en œuvre dans la majorité des États membres produisant des hélicoptères* » (point 32).

611. Que les intérêts essentiels de sécurité relèvent d'un « *pouvoir discrétionnaire* » ou d'un « *pouvoir d'appréciation large* », les États membres confirment leur lecture souverainiste de cette disposition, considérant que l'article 346 TFUE est constitutif d'une exemption générale. Le maintien du secteur de la défense dans le giron quasi-exclusivement national, par l'intermédiaire d'une vision généralement partagée par l'ensemble des États membres, entraîne nécessairement une utilisation divergente, selon les intérêts respectifs de ces États.

B. Une utilisation divergente

612. L'utilisation d'une notion d'intérêts essentiels de sécurité, qui sont inévitablement différents d'un État membre à l'autre (1), a pour conséquence le fractionnement du marché européen de la défense (2).

1. Une utilisation liée aux intérêts industriels nationaux

613. Le cadre national de la défense, maintenu par la lecture souverainiste de l'article 346 TFUE, permet aux États d'utiliser cette exemption en accord avec la structure de leur industrie de défense, en dehors de toute règle commune. À cet égard, l'analyse du recours à l'article 346 TFUE par les États membres permet de dessiner les structures des industries (nationales) de défense en Europe. Ces dernières varient d'un État à l'autre, notamment entre les pays dotés d'une industrie d'armement et ceux qui en sont privés[1008].

614. H. Masson distingue trois cercles d'États[1009]. Le premier, les « *États producteurs et exportateurs historiques d'armement* » (France, Royaume-Uni, Allemagne, Italie, Espagne et Suède) ont une BITD « *structurée autour d'un ou plusieurs groupes pivots (avec une spécialisation des maîtres d'œuvre par secteur le cas échéant)* ». Le deuxième cercle est

[1008] J.-P. MAULNY, « L'industrie d'armement, acteur et bénéficiaire de l'Europe de la défense ? », *Revue internationale et stratégique*, 2002, n° 48, p. 141.
[1009] H. MASSON, « Quelle industrie de défense pour quelle Europe ? », *Revue Défense Nationale*, 2020, n° 832, p. 63-64.

composé des États « *caractérisés par une base équipementière assez étoffée et par la présence d'un ou plusieurs industriels spécialisés disposant d'une offre export* » (notamment les Pays-Bas, la Finlande, la Tchéquie). Le troisième cercle, le plus large, est constitué des États dont l'industrie s'articule autour d'entreprises sous-traitantes, « *insérées à la Supply Chain des grands maîtres d'œuvre industriels et avionneurs européens, le cas échéant américains* » (Danemark, Belgique, Roumanie, Bulgarie, Grèce, Slovaquie, Autriche, États baltes, Portugal, Slovénie, Hongrie et Croatie).

615. Ces structures hétérogènes font que les États n'ont pas la même stratégie d'acquisition. Les États du premier cercle auront pour objectif de maintenir les capacités de production nationales. Ils sont donc davantage enclins à s'approvisionner auprès d'un fournisseur national, afin de préserver les compétences sur le territoire. Partant, ces États ont une appréciation particulièrement large de l'article 346 TFUE qui repose sur une lecture traditionnellement très « nationale » des intérêts essentiels de sécurité. Cette approche leur permet de préserver leurs champions nationaux de la concurrence étrangère[1010]. Néanmoins, elle est aujourd'hui plus difficile en raison de la contraction des marchés domestiques et, par conséquent, de la difficulté à maintenir une industrie permettant de satisfaire l'ensemble des besoins des forces armées. Cette dynamique va d'ailleurs faciliter l'acceptation de ces États d'une rationalisation de l'interprétation de l'article 346 TFUE et un renouvellement de l'interprétation des intérêts essentiels de sécurité.

616. En outre, un État du premier cercle peut, tantôt s'approvisionner sur une base nationale et recourir à l'article 346 TFUE, tantôt recourir au marché. Tel est le cas de l'Allemagne. H. Kuechle démontre ainsi que cet État s'approvisionne sur le marché pour les avions de combat, pour lesquels son industrie ne dispose pas des capacités de production, tandis qu'il s'équipe de chars exclusivement allemands[1011]. Ainsi, les intérêts essentiels de sécurité sont mis en avant dans les domaines où l'industrie nationale est compétente, tandis qu'ils s'effacent lorsque l'État souhaite recourir au marché pour satisfaire ses besoins.

[1010] De ce point de vue, la vision souverainiste de l'article 346 induit son utilisation protectionniste par les États du premier cercle. En effet, « *plus un marché est fermé, plus l'hypothèse d'un comportement protectionniste et d'un abus de l'article 296 est valable* » (H. KUECHLE, « The cost of non-Europe in the area of security and defence », », Bonn International Center for Conversion, étude commandée par le Parlement européen, 2006, p. 42).

[1011] *Ibid*. L'auteur souligne par ailleurs que le Royaume-Uni a eu l'intention de s'approvisionner des chars allemands Leopold 2, cependant que le ministère de la défense a insisté sur l'achat de chars britanniques.

617. Au contraire, les États dans lesquels l'industrie de défense est plus réduite, voire inexistante, auront nécessairement besoin de recourir au marché pour s'approvisionner, faute de pouvoir le faire auprès d'un fournisseur national. C'est le cas des États du deuxième, et à plus forte raison du troisième cercle. Néanmoins, ce recours au marché ne signifie pas pour autant une lecture des intérêts essentiels de sécurité plus restrictive que celle des États du premier cercle. Les plus petits États auront tendance à recourir à des mécanismes non concurrentiels de compensations[1012] pour renforcer leur propre industrie nationale, notamment dans le cadre de marchés publics[1013].

618. Cette lecture nationale des intérêts essentiels de sécurité contribue à l'éloignement, variable selon les objectifs des États vis-à-vis de leurs industries respectives entre secteur de la défense et marché économique. Or, l'utilisation de la notion d'intérêt essentiels de sécurité est à la fois le fruit et la cause du fractionnement du marché européen de la défense.

2. Une utilisation vectrice de normes nationales hétérogènes

619. Les moyens de la préservation de leurs intérêts essentiels de sécurité par les États membres ont pour conséquence un fractionnement du marché européen de la défense. Schématiquement, on retrouve autant de marchés de défense qu'il y a d'États[1014]. Ainsi exclu des règles du Traité, l'approvisionnement de défense fait nécessairement l'objet de règles de passation nationales. Cette hétérogénéité des normes applicables rend illusoire l'objectif de renforcement de la BITDE. Dans ce contexte, les BITD nationales priment sur la BITDE, laquelle est accessoirement plus ou moins pris en compte selon les États. Les règles de publicité et de mise en concurrence, lorsqu'elles existent, varient d'un État à l'autre. Il en va de même

[1012] Cf. *infra* §1602.
[1013] H. MASSON, *op. cit*., p. 64. S'agissant des États des deuxième et troisième cercles, « *les offsets directs et semi-directs négociés par les autorités nationales dans le cadre de leurs marchés publics de défense ont là également joué un rôle majeur dans l'émergence et la consolidation d'activités industrielles liées à l'armement, une situation qui perdure aujourd'hui* ».
[1014] E. AALTO, *op. cit.*, p. 13. L'auteur note en ce sens que « *l'argent consacré aux marchés publics de la défense n'est pas dépensé sur un marché unique (le marché européen des équipements de défense), mais sur 27 marchés nationaux différents* ».

du point de vue du contrôle des exportations, alors essentiellement national. Il en résulte « *un obstacle majeur pour les fournisseurs non nationaux et limite l'ouverture des marchés* »[1015].

620. Dans le domaine des marchés publics, l'hétérogénéité des normes était, jusqu'à l'adoption de la directive 2009/81/CE, particulièrement marquée[1016], nonobstant la mise en œuvre de mécanismes d'attribution intergouvernementaux. Certains États membres mirent en place un régime national de publicité et de mise en concurrence (modéré). Tel est le cas de la France, avec l'adoption du décret défense[1017]. D'autres, au contraire, prévoient des procédures d'attribution de marché en opposition frontale avec le principe de concurrence. Ainsi, certains État comme la Belgique encadrent leur recours à des mécanismes de compensation[1018].

621. Il en découle une utilisation de l'article 346 TFUE démontrant que les États membres en ont une interprétation fondée sur des motifs politiques, économiques et industriels. Pourtant, dans le texte, l'article 346 TFUE ne prend pas en compte de telles considérations. Il repose sur des notions de marché et des effets des mesures prises par les États sur ce dernier. De ce point de vue, l'article 346 TFUE n'est pas seulement l'instrument ultime (puisque dérogatoire) de la souveraineté des États membres. C'est aussi une disposition concurrentielle. La primauté de la

---

[1015] H. MASSON, « L'ouverture des marchés publics de défense en Europe : vers un régime intergouvernemental volontaire ? », *op. cit.*, p. 196.

[1016] Dans son étude d'impact accompagnant la proposition de directive (*op. cit*, point 3.4), la Commission note que « *certains États membres disposent de règles législatives spécifiques, notamment pour les marchés publics de défense couverts par l'article 296 du traité CE, tandis que d'autres s'appuient uniquement sur des orientations non législatives à l'intention des gestionnaires de projet. En tout état de cause, chaque État membre applique des règles différentes en matière de publication, de spécifications techniques et de procédures, et aborde les spécificités des marchés publics de défense à sa manière. Cette diversité entraîne une fragmentation des règles de passation des marchés de défense et de sécurité non militaire sensible dans l'ensemble de l'UE* » (traduction libre).

[1017] Décret n°2004-16 du 7 janvier 2004, *op. cit.*

[1018] Arrêté royal du 6 décembre 2001 modifiant l'arrêté royal du 6 février 1997 relatif aux marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 3, §3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Cet arrêté est applicable aux marchés publics dans le domaine de la défense entrant dans le champ de l'article 346, §1, b). L'article 2.61 prévoit la possibilité pour ces marchés de prendre en compte « *des considérations liées au renforcement du potentiel économique ou technologique du pays et compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne, concrétisées sous la forme de compensations industrielles. Ces compensations industrielles portent soit sur l'étude, soit sur la mise au point, soit sur le développement, soit sur la coproduction ou la production de fournitures ou de services qui prioritairement doivent être de haute technologie* ». L'article 2.§3 dispose notamment que le cahier des charges du marché doit indiquer le critère d'attribution relatif aux compensations industrielles, dont la valeur pondérée ne peut excéder 15 % de l'ensemble des critères du marché. Des sanctions contractuelles sont également prévues en cas d'inexécution par l'adjudicataire des engagements souscrits en matière de compensations industrielles (au minimum 10 % du montant non réalisé des compensations industrielles).

vision politico-industrielle des États membres, qui a eu longtemps libre cours, a mis en retrait cette dimension concurrentielle. La Commission européenne, initialement tolérante, a depuis infléchi sa position vers une interprétation plus près du texte, c'est-à-dire concurrentielle, en exerçant pleinement son contrôle du recours à l'article 346 TFUE.

II. La Commission européenne : une lecture européenne des intérêts essentiels de la sécurité

622. La Commission européenne a aujourd'hui une vision *concurrentielle* de l'article 346 TFUE, par opposition à l'approche souverainiste des États membres. En particulier, une telle vision contrarie la libre détermination par les États membres des mesures prises aux fins de préserver leurs intérêts essentiels de sécurité. Pour remettre en cause le monopole de ces derniers quant au champ d'application du 346 TFUE, la Commission européenne a d'abord dû faire évoluer son rôle de garante du marché intérieur *via* son contrôle de l'article 348 TFUE (A). Ainsi, sa vision concurrentielle repose aujourd'hui sur une rationalisation des intérêts essentiels de sécurité (B).

A. La nécessaire évolution de la position de la Commission

623. La Commission s'est longtemps interdite d'exercer le contrôle qui lui incombe (1). Cette position d'auto-restriction a évolué par l'intermédiaire du double usage des biens militaires et civils (2).

1. Un contrôle de la Commission longtemps resté lettre morte

624. Dans un premier temps, la Commission s'est abstenue d'exercer le contrôle du recours à l'article 346 TFUE. Pourtant, cette fonction de contrôle de la Commission est prévue dès la mise en place de l'exemption, aujourd'hui reproduite à l'article 348 TFUE. En effet, dès lors

qu'une mesure prise sur le fondement de l'article 346 TFUE, telle une mesure d'aide d'état, a pour effet de fausser les conditions de la concurrence dans le marché intérieur, l'article 348 TFUE prévoit un examen de cette mesure entre l'État membre et la Commission. Cet examen vise à déterminer si la mesure litigieuse peut être mise en conformité avec les règles du Traité. La marge de manœuvre de la Commission est limitée, puisqu'elle ne dispose pas de la faculté d'adopter des actes contraignants. À cet égard, la Cour relève que « *l'issue des consultations dépendrait essentiellement de la volonté de l'État membre concerné* »[1019]. Si cet examen ne permet pas d'aligner les positions des deux parties, la Commission peut alors saisir directement la Cour de justice (de même qu'un État membre qui estimerait qu'un autre État membre fait un usage abusif de l'article 346 TFUE). Il s'agit d'une dérogation à la procédure de recours en constatation de manquement prévue aux articles 258 et suivants du TFUE.

625. Dans les faits, les États membres et la Commission se sont accordés sur une « *tolérance réciproque* »[1020]. Un « *accord tacite* »[1021] entre les deux supposait un recours libre à l'article 346 TFUE par les États, sans que la Commission (ni la Cour) n'y trouvât à redire. Cette restriction s'expliquait par l'exclusion *de facto* de la défense du champ d'application du Traité. Le secteur de la défense, « *délibérément exclu du processus d'intégration européenne par les États membres* », faisait ainsi « *l'objet d'un contrôle exclusivement national jusqu'à la fin des années 90* »[1022]. En particulier, la nature éminemment politique des intérêts essentiels de sécurité nationale a longtemps constitué une barrière infranchissable pour la Commission. La seule invocation desdits intérêts (que leur présence soit avérée ou non) suffisait alors à faire échapper le recours à l'article 346 TFUE au contrôle de la Commission. En pratique, l'article 348 TFUE est resté lettre morte. En effet, exercer un tel contrôle sur le recours à l'exemption (alors clairement abusif) supposait *de facto* pour la Commission de se prononcer sur la notion d'intérêts essentiels de sécurité. La difficulté est que cette dernière ne peut fondamentalement pas se prononcer sur leur légitimité. En revanche, l'article 348 TFUE suppose pour la Commission de contrôler leur utilisation en tant que critère de recours à l'exemption.

[1019] TPICE, 30 septembre 2003, *Fiocchi Munizioni c. Commission*, *op. cit.*, point 40.
[1020] D. VINCENTELLI-MERIA, *op. cit*.
[1021] S. MEZZADRI, *op. cit.*, p. 8.
[1022] J.-B. MARIS, *op. cit.*, p. 34.

626. Alors que la suppression pure et simple de l'article 223 CE fut un temps envisagée au sein des institutions communautaires[1023], ce qui aurait été « [ignorer] *la dimension stratégique de l'industrie de défense* »[1024], la Commission affirma peu à peu sa position par rapport aux États membres, notamment à partir des années 1990, le contexte économique et politique de la post-guerre froide s'y prêtant. Ainsi, dans sa communication de 1996, la Commission notait le recours généralisé à l'exemption de défense[1025]. Cette dernière limitait jusqu'alors la valorisation du cadre communautaire en la matière, de sorte que la Commission « *rappelle* » le caractère circonstancié et conditionnel de l'article 223 CE. Elle soulignait que l'interprétation extensive et divergente des États membres de cette dérogation a « *toujours contesté cette approche* »[1026]. La Commission lança alors une offensive sur ce recours abusif de la part des États membres, qui porta d'abord sur les biens à double usage, lui permettant de « *mettre un pied dans la porte* »[1027] du marché de la défense ; une porte longtemps fermée par les États membres par l'intermédiaire des intérêts essentiels de sécurité.

2. Un contrôle initialement engagé *via* le double usage : la jurisprudence *Commission contre Espagne*

627. S'appuyant sur le fait que la Cour de justice a reconnu que la politique d'exportation des biens à double relevait par principe de la politique commerciale commune[1028], limitant ainsi l'interprétation extensive de l'article 296 CE, la Commission adopte une position offensive sur

[1023] Commission, avis du 21 octobre 1990 relatif au projet de révision du traité instituant la Communauté économique européenne concernant l'Union politique, COM (90) 600 final, 23 octobre 1990, 16 p. La Commission juge qu' « *il est également dans l'intérêt commun que le commerce et la production d'équipement de défense soient complètement soumis aux disciplines du marché commun, ce qui implique notamment la suppression de l'article 223* ». Voy. I. BARBE (« L'article 223 du traité de Rome ; un article controversé », *Droit & défense*, 1998, n°1, p. 19-30 (particulièrement p. 25-28).

[1024] J.-M.GUÉHENNO, « La commission européenne, adversaire ou alliée de l'industrie de défense européenne ? Pour une révision de l'article 223 du traité instituant la communauté européenne », *RMCUE*, 1999, p. 671.

[1025] Commission européenne, Communication sur les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense, *op. cit.*, p. 16-17.

[1026] *Ibid.*, p. 17.

[1027] D. KEOHANE, 'The EU and armaments co-operation », *op. cit.*, p. 18 (traduction libre).

[1028] CJCE, 17 octobre 1995, *Werner c. Allemagne*, aff. C-70/94, Rec. 1995, p. I-3189, et CJCE, 17 octobre 1995, *Leifer*, aff. C-83/94, Rec. 1995, p. I-3231. La Commission s'appuie sur ces deux arrêts dans sa communication de 1996 pour marquer son opposition à la vision selon laquelle l'article 223 est l'« *émanation d'un principe général que tous les domaines ayant trait à la sécurité nationale ne relèvent pas des traités* » (*op. cit*., p. 17).

le recours à l'exemption de sécurité. Toujours en matière d'exportation de biens à double usage, la Commission va, non sans précaution, proposer de rationaliser la notion d'intérêts essentiels de la sécurité des États membres, dans l'arrêt *Commission contre Espagne*[1029].

628. En l'espèce, l'Espagne a exonéré en vertu d'une loi nationale les importations et acquisitions intracommunautaires d'armement, de munitions et de matériel à usage exclusivement militaire de la TVA. Estimant que de telles opérations devaient être assujetties à cette taxe au regard du droit communautaire, la Commission a mis en demeure l'Espagne de présenter ses observations. Insatisfaite des justifications de l'État, la Commission a formé un recours devant la Cour de justice. La Commission faisait valoir que les exonérations de TVA fondées sur les dispositions communautaires applicables ne s'appliquaient pas à l'armement, aux munitions et au matériel à usage exclusivement militaire[1030].

629. La Commission estimait que le recours à l'article 223 du Traité est d'interprétation stricte, et qu'il revenait à l'Espagne « *d'établir dans quelle mesure l'assujettissement à la TVA pouvait affecter les intérêts essentiels de sa sécurité nationale* » (point 20)[1031]. Ainsi, sans se prononcer formellement sur la légitimité du motif lié aux intérêts essentiels de sécurité invoqués par l'Espagne, la Commission en proposait une vision restrictive du point de vue de son recours.

630. Suivant la logique de la Commission, la Cour a décidé d'aller plus loin en estimant que l'Espagne « *n'a pas démontré que les exonérations prévues par la loi espagnole sont nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité* ». Ainsi, sans prononcer sur la légitimité desdits intérêts, la Cour a néanmoins jugé que la loi litigieuse a « *pour objet principal de définir et d'attribuer les ressources financières permettant le renforcement et la modernisation des forces armées espagnoles* », de sorte que « *les exonérations de TVA ne sont*

[1029] CJCE, 16 septembre 1999, *Commission c. Espagne*, aff. C-414/97, Rec. 1999, p. I-5585.
[1030] L'Espagne, se fondant l'article 223, §1, b) du traité, estimait quant à elle que l'exonération de TVA « *constitue une mesure nécessaire aux fins de garantir la réalisation des objectifs essentiels du plan stratégique global et, notamment, pour assurer l'efficacité des forces armées espagnoles dans la défense nationale et dans le cadre de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord* » (point 17).
[1031] Dans ses conclusions présentées le 18 mars 1999, l'avocat général Saggio a relevé en outre que la Commission fait valoir que « *l'assujettissement des importations d'armement au régime de la TVA ne porterait pas atteinte aux intérêts espagnols parce que la charge qui en résulterait pour l'État serait minime quant à sa portée* » (point 6).

pas nécessaires pour atteindre l'objectif de la protection des intérêts essentiels de la sécurité du royaume d'Espagne » (point 22)[1032].

631. La Commission (comme la Cour) est ainsi passée d'un contrôle inexistant à un contrôle embryonnaire sur le recours à l'article 346 TFUE. La protection des intérêts essentiels de sécurité nationale, par essence exclusifs de toute appréciation autre que celle provenant de l'État, n'empêche plus la Commission d'exercer un contrôle sur les arguments avancés par les États membres. L'affaire *Commission contre Espagne* démontre son approche indirecte, c'est-à-dire, non pas à en contrôlant la présence des intérêts essentiels de sécurité, mais en vérifiant les justifications des États membres. À cette occasion, la Commission porte implicitement une appréciation sur les intérêts essentiels de sécurité nationale en cause. Cette position, périlleuse du point de vue du respect nécessaire de la souveraineté des États, sera appuyée par la jurisprudence ultérieure de la Cour. Dans l'intervalle, la Commission va poursuivre son offensive, en apportant directement des précisions sur la notion d'intérêts essentiels de sécurité, et notamment au-delà des biens à double usage. Ainsi, la Commission va proposer son interprétation générale des intérêts essentiels de sécurité, quel que soit le cas d'usage.

B. L'interprétation des intérêts essentiels de sécurité par la Commission

632. Pour l'essentiel, la Commission européenne s'en tient à une analyse de la lettre des traités (article 346 et 348 TFUE) dont il résulte une interprétation restrictive de de la notion d'intérêts essentiels de sécurité (1). Cette analyse stricte contraste avec la suggestion de la Commission européenne faite aux États membres d'adopter une vision européenne de la notion d'intérêts essentiels de sécurité (2).

[1032] Sur ce point, l'avocat général souligne que, faute de la démonstration de la nécessité de la mesure litigieuse par l'Espagne, « *il n'est pas nécessaire – contrairement à ce qu'affirme la Commission – d'apprécier en vertu de l'article 225 du traité si le royaume d'Espagne a fait un usage abusif des pouvoirs prévus dans cette disposition* » (point 13).

1. Une définition restrictive par l'interprétation littérale de l'article 346 TFUE

633. Bien que la Commission européenne souligne qu'il ne lui revient pas « *de juger des intérêts essentiels de sécurité des États, ni des équipements dont ils se dotent afin de protéger ces intérêts* », elle rappelle son rôle de « *gardienne du Traité*»[1033]. Cela l'autorise ainsi à vérifier la satisfaction des conditions nécessaires au recours à l'article 346 TFUE, y compris dans le cadre des marchés publics dans le domaine de la défense. En conséquence, la Commission apporte indirectement sa vision quant à la notion d'intérêts essentiels de sécurité.

634. En premier lieu, la Commission s'appuie sur l'existence de l'article 348 pour juger que « *les États membres ne disposent pas d'une liberté absolue lorsqu'ils sont amenés à décider d'exempter un marché donné des règles du marché intérieur* »[1034]. L'existence d'un tel contrôle, prévu par le Traité, confirme cette logique, et, partant, le fait que les intérêts essentiels de sécurité nationale ne sont pas sans limites.

635. En second lieu, la Commission européenne juge que lesdits intérêts sont strictement limités à la dimension de *sécurité*. La notion n'intègre pas les autres intérêts, tels que les intérêts industriels et économiques. Cette vision s'oppose fondamentalement à la pratique des États membres, qui ont fait du recours à l'article 346 TFUE un moyen de satisfaire leur politique industrielle de défense (nationale). Ainsi, la Commission exclut les compensations indirectes et non militaires[1035], tandis que les États membres ayant cette pratique la font précisément reposer sur l'article 346 TFUE. En limitant ainsi les « intérêts essentiels » pris en compte à la seule dimension de sécurité, la Commission ne propose toutefois pas de définition de la *sécurité* au sens de l'article 346 TFUE. En revanche, sa communication interprétative insiste sur le caractère « *essentiel* » de ces intérêts. Une telle formulation souligne, selon elle, « *le caractère exceptionnel de la dérogation* »[1036], laquelle ne doit pas avoir pour objet de protéger les intérêts de sécurité en général, mais seulement les plus essentiels. Pour la Commission, l'article 346

[1033] Commission européenne, communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité, *op. cit.*, p. 9.
[1034] *Ibid.*, p. 7.
[1035] Cf. *infra* §1615 et s.
[1036] Commission européenne, communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité, *op. cit.*, p. 8.

TFUE se limite « *aux marchés publics de la plus haute importance pour les capacités militaires des États membres* »[1037].

636. L'interprétation de l'article 346 TFUE par la Commission restreint donc considérablement les cas d'usage de cette exemption, et conduit à définir négativement les intérêts essentiels de sécurité, par ce qu'ils ne sont pas. Si une telle interprétation correspond davantage à la lettre du texte, elle s'éloigne en revanche de l'esprit dans lequel l'article 346 TFUE a été conçu sur le plan politique, c'est-à-dire comme le moyen d'exclure la défense des dispositions du Traité.

637. En parallèle de ce « retour au texte », la Commission a proposé un dépassement de la dimension nationale de l'article 346 TFUE, dans le cadre d'une approche européenne des intérêts essentiels de sécurité.

2. Une approche extensive : le prisme européen des intérêts essentiels de sécurité

638. Stricte dans l'interprétation littérale de l'article 346 TFUE s'agissant des intérêts nationaux définis par les États membres, la Commission se montre bien plus conciliante lorsqu'elle propose aux États membres de déterminer les intérêts essentiels de leur sécurité sous le prisme européen. Tout en reconnaissant la variabilité des intérêts de sécurité nationaux en fonction de facteurs géographiques ou historiques, la Commission souligne la « *convergence croissante des intérêts nationaux* », y compris dans le domaine de la défense et de la sécurité[1038]. La Commission renvoie à l'objectif des États membres de développer « *un marché commun des équipements de défense ainsi qu'une base industrielle et technologique européenne compétitive dans le domaine de la défense* »[1039]. Se retrouvent ici les mêmes objectifs que ceux ayant conduit l'adoption de la directive 2009/81/CE. Cette position de la Commission démontre que l'article 346 TFUE permet de définir une proto-notion de MDS, avec pour lien la promotion de la BITDE.

[1037] *Ibid*.
[1038] *Ibid.*, p. 7
[1039] *Ibid*.

639. Bien qu'intéressante du point de vue de l'objectif de politique de défense européenne, cette position de la Commission est à plusieurs égards critiquable. D'une part, elle s'appuie une interprétation extensive au-delà du texte, ce que, implicitement, elle n'autorise pas aux États membres s'agissant des intérêts essentiels de leur sécurité nationale. L'article 346 TFUE est pourtant circonscrit à cette sécurité *nationale*, à travers la notion d'intérêts essentiels de sécurité. En réalité, la Commission exprime une « opinion » politique claire[1040], en faveur d'une vision concurrentielle et européenne de l'article 346 TFUE. Si l'aspect concurrentiel est, du point de vue du texte, incontestable, en revanche, la notion même d'intérêts européens pourrait en l'espèce être considérée comme une interprétation *contra legem*. D'autre part, le constat d'une convergence des divers intérêts nationaux est, encore aujourd'hui, toute relative[1041]. Enfin, la Commission suggère aux États membres de prendre en compte cette dimension européenne lorsqu'ils évaluent l'atteinte à leurs intérêts essentiels de sécurité par l'application des règles de l'Union ; or, l'inadéquation de ces règles, notamment en matière de marchés publics, conduit justement les États à ne pas les appliquer. L'adoption de la directive 2009/81/CE devrait donc permettre une meilleure prise en compte de ce prisme européen par les États dans la préservation de leurs intérêts essentiels de sécurité.

640. Conclusion de la sous-section. La notion d'intérêts essentiels de sécurité fait aujourd'hui l'objet d'une interprétation divergente entre les États membres et leur vision souverainiste, et la Commission qui embrasse pleinement son rôle de garante de l'application des traités. La vision souverainiste correspond à une liberté classique attribuée aux États dans le domaine régalien qu'est celui de la défense. Toutefois, la pratique démontre que cette liberté est l'assise d'un recours abusif de l'exemption. En effet, elle incite les États membres à aller au-delà de ce qui est prévu par l'article 346 TFUE, lequel est utilisé pour des questions purement économiques où la protection des intérêts essentiels de sécurité semble toute relative. Dans le même temps, la Commission est sur un terrain glissant, précisément en raison des enjeux de souveraineté. Son contrôle ne saurait les remettre en cause, cependant qu'il doit s'exercer pleinement afin de garantir l'effectivité des règles du Traité, et, en particulier dans le domaine militaire, de permettre l'émergence d'un MEED ainsi que le renforcement de la BITDE. Or,

[1040] Voy. en ce sens E. AALTO, *op. cit.*, p. 33 (traduction libre).
[1041] *Ibid*.

cette divergence exerce une influence directe sur ces objectifs de la politique de défense. C'est alors à la Cour de justice de trancher.

Sous-section 2. Le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne

641. Eu égard à l'exercice par la Commission de son droit de saisine de la Cour de justice, la jurisprudence de cette dernière est amenée, encore aujourd'hui, à se développer en ce qui concerne le recours à l'article 346 TFUE. Le temps d'une Cour de justice en retrait sur la question semble révolu. En particulier, la Cour de justice étend son contrôle aux intérêts essentiels de sécurité et aux mesures des États membres prises sur leur fondement. Toutefois, à l'instar de la Commission, la Cour de justice n'est pas censée se prononcer sur la légitimité des intérêts essentiels de sécurité. Cela ne signifie pas pour autant l'absence de tout contrôle. Une « *alliance de fait* » entre la Commission et la Cour de justice semble se dessiner, dans l'optique d'ouvrir les marchés de défense à la concurrence[1042]. La jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 346 TFUE démontre, d'une part, un encadrement de la marge d'appréciation étatique en matière d'intérêts essentiels de sécurité (I), et, d'autre part, un contrôle sur les mesures prises sur le fondements de ces intérêts (II).

I. L'encadrement de la marge d'appréciation étatique

642. L'encadrement par la Cour de justice de la marge d'appréciation étatique s'agissant de la qualification d' « intérêts essentiels de sécurité » est le fruit d'un paradoxe. Tout en reconnaissant une marge d'appréciation aux États membres dans la détermination de ces intérêts (A), la Cour de justice l'encadre *via* le principe d'interprétation stricte applicable à toute dérogation au Traité (B).

[1042] F. TERPAN, « La CJUE et les marchés publics de défense : l'encadrement des intérêts nationaux de sécurité », *op. cit*.

A. La reconnaissance d'une marge d'appréciation étatique

643. La Cour de justice a naturellement reconnu une marge d'appréciation étatique assez large. Existant pour toute dérogation au Traité, elle s'applique d'autant plus pour l'article 346 TFUE, eu égard à sa dimension consubstantiellement souverainiste. Ainsi, cette marge d'appréciation étatique est fondée sur la dimension nationale des intérêts essentiels de sécurité. Or, initialement, la Cour de justice a *de facto* adopté une position consistant à éviter l'encadrement de cette marge d'appréciation.

644. La *marge* ou *pouvoir* d'appréciation des États membres quant à la détermination de ses intérêts essentiels de sécurité a été constamment reconnue, tant par la Commission européenne que la Cour de justice. Elles se sont montrées l'une et l'autre réticentes à contrôler une matière à la souveraineté si marquée. L'absence initiale de contrôle par la Commission implique l'absence de saisine de la Cour de justice sur la question précise des intérêts essentiels de sécurité. Faute de jurisprudence, la Cour a dans un premier temps adopté une « *attitude d'abstention prudente* », avalisant *de facto* l'affirmation selon laquelle l'article 346 TFUE constitue une « *réserve générale de souveraineté pour les questions de défense* »[1043].

645. Les premiers pas de la Cour de justice quant à l'interprétation des intérêts essentiels de sécurité se sont ainsi avérés timides[1044]. Cela renvoie au fait qu'elle ne peut pas définir ces derniers avec précision, lesquels sont par essence nationaux et dépendant d'un contexte géopolitique variable entre les États membres. Il s'ensuit que la marge d'appréciation reconnue aux États membres se trouve naturellement « *accentuée* » par la jurisprudence de la Cour de justice[1045]. Or, c'est grâce à cette marge d'appréciation que les États membres ont laissé libre cours à une interprétation extensive des intérêts essentiels de sécurité[1046].

[1043] D. VINCENTELLI-MARIA, *op. cit*.
[1044] J. CATS, *op. cit*. L'auteur relève « *une certaine timidité jurisprudentielle de la Cour de justice* (…). *Celle-ci a pendant longtemps été soucieuse de ne pas « empiéter » sur un domaine considéré comme relevant de la souveraineté directe des États* ». Voy. également E. BRATANOVA, « Legal Limits of the National Defence Privilege in the European Union », Bonn International Center for Conversion, Paper 34, 2004, p. 4.
[1045] N. B. BERNARD, *op. cit.*, p. 187.
[1046] Cf. *infra* §643 et s.

646. La position de la Cour de justice a permis aux États membres de justifier la présence d'intérêts essentiels de sécurité par leur seule invocation (revenant de fait à une absence de contrôle de sa part). Initialement, cette dernière a entendu très largement le pouvoir d'appréciation des États membres. Dans l'arrêt *Fiocchi Munizioni c. Commission*[1047], le TPICE s'appuie, à l'instar des États membres, sur la formulation « *qu'il estime nécessaires* » pour juger que l'article 296, §1, b) « *confère aux États membres une discrétion particulièrement large dans l'appréciation des besoins participant d'une telle protection* » (nous soulignons, point 58). Le tribunal ajoute que l'État qui prend « *mesure d'aide sur la base de considérations liées à la nécessité de protéger les intérêts essentiels de sa sécurité intérieure* » n'est pas tenu de notifier cette mesure à l'état de projet à la Commission (point 59). Le TPICE ne fait aucune référence au principe d'interprétation stricte, et ne se prononce pas sur la pertinence de la mesure au regard des intérêts essentiels de sécurité.

647. La Cour de justice a pu, elle-même, rester en retrait sur la question des intérêts essentiels de sécurité invoqués par un État membre. L'arrêt *Commission contre Belgique*[1048] en témoigne. Rendu à propos de l'application de l'exception prévue à la directive 92/50, laquelle transpose l'article 346, §1, a), elle questionne en substance l'invocation par un État membre des intérêts essentiels de sa sécurité.

648. En l'espèce, la Belgique a lancé un appel d'offres restreint relatif à l'observation de la côte belge par télédétection aérienne. Le marché, attribué à une société belge, a été prorogé, puis, à la suite d'une procédure négociée sans publication préalable, a fait l'objet d'un avenant avec la même société. La Commission adressa une mise en demeure à la Belgique. Elle estimait que l'avenant était soumis à la directive 92/50, et aurait dû faire l'objet d'une publication au JOCE. Le recours à l'attribution de gré à gré n'était, selon elle, pas justifié. Après échange de plusieurs lettres, durant lequel les deux parties maintiennent leur position, la Commission forma un recours devant la Cour de justice.

[1047] TPICE, 30 septembre 2003, *Fiocchi Munizioni c. Commission*, *op. cit*.
[1048] CJCE, 16 octobre 2003, *Commission c. Belgique*, aff. C-252/01, Rec. 2003, p. I-11859 (D. SIMON, « Exceptions liées au secret défense, à la sécurité et aux intérêts essentiels de l'État », *Europe*, 2003, n°12, comm. 393 ; F. OLIVIER, « Marchés de service exclus du champ de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 », *Contrats et marchés publics*, 2004, n° 1, comm. 4).

649. La Cour valide la position de la Belgique[1049], jugeant qu'« *il est constant que le royaume de Belgique a la responsabilité de protéger la sécurité non seulement de ses installations nationales, mais également des installations d'organismes internationaux implantés sur son territoire, dont l'OTAN. Il appartient donc aux autorités belges de définir les mesures de sécurité nécessaires pour protéger de telles installations* » (point 30). Sans recourir au principe d'interprétation stricte, elle estime que l'obtention du certificat de sécurité militaire ne constitue pas une simple formalité administrative, mais bien une mesure particulière de sécurité, de sorte que la directive était inapplicable. La Cour suit en cela le raisonnement de l'avocat général Alber, lequel est d'avis que « *que c'est principalement aux gouvernements des États membres qu'il appartient d'apprécier et de définir les intérêts de la sécurité de l'État. Si, par conséquent, le gouvernement belge affirme que l'exécution du marché requiert des mesures particulières de sécurité et que cette affirmation ne soulève pas de doute manifeste, cela doit suffire à la Cour pour appliquer l'article 4, paragraphe 2, de la directive* » (point 39). En d'autres termes, il suffit pour la Belgique d'invoquer les *intérêts de la sécurité de l'État*.

650. Ainsi, la Cour se montre « *très conciliante à l'égard du gouvernement belge* », dans le cadre d'un contrat qui, pourtant, n'avait « *pas d'objectif lié à la défense* ». Ce faisant, elle exerce un contrôle très limité, « *se contentant d'observer que les autorités belges avaient justifié l'invocation des intérêts essentiels de sécurité, sans se prononcer sur le caractère nécessaire des mesures au regard de cette justification* »[1050]. La Commission a d'ailleurs « oublié » de relever cet arrêt dans sa communication interprétative sur l'article 296 CE. Cela n'a rien de surprenant, tant cette solution est à rebours de la position européiste de la Commission.

[1049] Dans sa défense, la Belgique a relevé notamment qu'elle établissait dans le marché un critère relatif à la possession d'un certificat de sécurité militaire. Ledit marché donnait accès à des données, lieux et équipements classifiés. En l'occurrence, la Belgique a estimé que les éléments classifiés étaient « *d'un grand intérêt stratégique* », de sorte que la « *diffusion d'informations géographiques concernant ces objets impliquerait des risques sérieux de terrorisme, de sabotage ou d'espionnage* » (point 26). Par conséquent, le critère de possession d'un certificat de sécurité militaire était, selon la Belgique, une mesure particulière de sécurité. La directive n'était donc pas applicable. La Commission, s'appuyant sur le principe d'interprétation stricte, jugeait au contraire que le critère de possession d'un certificat de sécurité militaire était, non pas une mesure particulière de sécurité, mais une autorisation spécifique exigée des soumissionnaires. La directive était donc applicable.

[1050] F. TERPAN, *op. cit*. L'auteur souligne par ailleurs que « *cette jurisprudence avait été commentée comme faisant preuve de retenue* » ; voy. également A. GEORGOPOULOS, *op. cit.*, p. 19 de la version disponible en ligne. « *La Cour a surmonté sans peine les arguments de la Commission et s'est ralliée sans réserve à la position de la Belgique* » (traduction libre).

651. Un tel arrêt est à rebours de la BITDE. Elle éloigne la proto-notion de MDS d'une notion européenne. De la même façon, si elle venait à faire jurisprudence, elle éloignerait la future notion de MDS du droit commun des marchés publics, puisqu'elle exclut l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence à l'échelle européenne. La BITDE (et le MEED) ne peut s'épanouir dans ce contexte.

652. La Cour va toutefois faire évoluer sa jurisprudence dans le sens d'un plus grand contrôle sur l'invocation des intérêts essentiels de la sécurité. En appliquant par la suite le principe d'interprétation stricte, la Cour rationalise *de facto* la marge d'appréciation des États membres. Celle-ci se trouve soumise à un contrôle effectif, d'où l'idée de rationalisation : les États membres ne peuvent plus se contenter d'invoquer la présence d'intérêts essentiels de sécurité.

B. Une marge d'appréciation rationalisée par l'application du principe d'interprétation stricte

653. L'application effective du principe d'interprétation stricte par la Cour de justice a deux conséquences. D'une part, la Cour de justice confirme que le recours à l'article 346 TFUE ne vaut pas exemption automatique (1). Par ailleurs, sa jurisprudence exclut de la notion tout intérêt autre que lié à la sécurité (2). Cette position de la Cour de justice va ainsi avoir pour incidence de limiter le recours à l'article 346 TFUE, de sorte que la proto-notion de MDS se voit « épurer » d'hypothèses pour lesquelles il n'y a pas lieu de déroger aux règles du Traité (et, par extension, aux règles applicables aux marchés publics).

1. L'absence d'exemption automatique fondée sur l'invocation des intérêts essentiels de sécurité

654. Le principe d'interprétation stricte est applicable à toute dérogation prévue au Traité[1051]. Si l'article 346 TFUE se distingue par sa nature de clause de sauvegarde générale, contrairement aux autres dérogations fondées notamment sur la sécurité publique, il n'en demeure pas moins qu'il se voit soumis au principe d'interprétation stricte. Appliqué à l'article 36 du traité, la Cour juge ainsi que cette exception « *doit être interprété de façon à ne pas étendre ses effets au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu' il vise à garantir* »[1052]. La Cour de justice a appliqué ce principe d'interprétation stricte à « *l'ensemble des dérogations applicables en situation de mettre en cause la sécurité publique* », dont l'article 346 TFUE. Ainsi, la Cour souligne que ces dérogations ne visent que « *des hypothèses exceptionnelles bien délimitées* », de sorte qu'elles ne sont pas sujettes à une interprétation extensive et ne constituent pas une réserve générale[1053]. Il en résulte que, s'agissant des intérêts essentiels de sécurité, les États membres ne peuvent, en principe, se contenter de les invoquer pour le bénéfice de l'article 346 TFUE. Or, la marge d'appréciation des États membres, entendue très largement par la Cour de justice dans le cadre de cette exemption, a longtemps écarté l'application du principe d'interprétation stricte.

655. La Cour de justice a fait évoluer sa jurisprudence au cours des années 2000, alors que le monopole des États membres sur le recours à l'article 346 TFUE était remis en cause. S'agissant des dérogations prévues par les directives marchés publics transposant l'article 346 TFUE, la Cour de justice souligne que le simple fait d'affirmer pour un État membre que la protection des intérêts essentiels de sa sécurité requiert de soustraire aux règles communautaires des fournitures « *ne saurait suffire à établir que les circonstances exceptionnelles justifiant les dérogations* (…) *existent effectivement* »[1054]. La Cour réaffirme cette position dans un arrêt

[1051] Ainsi qu'aux dérogations au Traité découlant du droit dérivé. Le principe d'interprétation stricte est ainsi appliqué en matière de marchés publics (voy. CJCE, 10 mars 1987, *Commission c. Italie*, aff. C-199/85, Rec. 1987, p. 1039, point 14)
[1052] CJCE, 4 octobre 1991, *Richardt*, *op. cit*. (point 20).
[1053] CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222-84, Rec. 1986, p. 1651 (point 26). Voy. également les arrêts CJCE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, aff. C-273/97, Rec. 1999, p. I-7403 (point 16) ; CJCE, 11 janvier 2000, *Kreil*, aff. C-285/98, Rec. 2000, p. I-69 (point 16) ; CJCE, 11 mars 2003, *Dory*, aff. C-186/01, Rec. 2003, p. I-2479 (point 31).
[1054] CJCE, 2 octobre 2008, *Commission c. Italie*, *op. cit*., point 32.

Commission contre Finlande[1055], avec d'autant plus de rigueur qu'elle l'applique directement à l'article 346 TFUE. Ainsi, « *en ce qui concerne, plus particulièrement, l'article* [346 TFUE]*, il y a lieu de relever que, bien que cet article fasse état des mesures qu'un État membre peut estimer nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ou des renseignements dont il considère la divulgation contraire à ces intérêts, celui-ci ne saurait toutefois être interprété de manière à conférer aux États membres le pouvoir de déroger aux dispositions du traité par la seule invocation desdits intérêts* »[1056].

656. Cette formulation sera reprise par la suite en matière de marchés publics, notamment dans l'affaire du système de plateforme tournante[1057], ou bien encore en matière d'aides d'état à une entreprise de défense[1058]. Cela signifie que l'État membre doit démontrer la nécessité de recourir à l'article 346 TFUE pour la préservation des intérêts essentiels de sécurité. Une telle démonstration, qui suppose une application au cas par cas, apparait ainsi comme la contrepartie de la marge d'appréciation étatique.

2. L'exclusion des intérêts autres que la sécurité

657. Par application du principe d'interprétation stricte, la Cour limite également la marge d'appréciation étatique du point de vue de la nature des intérêts essentiels de sécurité susceptibles d'être invoqués. Elle le fait essentiellement en négatif, en précisant qu'ils ne peuvent pas être économiques (a). En creux, une définition positive de ces intérêts essentiels de sécurité semble se dessiner (b).

[1055] CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Finlande*, *op. cit*.
[1056] *Ibid.*, point 47.
[1057] CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi*, *op. cit.*, point 35.
[1058] CJUE, 28 février 2013, *Ellinika Nafpigeia AE c. Commission*, aff. C-246/12 P, point 18. Également sur la liberté d'établissement de représentants légaux d'une société souhaitant exercer le commerce d'armes dans un autre État que le sien : CJUE, 4 septembre 2014, *Schiebel Aicraft GmbH*, aff. C-474/12, point 34).

a. L'exclusion des intérêts économiques

658. De manière générale, la Cour de justice a une approche restrictive s'agissant des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le Traité. Par exemple, la Cour n'admet pas la prise en compte du risque de réduction ou de diminution des recettes fiscales pour justifier une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation des services[1059]. De même, le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale ne suffit pas à justifier l'atteinte à la libre circulation des marchandises[1060]. En outre, s'agissant particulièrement des exigences de l'ordre public et de la sécurité publique, qui peuvent pourtant être des motifs de dérogation aux libertés fondamentales du Traité, la Cour de justice a jugé que ces deniers « *ne sauraient* (…) *être détournés de leur fonction propre pour servir, en fait, à des fins purement économiques* »[1061]. Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que la notion d'ordre public ne peut être invoquée qu'en cas de « *menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* » pour justifier toute mesure dérogatoire au Traité[1062].

659. S'agissant de l'article 346 TFUE, la Cour n'a, jusqu'à présent, pas fait référence à cette jurisprudence applicable à des dérogations spécifiques du Traité. Pourtant, le même principe d'interprétation stricte, duquel découle cette approche restrictive, s'applique. L'arrêt *Commission contre Espagne*[1063] démontre implicitement que la Cour de justice n'admet pas la nature économique des intérêts essentiels invoqués par un État membre. En effet, elle relève notamment que la loi litigieuse était de toute évidence dénuée de tout rapport avec la préservation des intérêts essentiels de sécurité, mais davantage liée à des considérations financières.

660. De même, s'appuyant sur le fait que l'article 346 TFUE ne permet pas aux États membres de déroger aux dispositions du Traité par la seule évocation des intérêts essentiels de sécurité, la Cour opère, s'agissant des mesures d'aide d'état prises sur le fondement de l'article

[1059] CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, Rec. 2003, p. I-13031 (point 61).
[1060] CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, aff. C-322/01, Rec. 2003, p. I-14887 (point 122).
[1061] CJCE, 14 mai 2000, *Association Église de scientologie de Paris*, aff. C-54/99, Rec. 2000, p. I-1335 (point 17).
[1062] CJCE, 19 janvier 1999, *Calfa*, aff. C-348/96, Rec. 1999, p. I-11 (point 21).
[1063] CJCE, 16 septembre 1999, *Commission c. Espagne*, *op. cit*.

346, §1, b), « *une stricte distinction entre la production ou le commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre, d'une part, et toute autre activité économique, d'autre part* »[1064].

661. Ainsi, l'exclusion des intérêts économiques est *a priori* applicable à l'article 346 TFUE. Sur ce point, la Cour de justice n'est pas aussi explicite que la Commission. Conséquence d'une rationalisation de la marge d'appréciation étatique, cette exclusion n'est pas clairement affirmée par la Cour de justice, à l'instar des autres dérogations du Traité. Ce non-dit peut s'expliquer par l'approche toujours prudente de la Cour de justice. En effet, une telle exclusion revient à définir (négativement) la notion d'intérêts essentiels de sécurité, jusqu'à faire apparaitre, positivement, les contours de la notion.

b. Prospective : vers une définition des intérêts essentiels de la sécurité ?

662. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission contre Autriche*[1065], l'avocate générale Kokott définit les intérêts essentiels de sécurité comme constituant « *une notion du droit de l'Union, devant faire l'objet d'une interprétation autonome. Cette notion couvre tout à la fois la sécurité extérieure et la sécurité intérieure des États membres* » (point 46), s'appuyant pour ce faire sur la jurisprudence relative aux dérogations expresses applicables en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique d'un État. Il s'agit là d'une première proposition de définition, certes générale, des intérêts essentiels de sécurité au sens de l'article 346 TFUE. Toutefois, la Cour de justice n'a pas repris explicitement cette définition, faisant référence à la notion plus large de *sécurité publique* qu'avait fait valoir l'Autriche[1066].

663. À cet égard, l'arrêt récent *Commission c. Pologne*[1067] apporte des enseignements sur l'appréciation des intérêts essentiels de sécurité par la Cour de justice. Elle s'est pour cela

[1064] CJUE, 28 février 2013, *Ellinika Nafpigeia AE c. Commission*, *op. cit*., point 18-19.
[1065] CJUE, 20 mars 2018, *Commission c. Autriche*, *op. cit*.
[1066] *Ibid.*, point 75-76.
[1067] CJUE, 7 septembre 2023, *Commission contre Pologne*, aff. C-601/21 (H. HOEPFFNER, « Dans quelle mesure des motifs de sécurité peuvent-ils justifier qu'un État attribue sans appel d'offres un marché public ? », *Contrats et marchés publics*, 2023, n°11, comm. 289 ; D. BOUVIER, « Exclusion en raison d'intérêts essentiels de sécurité nationale », *Europe*, 2023, n° 11, comm. 383 ; J. MARTIN, G. PELLISSIER et J.-B. VILA, « Pas d'attribution sans procédure à une entité publique du marché de fabrication de documents officiels », *JCP A*, 2024, n° 7, 2051).

appuyée sur les conclusions de l'avocat général Emiliou[1068], qui se proposait de définir lesdits intérêts[1069].

664. Les faits étaient analogues à ceux de l'arrêt *Commission c. Autriche*. En l'espèce, la Commission considérait que la Pologne a ajouté des exclusions non prévues par la directive 2014/24/UE en ce qui concerne la production de certains documents officiels polonais. Pour la Pologne, une telle exclusion correspondait à un cas de l'article 15, §2 et §3 de ladite directive, c'est-à-dire les dispositions transposant l'article 346, §1, a). La Commission estimait quant à elle que la liste des dérogations de ces articles était exhaustive et que ces dérogations devaient faire l'objet d'une interprétation stricte. En outre, elle jugeait que les intérêts invoqués par la Pologne n'étaient pas liés à sa sécurité, et encore moins à ses intérêts essentiels de sécurité.

665. La solution adoptée par la Cour de justice reprend largement le dispositif de *Commission c. Autriche*, avec deux innovations.

666. D'abord, à l'instar de l'avocat général, la Cour de justice s'appuie sur le concept de « sécurité nationale », soulignant que « *le terme « sécurité », visé à ces dispositions, inclut notamment la préservation de la sécurité nationale* » (point 78). Ainsi, cet objectif « *correspond à l'intérêt primordial de protéger les fonctions essentielles de l'État et les intérêts*

[1068] Conclusions de l'avocat général N. EMILIOU, présentées le 2 mars 2023. L'avocat général s'attache à définir la portée des dérogations de la directive 2014/24/UE. Il détermine ainsi quatre conditions à satisfaire. Premièrement, les intérêts publics protégés doivent concerner les intérêts de la sécurité de l'État membre. Deuxièmement, ces intérêts doivent pouvoir être considérés comme étant essentiels. Troisièmement, l'État doit soutenir que l'application du droit de l'Union européenne (ici la directive 2014/24/UE) pourrait porter préjudice à la protection de ces intérêts. Quatrièmement, enfin, la protection de ces intérêts ne peut pas être garantie par des mesures moins intrusives (principe de proportionnalité). Pour les deux premières conditions, l'avocat général définit ainsi les intérêts essentiels de la sécurité.

[1069] Néanmoins, la présentation de l'avocat général Emiliou, qui décompose les notions de « sécurité » et d'« essentiel », était plus pédagogique. S'agissant de la sécurité, l'avocat général souligne que ce terme correspond aux expressions de sécurité publique et de sécurité nationale, et qu'il « *recouvre largement (tout en étant sans doute plus large) la notion de « sécurité intérieure »* » (point 48). Il en résulte que le terme de sécurité au sens de l'article 346 TFUE renvoie à des menaces particulièrement graves (internes ou externes à l'État), qu'elles soient propres à l'État, de nature mondiale ou d'origine humaine ou naturelle (point 49). Autrement dit, une certaine gravité serait requise. S'agissant du terme « *essentiel* », l'avocat général propose de limiter les dérogations « *aux éléments essentiels de la politique de sécurité des États membres, à l'exclusion de questions qui ne visent qu'indirectement ou faiblement la sécurité publique* » (point 50). Ainsi, conformément au principe d'interprétation stricte des dérogations au droit de l'Union européenne, le recours à l'article 346 ne serait applicable qu'aux « *intérêts qui, lorsqu'ils sont affectés, ont une répercussion immédiate et manifeste sur la sécurité des institutions ou des personnes d'un État membre* » (point 51). Ici, en plus du critère de gravité, se retrouve celui de la menace sérieuse.

fondamentaux de la société, par la prévention et la répression des activités de nature à déstabiliser gravement les structures constitutionnelles, politiques, économiques ou sociales fondamentales d'un pays, et en particulier à menacer directement la société, la population ou l'État en tant que tel, telles que notamment des activités de terrorisme » (point 79)[1070].

667. Ensuite, la Cour de justice distingue deux types de documents publics. L'inapplication des procédures de passation de marchés apparaissait, pour la plupart des marchés publics concernés par la loi polonaise, « *disproportionnée au regard des objectifs invoqués par la République de Pologne* » (point 106). Toutefois, pour certains documents publics (relatifs notamment les documents personnels des militaires et leurs cartes d'identité, des agents du renseignement, du contre-espionnage, etc.), la Cour a considéré qu'ils « *présentent un lien direct et étroit avec l'objectif de protection de la sécurité nationale, de telle sorte qu'ils peuvent justifier des exigences supplémentaires de confidentialité* » (point 107).

668. La Cour a considéré que ce lien direct avec la préservation de la sécurité nationale pouvait « *rendre indispensable une limitation de la divulgation de leurs caractéristiques et des informations qu'ils contiennent* (…) *de telle sorte qu'ils doivent être regardés comme revêtant un niveau de sensibilité particulièrement élevé, nécessitant une protection renforcée contre, notamment, les fuites et les falsifications* ». Les différentes garanties offertes par les procédures prévues à la directive 2014/24/UE étaient ainsi insuffisantes[1071], de sorte que les intérêts essentiels de sécurité étaient effectivement en jeu.

669. En précisant davantage les « intérêts essentiels de sécurité », à travers le concept de sécurité nationale, la Cour de justice opère un contrôle plus minutieux. Un tel contrôle est favorable à une meilleure protection desdits intérêts (puisqu'il a conduit la Cour à distinguer les documents publics sujets à la mise en œuvre des dérogations de la directive 2014/24/UE), en même temps qu'elle rationnalise la marge d'appréciation étatique.

670. La notion d'intérêts essentiels de sécurité devrait continuer à être affinée par la jurisprudence, contribuant au partage entre le régime d'exception de l'article 346 TFUE et

[1070] Définition reprise de l'arrêt CJUE, 5 avril 2022, *Commissionner of An Garda Siochána e.a.*, aff. C-140/20, laquelle s'appuie elle-même sur l'arrêt CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e. a.*, aff. C-511/18, 512/18 et 520/18, en y ajoutant l'exemple du terrorisme.
[1071] Notamment les sanctions, y compris contractuelles, à l'endroit de l'opérateur économique (point 110) ou encore le recours à la sous-traitance (point 112 à 114).

l'application du droit des marchés publics. La jurisprudence devrait par ailleurs contribuer à faciliter l'interprétation de la « sécurité » au sein de la notion de « MDS »[1072], et, par la même, renforcer cette dernière, y compris dans son recours.

II. Le contrôle des mesures prises sur le fondement des intérêts essentiels de sécurité : la démonstration de leur proportionnalité par les États membres

671. La présence d'intérêts essentiels de sécurité n'épuise pas le contrôle de la Cour de justice. En effet, encore faut-il que les mesures prises sur leur fondement soient conformes aux conditions d'emploi de l'article 346 TFUE. Au regard du principe d'interprétation stricte, les États membres ont la charge de la preuve quant à la nécessité de préserver les intérêts essentiels de sécurité (A). Cette preuve suppose qu'ils démontrent la proportionnalité de la mesure prise sur leur fondement (B).

A. La charge de la preuve incombant aux États membres

672. Dès lors qu'un État souhaite recourir à une dérogation à un principe du Traité, il doit prouver que les conditions sont remplies. La mesure qu'il prend doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué (principe d'efficacité ou de nécessité) et ne pas aller au-delà de ce qui nécessaire pour l'atteindre (principe de proportionnalité)[1073]. L'État doit donc étayer ses prétentions par des preuves appropriées et détaillées[1074]. Supporter la charge de la preuve impose en outre l'obligation d'analyser « *l'aptitude et de la proportionnalité de la mesure*

[1072] Cf. *infra* §840 et s.
[1073] CJUE, 21 janvier 2016, *Commission c. Chypre*, aff. C-515/14, point 54.
[1074] *Ibid*. La Cour souligne qu'une « *analyse objective, circonstanciée et chiffrée soit en mesure de démontrer, à l'aide de données sérieuses, convergentes et de nature probante, qu'il existe effectivement des risques pour l'équilibre du système de sécurité sociale* » (dans le cas de l'article 346, le risque est porté sur les intérêts essentiels de sécurité).

restrictive adoptée par cet État, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation »[1075].

673. L'exigence de la charge de la preuve est appliquée par la Cour de justice dans le cadre du recours à l'article 346 TFUE Ainsi, reprenant l'arrêt *Commission contre Espagne*[1076], la Cour relève dans l'affaire des hélicoptères italiens qu'« *il appartient à l'État membre qui entend se prévaloir de ces exceptions de fournir la preuve que ces exonérations ne dépassent pas les limites desdites hypothèses exceptionnelles* » (point 44). Elle ajoute que cette tâche suppose de démontrer que « *les circonstances exceptionnelles justifiant cette dérogation existent effectivement* » (point 58). En ce sens, la Cour relève dans l'arrêt *Schiebel Aicraft GmbH*[1077] que l'Autriche n'a pas apporté la preuve que la condition de nationalité imposée à la société requérante serait nécessaire pour protéger les intérêts essentiels de sa sécurité (la Cour laissant le soin à la juridiction de renvoi de le vérifier).

674. En faisant ainsi peser sur les États membres la charge de la preuve, la Cour de justice évite de définir elle-même les intérêts essentiels de sécurité. Cette définition des intérêts essentiels de sécurité demeure encore aujourd'hui pleinement étatique. Cela permet à la Cour de justice de ne pas empiéter sur la très sensible question de la souveraineté des États membres, tout en conservant la possibilité de contrôler les mesures prises sur le fondement desdits intérêts.

675. Ce contrôle est d'autant plus important et efficient. Il suppose néanmoins que la Cour de justice applique avec rigueur le principe d'interprétation stricte. Or, la charge de la preuve impose aux États membres de démontrer la proportionnalité de la mesure qu'ils ont prise.

[1075] *Ibid*. Dans ses conclusions précitées, l'avocat général EMILIOU s'appuie également sur cette jurisprudence dans son analyse de la charge de la preuve.
[1076] CJCE, 16 septembre 1999, *Commission c. Espagne*, *op. cit*., point 22.
[1077] CJUE, 4 septembre 2014, *Schiebel Aicraft GmbH*, *op. cit.*, point 35.

B. La démonstration par les États membres de la proportionnalité de la mesure

676. Les États membres doivent faire la démonstration que les mesures qu'ils prennent afin de préserver leurs intérêts essentiels de sécurité sont proportionnées (1). C'est particulièrement le cas des marchés publics, pour lesquels les États membres doivent démontrer l'impossible mise en concurrence (2).

1. Principe général

677. S'agissant de l'article 346, §1, b) TFUE, le critère lié à la liste de 1958 repose sur une logique binaire et relativement objective (tel produit est contenu dans la liste ou non). Le critère des intérêts essentiels de sécurité laisse la place à davantage d'interprétation.

678. L'exigence de proportionnalité de la mesure suppose pour l'État de démontrer qu'il n'existe pas de mesures moins contraignantes permettant d'obtenir le même effet. Le niveau de protection garanti par la mesure doit être adéquat à l'objectif de préservation des intérêts essentiels de sécurité, quelle que soit la contrainte exercée sur l'application uniforme du droit de l'UE[1078]. En revanche, la proportionnalité interdit toute contrainte excessive. Un test de proportionnalité doit permettre de mettre en balance le « conflit » entre les intérêts nationaux et ceux de l'UE (à charge pour l'État d'en faire la démonstration). Toutefois, la dimension excessive de la contrainte peut sembler délicate à déterminer dans le cadre d'un tel test.

[1078] Voy. les conclusions précitées de l'avocat général EMILIOU. « *Dès lors, un État membre ne saurait être contraint d'accepter un niveau de protection moins élevé que celui qu'il a choisi, au motif que d'autres mesures auraient un effet moins restrictif pour les échanges au sein de l'Union* » (point 60). L'avocat général relève que, lorsqu'il a été demandé à la Commission si elle partageait ce point de vue, cette dernière a répondu par la négative. Il ajoute qu'elle « *a éprouvé des difficultés à motiver sa position et, en tout état de cause, elle n'a cité aucune disposition du droit de l'Union qui conférerait à l'Union européenne le pouvoir de contrôler les choix des États membres à cet égard* » (point 61). Cette position de la Commission, là encore ambivalente, peut surprendre, tant elle parait contradictoire, non seulement avec l'essence de l'article 346 TFUE, mais également, ainsi que le relève l'avocat général Emiliou, au fait que « *la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre, tant dans le domaine de la sécurité que celui de la défense* ».

679. Une application souple du principe de proportionnalité tendrait à considérer que la Cour de justice ne sanctionne que les contraintes manifestement disproportionnées[1079]. A. Georgopoulos propose en ce sens de réaliser un test « *d'inadéquation manifeste* »[1080]. Cette approche, la plus compatible avec la dimension souveraine des intérêts essentiels de sécurité nationale, semble plus « acceptable » pour les États membres (et, par voie de conséquence, plus pragmatique)[1081]. En revanche, elle limiterait la remise en cause de l'utilisation abusive de l'article 346 TFUE par ces derniers. Pour l'heure, la Cour de justice n'a pas fait sienne ce test d'inadéquation manifeste, qui aurait le mérite de concilier la vision souverainiste des États membres (leur laissant une marge d'interprétation nécessaire) et la nécessité pour la Cour de justice de contrôler le recours abusif à l'article 346 TFUE (censurant les mesures allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire).

680. Quoi qu'il en soit, la charge de la preuve (et donc l'exigence de proportionnalité) ne parait pas imposer à l'État membre, lorsqu'il justifie une restriction au traité, de démontrer « *de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans*

[1079] M. TRYBUS (*European Union Law and Defence Integration*, Oxford: Hart, 2005, p. 153) cité par E. AALTO (*op. cit*., p. 23) distingue trois cas : lorsque la mesure est manifestement impropre à assurer la sécurité nationale et que celle-ci est mise en avant de mauvaise foi, lorsque l'État membre a choisi arbitrairement une mesure qui porte plus atteinte que nécessaire au marché intérieur, et lorsque l'équilibre entre les intérêts étatiques et communautaires n'est manifestement pas respecté (traduction libre).

[1080] E. AALTO, *op. cit*., p. 44. Dans sa présentation du test de A. GEORGOPOULOS, l'auteur écrit que « *L'objectif de ce test est de limiter le large pouvoir discrétionnaire dont jouissent les États membres sans violer le noyau dur de l'article 296 du traité CE. Avec le test de l'inadéquation manifeste, la Cour de justice pourrait examiner si le pouvoir discrétionnaire accordé aux États membres dans l'article a été exercé au-delà de ses limites légitimes. La principale différence entre les deux tests pourrait être illustrée par l'expression "l'empereur est nu" (test d'inadaptation manifeste) par opposition à "l'empereur n'est pas correctement habillé" ou "l'empereur ne porte pas les vêtements nécessaires" (test de proportionnalité classique). Cela pourrait être une option dans l'approche des affaires que la Cour examine. Ainsi, les États membres disposeraient d'un large pouvoir d'appréciation pour utiliser l'article 296 CE et ce n'est que dans des cas clairs que les activités des États membres pourraient être examinées et contrôlées* » (traduction libre).

[1081] Pour une critique de la charge de la preuve, voy. H. ENGSTRÖM, Article 346 TFEU: The point of intersection between legal ambition and political will regarding the Defence Procurement Directive (2009/81/EC) ?, Lund University, p. 23. L'auteur relève les critiques de M. TRYBUS (Buying Defence and Security in Europe, Cambridge University Press, 2014, p. 120), selon lequel la Cour est allée trop loin sur ce point. En outre, le fait de faire peser la charge de la preuve uniquement sur les États membres compromet la flexibilité dont ils sont censés jouir en matière de défense. M. TRYBUS milite en ce sens pour une présomption de preuve en faveur de l'État, y compris le bénéfice de tout doute raisonnable.

les mêmes conditions »[1082]. Il devrait en aller de même s'agissant de l'article 346 TFUE, bien que la Cour ne lui ait pas, à ce jour, appliqué ce raisonnement[1083].

681. Ainsi, la preuve de la proportionnalité de la mesure prise sur le fondement de la préservation des intérêts essentiels de sécurité constitue le contrôle de la Cour de justice le plus poussé de ces derniers. Nonobstant une jurisprudence relativement réduite, ce contrôle devrait à terme concourir à définir les intérêts essentiels de sécurité, par l'intermédiaire des justifications des États membres. Il reste à savoir quelle approche adoptera la Cour de justice, entre sa prudence historique (et pragmatique) et l'incitation de la Commission à adopter une attitude plus offensive, à rebours de la dimension souveraine de l'article 346 TFUE.

2. Le cas des marchés publics

682. L'application de l'article 346 TFUE dans le domaine des marchés publics illustre que le contrôle de la Cour de justice repose essentiellement sur la démonstration des États membres de la proportionnalité de la mesure prise sur le fondement des intérêts essentiels de sa sécurité. Ce contrôle, qui repose sur l'établissement d'une impossible mise en concurrence (a), s'intensifie considérablement, de sorte qu'il apparait aujourd'hui comme étant le plus abouti (b).

a. La démonstration d'une impossible mise en concurrence

683. S'agissant des marchés publics, y compris lorsqu'ils portent sur un produit de la liste de 1958 destiné à des fins spécifiquement militaires, l'État membre doit démontrer la proportionnalité d'une acquisition en dehors de toute mise en concurrence. Ainsi, la Cour de justice exige que ce dernier apporte la preuve que le besoin de protéger les intérêts essentiels

[1082] CJCE, 10 février 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-110/05, point 66.
[1083] Voy. en ce sens les conclusions précitées de l'avocat général EMILIOU, point 65. Ce dernier ajoute « *qu'il ne saurait être exigé d'un État membre qu'il adopte d'autres mesures, dont la faisabilité ou l'efficacité est incertaine ou qui entraîneraient une charge (organisationnelle ou financière) intolérable pour l'État membre en question* ».

de sécurité en cause ne pouvait être satisfait dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue par les directives marchés publics. Dans l'affaire des hélicoptères *Agusta*, la Cour souligne ainsi que « *la nécessité de prévoir une obligation de confidentialité n'empêche nullement de recourir à une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un marché* »[1084].

684. L'absence de mise en concurrence, et donc de toute mesure de publicité, permet certes de garantir la préservation des informations dont la divulgation serait contraire aux intérêts essentiels de sécurité nationale. Toutefois, c'est davantage sur le caractère approprié qu'une telle absence parait problématique. La nature appropriée parait de plus en plus délicate à démontrer au regard des facteurs d'intensification du contrôle juridictionnel sur l'absence de mise en concurrence. Ainsi, la présence d'intérêts essentiels de sécurité ne condamne pas la mise en concurrence, dès lors qu'elle permet, en tant que mesure moins contraignante que l'exclusion de toute procédure de passation, d'atteindre le niveau de protection choisi par l'État pour la préservation des intérêts essentiels de sa sécurité. La mise en concurrence doit, en effet, rester le principe d'acquisition.

b. L'intensification du contrôle juridictionnel sur l'absence de mise en concurrence

685. Le renforcement considérable de ce contrôle juridictionnel a deux origines. La première renvoie, au-delà des seuls marchés publics, à l'application minutieuse du principe d'interprétation stricte à l'article 346 TFUE. La circonstance que les États membres ne peuvent plus se contenter d'invoquer les intérêts essentiels de sécurité implique de leur part une véritable

[1084] CJCE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, *op. cit*., point 52. Sur le recours à la procédure négociée, la Cour relève que l'Italie « *n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles elle considère que le caractère confidentiel des données communiquées pour la production des hélicoptères fabriqués par Agusta serait moins bien garanti si cette production était confiée à d'autres sociétés, qu'elles soient établies en Italie ou dans d'autres États membres* » (point 51). La Cour juge ainsi que le recours à la dérogation de la directive 93/36 était « *disproportionné au regard de l'objectif consistant à empêcher la divulgation d'informations sensibles relatives à la production de ceux-ci* », faute d'avoir démontré que cet objectif ne pouvait être atteinte dans le cadre d'une mise en concurrence prévue par la directive 93/36 (point 53). En outre, alors que l'Italie s'est fondée sur un besoin d'homogénéité de la flotte d'hélicoptères, la Cour juge que l'Italie n'a « *pas démontré à suffisance de droit la raison pour laquelle seuls les hélicoptères produits par Agusta seraient dotés des spécificités techniques requises. En outre, cet État membre s'est borné à souligner les avantages d'une interopérabilité des hélicoptères employés par ses différents corps. Il n'a cependant pas démontré en quoi un changement de fournisseur l'aurait contraint à acquérir un matériel fabriqué selon une technique différente de nature à entraîner une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées* » (point 59).

démonstration de la proportionnalité de la mesure prise en vue de la préservation desdits intérêts. La seconde, spécifique aux marchés publics, réside dans l'exploitation croissante de la souplesse du droit des marchés publics. Cette dernière constitue une forme de *protection* de la mise en concurrence vis-à-vis de l'article 346 TFUE. En particulier, l'intégration continue des aspects sécuritaires dans les directives applicables aux marchés publics civils complique la démonstration des États membres quant à la validité de l'absence de toute mise en concurrence.

686. Le récent contentieux relatif au recours à l'article 346, §1, a) illustre l'intensification du contrôle de la Cour. Dans l'arrêt *Commission contre Autriche*,[1085] la Cour confronte chacune des justifications de l'État membre quant à l'absence de mise en concurrence dans le cadre d'un marché public. Ainsi, l'Autriche s'appuyait sur quatre éléments qui exigent l'absence de mise en concurrence sur le fondement de la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. Elle se fondait d'abord sur le besoin d'une exécution centralisée des marchés d'impression de documents officiels moyennant leur attribution à une seule entreprise. Ensuite, l'État membre soulignait la nécessité pour les autorités étatiques de pouvoir assurer des contrôles administratifs à l'égard d'un opérateur économique ayant ses lieux de production et de stockage sur le territoire national. En outre, l'Autriche jugeait que la nécessité de garantir l'approvisionnement n'était pas compatible avec une mise en concurrence. Enfin, elle considérait que la nécessité de garantir la fiabilité de l'adjudicataire en termes de confidentialité et de sécurité justifiait également une exclusion de la procédure de passation.

687. Sur le premier élément, la Cour releva que les directives marchés publics applicables n'interdisent pas l'attribution du marché à un opérateur unique. Quant à l'argument fondé sur les contrôles administratifs, la Cour appliqua l'exigence de la charge de la preuve à l'Autriche, laquelle n'a pas démontré en quoi seuls de tels contrôles sont de nature à assurer la confidentialité des informations à protéger. De même, rien ne démontrait que ces contrôles ne puissent être exercés auprès d'autres entreprises. Plus globalement, l'État ne justifiait pas en quoi le contrôle du respect de la confidentialité des informations aurait été moins bien garanti dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres à d'autres entreprises (auxquelles des mesures de confidentialité et de sécurité pourraient être imposées, que les entreprises soient établies en Autriche ou non).

[1085] CJUE, 20 mars 2018, *Commission c. Autriche*, *op. cit*.

688. S'agissant des arguments de l'Autriche fondés plus spécifiquement sur les impératifs de sécurité, la Cour va, là encore, s'appliquer à mesurer la proportionnalité de l'absence de mise en concurrence. Ainsi, l'Autriche ne démontrait pas en quoi l'impératif de garantie d'approvisionnement ne pouvait être assuré par l'intermédiaire d'un appel d'offres, ni en quoi l'attribution à d'autres entreprises que celle retenue compromettrait cette garantie. Pour ce qui est de la garantie de la fiabilité de l'adjudicataire en termes de confidentialité et de sécurité, la Cour relève que l'Autriche n'a pas plus démontré que le caractère confidentiel des données communiquées ne pouvait pas être suffisamment garanti si l'impression de ces documents était confiée à une autre entreprise que celle retenue, désignée au terme d'une procédure d'appel d'offres. L'Autriche estimait par ailleurs qu'une procédure de passation ouverte aux entreprises étrangères pouvait entraîner la divulgation d'informations sensibles, au regard de législations nationales imposant à ces entreprises de collaborer avec leurs autorités. Or, la Cour juge que l'Autriche aurait pu insérer une clause générale de confidentialité et l'exclusion des entreprises qui ne sont pas à même de la respecter en raison d'une législation nationale. Ainsi, l'État membre n'a pas correctement démontré que la mise en concurrence était impossible.

689. Cette décision contraste avec la jurisprudence antérieure, notamment l'arrêt *Commission c. Belgique*, dans lequel l'État membre n'avait apporté aucune autre justification que la seule invocation de ses intérêts essentiels de sécurité, sans que la Cour ne la remette en cause. Ici, bien que l'Autriche ait avancé plusieurs justifications (ce qui n'était pas jusqu'alors la pratique des États membres), la Cour conclut à un manquement à son obligation de mettre en concurrence le marché litigieux. À ce titre, le droit des marchés publics semble constituer une barrière au recours à l'article 346 TFUE. Cette barrière ne céderait qu'en présence d'intérêts essentiels de sécurité qui rendrait impossible toute mise en concurrence, c'est-à-dire les cas les plus critiques du point de vue de la souveraineté des États membres, comme ce fut le cas les documents officiels présentant un lien direct et étroit avec l'objectif de protection de la sécurité nationale dans l'affaire *Commission c. Pologne*[1086]. Cela est d'autant plus le cas que le droit des marchés publics s'adapte de manière continue aux caractéristiques des acquisitions qu'elle encadre. Ce dernier intègre, en outre, de nombreuses exceptions et assouplissements aux règles de publicité et de mise en concurrence, au-delà des seuls cas d'usage de l'article 346 TFUE.

[1086] CJUE, 7 septembre 2023, *Commission contre Pologne*, *op. cit*.

690. Conclusion sous-section. Ainsi, la Cour de justice ne se prononce pas à proprement parler sur les intérêts essentiels de sécurité, et ne remet pas en cause la marge d'appréciation étatique en la matière. Toutefois, elle exerce à son endroit un contrôle fondé sur le principe d'interprétation stricte. Les précautions d'usage sur l'amoindrissement de la souveraineté des États membres étant révolues, cette marge d'appréciation ne vaut plus exemption automatique, par la seule invocation par un État membre de ses intérêts essentiels de sécurité. Comme la Commission européenne, la Cour de justice renseigne sur ce que ne sont pas ces intérêts, et l'avenir laisse entrevoir leur possible définition (positive). Afin de ne pas remettre en cause la souveraineté des États membres, cette définition devra toutefois être suffisamment flexible pour permettre à ces derniers d'exercer leur responsabilité en matière de défense (nationale). Par ailleurs, sans remettre en cause la présence d'intérêts essentiels de sécurité, la Cour de justice adopte un contrôle de plus en plus strict sur les mesures prises sur le fondement des intérêts essentiels de sécurité. C'est particulièrement le cas des marchés publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité non militaire, pour lesquels, désormais, l'État ayant recours à l'article 346 TFUE doit démontrer la proportionnalité de la mesure prise sur son fondement (notamment l'attribution non concurrentielle du marché).

691. Conclusion de la section. La question des intérêts essentiels de sécurité révèle, encore aujourd'hui, une certaine tension au sein du *triumvirat* États-Commission-Cour de justice. La circonstance que chacun les acteurs européens jouent, enfin, son rôle dans cette pièce conduit nécessairement à une opposition entre une vision souverainiste (les États membres) et concurrentielle (Commission et Cour de justice). Les marchés publics dans le domaine de la défense constituent un angle idoine pour comprendre cette tension. Les enjeux de souveraineté nationale inhérents à la défense, quelque peu dilués dans l'objectif affiché d'une européanisation de la défense, se confrontent à l'application des règles du Traité, dont la particularité est de ne parler, ni des marchés publics, ni de la défense à proprement parler. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de justice, appuyée par la Commission, démontre une position volontariste et clairement en faveur de la mise en concurrence. La vision concurrentielle semble, de ce point de vue, l'avoir emporté sur la vision souverainiste.

692. L'adoption d'une directive au régime adapté aux caractéristiques du secteur de la défense et de la sécurité est une partie de la solution. Alors que leur protection parait malaisée dans le cadre du droit des marchés publics civils (nonobstant les instruments déjà prévus par le droit des marchés publics civils), un régime spécial, prenant notamment en compte les aspects

économiques, politiques, technologiques et sécuritaires, devrait constituer une garantie pour les États membres de protection des intérêts essentiels de sécurité plus adéquate. Dans une certaine mesure, l'adoption de cette directive s'est donc également effectuée *contre* le recours (abusif) de l'article 346 TFUE, par le truchement des intérêts essentiels de sécurité.

CONCLUSION CHAPITRE 1

693. À travers son domaine d'application et la rationalisation de la notion d'intérêts essentiels de sécurité, l'application de l'article 346 TFUE en matière de marchés publics fait donc apparaitre une proto-notion de MDS. L'article 346 TFUE est susceptible de s'appliquer à des achats publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité. Ce sont donc formellement déjà des marchés publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité. La notion de MDS a été mise en place, en grande partie afin de garantir que de tels marchés publics appliquent par principe les règles du Traité, dès lors que les intérêts essentiels de sécurité ne sont pas mis en cause. La notion moderne de MDS s'est donc construite à partir de celle utilisée dans le cadre de l'article 346 TFUE et de ses interprétations évolutives.

694. La future directive applicable aux marchés publics de défense ou de sécurité devra intégrer et tirer les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 346 TFUE, afin de déterminer l'objet à laquelle elle doit s'appliquer. En particulier, la pratique de l'exemption de l'article 346 TFUE met en lumière les évolutions du secteur et, l'effacement relatif de la distinction entre défense et sécurité. Par ailleurs, la mise en place d'une notion de MDS sur mesure devrait épuiser l'essentiel de l'argumentation des États membres, laquelle se fonde le plus souvent sur le besoin de confidentialité pour protéger leurs intérêts essentiels de sécurité.

695. L'élaboration de la notion de MDS doit ainsi nécessairement tenir compte des échanges et des débats entre les acteurs de l'article 346 TFUE. Plus cette notion sera pertinente, plus la catégorie des marchés de l'article 346 TFUE sera « asséchée », l'exemption ne jouant que de manière exceptionnelle conformément à sa nature. Toutefois, cela ne signifie pas l'épuisement complet de son utilisation, l'article 346 TFUE conservant toute sa pertinence. La protection des intérêts essentiels de sécurité doit demeurer, sauf à remettre en cause le principe même de souveraineté étatique. Malgré quelques velléités passagères de suppression de cette exemption, ce point est désormais compris par l'ensemble des acteurs, y compris européens. D'ailleurs, le champ d'application de la directive 2009/81/CE intègre explicitement parmi les cas d'exclusion des obligations de concurrence, à l'instar des directives marchés publics,

l'exemption de l'article 346 TFUE[1087]. Il est en effet des hypothèses où la protection des intérêts essentiels de sécurité nationale ne saurait se résoudre par la simple adaptation du droit des marchés publics.

696. Il n'en demeure pas moins que la proto-notion de MDS posée par l'article 346 TFUE constitue l'un des fondements de l'établissement de la notion actuelle de MDS, une notion sur mesure adaptée aux impératifs de la politique de défense, y compris dans sa dimension européenne.

[1087] Le code de la commande publique intègre l'article 346 TFUE en trois dispositions au sein du Livre V : pour les marchés publics civils (article L. 2512-3, lequel reprend en substance l'article 346 §1, a) TFUE) et pour les MDS (article L. 2515-1-3°, reprenant l'article 346 §1, b), et l'article L. 2515-1-4°, reprenant l'article 346 §1, a)).

CHAPITRE 2. LA MISE EN PLACE D'UNE NOTION DE MARCHE DE DEFENSE OU DE SECURITE SUR MESURE

697. Les particularités des achats dans les secteurs de la défense et de la sécurité rendent délicate leur soumission pleine et entière au droit commun des marchés publics. Une notion sur mesure de MDS est donc indispensable.

698. La mise en œuvre d'une telle notion requiert un champ d'application adapté. C'est à partir de celui-ci qu'est déterminée la nature de l'achat, sa *qualification* juridique. En l'occurrence, il ne s'agira plus seulement de savoir s'il s'agit d'un marché public, mais encore d'un MDS. Cette qualification est fondamentale, puisqu'elle est destinée à déclencher l'application des règles adaptées à la nature spécifique de ces marchés. Ainsi, la qualification de MDS est le « point de départ » de l'instrumentalisation, car elle détermine les marchés qui font l'objet d'une mise en œuvre des objectifs de politique publique (à commencer par la politique de défense). Dans le même temps, la construction d'une notion spécialisée ne saurait remettre en cause les fondamentaux du droit des marchés publics. Si une opération ne remplit pas les critères les plus élémentaires du marché public, c'est qu'il ne s'agit pas, précisément, d'un marché public. À cet égard, il n'est donc pas surprenant que la directive 2009/81/CE se réfère, pour un grand nombre de notions et principes renvoyant au champ d'application, aux directives de 2004 (reprises par la suite dans les directives de 2014).

699. Ainsi prise entre l'impératif d'adaptation et le respect des fondamentaux du droit des marchés publics, la mise en œuvre d'une notion sur mesure fait-elle du MDS une notion distincte de celle du marché public, ou est-elle une sous-catégorie de ce dernier ? Sur quoi la définition de « marché » peut-elle – doit-elle – s'appuyer pour intégrer les particularismes du secteur ? L'étude de la notion de MDS devra permettre de voir dans quelle mesure ces marchés peuvent ou non mettre en perspective l'instrumentalisation de la commande publique. Puisque la qualification de MDS doit permettre d'atteindre des objectifs de politique publique, elle devrait en effet renseigner sur le potentiel instrumental de la notion-même de marché public.

700. La notion de MDS parait donc devoir s'imbriquer entre une application du droit commun et de ses notions les plus fondamentales, et la mise en œuvre de notions et mécanismes novateurs et spécifiques. Ainsi, pour la bonne intégration du secteur de la défense et de la sécurité, la notion de MDS doit nécessairement faire l'objet d'une forme de correspondance avec les critères fondamentaux de la notion de marché public (Section 1). Dans le même temps, l'objectif est d'encadrer l'acquisition de biens et services aux caractéristiques techniques hors norme, très largement conditionnées par les exigences techniques et sécuritaires de l'acheteur. Dès lors, la notion de MDS doit également, presque mécaniquement, se singulariser, notamment sur le plan matériel (Section 2).

Section 1. La qualification de marché public des marchés de défense ou de sécurité : entre banalisation et correspondance

701. Les MDS font partie de la famille des « marchés » au sens du code de la commande publique, et il est donc naturel qu'ils en remplissent les conditions ou critères, à tout le moins les plus fondamentaux. En tant qu'achat public archétypal[1088], ils rappellent l'ambivalence fondamentale des marchés publics : ce sont des contrats qui sont la conjonction d'une dimension publique et d'une dimension économique.

702. De ce point de vue, la banalisation des MDS est naturelle, d'où cette forme *a priori* de correspondance. Malgré toutes les spécificités du secteur de la défense et de la sécurité, la notion de MDS doit s'appuyer sur ces éléments de base. Un MDS est ainsi « *un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au* [code de la commande publique] *avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* » (article L. 1111-1 du code de la commande publique).

703. La notion de marché public repose sur des critères dont la généralité devrait leur permettre d'embrasser l'ensemble des spécificités du secteur de la défense. La banalisation des MDS, voire sa correspondance avec la notion de marché public, peut être analysée à travers les

[1088] Cf. *supra* §12.

parties au marché, dont découlent les critères du marché public. Ainsi, malgré leurs spécificités respectives, les parties au MDS ne nécessitent pas de modification fondamentale des notions classiques du droit des marchés publics, tant s'agissant de celle de l'acheteur (Sous-section 1) que celle de l'opérateur économique (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'acheteur

704. Élément du critère organique, la satisfaction du besoin de l'acheteur fonde le critère matériel, formalisé par le critère contractuel. La position de l'acheteur est atypique dans le secteur de la défense. À bien des égards, cette position se distingue de celle de l'acheteur dans le secteur civil. Sur le plan politique, la défense est l'exercice d'une fonction régalienne, teinté d'une forme d'autorité qui la distingue. Sur le plan économique, il n'est pas *banal*, et explique la structure de monopsone contrarié que recouvre le marché de la défense. L'acheteur détermine le volume, les caractéristiques de la demande et de l'offre, jouissant d'une force de marché inédite. Sur le plan juridique, pourtant, ces caractéristiques politiques et économiques n'appellent pas à une modification de la notion d'acheteur au sens du droit des marchés publics. Au contraire, il y a une correspondance entre les notions d'acheteur dans un MDS et celle qui justifie d'être soumis au droit des marchés publics. La définition de l'acheteur dans un MDS démontre en effet qu'il figure parmi les catégories les plus publiques parmi les acheteurs publics (I), bien que ce dernier demeure fondamentalement un acheteur s'adressant au marché économique pour satisfaire ses besoins par un contrat (II).

I. Définition de l'acheteur dans les MDS

705. S'agissant de l'acheteur, la directive 2009/81/CE reprend les dispositions applicables en matière de marchés publics civils. Elle applique la notion de pouvoir adjudicateur par référence à la directive 2004/18/CE, ainsi que celle d'entité adjudicatrice au sens de la directive 2004/17/CE. Le code de la commande publique s'appuie sur ces éléments de droit commun pour définir l'acheteur, non sans une adaptation, certes relative. Ainsi, la lecture du code de la commande publique démontre que la notion d'acheteur dans les MDS fait l'objet d'une certaine

restriction (A), dont il résulte une application distinguant les différents cas d'usage, entre défense et sécurité (B).

A. Une restriction de la notion d'acheteur public

706. Cette restriction, ou simplification, est pour l'essentiel portée par le fait que l'acheteur est limité à l'État et ses établissements publics (1), renforcée par la circonstance que les MDS ne se voient pas appliquer la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice (2).

1. La notion d'acheteur réservée à l'État et à ses établissements publics

707. Lorsque la question du type de directive pour intégrer les marchés publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité s'est posée, la possibilité de spécialiser l'autorité contractante avait été initialement envisagée. Outre une directive *modificative*[1089], la Commission européenne a également considérer deux options : une directive *sectorielle* et une directive *spécifique* aux marchés sensibles de défense et de sécurité. Dans le premier cas, le champ d'application de la directive aurait été fondé sur la nature de l'autorité contractante : seuls les pouvoirs adjudicateurs dans le domaine de la défense et de la sécurité auraient la possibilité de recourir à cette directive[1090] (spécialisation par un critère organique du point de vue de l'acheteur). Dans le second cas, le champ d'application ne dépend plus de la nature du pouvoir adjudicateur, mais du type de matériel acheté (spécialisation par un critère matériel).

708. Le choix s'est finalement porté sur une directive spécialisée plutôt qu'une directive sectorielle. Dans le cas d'une directive sectorielle, une administration militaire souhaitant satisfaire un besoin purement civil (et donc matériellement éligible au droit commun des marchés publics) aurait pu recourir à un régime dérogatoire. Ainsi, la directive 2009/81/CE ne

[1089] C'est-à-dire insérer des règles spécifiques au secteur de la défense et de la sécurité dans la directive 2004/18/CE.
[1090] C'est-à-dire essentiellement les ministres de la défense et de l'intérieur.

distingue pas les autorités contractantes selon leur fonction, et reprend le dispositif de droit commun.

709. En droit interne, le législateur a opté pour une solution aux effets permettant de conjuguer la spécialisation du critère matériel et celle du critère organique du point de vue de l'acheteur. S'agissant de ce dernier, l'article L. 1113-1 du code de la commande publique prévoit en effet que seuls l'État ou l'un de ses établissements publics peuvent passer un MDS. Ce critère organique restreint a fait l'objet d'une extension relative, à la suite de l'adoption de la loi de programmation militaire 2019-2025[1091]. Ainsi, la possibilité de recourir à un MDS a été étendu à l'ensemble des établissements publics de l'État (initialement, les EPIC en étaient exclus[1092]). Par déduction, le régime dérogatoire des MDS ne s'applique donc pas à toutes les personnes morales de droit public. En effet, les collectivités territoriales, leurs établissements locaux et leurs groupements ne sont pas susceptibles d'être un pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un MDS.

710. Cette spécialisation du critère organique répond aux caractéristiques institutionnelles du secteur de la défense. La notion de MDS retranscrit ainsi le monopole étatique en matière de défense. La fonction de défense est régalienne et centralisée, et est donc exercée par l'État[1093]. Elle ne saurait être déléguée, du moins dans la détention et dans l'acquisition d'équipements nécessaires aux forces armées et de sécurité, aux autres collectivités publiques, et encore moins à des personnes morales de droit privé[1094]. Seul l'État peut acquérir et détenir des équipements de défense. En matière de sécurité, selon la définition que l'on donne à ce terme, le monopole étatique est plus discutable. Ainsi, d'autres entités que l'État ont des compétences en matière de sécurité publique (par exemple, la police municipale). Cela interroge sur l'opportunité pour ces entités d'appliquer les dispositions de la directive 2009/81/CE.

[1091] Loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense, JORF n°0161du 14 juillet 2018, article 44. Voy. G. CLAMOUR, « Renforcement de la spécificité des marchés publics de défense et de sécurité », *Contrats et Marchés publics*, 2018, n°10, comm. 206.
[1092] Article 179 du CMP.
[1093] La Constitution du 4 octobre 1958 prévoit notamment dans son article 15 que le Président de la République est chef des armées, tandis que le Premier ministre est responsable de la Défense Nationale.
[1094] Pour ce qui concerne la France, ce principe demeure malgré les phénomènes d'externalisation ou d'européanisation de la défense.

2. L'absence de distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice en droit interne

711. Bien que la directive 2009/81/CE reprenne la distinction opérée entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, il faut toutefois constater que la procédure de passation ne diffère pas en réalité selon la nature ou l'activité de l'adjudicataire[1095]. Là encore, le droit français se démarque et a opté pour une simplification. Initialement, le CMP appliquait le monopole étatique à l'État et ses établissements publics, « *y compris lorsqu'ils exercent l'une des activités d'opérateurs de réseaux* », c'est-à-dire celles définies pour les marchés publics civils. Depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015, cette mention a été supprimée, ne faisant ainsi plus de différence selon l'activité concernée.

712. La distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice n'a pas lieu d'être dans les MDS. Cela ne signifie pas que les activités dans les secteurs des industries des réseaux sont exclues de l'application du régime dérogatoire des MDS. Néanmoins, le régime est unique et ne prévoit aucune règle différenciée en fonction de la nature de l'activité (pour peu qu'elle soit de défense ou de sécurité).

713. La transposition des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE en droit interne a donné lieu à la notion d'« *acheteur* », recouvrant ainsi les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice. Toutefois, la distinction est conservée dans les marchés publics civils pour les règles qui s'appliquent différemment à l'une ou l'autre de ces catégories d'acheteur. La notion d'acheteur[1096] conserve en toute logique sa pertinence pour les MDS : elle est utilisée invariablement dans les textes de transposition[1097].

[1095] Ainsi, la directive 2009/81/CE, tout en reprenant la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, ne distingue pas les règles selon les catégories d'acheteurs. Là où il est consacré des directives spécifiques pour les marchés publics hors défense ou de sécurité, selon qu'il s'agit de travaux, fournitures ou services (directive 2004/18/CE et directive 2014/24/UE) ou selon qu'il s'agit d'activités d'opérateurs de réseaux (directive 2004/17/CE et directive 2014/25/UE), la directive 2009/81/CE est applicable, tant aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux entités adjudicatrices.

[1096] Le décret du 7 janvier 2004 évoquait simplement le « *pouvoir adjudicateur* », tandis que le CMP de 2006 faisait référence à la notion plus vague de « *personne soumise à la présente partie du code* ».

[1097] Tout au plus la notion d'acheteur cédait-il le pas à un retour du *pouvoir adjudicateur* s'agissant de la modification des marchés publics en cours d'exécution au sein du décret n°2016-361 (article 137-I-2°-b, al. 2). L'article R. 2394-1 du CCP opère un renvoi à l'article R. 2194-3, applicable à la modification des marchés publics hors défense ou de sécurité (lequel mentionne le « *pouvoir adjudicateur* »).

714. Ainsi, l'acheteur dans un MDS fait l'objet d'une spécialisation, incarnée par le monopole de l'État dans la passation de ces marchés. Cette spécialisation restreint dans une certaine mesure le champ d'application du régime dérogatoire applicable au secteur de la défense ou de la sécurité. Elle est cohérente avec l'acception stricte des dérogations admises pour les marchés dans le domaine de la défense, affirmée par le juge administratif avant même la transposition de la directive 2009/81/CE (dans le cadre du décret défense du 7 janvier 2004)[1098]. La notion restreinte d'acheteur dans les MDS permet ainsi de maximiser le recours au droit commun des marchés publics. Par conséquent, l'instrumentalisation des MDS est elle-même limitée, et ne peut se réaliser qu'à travers l'État et ses établissements publics.

B. Une application divergente en fonction du secteur concerné de la restriction aux domaines de la défense et de la sécurité

715. L'application du critère organique (du point de vue de l'acheteur) se distingue selon le secteur concerné. S'agissant du domaine de la défense, l'identification des acheteurs apparaît plus évidente, le monopole étatique étant clairement établi (1). En ce qui concerne le domaine de la sécurité, les choses sont moins évidentes, et ont nécessité un recadrage de la part du juge administratif (2).

[1098] CE, 5 avril 2006, *Ministère de la défense*, req. n°288441, tables du *Lebon* (W. ZIMMER, « Les dispositions du code des marchés publics sont applicables aux marchés passés pour les besoins de la défense », *Contrats et Marchés publics*, 2006, n°5, comm. 132). Le Conseil d'État juge que, s'agissant des marchés entrant dans le champ d'application du décret défense, ces dernier sont « *régis par les dispositions du code des marchés publics à l'exception de celles auxquelles le décret déroge expressément* » (nous soulignons). Dans ses conclusions sous la décision CE, 18 décembre 2019, *Ministère de la transition écologique et solidaire c. Société Sunrock*, req. n°431696, la rapporteure publique M. LE CORRE s'appuie sur cette jurisprudence pour affirmer que « *De façon générale, vous veillez à une acception stricte des dérogations possibles pour les marchés de défense afin d'assurer le respect des règles de droit commun de la commande publique* ».

1. L'acheteur dans le domaine de la défense

716. Le ministère de la défense[1099] dispose, *de facto*, du monopole de passation des marchés dans le domaine militaire. Dans son étude d'impact accompagnant la proposition de directive, la Commission souligne d'ailleurs que la défense est « *plus visible* » que la sécurité, en ce qu'il existe un seul client, le ministère de la défense, pour un seul utilisateur, les forces armées[1100].

717. En France, il existe plusieurs entités au sein du ministère des Armées qui ont compétence pour signer les marchés publics et accords-cadres du ministère[1101]. La première d'entre elles est la DGA[1102]. Cette direction du ministère joue un rôle particulier dans la définition et l'achat d'équipements de défense. Parmi ses fonctions transverses, cette direction assure le rôle de *commanditaire*, et fait le pont entre *l'utilisateur* (les forces armées) et le *fabricant* (l'industriel de défense)[1103]. À sa tête, le délégué général pour l'armement assure la conduite des opérations d'armement et participe à la définition du besoin opérationnel, étant notamment « *responsable pour la gouvernance des opérations d'armement de la phase relative à la réalisation des équipements* »[1104]. Par ailleurs, le délégué général pour l'armement est « *responsable de l'élaboration et de la définition des orientations pour la mise en œuvre de la politique d'achat relative aux équipements de défense* »[1105].

718. En outre, chacune des armées (terre, marine nationale, air et espace) dispose de services pour passer des MDS dans leur domaine de compétence. Ainsi, l'armée de terre

---

[1099] Le « ministère de la défense » est ici un terme générique qui permet de couvrir les différentes appellations (« ministère de la Défense », « ministère des Armées »).
[1100] Étude d'impact accompagnant la proposition de directive, *op. cit.*, point 3.7.
[1101] Voy. le régime particulier posé par le décret n° 2007-482 du 29 mars 2007 autorisant la ministre de la défense à déléguer ses pouvoirs en matière de marchés publics et d'accords-cadres. Par ailleurs, le ministère de la défense donne délégation de pouvoir à des personnes à la direction de différents organismes ou autorités du ministère, qui n'appartiennent pas à l'administration centrale dudit ministère. Pour la liste de ces personnes, voy. l'arrêté du 23 août 2021 modifiant l'arrêté du 22 juin 2007 portant désignation des personnes n'appartenant pas à l'administration centrale signataires des marchés publics et accords-cadres au ministère de la défense, JORF n°0198 du 26 août 2021.
[1102] Décret n° 2009-1180 du 5 octobre 2009 fixant les attributions et l'organisation de la direction générale de l'armement, JORF n°0231 du 6 octobre 2009.
[1103] L. GAUTIER, La défense en France après la guerre froide, *op. cit.*, p. 500. L'auteur définit le commanditaire comme « *une administration qui, au nom de la puissance publique, délivre des ordres d'achat, passe les marchés, s'assure de la bonne exécution* ».
[1104] Décret n° 2009-1180 du 5 octobre 2009, article 1-III-1°.
[1105] *Ibid.*, article 1-III-2°. Au sein de la DGA, la direction des opérations, du maintien en condition opérationnelle et du numérique « *élabore la politique propre à la direction générale de l'armement en matière d'achat et de contrôle de coûts* » (article 4-I-2°).

s'appuie sur la structure intégrée du maintien en conditions opérationnelle des matériels terrestres (SIMMT)[1106]. La marine nationale dispose quant à elle du service de soutien de la flotte (SST)[1107], tandis que le service industriel de l'aéronautique (SIAé)[1108] est rattaché à l'armée de l'air et de l'espace. Des *organismes et services interarmées* sont également susceptibles de passer des MDS aux fins de satisfaire les besoin des trois armées. C'est notamment le cas du Service d'infrastructure de la Défense (SID)[1109], de la Direction de la maintenance aéronautique (DMAé)[1110], de la direction interarmées des réseaux d'infrastructure et des systèmes d'information de la défense (DIRISI)[1111], mais également du service de l'énergie opérationnelle (SEO)[1112] et du service interarmées des munitions (SIMu)[1113]. Bien que disposant de compétences distinctes, ces structures spécialisées ne sont en définitive que des émanations de l'administration militaire étatique.

719. La situation est toutefois plus obscure s'agissant du domaine de la sécurité, eu égard à la difficulté de définir ce que recouvre la *sécurité*. Cette notion, potentiellement large, ne permet pas d'identifier clairement un acheteur, à l'instar du secteur de la défense. En effet, les

[1106] Article R. 3222-8 et R. 3232-39 à R. 3232-43 du C. Défense. La SIMMT est placée sous l'autorité du chef d'état-major (CEM) des armées, définit la politique des achats du MCO des matériels terrestres et contribue à l'élaboration des marchés d'acquisition des matériels d'armement terrestres comportant des prestations de MCO (arrêté du 30 décembre 2020 relatif à l'organisation de la structure intégrée du maintien en condition opérationnelle des matériels terrestres, JORF n°0316 du 31 décembre 2020, article 5-2).
[1107] Article R. 3223-56 du C. Défense. Le SST du CEM de la marine, et compétent pour mettre en œuvre la politique dans le domaine du MCO du matériel naval, appliquée suivant les instructions techniques de la DGA (Décret n°2000-585 du 28 juin 200 fixant les attributions du service de soutien de la flotte, JORF n°149 du 29 juin 2000, article 2).
[1108] Article R. 3224-8 du C. Défense. Le SIAé est placé sous l'autorité du CEM de l'armée de l'air et de l'espace, et est chargé de réaliser les actions de maintenance industrielle des matériels aéronautiques dont la responsabilité lui est confiée ou dont il obtient commande (décret n°2007-1766 du 14 décembre 2007 fixant les attributions du service industriel de l'aéronautique, JORF n°0292 du 16 décembre 2007, article 1).
[1109] Article D. 5131-12 à D. 5131-14 du C. Défense.
[1110] Article R. 3232-15 à R. 3232-21 du C. Défense. La DMAé relève du CEM des armées, et satisfait les besoins en matière de MCO et de maintien de la navigabilité des matériels aéronautiques de la défense.
[1111] Articles R. 3232-22 à R. 3232-29 du C. Défense. La DIRISI, opérateur ministériel des systèmes d'information et de communication (SIC) de la défense, est en particulier compétente pour passer des marchés et d'en assurer l'exécution dans ses domaines de compétence fixés par arrêté.
[1112] Cf. §305.
[1113] Article R. 3241-26 à R. 3241-31 du C. Défense. À la demande d'organismes de la défense, le SIMu passe des marchés relatifs à l'acquisition, la maintenance, l'élimination des munitions et équipements techniques associés (arrêté du 30 décembre 2020 fixant les missions et l'organisation du service interarmées des munitions, JORF n°0316 du 31 décembre 2020, article 4-II).

marchés dans le domaine de la sécurité sont potentiellement passés par une multitude d'acheteurs.

2. L'acheteur dans le secteur de la sécurité

720. Contrairement à la défense, il n'y a pas de monopole dans le domaine de la sécurité. Néanmoins, le fait que le critère organique soit limité à l'État induit que l'acheteur ne peut passer un marché dans le domaine de la sécurité sur le fondement des dispositions dérogatoires applicable aux MDS que dans l'exercice d'une fonction régalienne. La jurisprudence administrative confirme ce point dans la décision *Ministère de la transition écologique et solidaire c. Société Sunrock*[1114].

721. Dans cette affaire, une direction du ministère de la transition écologique publia un avis d'appel à la concurrence en vue de l'attribution d'un accord-cadre ayant pour objet la fourniture de pistolets semi-automatiques et de leurs étuis, de porte-chargeurs et de prestations annexes. Ce marché, passé selon une procédure adaptée, avait pour objectif de répondre aux besoins du dispositif de contrôle et de surveillance des affaires maritimes (contrôler de certaines pêches réglementées et lutte contre le braconnage). La société *Sunrock* demanda au juge des référés l'annulation de la procédure de passation, au motif que la rédaction des spécifications techniques l'empêchait de se porter candidate. Afin de déterminer les pouvoirs de ce juge, il convenait d'identifier la nature du marché en cause, eu égard à la diminution desdits pouvoirs en cas de MDS.

722. Se référant au concept de « *sécurité nationale* »[1115] dans ses conclusions sur cette affaire, Mirelle Le Corre proposa une interprétation stricte du champ d'application des MDS, notamment sur le plan organique. Cette limitation implique qu'« *au regard du critère organique, un marché lancé par une commune qui achèterait des armes pour la police*

[1114] CE, 18 décembre 2019, *Ministère de la transition écologique et solidaire c. Société Sunrock*, req. n°431696, tables du *Lebon* (C. FRIEDRICH, « La fourniture d'armes à un service de police n'est pas un marché de défense et de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2020, n°1, act. 9 ; E. MULLER, « Précision sur la définition des marchés publics de défense et de sécurité », *RTDE*, 2020, n°4, p. 965-966.P. SOLER-COUTEAUX, « Un marché passé pour équiper en armes des forces de police n'est pas un marché de défense ou de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2020, n°3, comm. 75).
[1115] Cf. *infra* §666 et s., 722 et 855.

municipale, ne relève pas dispositions relatives aux marchés de défense et de sécurité »[1116]. Madame la rapporteure publique soulignait par ailleurs la cohérence de cette affirmation « *si la sécurité est bien comprise comme étant la sécurité nationale* »[1117]. Le Conseil d'État valida cette définition de la sécurité, en relevant que seuls les achats pour les besoins de la défense « *ou de la sécurité nationale* » (nous soulignons) sont susceptibles d'être qualifiés de MDS. Ce faisant, le critère organique s'apprécie au regard du bénéficiaire, tandis que le critère matériel est fondamentalement lié à la destination (à des fins de sécurité ou à des fins militaires). Les deux critères – cumulatifs – sont ici directement liés à la dimension nationale de la sécurité[1118].

723. Le critère organique implique donc que les marchés dans le domaine de la sécurité soient passés par l'État et ses établissements publics. Certains ministères exerçant des fonctions régaliennes, liées à la sécurité nationale, sont susceptibles de passer un MDS. Cité en exemple par l'étude d'impact de la Commission accompagnant la proposition de directive[1119], le ministère de l'intérieur est l'un d'entre eux, notamment aux fins de satisfaire les besoins de forces de police et de gendarmerie nationales[1120] ou au titre d'activités de sécurité intérieure[1121]. Néanmoins, d'autres ministères sont susceptibles de passer des marchés dans le domaine de la sécurité sur la base des dispositions applicables aux MDS. Tel est notamment le cas du ministère de la justice[1122].

[1116] Conclusions de la rapporteure publique M. LE CORRE, p. 2.

[1117] La rapporteure publique conclut que « Sécurité nationale ou marché passé par l'État vont en effet de pair » (*ibid*.)

[1118] La défense est également, par définition, nationale. Dans le cas de la sécurité, l'ajoute de l'adjectif « nationale » permet précisément d'exclure les activités de sécurité que l'on peut qualifier de « purement civiles » (nécessitant le recours au droit commun des marchés publics). Du point de vue des MDS, elle se distingue de la sécurité *non-militaire*, laquelle peut faire l'objet d'une application du régime dérogatoire des MDS.

[1119] Étude d'impact accompagnant la proposition de directive, *op. cit*., point 5.3.1.a).

[1120] Le ministère de l'intérieur peut ainsi passer des MDS relatifs à des équipements radios DMR (*Digital Mobile Radio*) pour les forces de police ou de gendarmerie nationales (voy. l'avis de marché 2018/S 203-463639, publié le 20 octobre 2018).

[1121] Certains de ces marchés sont matériellement très proches des équipements militaires. En France, cette proximité se traduit notamment par la passation de marchés par la DGA pour le compte du ministère de l'intérieur. Ainsi, la DGA a publié un avis de marché portant sur l'étude et la définition des modifications nécessaires pour rendre les avions de type Canadair Cl-415 conformes à la réglementation en matière de communication, de navigation et de surveillance en circulation aérienne générale. Ce marché est passé pour le compte de la direction générale de la sécurité civile et de la gestion des crises (DGSCGC) du ministère de l'intérieur (voy. l'avis de marché 2020/S 140-345568, publié le 22 juillet 2020).

[1122] Le ministère de la justice a ainsi eu recours aux dispositions applicables aux MDS dans le cadre d'activités d' « *ordre et de sécurité intérieure* ». Le marché portait sur des prestations de service de surveillance électronique dans le cadre de l'exécution des décisions judiciaires et la location des

724. La définition d'acheteur dans les MDS n'apporte aucune innovation par rapport au droit commun des marchés publics. Son adaptation a nécessité une limitation dans son champ d'application, au bénéfice de l'État. Ainsi, la notion de marché public permet de tenir compte d'une réalité politique, sans qu'elle ne soit remise en cause. L'acheteur dans les MDS renvoie enfin, d'un certain point de vue, à une version épurée de celle prévalant pour les marchés publics civils. Par ailleurs, la notion d'acheteur au sens des MDS entre bien dans celle d'acheteur au sens du droit des marchés publics : elle est même archétypale.

II. Un acheteur s'adressant au marché économique pour satisfaire ses besoins par un contrat

725. Un MDS ne se distingue pas de ses homologues civils, lorsqu'il s'agit d'analyser les modalités dans lesquels l'acheteur s'approvisionne sur le marché de la commande publique. Le processus est, dans les grandes lignes, identique. C'est dans ses détails que le secteur de la défense apporte ses particularités : cependant, ces dernières ne nécessitent aucune remise en cause des critères du marché public. Ainsi, l'acheteur s'adresse sur le marché économique (de la défense) afin de satisfaire un besoin, « particulièrement » public, car régalien (A), dont il doit résulter un contrat conclu à titre onéreux (B).

A. La satisfaction d'un besoin lié à des activités régaliennes

726. S'il n'y a pas de remise en cause de l'interdiction de déléguer les fonctions souveraines de l'État (1), les MDS apparaissent comme un moyen privilégié des prestations détachables desdites fonctions (2).

dispositifs permettant un placement sous surveillance électronique (voy. notamment l'avis de marché 2016/S 121-217591, publié le 25 juin 2016).

1. L'absence de remise en cause de l'interdiction de déléguer les fonctions souveraines de l'État

727. Un MDS permet à l'acheteur de répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services à l'image des marchés publics civils, bien que le triptyque fasse l'objet d'une spécialisation[1123]. Là encore, en surface, une certaine banalisation de ces marchés se constate. Pourtant, des hypothèses intéressant au premier plan les MDS n'intègrent pas la notion de contrat de la commande publique. Eu égard à la nature de leur objet, certaines matières ne peuvent faire l'objet d'une contractualisation (et, par extension, d'une délégation)[1124]. C'est notamment le cas des activités dites *régaliennes*. Cette exclusion étant applicable aux contrats de la commande publique, elle concerne par conséquent les MDS, lesquels ne sont pas spécifiques sur ce point. Autrement dit, la notion de MDS ne remet en aucun cas en cause l'interdiction de déléguer les fonctions souveraines de l'État.

728. Dans ce contexte, cette exclusion de la notion de contrat de la commande publique concerne principalement les activités de police. Il a été ainsi déduit de la jurisprudence du Conseil d'État *Ville de Castelnaudary*[1125] l'interdiction de principe de déléguer de telles activités. Dans un avis du 7 octobre 1986, le Conseil d'État confirme que l'exécution d'un service public administratif peut être confié à une personne privée, « *sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même* » [1126]. À ce titre, la Haute juridiction a par exemple censuré la délégation de la surveillance sur la voie publique, celle-ci relevant des pouvoirs de police du maire[1127].

729. De même, le Conseil constitutionnel a, sur le fondement de l'article 12 de la Déclaration de 1789, déclaré inconstitutionnelles les dispositions d'une loi rendant possible « *la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* »[1128]. Le domaine

[1123] Cf. *infra* §872 et s.
[1124] P. DELVOLVÉ, « Les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2016, p. 200.
[1125] CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, req. n°12045, publié au *Lebon*.
[1126] Conseil d'État, avis, 7 octobre 1986, n°340609.
[1127] CE, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, req. n°170606, tables du *Lebon*.
[1128] CC, 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, DC n°2011-625, considérant 19.

pénitentiaire est une autre de ces matières régaliennes. Le Conseil constitutionnel a notamment validé les dispositions d'une loi autorisant la délégation, en ce que ladite loi excluait expressément « *les tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté* » (en l'occurrence, ces tâches étaient relatives à la direction, au greffe et à la surveillance dans les établissements pénitentiaires)[1129].

730. Cependant, l'interdiction de délégation de ces activités est entendue avec une certaine souplesse par le juge administratif et constitutionnel. Ainsi, certaines « *prestations matérielles entourant une activité de police, sans y participer directement* (…) *peuvent être déléguées* »[1130]. Or, si la mise en place de la notion de MDS ne remet pas en cause le principe d'interdiction de délégation des fonctions régaliennes de l'État, elle devrait concourir au rapprochement de certaines prestations associées auxdites fonctions.

2. Les marchés de défense ou de sécurité, le moyen privilégié pour l'acquisition des prestations détachables des fonctions souveraines

731. Le Conseil constitutionnel distingue l'exercice de la fonction souveraine, laquelle ne peut faire l'objet d'une délégation, et l'acquisition des moyens (notamment matériels) associés à cette fonction et détachables de cette dernière. Le juge constitutionnel a dans ce sens validé les dispositions d'une loi autorisant l'État à passer des marchés relatifs aux transports de personnes retenues en centres de rétention ou maintenues en zone d'attente[1131]. Selon la saisine, ces dispositions revenaient à déléguer une mission de souveraineté à une personne privée. Le Conseil relève que la loi contestée, outre le fait qu'elle excluait la surveillance des personnes retenues, laquelle demeure assurée par l'État, limitait l'objet des marchés « *à la mise à disposition de personnels compétents, à la fourniture de matériels adaptés ainsi qu'aux prestations de conduite des véhicules* ». Ainsi, la loi n'a pas remis en cause l'interdiction de délégation, réservant « *l'ensemble des tâches indissociables des missions de souveraineté dont*

[1129] CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, DC n°2002-461, considérant 8.
[1130] B. MOREL, « L'attribution d'activités de police à des personnes privées », *Revue de droit public*, 2020, n°1, p. 77. L'auteur note que certaines prestations pouvant faire l'objet d'une délégation « [touchent] *de bien plus près l'activité de police* ».
[1131] CC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, DC n°2003-484.

l'exercice n'appartient qu'à l'État »[1132]. Dans le cas des marchés relatifs au transport des personnes retenues, ceux-ci pourraient faire l'objet d'un MDS, pourvu qu'ils remplissent les critères d'un tel marché[1133] (notamment ceux du caractère sensible).

732. Les MDS sont particulièrement susceptibles de participer à l'exercice de ses compétences régaliennes par l'État. Tel est notamment le cas du projet *Réseau Radio du Futur* (RRF) du ministère de l'Intérieur. L'objectif du ministère est de mettre en place un réseau très haut-débit souverain pour les services de sécurité et de secours (police, gendarmerie, pompiers, SAMU, etc.)[1134]. Le projet RRF a fait l'objet d'un avis de marché par le ministère de l'Intérieur, sur le fondement des dispositions dérogatoires applicables aux MDS[1135]. Il ne s'agira toutefois pas pour le titulaire d'exercer les missions des services de sécurité et de secours (activité qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'un marché public, y compris de défense ou de sécurité), mais de satisfaire aux besoins de ces derniers dans le cadre desdites missions.

733. De même, le ministère de la Justice, par l'intermédiaire de la direction de l'administration pénitentiaire, a par exemple publié un avis de marché portant sur l'acquisition d'une solution logicielle de surveillance électronique pour l'exécution des décisions judiciaires ou administratives et la location des dispositifs permettant un placement sous surveillance électronique[1136]. Là encore, il n'est pas question pour le titulaire d'exercer lui-même les activités de surveillance, lesquelles ne peuvent faire l'objet d'une délégation. En revanche, le MDS doit permettre de fournir les moyens de surveillance destinés à l'administration pénitentiaire, ces moyens étant *détachables* des fonctions de souveraineté[1137].

734. Portant sur l'approvisionnement nécessaire à l'exercice des fonctions souveraines de l'État, les MDS ne remettent pas en cause l'interdiction de délégation desdites fonctions. À ce

---

[1132] *Ibid*., considérant 89.
[1133] Cf. *infra* §820 et s.
[1134] Ministère de l'intérieur, communiqué de presse du 13 octobre 2022 sur le lancement du projet Réseau Radio du Futur. Le RRF prend en compte « *l'ensemble des utilisateurs participant au continuum de sécurité et de secours* » (ce qui comprend les services de l'État ou les services des collectivités locales) afin de permettre de répondre aux « *enjeux opérationnels de protection de la population* ».
[1135] Voy. l'avis de marché 2020/S 237-586641, publié le 4 décembre 2020.
[1136] Voy. l'avis de marché 2016/S 121-217591, publié le 25 juin 2016.
[1137] Dans son commentaire de la décision 2002-461 du 29 août 2002, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13), le Conseil constitutionnel affirmait ainsi que « *les tâches pouvant être confiées à des personnes privées, en matière de surveillance électronique, consisteront en de simples prestations techniques, détachables des fonctions de souveraineté* » (p. 13).

titre, ces marchés constituent ainsi un moyen idoine de la contractualisation des prestations détachables desdites fonctions (prestations de services, moyens matériels), étant donné que la matière souveraine concerne au premier plan les secteurs de la défense et de la sécurité.

B. La conclusion d'un contrat conclu à titre onéreux

735. Si, sur le plan économique, la relation entre le demandeur et l'offreur sur le marché de la défense est atypique, celle-ci ne l'est pas, en revanche, du point de vue juridique. En effet, sous l'angle des marchés publics, un MDS ne déroge pas aux éléments fondamentaux de ce type de contrat. Il formalise une relation marchande entre un acheteur et un opérateur économique, prenant la forme d'un contrat administratif (1) présentant un caractère onéreux (2).

1. Une relation contractuelle par essence administrative

736. Comme pour un marché public civil, le MDS est avant tout un contrat, constitutif d' « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »[1138]. Ainsi, un MDS suppose un accord des parties portant sur la chose et le prix, et doit être constitué d'obligations réciproques entre les parties (l'exécution de la prestation par le titulaire, d'une part, et, en contrepartie, la rémunération par l'acheteur, d'autre part). En outre, malgré son inscription dans un contexte d'autorité de l'État et d'un régime d'exception, un MDS doit reposer sur une dévolution contractuelle, et non unilatérale.

737. Plus encore que les marchés publics civils, les MDS sont quasi exclusivement administratifs. D'une part, la qualification par détermination de la loi prévue à l'article L. 6 du

[1138] Article 1101 du code civil. Cette correspondance entre marché (public) et contrat est par ailleurs réciproque (en ce sens, voy. O. GUÉZOU, « Contrats publics et concurrence », *op. cit*. L'auteur écrit notamment : « *Les principaux fondements, modes de raisonnement et notions du droit des contrats se retrouvent sous une forme ou une autre à propos du marché économique sur lequel veille la politique de la concurrence. Le lien est très net entre la rencontre juridique des consentements et la rencontre économique de l'offre et de la demande* ».

code de la commande publique implique que l'ensemble des MDS du Livre III du code sont des contrats administratifs[1139]. En effet, ceux-ci sont tous conclus par des personnes morales de droit public, eu égard au critère organique des MDS, limité à l'État et ses établissements publics. S'agissant des *autres marchés*, ceux-ci échappent à la qualification législative de l'article L. 6 du code de la commande publique, de sorte que la détermination de leur administrativité nécessite de recourir aux critères jurisprudentiels.

738. Pour ce qui est du critère organique, lequel suppose la présence d'au moins une personne publique, celui-ci paraît *automatiquement* rempli dans le cas des autres marchés de défense ou de sécurité (en raison du monopole de l'État et ses établissements publics en tant qu'acheteur). Quant au critère matériel, il n'est pas l'objet de la même automaticité que le critère organique, mais semble devoir être *naturellement* satisfait. Si le critère de l'exécution même du service public fait en principe défaut, celui relatif à la présence d'éléments exorbitants ne devrait pas manquer. La défense et la sécurité nationale sont des activités empreintes fondamentalement d'une certaine exorbitance, liée notamment aux exigences relatives à la protection du secret de la défense. Les MDS impliquent le recours à des pouvoirs exorbitants de l'administration, telles la modification ou la résiliation unilatérale. S'agissant en particulier du domaine de la défense, le fait que l'objet du contrat soit un matériel de guerre emporte en tout état de cause la présence d'éléments exorbitants[1140]. Ainsi, les marchés passés sur le

[1139] La loi MURCEF du 11 décembre 2001. Avant cette loi, les critères jurisprudentiels primaient, y compris dans le cas d'un marché conclu par le ministère de la défense. Voy. la décision CE, 3 novembre 2003, *Ministre de la défense c. UGAP* (req. n°238008, publié au *Lebon*). Le juge n'a pas reconnu la convention litigieuse comme étant de nature administrative. Cette dernière, pourtant conclue entre deux personnes publiques, portait sur la fourniture de véhicules civils, de sorte qu'il faisait naître entre les parties des rapports de droit privé. La Haute juridiction relève en outre que le contrat a été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi MURCEF. J.-D. DREYFUS (« Les démêlés de l'UGAP avec le commissariat de la marine relèvent de la compétence du juge judiciaire », *AJDA*, 2003, p. 2323) note que même si le litige avait été porté devant le juge administratif après l'entrée en vigueur de ladite loi, cette dernière n'aurait *a priori* pas été applicable. L'auteur relève que « *Les dispositions de l'article 25 du décret du 30 juillet 1985 dispensaient d'appel à la concurrence les marchés par lesquels les collectivités achètent des fournitures à l'UGAP ; il semble que ces commandes se situaient hors du champ du code, donc hors du champ de la loi MURCEF* ».

[1140] Cette exorbitance se retrouve y compris dans les contrats de vente portant sur des matériels de guerre. En témoigne l'arrêt CA Paris, 11 octobre 2005, *Ban Asbesto c. État français*, req. n° 05/15539. En l'espèce, le contrat porte sur la vente du porte-avions Clémenceau. Ce dernier, constitutif d'un matériel de guerre, impose en raison de cette nature un régime de vente particulier. Le TGI de Paris souligne en première instance que « « *le contrat par lequel l'État français a confié dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique à la société SDI les travaux de désamiantage du porte-avions Clemenceau est en raison de son objet nécessairement soumis à un régime de droit public* ». Ce régime impose des sujétions imprévues à l'acquéreur afin de « *tenir compte tant de la spécificité du bien vendu que des contraintes liées à l'interdiction de pouvoir le réutiliser en tant que bâtiment* ». Par une analyse du contenu du contrat en cause, la cour d'appel de Paris confirme la présence de clauses exorbitantes de droit commun :

fondement de l'article L. 2515-1-3° (correspondant au recours à l'exemption de l'article 346 TFUE) sont des contrats administratifs, ce qui leur impose de respecter les principes fondamentaux de la commande publique[1141].

739. Les hypothèses de contrats de droit privé dans le domaine de la défense ne paraissent donc pas concerner les marchés publics, tant en raison de la qualification légale opérée par l'article L. 6 du code de la commande publique que par application des critères jurisprudentiels du contrat administratif. Ainsi, qu'il s'agisse d'un MDS au titre du Livre III du code de la commande publique ou d'un « autre marché » de défense ou de sécurité, les contrats d'achat dans le domaine de la défense ou de la sécurité sont *a priori* administratifs. Pour le reste, le juge administratif applique les critères du contrat administratif avec la même rigueur[1142].

740. S'ils « penchent » vers la dimension publique des commandes publiques, les MDS s'intègrent dans l'ambivalence qui réside entre l'aspect « commande » et « publique » des marchés publics (et, plus globalement, des contrats de la commande publique). Ils restent des contrats de la commande publique à part entière. Par ailleurs, malgré cette dimension publique renforcée, les MDS ne sont pas sans la dimension « commande » (en d'autres termes, économique) : ces marchés sont des contrats conclus à titre onéreux.

---

transfert à l'acquéreur de l'intégralité des coûts et des risques alors que la propriété ne l'est pas, imposition de la procédure de désamiantage assortie d'un contrôle de la marine nationale, absolution de la marine de tout délai pour procéder au transfert de la coque en Inde et absence de garantie de la chose vendue. De telles clauses sont « *la manifestation des prérogatives de puissance publique inhérentes à la qualité de matériel de guerre du navire Clemenceau et créent un déséquilibre patent en faveur du cocontractant public* » « *un régime caractérisé par un déséquilibre patent en faveur du cocontractant public* » (J.-D. DREYFUS, « Quelle est la nature du contrat de vente du Clemenceau », *AJDA*, 2006, p. 45). Ainsi, le contrat de vente est constitutif d'un contrat administratif dont il appartient au juge administratif d'en connaître.

[1141] Voy. notamment TA Toulon, 14 octobre 2022, *Ministère des armées c. Société Naval Group*, *op. cit*.

[1142] CE, 25 avril 1969, req. n°69730, publié au *Lebon*. En l'espèce, la Haute juridiction ne reconnait pas la nature administrative d'un protocole entre le secrétaire d'état aux forces armées et un OPHLM ayant pour objet la gestion d'immeubles destinés au logement de fonctionnaires. Si ledit protocole a été conclu en vue de satisfaire les besoins du service public de la défense nationale, il n'avait pas pour objet l'exécution même de ce service public (étant entendu que le service public de la défense nationale ne peut satisfaire au critère de l'exécution même du service public, eu égard à l'interdiction de délégation susmentionnée). En outre, les stipulations prévoyant l'éviction des locataires ne respectant pas leur engagement lors de la signature du bail ne constituait pas des clauses exorbitantes de droit commun, nonobstant l'intervention de l'autorité militaire pour procéder à l'éviction.

2. Le caractère onéreux du contrat

741. Le MDS est nécessairement un contrat conclu à titre onéreux, puisque « *chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure* »[1143]. Sur ce plan, rien ne distingue le MDS du marché public civil. Comme ce dernier, il suppose la rémunération de l'opérateur économique. En conséquence, dans la majorité des cas, le caractère onéreux consiste dans le paiement d'un prix. Néanmoins, les MDS bénéficient de la multitude de formes que peut recouvrir cette rémunération. Cette dernière peut également résulter d'une exonération de dette[1144] ou d'une contribution[1145]. Elle peut encore s'opérer par exemple par la conservation par le titulaire des matériaux extraits dans le cadre de l'exécution d'un marché[1146], en encore consister en un abandon de recette par l'acheteur au profit du titulaire[1147].

742. Cette reprise exacte du droit commun des marchés publics a par ailleurs pour conséquence d'appliquer aux MDS les limites du critère du prix. Dans certaines configurations, le prix se distingue difficilement du *risque*[1148]. Il s'en suit que les MDS sont également sujets à cette même forme d'insécurité juridique, qui a pour conséquence de brouiller la frontière entre le marché public et la concession. En effet, le critère financier n'est pas le plus évident à utiliser, et présente certaines lacunes[1149]. Certaines hypothèses convertissent – non sans nuance – le prix en risque à la charge du titulaire, lequel se trouve alors soumis à l'aléa économique[1150].

743. Conclusion de la sous-section. À travers la notion d'acheteur et les critères du marché public qui en découlent, les MDS semblent être, du moins en partie, des marchés publics « comme les autres ». Il en résulte une banalisation relative. Certes, l'acheteur dans les MDS est atypique, en raison de l'objet même des MDS, mais cela ne nécessite pas d'en revoir la définition. De même, fondamentalement, les MDS demeurent, à l'instar de tout marché public,

---

[1143] Article 1107 du C. civil.
[1144] CJCE, 12 juill. 2001, Ordre des architectes de la province de Milan et Lodi c. commune de Milan, aff. C- 399/98, Rec. 2001, p. I-5409.
[1145] CE, Ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, req. n° 247298, publié au *Lebon*.
[1146] CE, 28 février 1980, *SA les Sablières Modernes d'Aresy*, req. n°11939, publié au *Lebon*.
[1147] CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n°354593, publié au *Lebon*.
[1148] La distinction entre prix et subvention est une autre limite (voy. notamment B. CLAVAGNIER, « S… comme subvention », *Juris associations*, 2021, n°427, p. 32).
[1149] Voy. notamment D. MOREAU, « Pour une relativisation du critère du financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 2003, p. 1418.
[1150] CE, 25 mai 2018, *Société Philippe Védiaud Publicité*, req. n°416825, publié au *Lebon*.

un moyen d'approvisionnement par la voie contractuelle. L'acheteur s'adresse au marché économique, qui, aussi atypique soit-il, demeure précisément un marché économique, aux fins de satisfaire ses besoins, par l'intermédiaire d'un contrat conclu à titre onéreux. La notion de marché public est suffisamment générique pour « absorber » les particularités résultant de la nature et de la position de l'acheteur. Cela confirme en outre l'intérêt d'utiliser le procédé du marché public comme moyen d'approvisionnement, y compris en matière de défense et de sécurité. Il permet de mobiliser les forces économiques des entreprises au service des besoins régaliens avec l'accord des intéressés.

744. La banalisation relative des MDS s'observe par ailleurs à travers l'autre partie au contrat, l'opérateur économique.

Sous-section 2. L'opérateur économique

745. La directive 2009/81/CE reprend la définition classique d'opérateur économique (I). Pourtant, bien que la notion ne fasse l'objet d'aucune modification, l'opérateur économique dans les MDS fait l'objet d'un particularisme propre à la France. En effet, par application d'un mécanisme de « préférence communautaire », le droit français ajoute incidemment la notion d'opérateur économique *tiers*, c'est-à-dire ceux n'étant pas issus d'un État membre de l'UE (II).

I. La notion d'opérateur économique dans la directive 2009/81/CE

746. La directive 2009/81/CE ne distingue en aucune façon l'opérateur économique par rapport au secteur civil. Il en résulte mécaniquement une application des principes de droit commun associés à la notion d'opérateur économique (A), dont il convient, en pratique, d'analyser la pertinence dans le cas de la défense ou de la sécurité (B).

A. L'application des principes de droit commun applicables à la notion d'opérateur économique

747. Comme bien d'autres définitions et règles de droit, la directive 2009/81/CE réplique la définition d'opérateur économique existante dans la directive 2004/18/CE (1), y compris dans ses conséquences, à savoir l'application du principe de neutralité statutaire (2).

1. La réplique de la définition d'opérateur économique de la directive 2004/18/CE

748. La notion d'opérateur économique est à classer parmi les nombreuses définitions issues du droit commun des marchés publics et reprises dans la directive 2009/81/CE. L'article 2, § 14 prévoit qu'est opérateur économique « *un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services* », étant précisé que les termes d'opérateur économique « *sont utilisés dans un souci de simplification du texte* »[1151]. À travers les notions d'*entrepreneur*, *fournisseur* et *prestataires de services*, la définition d'opérateur économique repose ainsi sur le triptyque travaux, fournitures et services. Cela ne doit pas surprendre, dans la mesure où ledit triptyque a une fonction « *globalisante* », c'est-à-dire qu'elle englobe l'ensemble de l'activité économique soumise au droit de la commande publique.

749. Par ailleurs, l'ensemble des directives applicables aux marchés publics articulent les définitions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services autour du critère de *l'intervention sur le marché en tant qu'offreur*. Ainsi, l'opérateur économique soumis au droit des marchés publics est celui qui intervient sur le marché. Cela explique pourquoi cette notion est si centrale dans le droit de la commande publique. Elle correspond à l'aspect de commande, de marché. En effet, dans les contrats de la commande publique, « *il y a « commande » parce que le cocontractant est l'offreur économique de la prestation, quel qu'en soit le bénéficiaire direct (acheteur public ou usagers)* »[1152]. L'intervention sur le marché est donc l'un des éléments déclencheurs de l'application du droit des marchés publics. Les obligations de

[1151] À l'instar de l'article 2, § 8 de la directive 2004/18/CE. La directive 2014/24/UE reprend cette définition, sans mentionner la simplification du texte.
[1152] O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, *op. cit*., p. 13.

publicité et de mise en concurrence trouvent l'une de leur raison d'être dans cette intervention. L'acheteur est demandeur sur le marché, sur lequel l'opérateur économique est l'offreur : c'est cette relation marchande qui est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

750. C'est à l'occasion de la transposition de la directive 2014/24/UE que le droit français a pour la première fois formellement défini la notion d'opérateur économique, autour du critère de l'offre sur le marché. Ainsi, l'article L. 1220-1 du code de la commande publique (applicable aux MDS) confirme la dimension économique du droit des marchés publics. En effet, « *Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement 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* »[1153].

2. L'application du principe de neutralité statutaire

751. La réplique de la définition de droit commun d'opérateur économique dans la directive 2009/81/CE a également pour conséquence d'appliquer le principe de neutralité statutaire. Dans le cadre d'une approche fonctionnelle, ce principe signifie qu'un opérateur économique intervenant sur le marché peut être une personne physique ou morale ou un groupement, public ou privé[1154]. Dès lors qu'une personne, y compris publique, exerce une activité économique (c'est-à-dire « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché*

[1153] Cette définition intègre la jurisprudence du Conseil d'État dans laquelle le juge administratif lie la conclusion par l'acheteur d'un marché public à la présence d'un « *opérateur économique sur le marché concurrentiel* » (CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n°284736, publié au *Lebon*. Dans un avis du 23 octobre 2003, le Conseil d'État emploie déjà l'expression d'« *opérateur économique* » (voir CE, avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin*, avis n°369315). La précision du *marché concurrentiel* témoigne du fait qu'il y a marché public, non seulement lorsque le cocontractant de l'acheteur agit comme un opérateur économique, mais encore lorsque le marché en cause est concurrentiel. Cette condition explique la non-application des obligations de publicité et de mise en concurrence lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique, lorsqu'il y a coopération entre personnes publiques ou encore dans le cas d'une quasi-régie : dans de tels cas de figure, il n'y a pas de possibilité d'un marché concurrentiel.

[1154] CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, avis n°222208, publié au *Lebon*. Ainsi, comme le synthétise O. GUÉZOU (*op. cit.*), le principe de neutralité statutaire « *peut être résumé par la formule « même activité, même droit »* ».

donné »[1155]) sur le marché de la commande publique, celle-ci se trouve soumise au droit des marchés publics. Le Conseil d'État a pu avoir recours au critère de l'activité économique pour déterminer l'applicabilité de ce droit[1156]. Ainsi, en l'absence d'une telle activité, ce dernier ne saurait s'appliquer. De ce point de vue, la notion d'opérateur économique est à rapprocher de celle d'entreprise au sens du droit de la concurrence[1157].

752. Ce faisant, une personne publique, notamment l'État, peut présenter sa candidature à un marché public. La Cour de justice admet une telle participation de la personne publique à la procédure de passation, sans quoi une « *interprétation restrictive* » de la notion d'opérateur économique aurait pour effet d'augmenter inutilement le recours à des procédures gré à gré entre personnes publiques ; recours faisant « *échapper ces contrats à l'application des règles du droit de l'Union en matière d'égalité de traitement et de transparence, contrairement à la finalité de ces règles* »[1158]. Contrairement au juge administratif[1159], la Cour de justice ne conditionne pas une telle candidature à la démonstration par la personne publique que sa participation à la procédure de passation ne fausse pas la concurrence avec les opérateurs économiques privés. La Cour juge ainsi que la notion d'opérateur économique inclue les

[1155] CE, avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin*, *op. cit*. En l'espèce, les prestations d'action sociale du ministère de l'intérieur, qui « *constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines de ce ministère, ne présentent pas, dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique* ». Ainsi, le ministère a notamment la possibilité de confier contractuellement la charge de ces prestations à la « Fondation Jean-Moulin », « *sans être astreint dans ce dernier cas à la passation d'un marché public de prestation de service* ».
[1156] CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jointes C-180/98 à 184/98, point 75.
[1157] Ainsi, « *dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* » (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, point 21). I. HASQUENOPH (*Contrats publics et concurrence*, *op. cit*., p. 303-315) nuance toutefois ce rapprochement. Bien que l'autrice relève des « points de contact » entre les notions d'opérateur économique et d'entreprise, elle rejette toutefois leur assimilation. Elle s'appuie notamment sur l'arrêt CJUE, 23 décembre 2009, *CoNISMa c. région Marche* (aff. C-305/08, Rec. 2009, p. I-12129), lequel a donné « *à la notion d'opérateur économique au sens du droit des contrats publics une interprétation autonome, qui inclut et englobe la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence* » (p. 308). L'autrice souligne ainsi que l'interprétation large donnée à la notion d'opérateur économique, permettant de « *garantir aux procédures de passation des contrats publics un champ d'application étendu* » (p. 309). Elle conclut ainsi que « *l'entité non mise en concurrence est un opérateur économique ; mais elle ne sera pas automatiquement une entreprise au sens du droit de la concurrence et ne tombera donc pas nécessairement dans le champ des interdictions édictées par ce droit* ».
[1158] CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, aff. C-568/13, point 34.
[1159] CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, req. n° 355563, publié au *Lebon*.

administrations publiques, lesquelles peuvent participer à des appels d'offres publics si et dans la mesure où elles sont habilitées à offrir des services contre rémunération sur un marché[1160].

753. Dans le cas du secteur de la défense, cette neutralité statutaire est particulièrement la bienvenue. Nonobstant le renforcement du recours au marché et le mouvement continue de privatisation des entreprises du secteur, les rapports entre la personne publique (l'État) et les industriels demeurent ténus du point de vue de la structure de ces dernières.

754. Ainsi, la notion d'opérateur économique, éminemment matérielle, est en théorie adaptée au secteur de la défense et de la sécurité. À travers le triptyque travaux, fournitures et services, elle est susceptible d'embrasser les contours de ce marché atypique. Elle permet ainsi une application optimale du droit des marchés publics, c'est-à-dire dès lors qu'il y a une rencontre entre une demande et une offre sur un marché potentiellement ou effectivement concurrentiel.

B. Application à la défense

755. La notion d'opérateur économique est associée à celle de « marché concurrentiel ». Or, le marché de la défense n'est pas à proprement parler *concurrentiel* (1). Par ailleurs, la notion d'opérateur économique ne remet pas en cause la prépondérance des grands maîtres d'œuvre industriels dans le secteur de la défense (2).

1. La notion de marché concurrentiel dans le cas du secteur de la défense et de la sécurité

756. La notion d'opérateur sur le marché « *concurrentiel* » ne constitue pas « *un jugement de valeur quant à la qualité, l'intensité ou l'effectivité de la concurrence* », mais « *a seulement pour vocation à identifier le marché pertinent sur lequel les mécanismes d'adaptation de l'offre*

[1160] CJUE, 6 octobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme*, aff. C-203/14, point 35.

à la demande peuvent jouer »[1161]. Il y a application des règles du droit des marchés publics dès lors que le cocontractant se comporte *matériellement* comme un opérateur économique sur le marché concurrentiel[1162]. Par marché « *concurrentiel* », il faut donc entendre le lieu théorique de rencontre entre la demande et des offres substituables entre elles mais non substituables avec d'autres offres, le lieu où la concurrence est possible. La non-application du droit des marchés publics résulte d'une absence ou d'une impossibilité, matérielle ou juridique, de marché concurrentiel. Dès lors que la concurrence est effective ou possible, ce dernier trouve à s'appliquer. Ainsi, la circonstance que la pression concurrentielle soit ou non importante sur le marché n'emporte pas de conséquences sur l'obligation de mise en concurrence qui s'impose à l'acheteur. De ce point de vue, l'objectif du droit des marchés publics consiste précisément à préserver, maintenir ou renforcer la concurrence.

757. Dans le contexte de la défense ou de la sécurité, l'objectif des règles du droit des marchés publics est notamment de renforcer voire, selon le secteur en cause, de rendre effective la concurrence. En particulier, l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence doit en principe pouvoir corriger le déficit concurrentiel prégnant dans le marché de la défense. En ce sens, l'adoption de la directive 2009/81/CE entend faire *émerger* par l'application de ses règles adaptées un MEED. Ainsi, *ex ante* l'adoption de ladite directive, le marché de la défense est un marché où la concurrence se résume le plus souvent en termes de potentialité. *Ex post*, il s'agit de la rendre la plus effective possible. Pour ce faire, le recours à la notion d'opérateur sur le marché concurrentiel, combiné à une compétition à l'échelle de l'Union, doit permettre d'élargir au maximum ce marché du point de vue de l'offre.

2. La prépondérance des grands maîtres d'œuvre industriels

758. En pratique, la notion d'opérateur économique ne change rien à la réalité d'un marché dans lequel l'offre est concentrée. Si l'effet globalisant de cette notion permet d'inclure toute l'offre possible, elle ne modifie pas pour autant les dimensions de cette dernière. Elle ne corrige pas fondamentalement le déficit concurrentiel du côté de l'offre. Pour l'heure, s'agissant du

[1161] O. GUÉZOU, *op. cit*.
[1162] En ce sens, voy. notamment F. LENICA et J. BOUCHER, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *AJDA*, 2007, n°19.

secteur de la défense et de la sécurité, l'acheteur s'approvisionne sur un marché le plus souvent national, dans un contexte concurrentiel plus ou moins pauvre. L'acheteur fait naturellement appel à un nombre réduit d'opérateurs économiques, du moins au niveau du marché principal. C'est notamment le cas de la France, dans lequel l'acheteur s'adresse en majorité aux *grands maîtres d'œuvres industriels* (GMOI). En effet, eu égard aux spécificités du marché de la défense, l'offre dans le secteur de la défense et de la sécurité est dans une très grande mesure caractérisée par des oligopoles voire des monopoles au bénéfice des GMOI. Cette concentration est accentuée par une certaine « *consanguinité* » entre les GMOI au niveau du marché principal, notamment dans le cadre de partenariats entre ces derniers prenant la forme d'une cotraitance[1163], ou par le biais d'une sous-traitance[1164] dans un MDS.

759. Or, la notion d'opérateur économique ne tient pas compte, et ne doit pas tenir compte, de la structure du marché de la défense, constitué d'oligopoles et de monopoles du côté de l'offre. Cette prise en compte exclurait des entreprises en fonction de leur taille. Outre une manipulation délicate, un tel critère serait discriminatoire, et ne saurait être admis au regard des principes directeurs du droit des marchés publics. De plus, cette prise en compte ne permettrait pas à l'acheteur d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse, réduisant considérablement le niveau concurrentiel du marché. La prise en compte de la structure imparfaite du marché par le droit des marchés publics ne peut se faire au niveau de l'opérateur économique. Cela ne signifie pas que ce droit n'en a pas la possibilité. Toutefois, ce n'est pas en restreignant les candidatures en fonction de la taille des entreprises, mais, au contraire, en augmentant le niveau concurrentiel du marché que le droit sera en mesure de nuancer cette structure imparfaite. Cette prise en compte doit donc consister à rechercher la concurrence là où elle se trouve (ou peut se trouver)[1165].

760. À terme, l'élargissement de la compétition au-delà de l'horizon national devrait avoir nettement plus d'impact que l'adoption de la notion d'opérateur économique. La possibilité pour les opérateurs économiques extranationaux de pénétrer un marché, initialement cloisonné au niveau national, dans le cadre de l'application d'obligations de publicité et de mise en

[1163] Le programme *Rafale* en est un exemple, avec une cotraitance entre Dassault (maîtrise d'ouvrage globale), Thales (électronique), et Safran (moteur).
[1164] Un GMOI peut notamment sous-traiter une partie du marché à l'une de ses filiales.
[1165] Ainsi, la mise en concurrence des sous-contrats est une façon de prendre en compte la structure du marché de la défense (cf. *infra* §1540).

concurrence devrait mécaniquement augmenter le potentiel concurrentiel du marché de la défense (devenant pour partie européen).

761. Ainsi, la réplique de la notion d'opérateur économique dans le secteur de la défense ou de la sécurité parait logique, tant elle est centrale dans le droit des marchés publics. Il n'était pourtant pas inconcevable que cette notion fasse l'objet d'une certaine adaptation. Tout en s'appuyant sur les fondamentaux de cette dernière (laquelle repose sur des concepts matériels et génériques), il était envisageable, dans le contexte atypique de la défense, d'y ajouter une dimension européenne. En faisant le lien entre la qualité d'*opérateur économique* et un élément « *géographique* »[1166], la directive 2009/81/CE aurait à proprement parler mis en place une « *préférence communautaire* ». La spécialisation de la notion d'opérateur économique semblait être le moyen idoine pour ce faire. Tel n'a pas été le cas. Cependant, la porte de la préférence communautaire est restée ouverte dans la directive 2009/81/CE, une opportunité que la France a saisi lors de la transposition de cette dernière en droit interne.

II. Une spécificité française : la notion d'opérateur économique tiers

762. Dans le cadre des négociations des directives 2009/43/CE et 2009/81/CE, la France a proposé la mise en œuvre d'une préférence communautaire à l'échelle de l'UE. Bien qu'aucun autre État membre n'ait soutenu cette proposition[1167], qui n'a pas été reprise dans la directive MDS, ce mécanisme est mis en œuvre dans le code de la commande publique. Or, la préférence

[1166] Le terme « *géographique* » est ici employé à des fins de simplification de cette spécialisation de la notion d'opérateur économique. Si le critère géographique peut permettre d'intégrer la dimension européenne d'un opérateur économique (emplacement du siège social et/ou localisation de la chaîne d'approvisionnement sur le territoire de l'Union, etc.), d'autres critères sont envisageables : par exemple, la participation de l'opérateur économique au MEED (notamment par la prise en compte du chiffre d'affaires réalisé au sein de l'Union européenne au titre de ses activités de défense ou de sécurité), les investissements liés à la défense sur le territoire de l'Union, etc.

[1167] J. de ROHAN, *op. cit.*, p. 21-22. D'après le rapport du Sénat, la demande de la France « *a même été considérée par le gouvernement britannique comme une proposition antiaméricaine* ». Les rapporteurs précisent pour autant qu' « *Il n'était pas question que la France puisse dicter des conduites en matière d'achat susceptible d'empêcher le gouvernement britannique d'acheter à son partenaire habituel, les États-Unis* ». La position britannique a par ailleurs été soutenue par les autres États membres achetant habituellement américain (« *en particulier la Pologne* »).

communautaire fonctionne à partir du principe selon lequel la procédure de passation est par principe fermée aux opérateurs économiques issus d'États tiers à l'UE. Il est ainsi possible d'identifier la notion d'*opérateur économique tiers* (A). Ce mécanisme traduit par ailleurs la divergence entre la vision protectionniste et la vision libre-échangiste dans les moyens de réalisation de la BITDE (B).

A. Une spécificité résultant du mécanisme de préférence communautaire

763. Bien qu'il présente des caractéristiques communes avec les outils de restriction d'accès des offres de pays tiers applicables dans les marchés publics civils (1), partageant notamment un objectif général de réciprocité[1168] et de *level playing field*[1169] (ou « conditions équitables de concurrence»), le mécanisme de préférence communautaire doit être distingué de ces outils, demeurant propre aux MDS (2).

1. Un mécanisme distinct des dispositifs de restriction d'accès des offres de pays tiers dans les marchés publics civils

764. Les dispositifs de restriction des offres de pays tiers dans les marchés publics civils (inapplicables aux MDS) peuvent être classés en deux catégories. Ainsi, les outils prévus par le code de la commande publique, qui relèvent d'une application au niveau de l'acheteur (a), se distinguent de ceux applicables au niveau de l'UE (b).

[1168] Sur la question de la réciprocité et ses rapports avec le droit de la commande publique, voy. C. FRACKOWIAK, « Commande publique, préférence et réciprocité : de l'intérêt de liaisons dangereuses ? », *BJCP*, 2021, n°135, p. 83-92.
[1169] Sur la notion de *level playing field*, voy. notamment le dossier qui lui est consacré dans la Revue trimestrielle de droit européen : « Dossier – Level Playing Field », *RTDE*, 2023, p. 60, en particulier F. MARTUCCI, « Level playing field : une antienne protectrice du droit de l'Union », *RTDE*, p. 605 et S. DE LA ROSA, « Anatomie du level playing field pour l'accès aux contrats de la commande publique dans l'Union : à propos des règlements « IMPI » et « subventions étrangères » », *RTDE.*, p. 633.

a. Les dispositifs du code de la commande publique

765. Deux dispositifs permettant de restreindre l'offre de pays tiers[1170] sont prévus par le code de la commande publique : celui applicable aux marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices (i) et ceux applicables aux marchés publics civils dans leur ensemble (ii).

i. Les marchés de fournitures des entités adjudicatrices : l'article L. 2153-2 du code de la commande publique

766. L'article L. 2153-2 du code de la commande publique, transposant l'article 85 de la directive 2014/25/UE, est applicable aux marchés de fournitures[1171] passés par des entités adjudicatrices[1172]. Optionnel, il se déploie en deux dispositifs distincts. Le premier consiste en un « *système d'exclusion* »[1173], lequel prévoit la possibilité pour une entité adjudicatrice de rejeter une offre comprenant une part majoritaire[1174] de produits originaires de pays tiers[1175]. Le second est assimilable à un « *droit de préférence* »[1176]. Dans le cas où deux ou plusieurs offres sont équivalentes[1177] au regard des critères d'attribution, une préférence peut en effet être accordée à l'offre qui ne peut être rejetée au titre du premier dispositif[1178], c'est-à-dire lorsque

[1170] Sur la notion de pays tiers, voy. DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », fiche technique, mise à jour le 23 décembre 2022, p. 3-5.
[1171] Il n'est en revanche pas applicable aux marchés publics de travaux ou de services, y compris dans le cas où de tels marchés comprennent l'acquisition de fournitures.
[1172] Dans l'hypothèse où le marché répond aux besoins de l'acheteur en tant qu'entité adjudicatrice et en tant que pouvoir adjudicateur, le marché doit être soumis aux règles applicables aux entités adjudicatrices (conformément à l'article L. 2000-5 du CCP) pour pouvoir recourir à l'article L. 2153-1 du CCP.
[1173] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 5.
[1174] Article L. 2153-2, alinéa 1 du CCP. Les produits originaires de pays tiers constituent une part majoritaire lorsqu'ils excèdent « *50% de la valeur totale des produits composant cette offre* » (article R. 2153-3 du CCP).
[1175] La détermination de l'origine des produits est régie par le règlement (UE) n° 952/2013 établissant le code des douanes de l'Union (JOUE L. 269 du 10 octobre 2013, p. 1-101).
[1176] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit*. p. 5.
[1177] L'article R. 2153-4, alinéa 1 du CCP prévoit que les offres sont équivalentes si l'écart entre leur prix respectif n'excède pas 3%.
[1178] L'article R. 2153-4, alinéa 2 du CCP limite toutefois la mise en œuvre de ce droit de préférence « lorsque l'acceptation de l'offre obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques différentes de celle du matériel qu'il possède déjà et entraînerait une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés ».

la part de produits originaires de pays tiers est inférieure à 50% de la valeur totale des produits composant l'offre.

767. Par ailleurs, si l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de prévoir expressément dans les documents de la consultation le recours à l'article L. 2153-2 du code de la commande publique, la Direction des affaires juridiques (DAJ) recommande toutefois d'intégrer certaines mentions dans lesdits documents et de « *doubler ce dispositif par des clauses d'exécution spécifiques* »[1179]. Ainsi, l'entité adjudicatrice devrait préciser comment l'origine des produits est déterminée, sur la base des renseignements relatifs à l'origine des produits fournis par les opérateurs économiques[1180], ainsi que la méthode de calcul de la part de 50% de la valeur totale des produits[1181]. De même, il est recommandé d'organiser une procédure contradictoire pour permettre au soumissionnaire de formuler ses observations dans le cas où son offre serait considérée comme présentant plus de 50% de produits issus de pays tiers. Enfin, l'entité adjudicatrice devrait prévoir une information du rejet de l'offre, en ayant recours à un délai adapté pour que le soumissionnaire puisse démontrer par tout moyen que la condition est remplie.

768. L'article L. 2153-2 du code de la commande publique s'applique à l'origine des produits, et non celles opérateurs économiques. Ainsi, ce dispositif ne repose pas sur un critère de la nationalité de l'opérateur économique, ni sur celui de son lieu d'implémentation, ou la détention de son capital ou la nationalité de ses dirigeants[1182]. C'est là une des principales différences avec la préférence communautaire mise en place dans le cadre des MDS. Par ailleurs, ce mécanisme présente des limites. Outre son champ d'application limité,

[1179] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 5.
[1180] L'acheteur peut demander aux soumissionnaires de fournir un « renseignement contraignant en matière d'origine » (RCO), ou, à défaut une déclaration sur l'honneur reprenant des renseignements équivalents à ceux du RCO. Dans le cas où l'acheteur admet une telle déclaration, elle peut également prévoir que cette dernière est susceptible de faire l'objet d'une vérification par l'entité adjudicatrice.
[1181] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 15. La DAJ distingue deux types de marchés de fournitures. Pour ceux ayant pour objet l'acquisition d'un seul produit, l'origine de ce dernier vaudra pour 100% de la valeur totale des produits objet du marché public. Les marchés de fournitures impliquant plusieurs types de produit nécessitent de calculer le seuil de 50%. Cela suppose « *que l'entité adjudicatrice fournisse, dans les documents de la consultation, l'information la plus précise possible sur la répartition des prévisions de commande sur la base desquelles elle s'appuiera pour procéder à ce calcul* ».
[1182] *Ibid.*, p. 9.

l'identification de la provenance des produits proposés constitue une limite, de sorte que, en pratique, les entités adjudicatrices ne mettent pas en œuvre ce mécanisme[1183].

ii. L'accès des pays tiers aux marchés publics civils : l'article L. 2153-1 du code de la commande publique

769. À partir d'une lecture *a contrario* de l'article 25 de la directive 2014/24/UE[1184], le code de la commande publique a mis en place à son article L. 2153-1 un dispositif d'accès des pays tiers applicable à l'ensemble des marchés publics civils[1185] des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices. L'article L. 2153-1 du code de la commande publique est applicable aux pays tiers non-signataires (de l'AMP ou d'un autre accord international équivalent auquel l'UE est partie). S'agissant des pays tiers signataires, l'article R. 2153-1 du code de la commande publique dispose que l'acheteur peut prendre en compte le « *champ géographique et sectoriel des accords internationaux* (…) *ainsi que des éventuelles restrictions qu'ils comportent* ». Ainsi, pour ces pays, le dispositif leur est applicable dans le cadre des exclusions de l'offre de couverture européenne[1186].

770. L'article L. 2153-1 du code de la commande publique autorise l'acheteur à prévoir des « *critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre* ». Au préalable, il doit l'avoir prévu expressément dans les documents de

---

[1183] La fiche d'impact accompagnant le projet d'ordonnance relative aux marchés publics (dans le cadre de l'adoption de l'ordonnance du 23 juillet 2015) relève en effet que le mécanisme « *se heurte* (…) *à la difficulté d'identifier la provenance des produits proposés* », et que « *ce dispositif peut conduire à exclure une entreprise française dont l'offre comporterait 51% de produits fabriqués dans un pays tiers non signataire d'un accord avec l'UE qui comporterait un volet relatif à l'accès aux marchés publics.* ». Elle souligne enfin que « *les acheteurs ne mettent pas en application ce dispositif.* » (p. 28).

[1184] L'article 25 de la directive 204/24/UE dispose que les acheteurs doivent garantir un traitement non moins favorable aux opérateurs économiques des États signataires de l'AMP et d'autres conventions internationales liant l'Union européenne que celui accordé travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union.

[1185] La DAJ (*op. cit.*, p. 22) relève par ailleurs que l'article L. 2153-1 est cumulable avec l'article L. 2153-2 du CCP.

[1186] *Ibid.*, p. 23. La DAJ explique que la prise en compte du champ de l'offre de couverture européenne, « *indépendamment du champ de l'offre de couverture de* [l']*États tiers* », ne constitue pas une règle de réciprocité : « *ce n'est pas parce que le pays tiers n'offre pas un accès à ses marchés publics ayant tel objet que l'Union européenne prévoit que les opérateurs économiques, travaux, fournitures ou services de ce pays tiers n'ont pas accès à ces mêmes marchés publics au sein de l'UE. C'est la raison pour laquelle ces accords sont dits « à géométrie variable »* ».

la consultation. Comme pour les marchés publics de fournitures des entités adjudicatrices, la détermination de l'origine des produits finis se fait sur la base du code des douanes de l'Union. La DAJ indique que, dans le cadre de l'article L. 2153-1 du code de la commande publique, l'origine d'un produit est « *celle du pays dans lequel a été réalisée la dernière transformation substantielle* »[1187].

771. L'acheteur doit donc déterminer la nationalité des opérateurs économiques. Pour ce faire, l'acheteur se fonde sur les dispositions de l'article 3 du règlement (UE) 2022/1031[1188]. Il doit ensuite déterminer l'origine des travaux, fournitures ou services. À l'instar de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique, l'origine d'une offre dans un marché public de fournitures est déterminée sur la base du code des douanes de l'UE[1189]. S'agissant des travaux et services, l'origine des offres dépend de la nationalité de l'opérateur économique.

772. Ainsi, l'acheteur doit prévoir dans les documents de la consultation les renseignements relatifs à l'origine à fournir par l'opérateur économique. Pour les marchés publics de fournitures, ces renseignements correspondent à ceux qui peuvent être demandés au titre de l'article L. 2153-2 du code de la commande publique. Les marchés de travaux ou de services nécessitent quant à eux d'obtenir des renseignements permettant de déterminer la nationalité de l'opérateur économique. En outre, la DAJ recommande également une clause d'exécution sur le maintien de l'origine de l'offre pendant l'exécution du marché. Enfin, il n'y a pas de « *droit*

[1187] *Ibid*., p. 19-20.

[1188] Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une personne physique, la nationalité de l'opérateur économique correspond au « *pays dont la personne est un ressortissant ou où cette personne jouit d'un droit de séjour permanent* » (article 3, 1, a. du règlement (UE) 2022/1031, dit « règlement IMPI »)). S'il s'agit d'une personne morale, deux hypothèses se distinguent. Par principe, la nationalité est « *le pays selon la législation duquel la personne morale est constituée ou autrement organisée et sur le territoire duquel elle effectue des opérations commerciales substantielles* » (article 3, 1, b), i.) . Dans l'hypothèse où la personne morale n'effectue pas d'opérations commerciales substantielles, la nationalité de l'opérateur économique est « *est celle de la personne ou des personnes qui peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante sur la personne morale en vertu de leur propriété de celle-ci, de leur participation financière à celle-ci ou des règles qui régissent cette personne morale.* » (article 3, 1, b), ii.). Dans le cas d'un groupement d'opérateurs économiques, la DAJ (*op. cit.*, p. 26) précise que « *la présence d'un seul membre ayant la nationalité d'un pays tiers non-signataire emporte la détermination de la nationalité de l'ensemble du groupement* », sauf si la présence de ce membre est nécessaire au groupement pour satisfaire l'un des critères de sélection des candidatures prévus par l'acheteur.

[1189] En revanche, l'origine qui importe dans l'article L. 2153-1 du CCP est l'origine du produit *fini*, et non au regard de la majorité de l'origine des composants des produits comme pour l'article L. 2153-2.

de remord » pour l'acheteur[1190]. Une fois le dispositif mis en œuvre, il ne peut revenir sur sa décision, sans quoi il pourrait être considéré qu'il a organisé lui-même l'infructuosité de la procédure[1191].

773. Si le champ d'application de l'article L. 2153-1 du code de la commande publique se rapproche du mécanisme de préférence communautaire applicable aux MDS (rapprochement d'autant plus important que ces mécanismes reposent tous deux sur le critère de la nationalité de l'opérateur économique), le premier n'a pas la même automaticité, ni la même simplicité. Dans les faits, les articles L. 2153-1 et L. 2153-2 du code de la commande publique ont pu être qualifiés de « *timides* » et « *difficiles à mettre en œuvre* »[1192].

774. Au côté des dispositifs du code de la commande publique, il existe d'autres outils permettant de restreindre les offres des pays tiers, qui ont la particularité d'être applicables au niveau de l'UE, et non des États ou de leurs acheteurs.

b. Les dispositifs applicables au niveau de l'Union européenne

775. Deux dispositifs sont applicables au niveau de l'UE : l'article 86 de la directive 2014/25/UE (i) et le règlement (UE) 2022/1031 dit « règlement IMPI » (Instrument relatif aux marchés publics internationaux)[1193] (ii).

[1190] « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 24.
[1191] *Ibid*.
[1192] E. MULLER, « La réciprocité dans l'accès à la commande publique européenne : un enjeu de politique industrielle », *Contrats et marchés publics*, 2021, n°5, repère 5. L'auteur relève par ailleurs à propos de l'article L. 2153-1 du CCP que ce mécanisme « *ne permet pas d'appréhender le problème de l'absence de réciprocité effective découlant du non-respect de leurs engagements par les États parties à de tels accords, dont l'appréciation paraît d'ailleurs relever de la compétence exclusive de l'Union.* ». En outre, tant pour l'article L. 2153-1 et L. 2153-2, leur mise en œuvre « *est rendue difficile par l'absence d'une cartographie précise et actualisée du champ d'application des accords internationaux conclus par l'Union en matière d'accès aux marchés publics* ».
[1193] Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers, JOUE L. 173 du 30 juin 2022, p. 1-16.

i. L'article 86 de la directive 2014/25/UE

776. L'article 86 de la directive 2014/25/UE dispose que « *Les États membres informent la Commission de toute difficulté d'ordre général rencontrée et signalée par leurs entreprises en fait ou en droit, lorsqu'elles ont cherché à remporter des marchés de services dans des pays tiers.* ». Ce « *dispositif d'alerte* »[1194], qui ne nécessite pas de transposition en droit interne[1195], attribue à la Commission européenne le rôle de remédier à de telles difficultés en intervenant auprès du pays tiers concerné. La Commission européenne peut adopter des mesures de rétorsion à l'endroit de ce pays[1196]. Par ailleurs, si l'article 86 de la directive 2014/25/UE vise les seuls marchés de services, la DAJ recommande aux entreprises de signaler « *toutes les difficultés rencontrées à l'occasion de la passation d'un contrat de la commande publique* »[1197], faisant par ailleurs le lien avec le règlement IMPI.

[1194] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 30.
[1195] Voy. notamment P. TERNEYRE, « Sur la faculté d'exclure de la commande publique les offres en provenance d'États tiers à l'Union européenne », *Contrats et marchés publics*, 2022, n°4, étude 4.
[1196] Ces mesures consistent à suspendre ou restreindre à l'attribution de marchés de services « *aux entreprises soumises à la législation du pays tiers concerné* » (article 86, 5, a) de la directive 2014/25/UE), « *aux entreprises liées à ces dernières et dont le siège social se trouve dans l'Union, mais qui n'ont pas un lien direct et effectif avec l'économie d'un État membre* » (article 86, 5, b)), ou, enfin « *aux entreprises présentant des offres ayant pour objet des services originaires du pays tiers concerné.* » (article 86, 5, c)).
[1197] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 30.

ii. Le règlement IMPI

777. Le règlement IMPI[1198] est le fruit d'un long processus initié par la France, ayant fait l'objet d'une première proposition de règlement en 2012[1199], puis d'une autre proposition en 2016[1200]. Conçu comme un « *outil de politique commerciale* », le règlement IMPI a pour objectif de de favoriser l'ouverture des marchés des pays tiers non-signataires, « *dans un esprit de réciprocité et d'intérêt commun* ». En effet, le règlement IMPI note la réticence de pays tiers « *à ouvrir leurs marchés publics ou leurs concessions à la concurrence internationale, ou à améliorer l'accès à ceux-ci* », de sorte que « *les opérateurs économiques de l'Union sont confrontés à des pratiques restrictives en matière de marchés publics dans beaucoup de pays tiers, ce qui entraîne la perte d'importantes possibilités commerciales.* »[1201]. Alors que le projet de 2012 prévoyait un dispositif permettant aux États membres d'agir directement en cas de restrictions d'États tiers[1202], le règlement IMPI met en œuvre un monopole de la Commission s'agissant de la prise de mesures restrictives. Il en résulte que « *la marge de manœuvre des États membres est résiduelle dans sa mise en œuvre* »[1203].

[1198] Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux — IMPI), JOUE L 173 du 30 juin 2022, p. 1-16. Voy. notamment A. HERVÉ, « L'instrument relatif aux marchés publics internationaux, illustration du néo-unilatéralisme de l'Union européenne au nom de la loyauté des échanges », *RTDE*, 2022, p. 535 ; L. FOLLIOT LALLIOT, « Commerce international : Le Parlement européen et le Conseil adoptent un nouveau règlement de politique commerciale restreignant l'accès à ses marchés publics et concessions par les opérateurs et produits en provenance de pays tiers », *Concurrences*, 2022, n°3, p.189-191 ; M. MORALES, « Publication de l'instrument relatif aux marchés publics internationaux : un outil offensif au service de la réciprocité », *Europe*, 2023, n°2, étude 1.

[1199] Commission européenne, « Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », COM(2012) 124 final, 31 p.

[1200] Commission européenne, « Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers », COM(2016) 34 final, 38 p.

[1201] Règlement IMPI, considérant 8.

[1202] La proposition de règlement de 2012 prévoyait un mécanisme décentralisé dans lequel les États membres pouvaient, avec l'autorisation expresse de la Commission européenne, adopter des mesures restrictives (article 6) et centralisé, relevant de la compétence de la Commission européenne. La proposition modifiée de 2016 a supprimé le premier, pour ne conserver que le second.

[1203] M. MORALES, « Publication de l'instrument relatif aux marchés publics internationaux : un outil offensif au service de la réciprocité », *op. cit*.

778. En effet, le règlement IMPI dote la Commission européenne d'un pouvoir d'enquête sur les mesures ou pratiques de pays tiers contre des opérateurs économiques, des biens et des services de l'Union. La Commission européenne peut « *imposer des mesures relevant de l'IMPI, en lien avec de telles mesures ou pratiques de pays tiers, afin de limiter l'accès des opérateurs économiques, biens ou services de pays tiers aux procédures de passation de marchés publics de l'Union* »[1204].

779. Ces mesures relevant de l'IMPI (ci-après « mesure IMPI »), constitutives d'actes d'exécution qui s'imposent aux acheteurs, interviennent après une enquête sur la mesure ou la pratique litigieuse du pays tiers. La Commission européenne invite ce dernier à soumettre ses observations, à fournir des informations, et engage une concertation dont le but est d'éliminer la mesure ou pratique[1205]. Dans l'hypothèse où le pays tiers ne la supprime pas, la Commission européenne adopte alors une mesure IMPI, dès lors « *qu'une telle action va dans le sens des intérêts de l'Union* »[1206]. Une telle mesure est par ailleurs déterminée sur la base des critères de proportionnalité par rapport à la mesure ou la pratique de l'État tiers, ainsi que « *la disponibilité d'autres sources pour la fourniture des biens et services concernés, afin d'éviter ou de réduire autant que possible toute incidence négative significative sur les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices* »[1207].

780. Ces mesures, applicables aux marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils prévus par le règlement[1208], sont de deux types. Les acheteurs doivent imposer « *un ajustement du résultat aux offres présentées par des opérateurs économiques originaires du pays tiers* » [1209], soit, de façon plus drastique, « *exclure les offres émanant d'opérateurs économiques*

[1204] Règlement IMPI, article 1, 1.
[1205] *Ibid.*, article 5.
[1206] *Ibid*., article 6, 1. L'article 6, 2 prévoit en outre qu'« *il convient* (…) *d'apprécier tous les différents intérêts en jeu pris dans leur ensemble, y compris ceux des opérateurs économiques de l'Union* ». Dans son considérant 20, le règlement IMPI souligne l'importance « *d'accorder une attention particulière à l'objectif général visant à réaliser la réciprocité en ouvrant les marchés des pays tiers et en améliorant les possibilités d'accès au marché pour les opérateurs économiques de l'Union. L'objectif de la limitation de toute charge administrative inutile pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, ainsi que pour les opérateurs économiques, devrait également être pris en considération.* ».
[1207] *Ibid.*, article 6, 3.
[1208] *Ibid.*, article 6, 4.
[1209] *Ibid.*, article 2, 1, d)).

originaires du pays tiers concerné »[1210]. Ces mesures sont applicables selon un champ d'application déterminé par la Commission européenne[1211], et sont susceptibles d'être retirées ou suspendues en cas d'action corrective satisfaisante du pays tiers ou de son engagement dans ce sens, et rétablies en cas d'une mise en œuvre de l'action corrective jugée inappropriée par la Commission européenne[1212].

781. Lorsqu'une mesure IMPI est adoptée, les acheteurs doivent prévoir dans les documents de la consultation des obligations qui s'appliquent aux adjudicataires pour la mise en œuvre desdites mesures. Ces obligations consistent, d'une part, en une limitation de la sous-traitance du marché à des opérateurs économiques originaires du pays tiers à 50%[1213]. D'autre part, s'agissant de marchés portant sur la fourniture de biens, les biens et services fournis dans le cadre de l'exécution du marché et originaires du pays tiers sont limités à 50% de la valeur totale du marché, qu'ils soient fournis directement par le soumissionnaire ou un sous-traitant[1214]. À la demande de l'acheteur, les adjudicataires sont susceptibles de devoir fournir une preuve adéquate du respect de ces obligations, et payer des frais proportionnés en cas de leur non-respect (compris entre 10 % et 30 % de la valeur totale du marché)[1215].

782. En outre, le règlement IMPI prévoit des exceptions à l'application d'une mesure IMPI par l'acheteur, lorsque seules des offres émanant par des opérateurs économiques d'un pays tiers faisant l'objet d'une telle mesure satisfont les exigences de l'acheteur, ou lorsque la décision de ne pas appliquer la mesure IMPI est « *justifiée par des raisons impérieuses relevant de l'intérêt public, telles que la santé publique ou la protection de l'environnement* »[1216]. Enfin,

---

[1210] *Ibid*., article 6, 6. La Commission européenne choisit la mesure « *qui serait proportionnée et remédierait le plus efficacement au niveau de l'entrave à l'accès des opérateurs économiques, des biens ou services de l'Union aux marchés publics ou aux concessions des pays tiers.* » (article 6, 9).
[1211] *Ibid.*, article 6,8. La Commission détermine les secteurs ou catégories de biens, de services et de concessions, les catégories spécifiques de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices, les catégories spécifiques d'opérateurs économiques, les seuils spécifiques égaux ou supérieurs prévus, ainsi que les valeurs en pourcentage d'un ajustement du résultat.
[1212] *Ibid.*, article 6, 10. L'article 6, 11 prévoit que la mesure IMPI expire cinq ans après son entrée en vigueur, et peut être prorogée pour la même durée. Un réexamen de la mesure IMPI doit en outre intervenir au plus tard neuf mois avant sa date d'expiration, d'une durée maximal de six mois. Il peut donner lieu à une prolongation de la mesure, à sa modification ou à son remplacement par une autre mesure IMPI.
[1213] *Ibid.*, article 8, 1, a.
[1214] *Ibid.*, article 8, 1, b.
[1215] *Ibid.*, article 8, 1, d.
[1216] *Ibid.*, article 9, 1. Par ailleurs, l'acheteur doit fournir des informations à la Commission européenne lorsqu'il a recours à une telle exception (article 9, 2).

les opérateurs économiques qui estiment avoir un intérêt à obtenir un marché relevant du règlement IMPI disposent d'un droit de recours[1217].

783. Ainsi, le règlement IMPI relègue les États membres et leurs acheteurs à un rôle « *secondaire* » ou « *marginal* »[1218], ou encore sont « *réduits au rôle d'exécutant* »[1219]. En France, ce rôle mineur des États est certes contrebalancé par les articles L. 2153-1 et L. 2153-2 du code de la commande publique. Toutefois, et c'est un paradoxe, l'adoption du règlement IMPI, qui s'intègre dans une forme de volontarisme politique de l'UE en matière de réciprocité, questionne la compatibilité des dispositions du code de la commande publique avec le règlement IMPI.

784. En effet, en visant l'article 207, paragraphe 1 du TFUE, le règlement IMPI confirme que, du point de vue de l'UE, les mesures de restriction de l'accès des pays tiers à la commande publique relèvent de la politique commerciale commune. Or, si celle-ci fait l'objet d'une « *réorientation vers la défense de l'autonomie stratégique de l'Union européenne* »[1220], il n'en demeure pas moins qu'elle relève d'une compétence exclusive de l'UE[1221]. Le projet de règlement de 2012 était d'ailleurs plus offensif sur ce point, affirmant la compétence exclusive de l'UE en la matière, et le fait que « *les États membres et leurs pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ne devraient pouvoir restreindre l'accès des produits et services de pays tiers à leurs procédures d'adjudication par aucune mesure autre que celles prévues par le présent règlement*. » (considérant 15). Si le règlement IMPI ne contient pas ce considérant, sa suppression « *ne suffirait pas à fonder une compétence concurrente des autorités nationales ni, surtout, à résoudre la contradiction qu'elle générerait avec le règlement* »[1222].

[1217] E. CASTELLARIN et E. MULLER, « La participation des opérateurs extra-européens à la commande publique : l'apport du règlement sur les marchés publics internationaux », *RFDA*, 2022, p. 491-500. Ce faisant, « *l'attribution d'un contrat en violation d'une mesure IMPI serait de nature à entacher le contrat d'une irrégularité dont les tiers, notamment les concurrents évincés, pourraient se prévaloir tant dans le cadre d'un référé précontractuel que d'un recours en contestation de la validité du contrat* » En l'occurrence, les concurrents évincés peuvent considérer « *qu'un opérateur économique concurrent aurait dû être exclu ou qu'une offre aurait dû être moins bien classée en raison de l'application d'une mesure relevant de l'IMPI.* » (Règlement IMPI, considérant 27).

[1218] *Ibid*.

[1219] M. MORALES, *op. cit*.

[1220] *Ibid*.

[1221] Article 3, §1, e) du TFUE. Cette compétence exclusive a été confirmée à propos de l'accord de libre-échange avec Singapour dans l'avis de la Cour de justice en assemblée plénière du 16 mai 2017 (avis 2/15).

[1222] E. CASTELLARIN et E. MULLER, *op. cit.*

785. En tout état de cause, la lecture *a contrario* des dispositions de la directive 2014/24/UE pour bâtir l'article L. 2153-1 du code de la commande publique ne suffit pas à la rendre conforme voire compatible au droit de l'UE. De façon plus générale, le règlement IMPI semble exclure toute concurrence des autorités nationales en matière de restriction des pays tiers à la commande publique[1223]. Ainsi, la remise en cause de la compétence nationale sur cette question (en particulier le recours à l'article L. 2153-1 du code de la commande publique[1224]) est rendue d'autant plus possible avec l'adoption du règlement IMPI[1225]. En sus de son impact sur les outils nationaux de restriction de l'accès des pays tiers à la commande publique, le règlement IMPI n'échappe pas à la critique globale de la difficulté de mise en œuvre formulée à l'encontre de ces mécanismes[1226].

786. Le règlement IMPI se rapproche de la préférence communautaire dans les MDS, en ce qu'il est fondé sur le critère de l'origine (ou la nationalité, en l'occurrence celle du pays tiers ayant des mesures ou pratiques restrictives) des opérateurs économiques, et non sur l'origine des produits. Néanmoins, les deux mécanismes se distinguent, dans la mesure où, s'agissant de

---

[1223] M. MORALES, *op. cit*. L'auteur identifie en ce sens la difficulté relevant « *de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. En effet, le rattachement du mécanisme à la politique commerciale commune de l'Union européenne tend à exclure les États de l'adoption du dispositif et à remettre en cause tout mécanisme national de défense commerciale concurrent*. ». Voy. également E. MULLER, « Qui est compétent pour restreindre l'accès des opérateurs extra-européens à la commande publique ? », *Contrats et marchés publics*, 2024, n°6, repère 6.

[1224] M. MORALES, *op. cit.* L'article L. 2153-2 du CCP n'entre pas en « *concurrence directe* » avec le règlement IMPI, dans la mesure où il ne se fonde pas sur le critère de la nationalité, mais sur l'origine des produits. Néanmoins, E. CASTELLARIN et E. MULLER (*op. cit.*) soulignent que la proposition de règlement de 2012 précédant l'adoption du règlement IMPI prévoyait l'abrogation des articles 58 et 59 relatifs au dispositif applicable aux entités adjudicatrices. En outre, la proposition de directive précédant l'adoption de la directive 2014/24/UE prévoyait de ne pas reprendre ces dispositions. Ainsi, « *seul l'enlisement du processus d'adoption du règlement explique que la Commission se soit finalement résignée à « maintenir pendant une période transitoire le statu quo » dans le cadre de l'actuel article 85 de la directive 2014/25/UE* » (les auteurs font ici référence au considérant 111 de la directive 2014/25/UE).

[1225] *Ibid*. L'auteur relève cette remise en cause des outils du code de la commande publique, soulignant que « *cette marginalisation des États membres est également renforcée par le fait que les dispositifs actuels prévus par le Code de la commande publique en application des Directives pourraient être rendus caduques par la publication du règlement IMPI.* ». E. CASTELLARIN et E. MULLER jugent quant à eux que l'incompétence des États membres en la matière « *n'ira cependant pas sans heurter quelque peu ceux qui, à l'échelle locale, promeuvent plus ou moins ouvertement des formes de protectionnisme qu'ils considèrent plus favorables à la réindustrialisation et à la création d'emplois* ».

[1226] M. MORALES, *op. cit*. L'auteur souligne que « *le mécanisme, d'une certaine complexité et long dans sa mise en œuvre, est laissé à l'entière discrétion de la Commission. Chacune des mesures adoptées est susceptible d'un recours en annulation devant la Cour de justice.* ».

la préférence communautaire, l'acheteur conserve la maîtrise (au niveau national), tandis que le règlement IMPI centralise la politique de restriction au niveau de la Commission européenne.

787. Ainsi, le droit des marchés publics dispose d'outils permettant en principe de garantir la réciprocité dans l'accès aux marchés publics vis-à-vis des pays tiers. Cependant, ces mécanismes sont le plus souvent complexes à mettre en œuvre (et faisant l'objet d'une pratique très réduite voire inexistante), tandis que la question de la compétence exclusive de l'UE et son impact sur les outils nationaux sur cette question n'est pas encore tranchée. Les MDS, qui ne font pas l'objet de ces mécanismes de réciprocité (alors même que cette dernière est une donnée centrale dans le secteur de la défense), se voient quant à eux appliquer le mécanisme de préférence communautaire. Or, ce dernier revient à faire des MDS un outil de politique publique, en permettant à l'acheteur de se fonder, notamment, sur la réciprocité pour ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques issus de pays tiers à l'UE.

2. Un mécanisme propre aux marchés de défense ou de sécurité

788. Pour adopter la préférence communautaire, la France s'est appuyée sur des fondements juridiques propres aux marchés publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité (a). Il résulte de cette mise en œuvre la possibilité de définir, dans ce contexte particulier, l'*opérateur économique tiers* (b).

a. Fondements juridiques

789. La préférence communautaire découle de l'exception prévue à l'article III:1 de l'accord sur les marchés publics (AMP) (a). Son contenu et sa formulation ne sont pas sans rappeler l'article 346 TFUE, dont il se distingue néanmoins (b).

i. Un mécanisme fondé sur l'article III:1 de l'Accord sur les marchés publics

790. Le mécanisme de préférence communautaire repose sur l'exception prévue à l'article III:1 de l'AMP. Les parties ont en effet convenu d'une telle exception dans le domaine de la sécurité. Ainsi, l'accord ne saurait empêcher les États parties « *d'entreprendre une action ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité* », cette exclusion étant applicable aux « *marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale* ».

791. À la différence de l'article 346 TFUE, dont le texte limite son recours au regard des effets sur le marché, l'article III:1 de l'AMP laisse une marge de manœuvre importante aux États parties. En effet, cette exclusion repose uniquement sur ce que l'État estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. Le texte ne se réfère pas aux effets de la mesure prise par l'État[1227]. À cet égard, l'article III:1 apparaît comme une réserve générale à disposition des États. En conséquence, les marchés dans le domaine de la défense ou de la sécurité sont par principe exclus de la concurrence internationale.

792. La directive 2009/81/CE ne prévoit aucune disposition relative à la mise en place d'une préférence communautaire. Néanmoins, son dix-huitième considérant, obtenu par « *l'action combinée des industriels et des autorités françaises chargées de la négociation* »[1228] lors de l'adoption de la directive, rappelle son fondement juridique issu de l'AMP. Relevant que l'AMP exclue le secteur de la défense et de la sécurité de son application, la directive indique que les marchés autres que les marchés d'armes, munitions et matériel de guerre et couverts par la directive sont également exemptés de l'application de l'AMP.

[1227] Contrairement à l'article III:2 de l'AMP, lequel autorise des mesures nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique (ce faisant, l'AMP distingue sécurité *nationale* et sécurité *publique*) (article III:2(a)), à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (article III:2(b)), à la protection de la propriété intellectuelle (article III:2(c)), ou se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus (article III:2(d)). Toutefois, ces mesures ne doivent pas être appliquées « *de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international* ».

[1228] J. de ROHAN, *op. cit*., p. 21. Le rapport souligne que ce considérant permet de disposer « *d'une référence rappelant que l'accès aux marchés de défense et de sécurité demeure dans le champ de la souveraineté des États membres* ».

ii. Un mécanisme distinct de l'article 346 TFUE

793. Par ailleurs, le dix-huitième considérant de la directive 2009/81/CE opère une distinction entre l'article XXIII (devenu III:1) de l'AMP et l'article 346 TFUE. Nonobstant leur formulation voisine (notamment à travers la notion d'*intérêts essentiels de sécurité*), ces dispositions ont « *une portée différente et sont soumis à des normes de contrôle juridictionnel différent* ». La stipulation du traité est en effet d'application et de contrôle plus stricts, de sorte que là où l'article 346 TFUE ne peut pas être invoqué automatiquement, tel n'est pas le cas de l'article III:1. En effet, « *Les État membres peuvent toujours recourir à l'article* [III:1] *de l'AMP dans les cas où l'article* [346] *du traité ne peut être invoqué. Les conditions d'application de ces deux dispositions sont donc différentes* ».

794. Ce champ d'application différent autorise les États membres à fermer l'accès des marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité aux opérateurs économiques tiers à l'UE[1229]. Quant au principe d'une fermeture aux opérateurs économiques issus de l'UE, celui-ci, outre le fait qu'il retirerait tout intérêt de l'application des règles du droit des marchés publics audit secteur et qu'il serait contraire à l'objectif de la directive, est inenvisageable au regard de l'article 346 TFUE. En d'autres termes, les opérateurs économiques issus de l'UE « *bénéficient* » (paradoxalement) de la rigueur de l'article 346 TFUE.

795. Bien que n'étant pas contraignant juridiquement[1230], le dix-huitième considérant de la directive constitue pour l'État membre l'autorisation d'appliquer souverainement un mécanisme de préférence communautaire. L'absence de dispositions relatives au mécanisme de préférence communautaire dans le corps de la directive traduit la mise en retrait de la Commission sur la question, puisqu'elle estime « *que ce n'était pas le rôle de la directive de traiter de ce sujet* »[1231].

[1229] Ainsi, le considérant 18, §2 prévoit que « *dans le contexte spécifique des marchés de défense et de la sécurité, les États membres conservent le pouvoir de décider si oui ou non leurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent autoriser des agents économiques de pays tiers à participer aux procédures de passation des marchés* ».
[1230] Selon une jurisprudence de la Cour de justice, constante depuis, « *le préambule d'un acte communautaire n'a pas de valeur juridique contraignante* » (CJCE, 19 novembre 1998, *Nilsson e.a.*, aff. C-162/97, point n°54).
[1231] J. DE ROHAN, *op. cit.*, p. 22.

b. Définition d'un opérateur économique tiers

796. De cette mise en place d'une préférence communautaire, il est possible de déduire une définition de l'opérateur économique tiers. Ainsi, l'article L. 2353-1 du code de la commande publique dispose que « *Les marchés de défense ou de sécurité, exclus ou exemptés de l'accord sur les marchés ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne* ». Le droit français assimile par ailleurs les opérateurs des États parties à l'Espace économique européen (EEE) aux opérateurs économiques d'États membres de l'UE au sens de l'article L. 2353-1 (ci-après « *opérateur économique européen* »)[1232]. Ainsi, tout opérateur économique qui n'est pas issu d'un État membre (ou partie à l'EEE) doit être considéré comme un opérateur économique tiers. Nonobstant cette distinction factuelle entre opérateur économique tiers et européen, le code de la commande publique ne définit pas à proprement parler ce dernier. Formellement, le code de la commande publique ne revient pas sur la notion d'opérateur économique. La modification de cette dernière en droit interne serait susceptible d'être censurée par la Cour de justice[1233].

797. Ainsi, la notion d'opérateur économique tiers repose sur la « nationalité » de ce dernier. Un tel critère est critiquable dans la mesure où un industriel peut, malgré cette nationalité, réaliser la partie principale de son activité dans un États tiers à l'UE. Dans le cadre d'un MDS qu'il aurait obtenu en qualité d'opérateur économique d'État membre, un industriel peut réaliser l'exécution du marché en dehors de son État d'origine et de l'Union européenne, voire confier une partie dudit marché à des co-traitants ou sous-traitants extracommunautaires[1234]. Dans de telles conditions, l'application d'une préférence communautaire se trouve neutralisée du point de vue de ses effets attendus sur la BITDE. Ce faisant, la préférence communautaire ne peut se limiter à une application au stade de la passation du marché, mais doit également, pour éviter une telle neutralisation, s'appliquer au niveau de son exécution[1235].

[1232] En plus des États membres de l'Union européenne, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein sont parties à l'EEE.
[1233] J. DE ROHAN, *op. cit.*, p. 98-99.
[1234] À cet égard, la détermination de l'origine d'un opérateur économique prévue par le règlement IMPI s'avère particulièrement intéressante, puisqu'il tient compte du lieu des « *opérations commerciales substantielles* » (article 3, 1, b)).
[1235] Cf. *infra* §1405 et s.

798. Ainsi, la distinction des opérateurs économiques à partir de leur nationalité induite par la préférence communautaire illustre une vision différente entre la France et (principalement) la Commission européenne s'agissant des moyens d'atteindre les objectifs de politique de défense.

B. Une spécificité illustrant une divergence des moyens de réalisation de la BITDE

799. L'absence d'une préférence communautaire solidement établie dans la directive 2009/81/CE traduit une forme d'opposition entre une vision protectionniste (la France), d'une part, et une vision libre-échangiste de la Commission européenne, d'autre part (1). Des alternatives au mécanisme français de préférence communautaire, plus satisfaisantes du point de vue de l'objectif de réalisation de la BITDE, étaient pourtant envisageables (2).

1. L'opposition entre les visions protectionniste et libre-échangiste

800. La Commission a manifestement « botté en touche », en ne prévoyant aucune règle qui laisserait une option aux États membres quant à l'application d'une préférence communautaire. Tout en permettant aux États membres d'apprécier souverainement l'opportunité de la mise en œuvre d'une préférence communautaire, la lecture du dix-huitième considérant de la directive 2009/81/CE permet de déduire une vision différente de celle de la France. Ce dernier traduit manifestement la réalisation de la BITDE par une approche libre-échangiste. En effet, après avoir admis la possibilité d'une préférence communautaire, le considérant préconise toutefois aux États membres de fonder leur décision d'ouvrir ou fermer la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers à l'UE au regard d'un certain nombre de critères.

801. Ainsi, la Commission estime que la décision d'exclure des opérateurs économiques tiers doit notamment s'apprécier au regard de la nécessité d'une BITDE « *compétitive au niveau*

mondial », « *sur l'importance de marchés ouverts et équitables et l'obtention d'avantages mutuels* ». En outre, « *les États membres devraient insister sur une ouverture de plus en plus grande des marchés* », mettant en balance cette considération avec une ouverture des partenaires extra-européens « *sur la base de règles internationalement reconnues, notamment en ce qui concerne une concurrence ouverte et loyale* ». Ce vocabulaire libre-échangiste démontre la réticence de la Commission à l'égard de la préférence communautaire, et contraste avec l'approche protectionniste (et politique) française. En effet, sans se prononcer formellement contre le mécanisme de préférence communautaire, la Commission privilégie implicitement une mise à l'écart de l'article III:1 de l'AMP, tout en autorisant les États membres à l'appliquer.

802. Cette approche de la Commission ne surprend pas, surtout lorsqu'elle est comparée avec celle qui est la sienne à propos du secteur civil. Lorsque, progressivement, les travaux, fournitures et services achetés par les collectivités publiques (directement ou indirectement) ont été soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence aux fins de créer un marché intérieur de la commande publique, la Commission s'est appuyée exclusivement sur l'ouverture des marchés nationaux entre les États membres. Elle n'a pas mis en place, en parallèle à cette ouverture, le principe d'une protection du marché intérieur vis-à-vis des entreprises établies dans des états tiers à l'UE.

803. Il semblerait que le secteur de la défense et de la sécurité fasse l'objet de la même logique. Du point de vue de la directive, l'objectif de création des conditions du MEED passe par un décloisonnement des marchés nationaux, sans considération géographique, et permettra par conséquent de renforcer la BITDE. La France, à travers la voix du ministre de la Défense lors de la transposition du *Paquet Défense*, estime au contraire que « *Sans volonté politique, l'ouverture des marchés ne suffira pas à renforcer la base industrielle et technologique de défense européenne* »[1236]. Or, le mécanisme de préférence communautaire est perçu comme la manifestation d'une volonté politique. Il y a donc deux visions de la réalisation de la dimension européenne de la BITDE.

[1236] J. DE ROHAN, *op. cit.*, p. 138.

804. D'un côté, celle de la Commission[1237], laquelle estime que la dimension européenne de la BITDE doit reposer sur l'application des mécanismes de marché, associée aux principes d'ouverture et de réciprocité. La seule coordination des procédures de passation doit suffire à faire émerger un MEED et renforcer la BITDE. De l'autre côté, la conception française de la BITDE selon laquelle il convient certes de coordonner les procédures de passation et d'appliquer les obligations de publicité et de mise en concurrence, mais au seul bénéfice des opérateurs économiques d'États membres[1238]. Le libre-échange est, dans cette configuration, par principe limité géographiquement. En d'autres termes, la conception française prend la dimension *européenne* au pied de la lettre, tant celle de la BITDE que celle du MEED.

805. Le principal argument en faveur de la préférence communautaire est l'absence de réciprocité de la plupart des États tiers. Ainsi, le rapport du Sénat souligne que « *tous les marchés de défense des grandes puissances qu'il s'agisse des Etats-Unis, de la Chine, de la Russie ou encore du Brésil et de l'Inde, sont, en droit, ou en fait, fermés aux opérateurs économiques de pays tiers* », et ajoute que « *Chaque État ne va chercher à l'extérieur pour ses propres besoins, que les équipements de défense que sa base industrielle est dans l'incapacité de lui fournir. Encore ne le fait-il qu'en imposant des transferts technologiques les plus importants possibles* »[1239].

806. Or, le principe de réciprocité[1240] est une condition de l'ouverture des marchés, tant selon l'approche libre-échangiste que l'approche protectionniste. Pour les tenants d'une préférence communautaire, à défaut de réciprocité dans l'ouverture des marchés, à tout le moins y aura-t-il réciprocité dans leur fermeture. Le mécanisme de préférence communautaire

[1237] Il semblerait que certains des États membres hostiles à la préférence communautaire ne s'y sont pas tant opposés au regard d'une certaine vision de la BITDE, mais davantage en considération de leurs rapports politiques et industriels extra-européens, principalement vis-à-vis des États-Unis.
[1238] J. DE ROHAN, *op. cit*., p. 8. L'exposé général du rapport du Sénat ne manque pas de clarté sur ce point, puisqu'il y est écrit que « *l'émergence d'une authentique BITDE suppose l'existence d'une préférence communautaire comme d'un principe de réciprocité* ».
[1239] *Ibid.*, p. 45.
[1240] Le rapport du Sénat fait référence en particulier aux États-Unis, de loin le marché de la défense le plus important au monde. Or, les États-Unis ont mis en place tout un arsenal juridique protectionniste, et notamment le *Buy American Act* et le *Balance of Payment Program*. L'absence de réciprocité est ici remarquable. C'est à cet égard que Daniel REINER, membre de la commission au nom de laquelle le rapport du Sénat sur la transposition du *Paquet Défense* a été fait, considère que « *faute d'une clause de préférence communautaire, nous aurons bel et bien une dissymétrie de protection entre le marché nord-américain et le marché européen. Ce n'est plus la « forteresse Europe », c'est la passoire Europe* » (p. 110).

présente ainsi l'avantage de permettre le contrôle par l'acheteur de la mise en œuvre du principe de réciprocité avant l'ouverture des marchés, et non après.

807. En outre, la superposition des champs d'application dans le domaine des marchés de défense ou de sécurité peut faire craindre une situation « *ou tout l'un ou tout l'autre* ». Sans préférence communautaire, le choix de l'acheteur se limiterait entre l'approvisionnement sur le marché national (par application – parfois abusive – de l'article 346 du TFUE) ou le marché international (par application de la directive 2009/81/CE sans clause de préférence communautaire). Avec une clause de préférence communautaire, il aurait en revanche la possibilité, sauf dérogation de l'article 346 du TFUE, de s'approvisionner sur le marché européen, ce qui ne lui interdit pas, par exception et selon une appréciation souveraine, de le faire sur le marché international.

808. En revanche, dans le cadre d'une approche purement économique et libre-échangiste, la préférence communautaire présente l'inconvénient certain de réduire la dimension de l'offre, et donc la taille du marché. Les effets attendus de la mise en concurrence, notamment s'agissant de la réduction des coûts, peuvent être moindres que dans le cas où la procédure de passation est ouverte à tous les opérateurs économiques. En effet, l'offre économiquement la plus avantageuse (notamment au regard du prix) peut être extra-européenne. Dans le cas de la France, il semblerait que la volonté soit d'atteindre l'équilibre entre l'offre la plus avantageuse, tant *économiquement* que *politiquement*.

2. L'alternative au mécanisme de préférence communautaire : l'opérateur économique de défense européenne

809. Outre une clause de préférence communautaire, la France a proposé de prendre en compte la « *valeur ajoutée européenne* » dans les appels d'offres. Il s'agit là d'une forme de préférence communautaire plus nuancée. En effet, elle se fonde, non plus sur l'appartenance à l'UE (et donc sur la nationalité de l'opérateur économique), mais, en réalité, sur la participation effective de l'industriel à la BITDE (et, donc, inversement, à sa non-participation). Tout opérateur économique, quelle que soit sa nationalité, pourrait remplir ce critère de la valeur ajoutée européenne. Pourtant, cette proposition médiane a, pour les mêmes raisons que la

préférence communautaire retenue par la France, également été rejetée. En outre, la France a également suggéré des principes pour l'élaboration d'un régime intergouvernemental pour la passation des marchés de défense, dans le cadre de l'AED[1241]. Au titre de principe de liberté d'accès, cette proposition prévoit que « *les États conviennent que tous leurs appels à propositions ouverts à la compétition le sont aux fournisseurs établis dans les États reconnus comme membres de l'EDEM* » (EDEM, pour *European Defence Equipment Market*)[1242].

810. Cette alternative est à rapprocher de la proposition du Parlement européen[1243] sur la création d'un *opérateur économique de défense en Europe* (OEDE). Ce statut, applicable dans le cadre des programmes de coopération entre États membres (et donc en dehors des MDS soumis aux dispositions de la directive 2009/81/CE), vise à renforcer le soutien à la BITDE. En effet, l'attribution de ce statut est subordonnée au poids de l'opérateur économique dans la BITDE, puisqu'elle est « *déterminée en fonction de la valeur ajoutée que ces opérateurs apportent réellement à l'Europe, tant d'un point de vue technologique que socio-économique* »[1244]. Plus précisément, l'opérateur économique doit remplir « *des critères raisonnables liés à l'emploi, à la maîtrise scientifique et technologique, à la prise de décision et à la production dans l'Union européenne* (…) »[1245]. Pour l'opérateur économique, l'intérêt d'un tel statut est d'obtenir une protection, concrétisée par un accès exclusif aux programmes européens. Ce statut étant conçu comme un instrument de réalisation la BITDE, il aurait été envisageable d'étendre le statut d'OEDE aux MDS.

811. De même, dans le domaine du contrôle des exportations, la directive 2009/43/CE souligne qu'« *une licence générale de transfert devrait être publiée pour les transferts de composants destinés à des entreprises européennes certifiées du secteur de la défense* (…) » (nous soulignons). La certification établit « *la fiabilité d'une entreprise destinataire, en particulier par rapport à sa capacité à respecter les restrictions à l'exportation pour les produits liés à la défense reçus au titre d'une licence de transfert d'un autre État membre* »[1246].

[1241] Pour une présentation de ces propositions, voy. J. MICHEL et J. RIVIÈRE, Rapport d'information déposé par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les nouveaux défis de la construction de l'Europe de la défense, Assemblée nationale, n°2531, 27 septembre 2005, p. 44.
[1242] *Ibid*., p. 44.
[1243] Parlement européen, Rapport sur la base industrielle et technologique de défense européenne, 2013/2125(INI)), A7-0358/2013, 29 octobre 2013, 25 p.
[1244] *Ibid.*, point 26.
[1245] *Ibid.*, point 27.
[1246] Directive 2009/43/CE, article 9.2.

Parmi les critères permettant de déterminer cette fiabilité, se trouve notamment l'exercice d'une « *activité industrielle pertinente dans le domaine des produits liés à la défense dans* [*l'Union européenne*]*, et notamment la capacité d'intégration de systèmes ou de sous-système* »[1247]. De Pour obtenir la certification, l'entreprise doit désigner un membre de son organe de direction en tant qu'administrateur personnellement responsable des transferts et des exportations. Dans le cas de la France, l'article R. 2335-32 -I-3° du C. Défense ajoute un critère de nationalité, étant donné que l'administrateur doit être ressortissant d'un pays membre de l'UE. Dans le cadre du *Paquet défense*, il n'était pas inenvisageable de s'inspirer du mécanisme de certification pour les MDS.

812. Quelle que soit la forme de préférence communautaire, ce principe est en contradiction avec la logique et la philosophie du droit de la commande publique, lesquelles reposent sur une ouverture transparente et le rejet de toute discrimination sur la base de la nationalité. Formellement, la préférence communautaire mise en place par la France ne redéfinit pas la notion d'opérateur économique, et ne se fonde pas sur un critère de nationalité. Le secteur de la défense est tel que la préférence communautaire est envisageable (sinon souhaitable) au regard de l'objectif de politique de défense européenne. Une lecture purement économique reprocherait à la préférence communautaire de réduire les effets de la mise en concurrence, quand une lecture protectionniste reprocherait, au contraire, au libre-échangisme, la négation de toute volonté politique.

813. Conclusion de la sous-section. En reprenant le droit commun des marchés publics, la directive 2009/81/CE applique aux MDS l'universalité de la notion d'opérateur économique. Si celle-ci permet d'intégrer toute l'offre, réelle ou potentielle, elle ne permet pas en revanche une quelconque adaptation au secteur de la défense et à la structure de son marché. Le critère de la taille de l'entreprise était certes inenvisageable. En revanche, il était possible, à l'instar de la France, de prendre en compte la dimension européenne de ce marché, sans pour cela changer les éléments de base de la définition d'opérateur économique. La directive 2009/81/CE a préféré faire appel à d'autres mécanismes pour lutter contre le déficit concurrentiel[1248]. Du point de vue de cette dernière, l'approche économique l'a emporté sur l'approche politique.

[1247] *Ibid*., article 9.2.b.
[1248] Notamment les mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats (cf. *infra* §1540).

814. Conclusion de la section. Ainsi, articulé autour des notions de droit commun, *acheteur* et *opérateur économique*, les critères les plus essentiels du marché public se retrouvent dans les MDS. D'un point de vue organique, la notion de marché public n'est pas « trahie » par celle de MDS, au contraire. Il y a entre elles une véritable correspondance. En effet, la notion d'acheteur correspond particulièrement au secteur de la défense ou de la sécurité, puisque, au sein de ce dernier, le demandeur est très « public », au point qu'il apparaisse comme l'archétype de l'acheteur public. De même, malgré la structure atypique du marché de la défense, l'offreur est bien un opérateur économique au sens du droit de la commande publique. La spécificité du droit français de lui adjoindre une dimension européenne ne change rien à la définition d'opérateur économique. Cette dimension repose sur une délimitation du marché pertinent (afin de remplir l'objectif de politique de défense, selon une vision schématiquement « protectionniste »). Il ne s'agit donc pas de remettre en cause la liberté d'accès des opérateurs économiques au sein de ce marché ainsi délimité.

815. Ce faisant, la notion sur mesure de MDS démontre que, du point de vue organique, ces derniers sont bien des commandes publiques qui sont, malgré les caractéristiques du secteur de la défense ou de la sécurité, relativement « classiques ». La notion de marché public permet d'intégrer au sein du droit de la commande publique les achats publics dans ce secteur. Elle retranscrit efficacement la dimension fortement publique et économique de ces achats.

816. Cette étude confirme ainsi l'universalité de la notion de marché public, préalable indispensable à l'instrumentalisation au service d'objectifs de politique publique, en particulier s'agissant des MDS. Toutefois, il ne suffit pas seulement de savoir *qui* mettre en concurrence et par *quelle autorité*, mais également de savoir *l'objet* de la mise en concurrence. Or, sur le plan matériel, la notion de MDS a fait l'objet d'une singularisation.

Section 2. L'identification des marchés de défense ou de sécurité au sein des marchés publics : la singularisation de l'objet

817. En droit des marchés publics, l'objet du marché est articulé autour du triptyque *travaux, fournitures ou services*. Celui-ci présente l'avantage de soumettre l'ensemble des biens et services susceptibles de faire l'objet d'un besoin de l'acheteur au droit de la commande publique[1249]. Autrement dit, les travaux, fournitures et services permettent d'englober l'ensemble des biens et services disponibles sur le marché économique. Nécessairement, la réglementation applicable aux MDS doit s'appuyer sur la complétude de ce triptyque, l'objectif étant de soumettre les travaux, fournitures et services dans le domaine de la défense ou de la sécurité à cette réglementation. Ainsi, la directive 2009/81/CE reprend à son article 1er la définition de marchés de travaux, de fournitures et de service[1250]. Fondamentalement, sur ce point, les MDS ne se démarquent pas du droit commun[1251]. La distinction entre les marchés de travaux, de fournitures et de service demeure ainsi pertinente au sein de ces marchés.

818. Les MDS se singularisent par rapport aux marchés publics civils sur le plan matériel, au regard des caractéristiques techniques des biens de défense ou de sécurité. Pour intégrer cette singularité, nécessaire afin de rendre possible l'instrumentalisation des MDS, le droit des marchés publics a dû réagencer le triptyque travaux, fournitures et services.

819. Ainsi, la singularisation de l'objet du MDS nécessite de raisonner en deux temps. D'abord, l'acheteur doit caractériser la *destination* du marché public en cause : est-il militaire

[1249] G. KALFKECHE, *op. cit*. L'auteur estime que « *In fine, aujourd'hui, on peut dire que l'ensemble des biens et des services sont, sauf exceptions expresses, soumis a priori à des procédures de passation* » (p. 27), et, plus loin, que « *La situation actuelle en trois catégories matérielles surprend par sa complétude : sauf exceptions spéciales, tous les biens sont soumis à des procédures de passation par principe* » (p. 31).

[1250] Lesdites définitions s'appuient ainsi largement sur la formulation des définitions de la directive 2004/18/CE.

[1251] S'agissant des travaux, la directive 2009/81/CE s'appuie sur la division 45 du CPV, et non sur une annexe (à l'instar de la directive 2004/18/CE et de la directive 2014/24/UE). La définition du marché de fournitures est identique à celle de la directive 2004/18/CE. En outre, les services faisant l'objet des procédures formalisées sont compris dans une liste propre au secteur de la défense et de la sécurité.

ou sensible (Sous-section 1). Ensuite, il s'agit de déterminer *l'objet* du marché, dans le cadre du réagencement du triptyque travaux, fournitures et services (Sous-section 2).

Sous-section 1. La nature du marché : la destination de défense ou de sécurité

820. La spécificité de l'objet des MDS requiert une spécialisation du champ d'application matériel des MDS. Au-delà des critères généraux du marché public, cette spécialisation nécessite en effet de définir la nature du marché. S'agit-il d'un marché dans le domaine de la défense ou de la sécurité ? Pour ce faire, le droit des marchés publics doit définir ce que recouvre exactement la défense et la sécurité sur le plan matériel. Cette question est fondamentale, dans la mesure où elle détermine l'application ou non du régime spécial. La problématique de la nature du marché est d'ailleurs à ce jour la source quasi-exclusive du contentieux relatif aux MDS. En effet, si un marché ne peut être considéré comme de défense ou de sécurité, il devra, en principe, appliquer le régime général. Cette question conditionne l'ensemble des règles de la passation. Le juge doit alors faire application des critères posés par la directive 2009/81/CE, dans une très large mesure inspirés de la jurisprudence relative à l'article 346 TFUE. À partir des dispositions de cette dernière, il est possible de dégager une définition du caractère militaire (I), d'une part, et du caractère sensible (II), d'autre part.

I. Le caractère militaire

821. Le caractère militaire s'est en grande partie appuyé sur la jurisprudence relative à l'article 346 TFUE, §1, b). Il a fait l'objet de discussion et d'évolutions dans les travaux précédant l'adoption de la directive. Ainsi, il est possible de déduire des dispositions de la directive 2009/81/CE une définition générale du caractère militaire (A), dont il résulte des critères spécifiques (B).

A. Définition du caractère militaire

822. Deux options ont été dégagées pour définir le champ d'application des règles lors des travaux ayant concouru à l'adoption de la directive 2009/81/CE. La première proposait de s'appuyer sur une « *liste d'équipements, y compris les services et travaux connexes* »[1252]. Initialement, la proposition de directive a en ce sens fait référence à la liste de 1958 (1). Néanmoins, devant les limites inhérentes au recours à une liste, qui plus est celle de 1958, le choix s'est finalement porté sur une définition générale (2).

1. Le recours initial à la liste de 1958

823. La proposition de directive de la Commission européenne fondait à l'origine le caractère militaire sur une « *définition-liste* », en référence à la liste de 1958. Ainsi, la proposition de directive s'appliquait notamment à « *la fourniture d'armes, de munition et/ou de matériel de guerre, visés par la décision du Conseil du 15 avril 1958* »[1253]. Ladite proposition intègre par ailleurs « *la fourniture de parties, composant et/ou assemblages destinés à être incorporés ou fixés aux produits visés au point a), ou destinés à leur réparation, rénovation ou entretien* », ainsi que « *la fourniture de tous les produits destinés à la formation du personnel ou aux essais des produits visés au point a)* »[1254].

824. Outre les problématiques liées à la publication de la liste de 1958[1255], c'est surtout du point de vue du contenu que son recours aurait été problématique. En effet, les États membres ont tout intérêt à ne pas voir délimiter la directive aux seuls produits de ladite liste. Le champ d'application de la directive adaptée aux acquisitions dans le secteur de la défense constitue pour eux une protection que ne leur offrent pas les directives applicables aux marchés publics civils. Partant, ce champ d'application doit être adapté aux évolutions technologiques. Il sera d'autant moins nécessaire pour les États membres de recourir à la dérogation de l'article 346 TFUE.

[1252] Étude d'impact accompagnant la proposition de directive, *op. cit*., point 6.2.2.1.
[1253] Commission européenne, Proposition de directive, *op. cit*., article 1, point a).
[1254] *Ibid.*, article 1, point b) et c).
[1255] Cf. *supra* §523-528.

825. Dès lors, une définition du caractère militaire par référence à la liste de 1958 aurait eu pour effet de circonscrire l'application de la directive aux produits ayant des fins spécifiquement militaires. Dans une telle configuration, l'ensemble des biens et services qui ne sont pas spécifiquement conçus à de telles fins se retrouvent exclus. Or, des produits conçus pour une utilisation civile peuvent ensuite être adaptés à ces mêmes fins militaires. Au regard de ces dernières, il parait difficile d'admettre que des marchés relatifs à de tels produits ne nécessitent pas la même adaptation du droit des marchés publics. Un champ d'application strictement délimité aux produits conçus à des fins militaires aurait pourtant pour effet de soumettre les produits adaptés à des fins militaires aux directives applicables aux marchés publics civils. En effet, dans la mesure où ils ne pourraient se voir appliquer la directive spécifique aux marchés de défense ou de sécurité (et *a fortiori* la dérogation de l'article 346 TFUE), ces biens et services se verraient *de facto* appliquer le droit commun des marchés publics, dont il a été établi l'inadéquation avec les spécificités du secteur. Enfin, une telle restriction du caractère militaire limiterait l'impact de la directive sur la BITDE. La plupart des définitions de la BITD intègrent en effet les produits adaptés à des fins militaires.

826. Dans son rapport sur ladite proposition, le Parlement européen a ajouté deux considérants relatifs à la liste de 1958. Il proposait, d'une part, de définir le champ d'application de la directive dans le domaine de la défense à partir de la liste de 1958, pour des motifs de sécurité juridique. L'amendement soulignait toutefois l'intérêt d'une interprétation actualisée par rapport aux avancées technologiques du secteur[1256]. D'autre part, le Parlement ajoutait qu'une « *interprétation moderne* » de la liste « *doit être trouvée en particulier dans la liste commune des équipements militaires de l'Union européenne* », laquelle fonde le code de conduite de l'Union en matière d'exportations. Le CESE soulignait que l'absence de mise à jour ne permet pas de couvrir « *toutes les nouvelles technologies nécessaires pour faire face à*

[1256] Parlement européen, Rapport sur la proposition de directive, *op. cit*., p. 8. La commission des affaires étrangères du Parlement juge quant à elle qu'en cas de recours à la liste de 1958 pour bâtir le champ d'application de la future directive, « *il conviendrait que le Conseil accepte de l'actualiser et de la publier* » (p. 64).

de nouvelles menaces très tangibles et complexes »[1257], y compris au regard du développement des technologies duales[1258].

827. L'étude d'impact de la Commission relevait d'ailleurs les limites du recours à une liste. Si, « *En théorie, une liste est un instrument plus précis, offrant une plus grande sécurité juridique qu'une définition générale* », celle-ci « *est toujours sujette à interprétation* ». Il en résulte que, s'agissant du champ d'application de la future directive, « *l'établissement d'une liste apparaît comme un exercice épineux et peut-être inefficace* »[1259]. L'étude d'impact soulignait en outre que la plupart des États membres ont exprimé lors des consultations une préférence pour une définition générale. Plutôt que d'adapter la liste de 1958 ou de créer une nouvelle liste[1260], les évolutions du texte de la directive vont conduire à l'adoption d'une telle définition générale.

2. Le recours à une définition générale

828. L'articulation du champ d'application matériel autour d'une définition générale doit pouvoir palier les défauts d'une définition-liste. Une conceptualisation du caractère militaire doit permettre une certaine exhaustivité, pourvu que la définition du caractère militaire soit suffisamment souple pour couvrir l'ensemble des biens et services à vocation militaire. Une telle universalité permet une plus grande adaptation de la directive aux caractéristiques du secteur de la défense et de la sécurité.

[1257] CESE, *op. cit.*, p. 115 (point 1.3.1). Voy. également D. VINCENTELLI-MERIA, « Vers une normalisation de l'application de l'article 296 du TCE dans le secteur des industries d'armement », *RMCUE*, 2001, p. 96. « *On sait que cette liste, adoptée en 1958, n'a jamais été modifiée depuis, ce qui la rend largement caduque* ». De même, voy. P. PEYRET, « Marchés publics de défense et de sécurité : l'offensive de la CJCE », *AJDA*, 2008, p. 1834. L'auteur juge que la liste « *apparaît aujourd'hui passablement obsolète* ».

[1258] P. GILSDORF, *op. cit*. L'auteur souligne que la liste est « *en partie dépassée et ne contient au demeurant qu'une partie des produits à double usage (« duel use goods »)* ».

[1259] Étude d'impact accompagnant la proposition de directive, *op. cit*., point 6.2.2.1.

[1260] *Ibid*. L'étude d'impact souligne en effet : « *Tenter de préciser davantage le champ d'application par le biais d'une nouvelle liste reviendrait à disposer de deux listes différentes, couvrant toutes deux les armes, les munitions et le matériel de guerre. Les deux listes pourraient avoir des niveaux de détail différents, mais se chevaucheraient inévitablement dans de nombreux domaines. Cela pourrait créer des problèmes d'interprétation et de mise en œuvre.* ».

829. Dans son rapport sur la proposition de directive, le Parlement européen s'est affranchi de la définition-liste, amendant ainsi le point a) de l'article premier de la proposition. Il suggérait une application de la directive aux marchés ayant pour objet « *la fourniture d'armes, de munitions et/ou de matériel de guerre, y compris, mais non limitée à, la liste des équipements militaires visés par la décision du Conseil du 15 avril 1958* »[1261]. Deux éléments sont remarquables. En premier lieu, le Parlement a choisi une option à mi-chemin entre la définition-liste et la définition générale. Si elle ne supprimait pas la mention de la liste de 1958, il ne s'agissait seulement plus que d'une référence, laquelle ne délimitait plus le champ d'application de la directive. En second lieu, l'amendement a fait pour la première fois mention d'« *équipements militaires* ». Or, c'est à partir de cette notion que le caractère militaire peut être défini dans la directive 2009/81/CE.

830. Ainsi, la directive 2009/81/CE consacre à son article 2 la définition d'« *équipements militaires* », lesquels recouvrent ce qui est « *spécifiquement conçu ou adapté à des fins militaires, destiné à être utilisé comme arme, munitions ou matériel de guerre* »[1262]. Toute mention de la liste de 1958 est supprimée, bien que la directive précise que les États membres peuvent se limiter à cette seule liste pour sa transposition[1263]. Cette option restrictive, impliquant en principe l'application des directives marchés publics civils pour les produits en dehors de ladite liste, n'a pas été choisie par la France. Le code de la commande publique s'appuie sur la définition générale de l'article 2 de la directive 2009/81/CE, à partir de laquelle il est possible d'établir deux critères. D'une part, le caractère militaire suppose une destination militaire (c'est-à-dire l'utilisation comme arme, munitions ou matériel de guerre), et, d'autre part, la *conception ou l'adaptation* à des fins militaires[1264].

[1261] *Ibid*., p. 14. Le Parlement ajoute que « *L'amendement proposé précise le champ d'application de la directive* ».

[1262] Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009, *op. cit.*, article 1, point n°6.

[1263] *Ibid*., considérant 10. Néanmoins, elle relève le caractère générique de la liste de 1958, qui doit être interprétée « *au sens large à la lumière du caractère évolutif des technologies, des politiques d'acquisition et des besoins militaires conduisant au développement de nouveaux types d'équipements* (…) ».

[1264] On retrouve ainsi les critères de destination objective et subjective proposée par l'avocate générale KOKOTT dans l'arrêt *Insinööritoimisto InsTiimi*.

B. Les critères de la définition générale

831. La définition générale reprend en substance les critères de destination militaire subjective et objective dégagés par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative à l'article 346, §1, b). La première suppose une destination militaire (1), tandis que la seconde comprend les produits conçus ou adaptés à des fins militaires (2).

1. La destination militaire

832. La jurisprudence administrative applique strictement ce critère subjectif, lié à l'utilisation militaire du bien ou service par l'acheteur. Ainsi, la décision *Ministère de la transition écologique et solidaire contre Société Sunrock*[1265], démontre que le fait que l'objet du marché concerne des armes ne suffit pas à la qualification de MDS. Le ministère s'appuyait en l'espèce sur la circonstance que les pistolets semi-automatiques figurent dans la liste de 1958. Or, le Conseil d'État souligne que « *la circonstance que des équipements figurent sur la liste établie par la décision n° 255/58 du conseil du 15 avril 1958 ne suffit pas, à elle seule, pour qualifier les marchés de fourniture de ces équipements de marchés de défense et de sécurité* ». Ainsi, le critère (subjectif) de la destination militaire est appliqué avec la même rigueur que dans le cas de l'article 346, §1, b).

833. En outre, cette décision démontre que le critère de la destination (militaire ou à des fins de sécurité) dépend de la fonction exercée par l'acheteur. Appliquant strictement le critère[1266], la rapporteure publique Mireille Le Corre estimait dans ses conclusions que les armes destinées à équiper les agents exerçant des missions de police en mer dans le cadre du dispositif de contrôle et de surveillance des affaires maritimes n'avaient pas de finalité militaire, mais une finalité de police administrative. La Haute juridiction a suivi ces conclusions. Par une application stricte, le juge administratif réduit donc les hypothèses de recours aux dispositions dérogatoires appliquées aux MDS.

[1265] CE, 18 décembre 2019, *Ministère de la transition écologique et solidaire c. Société Sunrock*, *op. cit*.
[1266] La rapporteure publique souligne par ailleurs que, de façon générale, le juge administratif « [veille] *à une acceptation stricte des dérogations possibles pour les marchés de défense afin d'assurer le respect des règles de droit commun de la commande publique* », s'appuyant en ce sens sur la décision CE, 5 avril 2006, *Ministère de la défense*, (*op. cit*.).

834. Le fait qu'un produit soit destiné à des fins militaires ne suffit pas à conférer au marché la nature de défense ou de sécurité. Le caractère militaire suppose encore qu'il soit conçu ou adapté à des fins militaires.

2. La conception ou l'adaptation à des fins militaires

835. S'agissant du critère du « *spécifiquement conçu à des fins militaires* », celui-ci doit être interprété à la lumière de la jurisprudence de l'article 346, §1, b) TFUE, sans toutefois qu'il s'appuie sur la liste de 1958. Ainsi, dans l'affaire *Insinööritoimisto InsTiimi*[1267], le système de plateforme tournante ne saurait être considéré comme un équipement militaire au regard de ce critère. C'est, à plus forte raison, le cas des hélicoptères *Agusta*[1268]. En revanche, la directive 2009/81/CE se distingue de l'article 346, §1, b) à travers le critère de l'adaptation à des fins militaires. En intégrant des équipements qui ne sont pas « *conçus, développés et produits à des fins spécifiquement militaires* », la directive dispose d'un champ d'application plus large.

836. Par ailleurs, l'*adaptation* semble moins restrictive que la *modification substantielle*. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Insinööritoimisto InsTiimi*, l'avocate générale Kokott distingue en effet la modification substantielle de l'adaptation. Reprenant l'exemple de la plateforme tournante, elle envisage sa modification « *sur des points essentiels* », en vue de sa destination militaire, « *de sorte à en faire un produit tout à fait différent de celui utilisé dans le secteur civil* » (point 55)[1269]. La modification est telle que l'application militaire n'aurait plus la même fonction et le même usage qui en est fait à l'origine dans le secteur civil. Tel ne semble pas être le cas en ce qui concerne l'*adaptation*, puisque l'avocate générale relève au préalable que les objets « (…) *conçus à l'origine pour des applications civiles, mais* [qui] *ont été adaptés à des fins militaires par la suite ne doivent pas en principe, selon la volonté du législateur, être*

[1267] CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi*, *op. cit*.
[1268] CJCE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie, op. cit*.
[1269] L'avocate générale donne ensuite un exemple de modification substantielle, celui de « *l'intégration de la plateforme dans un dispositif spécifiquement conçu d'« installations de mesures sur terrain ouvert* » en vue de mesurages, de simulations et d'exercices de « guerre électronique » » (point 55). Elle ajoute ainsi que « *Si une modification aussi fondamentale devait été pratiquée* (…) *la plateforme tournante en cause dans l'affaire au principal acquerrait, d'un point de vue non seulement subjectif mais aussi objectif, une destination spécifiquement militaire* » (point 56).

soustraits au champ d'application des procédures prévues par le droit de l'Union en matière d'adjudication des marchés publics » (point 54).

837. La distinction entre *modification* et *adaptation* impliquerait en définitive une différence de degré dans la transformation de l'équipement. S'il n'existe pas de définition précise de l'adaptation, la jurisprudence de la Cour de justice permet de déduire ce qu'elle n'est pas : l'adaptation à des fins militaires n'exige pas de modification substantielle. Aussi, s'agissant de l'affaire des plateformes tournantes, le marché aurait pu faire l'objet d'une application de la directive 2009/81/CE[1270]. En revanche, dans l'affaire *Commission contre Italie*, les hélicoptères *Agusta* ne sont pas plus adaptés qu'ils ne sont conçus à des fins militaires[1271].

838. En France, le juge administratif a pu faire application du critère de l'adaptation à des fins militaires dans un jugement du TA de Versailles[1272]. En l'espèce, le ministère des armées a lancé une procédure avec négociation pour le MCO des matériels de travaux publics en service dans les armées. Une société, dont l'offre a été rejetée, a demandé au juge des référés du TA d'annuler ladite procédure, notamment au motif que le marché aurait été improprement qualifié de MDS. Cependant, le juge administratif a relevé que « *les équipements soutenus au titre du marché en litige sont précisément définis comme des équipements militaires* ». En effet, les matériels de travaux publics en cause, bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, étaient adaptés à des fins militaires. L'adaptation résultait du fait que les matériels ont été « *équipés de blindage ou prédisposés à recevoir des kits de blindage additionnels afin d'être affectés à des unités du génie. Ils sont également équipés de support d'armement, d'appareils de décontamination et de système de signalisation black-out* (…) *et environ la moitié fait l'objet*

[1270] C'est également la conclusion d'Éric POURCEL : « *Naturellement, cette véritable doctrine de raisonnement est transposable au nouveau contexte légal issu de l'entrée en vigueur de la directive « défense et sécurité » qui n'existait pas au moment des faits : la seule différence, mais elle est substantielle, est qu'un équipement civil adapté à des fins militaires relèverait probablement, aujourd'hui, du décret MPDS* (…) ». (« Marchés publics de défense et de sécurité. Contexte général, notions et champ d'application », *op. cit*, §36.

[1271] Commission européenne, note d'orientation sur le champ d'application de la directive 2009/81.CE, *op. cit.*, p. 5. La Commission européenne donne précisément l'exemple d'un hélicoptère, initialement développé pour le marché civil, « militarisé », c'est-à-dire adapté à des fins militaires. Toutefois, souligne la note d'orientation, « *pour être qualifié d'"équipement militaire" au sens de la présente directive, l'hélicoptère devrait présenter des caractéristiques techniques militaires distinctives (systèmes d'armes, avionique, etc.) lui permettant d'accomplir des missions clairement militaires (par exemple, reconnaissance armée, appui-feu, combat aérien)* » (traduction libre).

[1272] TA Versailles, 26 août 2022, *Ministère des armées c. Société TP Assistance*, n° 2206118.

d'un traitement de surface propre au camouflage garantissant une faible trace de ces engins à la réflectance à l'infrarouge ».

839. Le caractère militaire permet au champ d'application matériel de la directive de recouvrir l'ensemble des biens militaires *largo sensu*, qu'ils soient conçus ou seulement adaptés à des fins militaires, dès lors qu'ils ont une destination militaire. Néanmoins, les équipements *militaires* ne sont pas les seuls achats nécessitant une telle adaptation au regard d'exigences de sécurité pour qu'ils puissent intégrer efficacement le droit des marchés publics. En effet, il est apparu lors des consultations ouvertes par le Livre vert sur les marchés publics de défense[1273] que les achats destinés à la sécurité le requièrent également. Cette considération implique que la directive 2009/81/CE intègre également certains de ces achats.

II. Le caractère sensible

840. La directive 2009/81/CE semble tirer les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 346, §1, a) TFUE, en intégrant la sécurité (non militaire) dans son champ d'application. Toutefois, la directive ne peut s'appuyer exclusivement sur cette jurisprudence pour opérer cette intégration. L'application de l'article 346, §1, a) TFUE repose sur la seule nécessité de protéger les intérêts essentiels de sécurité. Des marchés peuvent s'avérer sensibles, de telle sorte que les règles de droit commun sont inadéquates, sans pour autant mettre en cause des intérêts essentiels de sécurité. Comme pour le caractère militaire, un débat s'est posé s'agissant des modalités de définition du caractère sensible. La directive 2009/81/CE a finalement fait le choix d'une définition générale, à l'instar de la défense (A), en mettant en place pour ce faire des critères (B).

[1273] Commission européenne, Proposition de directive, *op. cit*. La proposition de directive enseigne que ces consultations « *ont fait ressortir l'existence d'exigences similaires pour les achats destinés à la sécurité, auxquelles il est nécessaire de donner une réponse législative au niveau européen* » (p. 4).

A. Définition du caractère sensible

841. Le domaine de la sécurité est, à bien des égards, plus complexe encore à cerner que la défense. La sécurité recouvre potentiellement des marchés très divers, ce qui ne facilite pas la définition de leur caractère sensible. Dans un premier temps, la proposition de directive a mis en place un système de « définition-liste » (1), dont les lacunes ont conduit à l'adoption d'une définition générale (2).

1. Les limites de la « définition-liste »

842. La sensibilité est abordée dans la proposition de directive de la Commission, le lien *sensibilité-sécurité* étant mis en avant[1274]. Le texte était plus ici explicite qu'à propos du caractère militaire. En effet, les achats dans le domaine de la sécurité qui intégraient le champ d'application de la directive étaient les travaux, fournitures et services « *qui font intervenir, nécessitent ou comportent des informations sensibles et dont la réalisation est nécessaire à la sécurité de l'Union et de ses États membres dans les domaines de la protection contre des actes terroristes ou de criminalité organisée, de la protection des frontières et des missions de crises* »[1275].

843. Il est ici possible de relever plusieurs composantes. La première était l'implication d'informations classifiées. La deuxième portait sur la réalisation des travaux, fournitures ou services nécessaire à la sécurité de l'Union et de ses États membres. Enfin, la troisième était relative au fait que cette réalisation soit effectuée dans les domaines de la protection contre des actes terroristes ou de criminalité organisée, de la protection des frontières et des missions de crise.

844. La proposition de directive a défini la première composante, centrale dans la définition du caractère sensible. Étaient ainsi sensibles « *toutes les informations, à savoir des*

[1274] *Ibid.* Dans l'exposé de ses motifs, la proposition de directive justifie l'intégration des achats de sécurité dans son champ d'application : « (...) *les achats pour la sécurité se caractérisent de plus en plus par une sensibilité, notamment en termes de complexité et de confidentialité, qui les assimile aux achats destinés à la défense* ».
[1275] *Ibid*. article 1, point d).

connaissances qui peuvent être communiquées sous quelque forme que ce soit, ou tout matériel dont il a été déterminé qu'ils doivent être protégés contre une divulgation non autorisée pour des motifs de sécurité ».[1276] Les deux composantes suivantes étaient à rapprocher. Il pouvait en être déduit ce que recouvre la sécurité de l'Union et de ses États membres, bien qu'elle ne fût pas définie par la proposition de directive. En effet, cette dernière portait sur le terrorisme ou la criminalité organisée, les menaces aux frontières ou encore les situations de crise. L'application de la directive aux achats dans le domaine de la sécurité était limitée à ces domaines. La dimension de « *liste* » de la définition du caractère sensible résidait dans cette troisième composante. Initialement donc, la proposition de directive circonscrivait les achats dans le domaine de la sécurité à certains cas précis. Le texte ne les concevait pas, en effet, comme des exemples, mais comme une liste énumérative de ces cas. À cet effet, le texte définissait ce qui constitue le *terrorisme*[1277], l'*organisation criminelle*[1278] et la *crise*[1279].

845. S'il s'agit d'une version prototype de ce qui constituera la définition du caractère *sensible* de la directive 2009/81/CE, le rapport du Parlement pointe les limites d'une telle approche. Le projet de résolution législative estime ainsi que « *Renoncer à dresser une liste définitive de toutes les sources de danger potentielles permet de disposer d'une règle durablement valable pour les États membres. Une énumération de menaces diverses est immanquablement incomplète, puisqu'on ne peut prévoir les menaces à venir. Un tel procédé exigerait des mises à jour trop fréquentes de la directive* » [1280]. En effet, ce sont notamment les évolutions des atteintes susceptibles d'être portées à la sécurité de l'Union et des États membres qui ont justifié que la directive portant sur les marchés publics de défense soit étendue aux achats de sécurité d'une certaine sensibilité. Plus généralement, c'est encore une autre façon de relever les carences d'une définition reposant sur une liste : absence de flexibilité, risque de restreindre le champ d'application de la directive, etc...

846. Le rapport du Parlement proposait donc d'amender l'article 1-d : « *des travaux, des fournitures et/ou des services dont la réalisation est nécessaire à la sécurité de l'Union et/ou à*

[1276] *Ibid.*, article 2, point 7).
[1277] *Ibid.*, article 2, point 8).
[1278] *Ibid.*, article 2, point 9).
[1279] *Ibid.*, article 2, point 10).
[1280] Parlement européen, « Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen », *op cit.*, p. 15.

la protection des intérêts de sécurité des États membres »[1281]. Par rapport à la définition initiale, il ne subsiste plus que la deuxième composante (soit celle qui manque d'une définition claire). Il n'y a plus de référence à l'implication d'informations sensibles dans l'article relatif au champ d'application[1282]. Ainsi, le rapport propose de ne plus limiter la directive aux seuls domaines du terrorisme, de la criminalité organisée, de la protection des frontières ou des missions de crise[1283]. En supprimant ainsi toute mention de sensibilité, le rapport du Parlement semble proposer un champ d'application trop large des achats de sécurité.

847. Il y avait donc deux définitions : la première, celle de la proposition de directive, était trop étroite, à travers l'énumération des cas. Elle présentait notamment l'inconvénient d'une réactualisation permanente desdits cas. La seconde, celle résultant de l'amendement du rapport du Parlement paraissait, au contraire, trop large.

848. La directive 2009/81/CE opte pour une solution entre ces deux voies, dans le même esprit que celui qui a conduit la définition du caractère militaire, c'est-à-dire à travers une définition de portée générale.

2. Le recours à une définition générale

849. La définition de la directive est plus proche de celle de la proposition de directive que celle du rapport du Parlement, puisque l'on retrouve le notion de sensibilité. Néanmoins, à l'instar de l'amendement apporté par le rapport du Parlement, la directive 2009/81/CE supprime le fonctionnement par liste. La définition du caractère sensible n'énumère plus les missions et menaces entrant dans son champ.

[1281] *Ibid.*, p. 14.
[1282] Toutefois, le Parlement conserve la définition de l'information sensible proposée par la Commission, cependant qu'elle précise l'origine publique de cette information, de façon à ne pas les confondre avec les secrets industriels ou commerciaux des entreprises (*Ibid*., p. 16).
[1283] Le rapport ne remet toutefois pas en cause les définitions de *terrorisme* et d'*organisation criminelle*. En revanche, la définition de *crise* est amendée dans le sens d'une plus grande précision. Le Parlement ajoute le caractère majeur de la crise et le sérieux de la menace qu'elle représente, ainsi que le cas de crise imminente (*Ibid.,* p. 16-17).

850. Aux fins d'expliciter le domaine de la sécurité non militaire, la directive s'appuie sur des exemples. Bien qu'elles ne soient plus définies, la directive mentionne ainsi la protection des frontières, la lutte contre le terrorisme ou la protection des frontières. Sont également relevées les activités de police ou encore la coopération entre force militaire et non militaire[1284]. Dans certains cas, ces menaces sont « *particulièrement sensibles* », de sorte qu'elles justifient l'inapplication de la directive[1285].

851. S'agissant de la crise, le texte conserve (et affine) sa définition. Il ne s'agit plus de l'intégrer comme cas de figure où un achat dans le domaine de la sécurité entre le champ d'application de la directive, mais comme une hypothèse autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché[1286]. Elle constitue également un élément relatif à la capacité technique d'un candidat, en cas d'augmentation des besoins dudit pouvoir à assurer l'éventuelle augmentation des besoins dudit pouvoir par suite d'une crise[1287]. La crise est encore prise en compte dans le cadre de la sécurité d'approvisionnement[1288].

852. Comme pour le caractère militaire, c'est à travers la notion d'équipement qu'est défini le caractère sensible. Ainsi, sont sensibles les « *équipements, travaux et services destinés à des fins de sécurité qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées* »[1289]. Il ressort de cette définition deux critères : la destination à des fins de sécurité et l'implication d'informations classifiées.

[1284] Directive 2009/81/CE, considérant 11.
[1285] Directive 2009/81/CE, considérant 27. Il s'agit d'achats qui requièrent 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 la police ou les forces de sécurité* ».
[1286] Directive 2009/81/CE, article 28.
[1287] *Ibid.*, article 42.
[1288] *Ibid.*, article 23.
[1289] *Ibid.*, article 1.7.

B. Les critères de la définition générale

853. Dans son étude d'impact, la Commission souligne que « *l'utilisation d'une définition générale comporte le risque d'une mauvaise utilisation des nouvelles règles, c'est-à-dire leur application à des marchés publics auxquels la directive* [marchés publics civils] *est adaptée* »[1290]. Les critères de la définition générale doivent donc être utilisés avec précaution. À l'instar du critère de la destination militaire, la destination à des fins de sécurité s'entend strictement (1). Par ailleurs, l'implication d'informations classifiées, dont la définition a particulièrement fait l'objet de débats, est le critère objectif au cœur de la définition du caractère sensible (2).

1. La destination à des fins de sécurité

854. Le critère de la destination à des fins de sécurité est relativement délicat à définir, eu égard à la notion de « sécurité », d'autant plus alors que la distinction entre défense et sécurité s'estompe. À tout le moins, le critère de la destination n'implique pas ici, contrairement au caractère militaire, que le bien ou service soit spécifiquement conçu ou adapté à de telles fins[1291]. En outre, la directive 2009/81/CE retient un champ d'application large de la sécurité. Celle-ci couvre à la fois celle de l'Union européenne et celle des États membres[1292]. Ainsi, à travers cette définition de la sécurité, la directive comprend les achats dans le domaine de la sécurité non-militaire, c'est-à-dire les achats compris dans cette zone grise entre défense et sécurité[1293]. Par ailleurs, la dimension nationale de la sécurité implique nécessairement que les motifs de sécurité ne soient pas privés, mais publics.

[1290] Étude d'impact accompagnant la proposition de directive, *op. cit*., point 6.2.2.1.
[1291] Ce point est également relevé dans la note d'orientation de la direction générale du marché intérieur et des services de la Commission européenne, *op. cit.*, p. 7.
[1292] Directive 2009/81/CE, considérant 11. La directive s'applique « *lorsque le but de l'acquisition est de protéger la sécurité de l'Union et/ou des États membres, à l'intérieur ou à l'extérieur de leur territoire, contre des menaces sérieuses provenant de sources non militaires et/ou non gouvernementales* ».
[1293] C'est d'ailleurs l'objectif de la directive. En ce sens, voir la note d'orientation relative au champ d'application, *op. cit.*, p. 6: « *L'objectif de la directive est de couvrir ces zones grise en particulier* » (traduction libre).

855. À cet égard, la jurisprudence administrative apporte des enseignements sur la notion de sécurité au sens du code de la commande publique. La référence au concept de sécurité *nationale* dans la décision *Sunrock*[1294] induit une définition relativement stricte du critère de la destination, à travers une restriction de la notion de sécurité. Dans ses conclusions, la rapporteure publique Mireille Le Corre se fonde sur les dispositions de la directive 2009/81/CE, estimant ainsi que « *la sécurité doit être entendue strictement au sens de « sécurité nationale », et non dans une acceptation plus large* ». Elle se réfère au concept de sécurité nationale à l'instar de l'avocat général Emiliou dans l'affaire *Commission contre Pologne*[1295]. Toutefois, contrairement à ce dernier, elle ne définit pas ce que recouvre exactement la sécurité nationale en droit interne[1296]. Cela peut s'expliquer par le fait que ce concept est relativement récent et ne fait toujours pas l'objet d'une définition légale en France[1297], alors même que « *l'ensemble des politiques publiques concourt à la sécurité nationale* »[1298]. Les définitions de la proposition de directive conservent de ce point de vue leur pertinence. Elles peuvent permettre aux acheteurs de déterminer, pour certaines de leurs activités, que leur achat est destiné à des fins militaires au sens du code de la commande publique.

856. Le second critère, l'implication d'informations classifiées, est plus précis. Il est à ce titre au cœur de la définition du caractère sensible[1299].

[1294] CE, 18 décembre 2019, *Ministère de la transition écologique et solidaire c. Société Sunrock*, *op. cit*.
[1295] Conclusions de l'avocat général N. EMILIOU présentées le 2 mars 2023, sous l'affaire *Commission c. Pologne*, *op. cit*.
[1296] La rapporteure publique « *définit* » la sécurité nationale par la négative. Ainsi, la destination à des fins de sécurité est exclusive de la simple activité de police administrative.
[1297] A. DEPRAU, « De la nécessité d'une définition de la sécurité nationale », *Sécurité globale*, 2020, n°23, p. 17-26.
[1298] Article L. 1111-1, al. 2 du C. Défense. Cependant, « *L'insertion de ce nouveau concept au sein du code de la défense permet d'élargir le champ de la loi à d'autres politiques publiques mais l'absence de point d'accroche dans le texte constitutionnel en limite la portée. Il en résulte ainsi une certaine ambiguïté qui rend délicate l'articulation entre les notions de défense nationale et de sécurité nationale.* » (P. BEAUDOUIN et Y. FROMION, *op. cit*., p. 23).
[1299] Il ainsi est possible d'affirmer que « *la référence aux informations classifiées constitue l'élément central de la définition* ». Note d'orientation relative au champ d'application, *op cit.*, p. 7.

2. L'implication d'informations classifiées ou protégées

857. Ce second critère requiert de définir ce que recouvre *l'information classifiée ou protégée* (a). À cet égard, la jurisprudence administrative démontre, une fois de plus, une interprétation stricte de ce critère (b).

a. Définition des informations classifiées ou protégées

858. La directive 2009/81/CE relève notamment que, s'il existe dans les États membres, dans le domaine militaire, « *des systèmes de classification de ces informations à des fins militaires* », force est de constater que, pour le domaine de la sécurité non militaire, « *la pratique des États membres est plus variée lorsque d'autres informations doivent également être protégées* »[1300]. Ainsi, dans sa logique d'appréhension globale de la matière, le champ d'application de la directive doit, en ce qui concerne les achats sensibles, reposer sur une définition la plus générale possible des informations classifiées. Elle doit permettre d'intégrer tous les achats sensibles, qu'ils soient destinés à des fins militaires ou à des fins de sécurité.

859. La directive 2009/81/CE doit donc « *recourir à un concept qui prenne en compte la diversité des États membres et qui permette d'englober les domaines militaire et non militaire* »[1301]. En comparaison avec les *informations sensibles*, les *informations classifiées* définies par la directive apparaissent comme plus précises dans leur contenu. L'article 1, 8) de la directive définit l'information classifiée comme étant « *toute information ou tout matériel, quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission, auquel un certain niveau de classification de sécurité ou un niveau de protection a été attribué et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale et conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, requiert une protection contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, ou tout autre type de compromission* ».

[1300] Directive 2009/81/CE, considérant n°20.
[1301] *Ibid*.

860. Sont affinées la liberté de forme des informations (« *quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission* ») ou encore la nécessité de protéger ces dernières (« *contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, out tout autre type de compromission* »). De même, la directive précise davantage le motif sur lequel repose la classification ou la protection. Tandis que la proposition mentionne des « *motifs de sécurité* », la directive 2009/81/CE définit les informations classifiées comme reposant sur des « *motifs de sécurité nationale* »[1302].

861. Par ailleurs, la dimension nationale de la sécurité implique nécessairement que les motifs de sécurité ne soient pas privés, mais publics. Ce faisant, la définition des *informations classifiées* répond à la préoccupation du Parlement lors du processus d'adoption de la directive, quant au risque de confusion entre les informations détenues par les pouvoirs publics et les secrets industriels ou commerciaux des entreprises résultant de la définition des informations sensibles proposée par la Commission. En outre, un tel motif exclut du champ d'application de la directive les achats contenant des informations protégées ou classifiées pour des raisons autres que la sécurité *stricto sensu*, telles que la vie privée, la protection des données ou les intérêts économiques[1303].

862. Enfin, la définition des informations classifiées de la directive exige que la classification ou la protection repose une base légale en vigueur dans l'État membre (qu'elle soit législative, réglementaire ou administrative). Ce dernier élément implique que ladite classification soit préalable à la passation du marché. L'acheteur dans un MDS ne saurait déclarer, de sa propre initiative, la confidentialité de certaines informations du marché[1304].

863. Cette définition générale de l'information classifiée, qui repose sur des critères plus ou moins précis, doit permettre d'intégrer tous les achats sensibles, qu'ils soient du domaine militaire ou non militaire. Elle ne règle pas toutefois la problématique de l'absence de régime des informations classifiées à l'échelle de l'Union[1305], laquelle constitue un « *obstacle à*

[1302] Le concept de sécurité nationale fait ainsi son apparition. Ni la proposition de directive, ni sa version amendée par le Parlement n'en font mention.
[1303] Note d'orientation relative au champ d'application, *op. cit.*, p. 7.
[1304] *Ibid.*
[1305] L'hypothèse d'un régime européen fondé sur les règles applicables aux ICUE est notamment envisagée par Éric POURCEL (« Marchés publics de défense et de sécurité. Contexte général, notions et champ d'application », *op. cit.*). La voie politique lui apparait en effet difficilement envisageable. Face à cette « *muraille juridique* » que constitue le secret national, il évoque davantage la « *voie judiciaire* »

l'ouverture des marchés et de défense entre les États membres »[1306]. La directive 2009/81/CE aborde ainsi les fondements du futur régime commun aux États membres, qui irait au-delà même des marchés publics. Celui-ci devrait s'appuyer sur une « *reconnaissance mutuelle des habilitations de sécurité nationales* » et « *l'échange d'informations classées entre les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices et les entreprises européennes* ». Pour l'heure, le système repose sur la signature entre les États d'accords de sécurité bilatéraux[1307]. Un futur régime commun pourrait toutefois s'appuyer sur le régime de protection des informations classifiées de l'Union européenne (ICUE)[1308].

b. L'interprétation stricte du critère de l'implication d'informations classifiées ou protégées par le juge administratif

864. La décision *Société OSR* du Conseil d'État du 4 février 2021[1309] démontre que le juge administratif entend strictement le critère de l'information classifiée. En l'espèce, un acheteur, la direction du commissariat d'outre-mer des forces armées dans la zone sud de l'Océan indien, a lancé un appel d'offres restreint en vue de la passation d'un marché pour des prestations de gardiennage, d'accueil et de filtrage de trois sites militaires. Une entreprise classée en troisième position a déposé un référé précontractuel afin d'annuler la procédure de passation. Ce dernier a relevé notamment la qualification impropre de MDS par l'acheteur. Le Conseil d'État, saisi

---

En effet, l'auteur estime que « *le juge de l'Union européenne pourrait très bien* [s'en] *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* », mettant en perspective que « *l'ensemble de l'architecture européenne est essentiellement la résultante d'une synergie Commission-CJUE (CJCE) à laquelle les États se sont finalement soumis au risque que la souveraineté soit un mot vidé de sa substance* ».

[1306] Directive 2009/81/CE, considérant 9.

[1307] *Ibid.*, considérant 68.

[1308] La décision 2013/488 du Conseil du 23 septembre 2013 définit l'ICUE comme étant « *toute information ou tout matériel identifié comme tel par la classification de sécurité de l'Union européenne, dont la divulgation non autorisée pourrait porter atteinte à des degrés divers aux intérêts de l'Union européenne, ou à ceux d'un ou de plusieurs de ses États membres* » (article 2, point 1). À l'instar des systèmes nationaux, les ICUE reposent sur un système de classification. Par ailleurs, il semblerait que la directive 2009/81/CE se soit inspirée de la définition des ICUE. Les définitions d'ICUE et d'information classifiée contiennent les mêmes éléments essentiels (liberté de forme de l'information et critère de la classification). La protection des informations est rendue nécessaire au regard de la sécurité nationale pour l'une, eu égard aux intérêts de l'Union européenne ou à ceux d'un ou de plusieurs de ses États membres pour l'autre.

[1309] CE, 4 février 2021, *Société OSR*, req. n°445396, tables du *Lebon*, conclusions de la rapporteure publique M. LE CORRE.

par le ministre des armées contre l'ordonnance du TA, a mené une « *analyse serrée* »[1310] des caractéristiques du marché.

865. En l'espèce, le personnel chargé de l'exécution du marché avait accès au système de contrôle d'accès, détection d'intrusion, vidéosurveillance dont les informations font l'objet d'une « *diffusion restreinte* ». Dans ses conclusions, la rapporteure publique Mirelle Le Corre relève qu'il ne s'agit pas d'une mesure de classification au sens du code de la défense, mais d'une mention prévue par l'IGI n°1300[1311]. Cette dernière ne se limite pas à ce qui touche à l'intérêt de la sécurité nationale. Or, appliquant strictement le critère de l'information classifiée, la rapporteure publique a estimé qu'« *il convient* (…) *d'éviter une acception trop indéfinie de la notion d'information protégée, comme le serait la notion de « Diffusion restreinte », sauf à élargir excessivement - et illégalement - le champ des marchés de défense et de sécurité* ». Le Conseil d'État a tranché dans le sens de ces conclusions.

866. La Haute juridiction a confirmé l'ordonnance du TA et suit le raisonnement de la rapporteure publique. S'agissant de l'argument du ministère fondé sur l'accès à des informations « Diffusion restreinte », le Conseil d'État a jugé que ce dernier n'implique « *pas nécessairement que les services prévus par le marché fassent intervenir des informations protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale* ». Ainsi, le Conseil d'État « *demande à vérifier concrètement la nature des informations concernées* »[1312], c'est-à-dire s'il s'agit d'informations protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale. Or, selon lui, il ne résulte pas de l'instruction que les informations en cause seraient ainsi protégées, tandis que le ministère n'a pas démontré en quoi ces informations devaient faire l'objet d'une telle protection. Le Conseil d'État a validé également le fait que « *les installations contenant des informations protégées ou classifiées bénéficiaient d'une protection spécifique par des personnels militaires* ». Ainsi, le juge administratif a rejeté la qualification de MDS passé au titre de l'article L. 1113-1-4° du code de la commande publique.

[1310] C. FRIEDRICH, « Une illustration de la notion de marché de la défense ou de la sécurité », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2021, n°7, act. 115.
[1311] La rapporteure publique souligne que la mention « Diffusion restreinte » est très largement utilisée par l'administration, et juge que « *faire preuve de discrétion et ne pas divulguer une information ne suffit pas à en faire une information protégée au sens des dispositions applicables* (…) » (p. 4).
[1312] P. REES, « Qualification stricte pour les marchés de défense ou de sécurité », *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°4, comm. 103.

867. Par ailleurs, un jugement du TA de Melun en date du 12 décembre 2022[1313] interroge, en ce qu'il semble s'écarter de la jurisprudence *Société OSR*. En l'espèce, la DIRISI a lancé, par un avis d'appel à concurrence non publié, une consultation portant sur la passation d'un accord-cadre ayant pour objet des prestations de services relatives à la fourniture d'accès à Internet, de services connexes et d'accès internet évènementiels sécurisés. Une société, informée du rejet de son offre, a saisi le juge des référés précontractuels en vue d'annuler la procédure de passation. Le TA a qualifié l'accord-cadre de MDS, en s'appuyant sur le fait que plusieurs des pièces de l'accord-cadre étaient couvertes par le secret « Diffusion restreinte – Spécial France », sans vérifier sur le fond si le critère de l'implication d'informations classifiées ou protégées étaient remplies. Or, les notions de « Diffusion restreinte » et de « Spécial France » sont toutes deux des mentions, et non des mesures de classifications. Est-ce à dire que la seule présence d'informations « Spécial France » – ou, plus restrictivement qu'un marché « DR-SF » – suffise à considérer que le critère de l'implication d'informations classifiées ou protégées est rempli, et qu'il s'agit donc d'un MDS par défaut ? Le Conseil d'État devra se positionner sur ce point[1314].

868. La décision *Société OSR* distingue donc les informations classifiées et protégées au sens du code de la commande publique. Les premières font l'objet d'une mesure de classification prévue par le code de la défense, tandis que les secondes permettent notamment d'étendre l'application du régime dérogatoire des MDS aux informations portant la mention « Diffusion restreinte ». Cependant, l'acheteur doit démontrer en quoi de telles informations doivent être protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale (tandis que l'information classifiée suppose, par définition, cet intérêt).

869. Conclusion sous-section. Ainsi, le droit des marchés publics tient compte de la nature du marché, et fait reposer le champ d'application matériel du régime spécial des MDS sur une définition des caractères militaire et sensible. Ces caractères correspondent à la destination (ou la nature) du marché, selon une définition propre à chacune de ces destinations. Que le marché soit destiné à des fins de défense (caractère militaire) ou de sécurité (caractère sensible), les

[1313] TA Melun, 12 décembre 2022, *Ministère des armées c. Société Bouygues Telecom*, n° 2211438.
[1314] Une autre interrogation liée à la présence d'informations « Spécial France » doit être adressée par le Conseil d'État : à l'instar de certains opérationnels, faut-il considérer qu'un marché « DR-SF » est d'emblée un « autre marché » au sens du code de la commande publique ?

définitions ont ceci de commun de s'appuyer à la fois sur une notion plus ou moins conceptualisable (la *défense* et la *sécurité*) et sur un critère plus concret. C'est en particulier ce dernier qui doit permettre de délimiter avec une certaine rigueur le champ d'application des MDS.

870. Le premier « *filtre* », relatif à la destination du marché, pose la question suivante : le bien ou service est-il est de nature militaire ou sensible ? La réponse à cette question est suivie d'une second filtre, lequel vient parfaire l'adaptation du droit des marchés publics à l'objet qu'il encadre : s'agit-il de travaux, fournitures ou services ? Sur ce point, les MDS se singularisent une fois de plus.

Sous-section 2. L'objet du marché : la spécialisation du triptyque travaux, fournitures et services

871. Un marché présentant un caractère militaire ou sensible est *a priori* un MDS. Une fois ce caractère établi, il convient de déterminer l'obligation sur laquelle repose le marché. Pour ce faire, le droit des marchés publics s'appuie sur le triptyque travaux, fournitures et services. Toutefois, la reprise des notions de travaux, fournitures et services dans les mêmes conditions que le secteur civil ne permet pas d'appréhender la complexité de *l'objet-obligation* du marché. Cette complexité nécessite une spécialisation dudit triptyque et un enrichissement grâce à la notion d'équipement. Cela apparait d'ailleurs dès la proposition de directive de la Commission. Pour ce faire, la directive 2009/81/CE réagence quelque peu le triptyque. Ainsi, s'agissant des MDS, doivent être distingués l'équipement, lequel constitue une forme particulière (I), des travaux ou services sensibles ou militaires (II).

I. Une fourniture complexe : la notion d'équipement

872. La directive reprend pour partie certains des principes de la proposition de directive, laquelle distingue déjà la fourniture des travaux et services[1315]. Ainsi, les MDS connaissent une forme particulière de fourniture, l'*équipement* (A). Si l'équipement, militaire ou sensible, peut être analysé comme le principal, l'accessoire est quant à lui constitué par les travaux, fournitures ou services qui lui sont directement liés (B). Le tout englobe l'ensemble des fournitures et une partie des travaux et services dans les MDS.

A. Le principal : la fourniture d'équipements militaires ou sensibles

873. C'est autour de la notion d'équipement que sont définis les caractères militaire et sensible. En ce sens, l'article L. 1113-1 du code de la commande publique intègre la définition des équipements militaires et sensibles dans la notion de MDS[1316]. L'équipement constitue un type particulier de fournitures, propre aux MDS, ce qui explique la forme de pléonasme que constitue « *la fourniture d'équipements* » de l'article 2 de la directive 2009/81/CE (1). Cette notion n'est pas, par ailleurs, sans rappeler le *marché industriel* du CMP (2).

1. Définition de l'équipement

874. L'*équipement* comprend la fourniture *stricto sensu*, en tant qu'objet matériel, c'est-à-dire les armes, munition et/ou matériel de guerre pour le domaine de la défense, et les

[1315] Notamment dans la distinction que fait la proposition de directive entre la fourniture d'armes, munition et/ou matériel de guerre (principal) et les travaux ou services qui leur sont directement liés (accessoire). Voir Proposition de directive, *op.cit.*, article 1.

[1316] La transposition en droit français donne une définition complète de l'équipement militaire ou sensible. Un marché de défense ou de sécurité a ainsi 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* » (article L. 1113-1-2° du CCP) ainsi que « *la fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants, sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale* » (article L. 1113-1-2° du CCP).

équipements destinés à des fins de sécurité pour celui de la sécurité. Il recouvre également les pièces détachées, composants et sous-assemblages. Sur ce dernier point, la directive 2009/81/CE se distingue de la proposition de directive.

875. D'une part, ladite proposition n'intégrait ces sous-éléments que dans le domaine de la défense, tandis que la directive 2009/81/CE les applique aux équipements sensibles. Le champ d'application de ses dispositions se trouve ainsi étendu. D'autre part, contrairement à la proposition, ces sous-éléments (« *les parties, composants et/ou assemblages* » dans ladite proposition) ne constituent plus une sous-catégorie de fournitures à part entière[1317], mais sont directement associés à l'équipement. La notion d'équipement dans la directive est plus large que la fourniture principale de la proposition. En outre, cette nouvelle architecture simplifie la lecture du champ d'application matériel des MDS.

876. L'acquisition d'un équipement au sens de la directive 2009/81/CE se distingue de l'*achat sur étagère*. Ce dernier correspond à un « *équipement fini déjà développé et disponible à la vente* »[1318]. Il s'agit de produits intégrés au « catalogue » d'un vendeur et fabriqués en série. En ce sens, ils « préexistent » au marché public. Appliquer un régime dérogatoire à de telles fournitures ne serait pas justifié, et ne correspondrait pas au principe d'interprétation stricte posé par la Cour de justice.

877. Un équipement militaire ou sensible suppose au contraire un produit répondant au besoin spécifique de l'acheteur. Ainsi, ce dernier contrôle notamment le respect des spécifications techniques. En droit interne, ce critère de la complexité de l'équipement se retrouvait dans le champ d'application du *décret défense* du 7 janvier 2004, lequel était exclusif de toute fourniture courante[1319]. Ainsi, les équipements sont des fournitures spécifiques par leur

[1317] Commission européenne, Proposition de directive, *op. cit.*, article 1, point b).
[1318] Commission européenne, Livre vert sur les marchés publics de défense, *op. cit*., p. 5.
[1319] L'article 1, II du décret défense détaillait un champ d'application articulée autour d'opérations complexes, notamment les accords-cadres et marchés de fournitures et/ou de services ayant pour objet « *la conception, l'essai, l'expérimentation, la réalisation, l'acquisition, la mise en œuvre, le maintien en condition opérationnelle, l'utilisation, le démantèlement ou la destruction des armes, munitions et matériels de guerre* » (article 1, II-1°), « *la réalisation de démonstrateurs ou de prototypes d'armes, , munitions ou matériels de guerre* » (article 1, II-2°), « *les composants, les outillages, les consommables, les rechanges et les moyens d'évaluation et d'essais, spécifiquement conçus pour la fabrication, l'emploi ou la mise en œuvre, le maintien en condition opérationnelle des armes, munitions et matériels de guerre ou concourant à leur efficacité militaire* » (article 1, II-3°), « *les études exploratoires et les études technico-opérationnelles relatives aux équipements futurs, les études biologiques, médicales, hydrographiques et océanographiques, soit les études prospectives qui présentent un lien direct avec la*

destination (de défense ou de sécurité), mais également par leur complexité technologique (étant *a priori* exclusifs d'achats sur étagères).

2. Une notion à rapprocher du marché industriel

878. Si l'expression *fourniture d'équipements* ne se retrouve aujourd'hui qu'au sein du régime applicable aux MDS, celle-ci n'est pas étrangère au droit français de la commande publique. Le *marché industriel*[1320], défini à article 112 du CMP contenait déjà cette expression[1321]. Selon ce texte, est industriel le « *marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécifiquement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur* ». Cette disposition n'ajoute pas à proprement parler une catégorie de marchés publics, aux côtés des travaux, fournitures et services. En réalité, il s'agit d'une « *sous-catégorie, certes sui generis mais sous-catégorie quand même, des marchés de fournitures* »[1322].

879. L'objectif essentiel de la notion de marché industriel avait pour but de tirer la conséquence de la nature complexe des fournitures en cause, afin d'admettre une exception à l'interdiction de sous-traiter un marché de fournitures[1323]. En effet, l'équipement du marché industriel suppose que la fourniture soit conçue ou réalisée spécialement pour satisfaire les besoins de l'acheteur, conformément à la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

---

stratégie militaire ou l'emploi des armes, soit la mise en œuvre, le maintien en condition opérationnelle des moyens d'évaluation et d'essais » (article 1, II-4°).

[1320] La définition des marchés industriels a disparu avec l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, laquelle autorise la sous-traitance pour tous les marchés de fournitures mixtes, c'est-à-dire les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures. Les marchés industriels demeurent toutefois à travers le CCAG-MI (voy. notamment M.-L. COLIN, « CCAG-MI : une confirmation du régime propre aux marchés industriels actualisé par des clauses transversales », *Contrats et marchés publics*, 2021, dossier 9).

[1321] E. POURCEL, « Rencontre du quatrième type : les marchés industriels de la défense nationale », *Contrats et Marchés publics*, 2009, n°12, étude 12.

[1322] *Ibid*.

[1323] *Ibid*. L'auteur souligne également ce point : « *Si l'article 112 du Code des marchés publics donne une définition de ce qu'est un marché industriel, cette définition n'a pas, curieusement, pour vocation première à en définir la notion mais plutôt à délimiter le champ de la sous-traitance et des droits qui lui sont attachés* ».

Dans le cas contraire, le sous-contrat ne peut s'analyser en un contrat d'entreprise, mais comme un simple contrat de fournitures, et est donc exclu du champ d'application de ladite loi.

880. Dans ses caractéristiques, le marché industriel peut être rapproché de l'équipement dans un MDS. Éric Pourcel, relevant « *qu'il existe une symbiose forte entre marché industriel, défense nationale et équipements militaires* », souligne la cohérence entre la définition de l'article 112 du CMP et la notion d'équipement dans les MDS, bien que le marché industriel n'intègre pas la notion d'adaptation (aux fins militaires)[1324]. Ces deux types de marchés traduisent une opération complexe impliquant plusieurs fournitures réalisées ou adaptées aux besoins de l'acheteur : d'une part, la fourniture principale (l'équipement) et, d'autre part, des fournitures accessoires. Certes, le support contractuel n'est pas le même : dans le cas du marché industriel, l'équipement est l'objet du marché principal, la fourniture accessoire faisant l'objet du sous-traité ; pour le MDS, le support contractuel demeure le marché principal, qu'il s'agisse de l'équipement ou de la fourniture qui lui est accessoire. Mais la notion d'équipement, outre le fait qu'elle traduise une certaine complexité, a bien pour fonction dans les deux cas de distinguer plusieurs fournitures au sein d'une même opération. S'agissant des MDS, cette fonction est étendue. En effet, elle permet plus largement de distinguer un principal (l'équipement) et un accessoire, non seulement les fournitures, mais également les travaux ou services, dès lors qu'ils sont directement liés à un équipement militaire ou sensible.

B. L'accessoire : les travaux, fournitures et services directement liés à l'équipement

881. Pour recouvrir la qualité d'accessoire au « principal » que constitue l'équipement, les travaux, fournitures ou services doivent être *directement liés* audit équipement. Ce lien est apprécié à partir de la notion de cycle de vie (1). Par ailleurs, la jurisprudence administrative apporte des enseignements sur l'interprétation du lien direct de l'accessoire avec son équipement (2).

[1324] *Ibid*.

1. Une notion fondée sur le cycle de vie de l'équipement

882. Certains travaux, fournitures et services sont susceptibles d'être l'objet d'un MDS, nonobstant le fait qu'ils ne répondent pas aux critères des caractères militaire ou sensible[1325]. Pour cela, ils doivent toutefois être directement liés à un équipement[1326], militaire ou sensible, là où la proposition de directive exigeait un lien strict[1327]. Ce lien direct s'apprécie notamment au regard de la notion du *cycle de vie* de l'équipement.

883. Le cycle de vie est défini comme étant « *l'ensemble des états successifs que peut connaître un produit, c'est-à-dire 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 et l'élimination* »[1328]. Là où le cycle de vie dans la directive 2009/81/CE semble constituer une liste énumérative des états successifs d'un équipement, la transposition de cette définition en droit français apparait comme une liste non exhaustive. En effet, l'article L. 1113-1 du code de la commande publique reprend la définition du cycle de vie de la directive, cependant qu'elle y ajoute l'adverbe « *notamment* ». Il n'en demeure pas moins que le cycle de vie dans la directive 2009/81/CE est défini largement, de sorte que le champ d'application matériel des MDS s'en trouve considérablement étendu.

[1325] Ce faisant, la notion d'équipement permet plus largement de distinguer parmi les fournitures celles qui présentent un caractère militaire ou sensible au sens de la directive 2009/81/CE et celles qui ne le sont pas.

[1326] Le décret défense intégrait également dans son champ d'application « les accords-cadres et marchés de travaux, de fournitures et de services directement liés à la réalisation, l'emploi, la mise en œuvre, le maintien en condition opérationnelle et l'évaluation des armes, munitions et matériels de guerre » (article 1, II-5°). Ainsi, les travaux, fournitures et services directement liés étaient limités au MCO et à l'évaluation d'un produit militaire.

[1327] L'article 1, § 1, point a étend son champ d'application aux « *marchés publics de travaux et de services strictement liés à ces fournitures* », c'est-à-dire la fourniture principale. Cette extension du cham=p d'application est limitée aux travaux et services, dans la mesure où les fournitures directement liées dans la directive 2009/81/CE constituent des catégories de MDS à part entière (article 1, §1, point b et c s'agissant de la défense).

[1328] Le cycle de vie au sens de la directive 2009/81/CE ne doit pas être confondu avec le cycle de vie introduit par la directive 2014/24/UE. Leur fonction n'est pas la même. Tandis que le cycle de vie dans les MDS est défini dans le cadre du champ d'application de la réglementation, le cycle de vie des marchés autres que ceux du domaine de la défense et de sécurité constitue un critère d'attribution. Par ailleurs, la proposition de directive consacraient la réparation, la rénovation, l'entretien (article 1, point b) et la formation de personnel et les essais liés à la fourniture principale (article 1, point c) comme des catégories de marchés de défense ou de sécurité à part entière. L'ensemble est à présent couvert par la notion de cycle de vie.

884. Le critère du lien direct peut paraître délicat à mettre en œuvre. La note d'orientation de la Commission relative au champ d'application[1329] propose de définir ce que recouvre le lien direct. Au sens de cette note, ce lien constitue une connexion qui peut notamment résulter du but ou des conditions d'utilisation. Ainsi entendu, le lien est si étroit que les travaux, services ou fournitures ne peuvent être utilisés à des fins utiles sans l'équipement militaire auquel ils se rapportent. Autrement dit, sans l'existence d'un équipement militaire ou sensible préalable à la procédure de passation, un marché portant sur de tels travaux, fournitures ou services serait rendu sans objet.

2. L'interprétation du lien avec l'équipement par le juge administratif

885. Le Conseil d'État a pu donner une interprétation de ce lien à l'occasion d'une décision en date du 10 mai 2017[1330]. En l'espèce, l'Atelier industriel de l'aéronautique de Clermont-Ferrand a engagé une procédure de passation d'un marché de prestations de bourrellerie aéronautique. Une société soumissionnaire dont l'offre a été rejetée a saisi le juge du référé précontractuel. Ce dernier a annulé la procédure d'attribution dans une ordonnance du 23 novembre 2016. Le ministère de la défense forme un pourvoi devant la Haute juridiction.

886. Le Conseil d'État a annulé l'ordonnance du TA, notamment parce que le juge du référé précontractuel n'avait pas le pouvoir d'annuler la procédure. Le marché en cause étant de défense ou de sécurité, le juge saisi ne disposait pas des pouvoirs de l'article L. 551-2-I du CJA. L'article L. 551-2-II prévoit que lesdits pouvoirs ne sont pas applicables aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance du 23

[1329] Commission européenne, Note d'orientation relative au champ d'application de la directive 2009/81/CE, *op. cit.*, p. 5.
[1330] CE, 24 mai 2017, *Ministère de la Défense c/ Société Techno Logistique*, req. n°405787, tables du *Lebon*, conclusions du rapporteur public G. PELLISSIER ; J.-C. PIETRI, « Office du juge référé précontractuel et marché de la défense », *Contrats et Marchés publics*, 2017, n°7, comm. 200.

juillet 2015[1331]. Eu égard aux particularités de ces marchés, les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont limités aux articles L. 551-6 et L. 551-7 du CJA[1332].

887. Pour qualifier le contrat en cause de MDS, le Conseil d'État s'est appuyé sur les dispositions de l'article 2-II de l'ordonnance du 6 juin 2005, en particulier celles relatives à la fourniture d'équipements militaires et les travaux, fournitures et services directement liés à un tel équipement. Appliqué au cas d'espèce, la Haute juridiction a conclu que « *le marché en litige portait sur des prestations de bourrellerie aéronautique sur des aéronefs militaires, en particulier sur des avions de chasse* ».

888. De telles prestations de bourrellerie ne présentaient pas intrinsèquement un caractère militaire : elles n'étaient pas destinées à être utilisées comme armes, munition et/ou matériel de guerre. Elles étaient comparables à celles effectuées dans le domaine civil. Par elles-mêmes ou associées à un avion de ligne, le marché aurait probablement dû respecter la réglementation applicable aux marchés publics civils. Néanmoins, les aéronefs tels que les avions de chasse constituent manifestement un équipement militaire. Par leur lien avec un tel équipement principal, le juge administratif considère que les prestations de bourrellerie en sont l'accessoire (direct)[1333]. De plus, ces prestations entrent dans le cadre – très étendu – du *cycle de vie* de l'équipement. Celui-ci comprend en effet la réparation, la modernisation, la modification ou encore l'entretien ; or, les travaux en cause portaient sur la fabrication, la pose et la réparation d'éléments de bourrellerie. Sur ce fondement, le Conseil d'État conclut que le marché porte sur des « *travaux, fournitures et services directement liés à un matériel de guerre constitue, par*

[1331] Le CJA tiendra compte de l'entrée en vigueur du code de la commande publique et de son article L. 1113-1, lequel reprend l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. À la date du litige, l'article 2-II de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques non soumises au code des marchés publics, repris par l'article 6 du l'ordonnance du 23 juillet 2015, est applicable.

[1332] Ces pouvoirs sont relevés dans la décision du Conseil d'État : il s'agit pour le juge d'« *ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin* » de lui « *enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat* » et de « *prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis* » (article L. 551-6 du CJA). De même, le juge du référé précontractuel peut écarter ces mesures au regard « *de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages* » (article L. 551-7).

[1333] Le rapporteur public Gilles PELLISSIER estime également qu' *« il ne fait aucun doute que ce marché, qui a pour objet des prestations de fabrication, pose et réparation d'éléments de bourrellerie (revêtements, gaines, calorifugeages, coussins, pochettes) destinés à l'équipement d'aéronefs militaires, en particulier d'avions de chasse, est un marché de défense* (…) » (p. 1-2).

suite, un marché de défense au sens du II de l'article 2 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée ».

889. L'appréciation du lien direct avec l'équipement militaire ou sensible n'implique donc aucunement la recherche de la destination militaire ou des fins de sécurité des travaux, fournitures et services. La circonstance que ces derniers puissent être effectués dans le domaine civil n'exclut pas l'application du régime dérogatoire des MDS. La notion de cycle de vie semble constituer l'indice du lien direct entre des travaux, fournitures ou services et un équipement militaire ou sensible. Dès lors que ces travaux, fournitures et services font partie du cycle de vie d'un équipement, militaire ou sensible, le lien entre eux paraît direct. Par application du critère du lien direct de la note d'orientation de la Commission européenne[1334], les prestations de bourrellerie étaient directement liées aux avions de chasse, dès lors que leur réalisation n'aurait eu de fins utiles sans l'équipement militaire auquel ces prestations se rapportaient (c'est-à-dire ici les avions de chasse).

890. S'agissant en particulier du domaine de la défense, il résulte de la jurisprudence *Ministère des armées contre TP Assistance*[1335] que la notion d'accessoire admet également les travaux, fournitures et services directement liés à un équipement lui-même *adapté* à des fins militaires. En l'espèce, après avoir qualifié les matériels de travaux publics d'équipement militaire adapté à des fins militaires, le juge administratif en conclut que « *le marché dédié à la fourniture de pièces détachées et de services de réparation, d'entretien et de formation d'équipements militaires destinés à être affectés à des unités de génie, donc de fourniture et de services directement liés au cycle de vie de ces derniers, doit être regardé comme un marché de défense ou de sécurité au sens des dispositions de l'article L. 1113-1 du code de la commande publique* » (nous soulignons). Ainsi, la nature adaptée de l'équipement principal n'a pas d'incidence sur l'accessoire.

891. Certains travaux ou services échappent toutefois à la notion d'équipement, en raison du fait qu'ils présentent, pour eux-mêmes, le caractère militaire ou sensible.

[1334] Commission européenne, Note d'orientation relative au champ d'application de la directive 2009/81/CE, *op. cit.*, p. 6.
[1335] TA Versailles, 26 août 2022, *Ministère des armées c. Société TP Assistance*, *op. cit.*

II. Les travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou sensibles

892. Certains travaux et services constituent une catégorie de MDS à part entière, parce qu'ils sont sensibles ou parce qu'ils ont des fins spécifiquement militaires. Ce faisant, la directive 2009/81/CE applique une forme d'« *autonomisation* » des travaux et services militaires ou sensibles (A). Or, ceux-ci répondent à des cas d'usage parfois délicats à déterminer (B).

A. L'autonomisation des travaux et services militaires ou sensibles

893. Initialement, la proposition de directive ne prévoyait pas d'autonomisation des travaux et services. Ainsi, dans le domaine militaire, son champ d'application était exclusif des travaux et services, à l'exception de ceux strictement liés à la fourniture d'armes, de munition ou de matériel de guerre (visés par la liste de 1958). S'agissant des marchés sensibles, l'autonomisation était sans objet, puisque la proposition de directive appliquait à ces marchés le triptyque travaux, fournitures et services dans sa forme de droit commun (avec application des critères d'implication des informations sensibles, et de leur nécessité vis-à-vis de à la sécurité de l'Union et de ses États membres dans les différentes formes de menaces limitativement énumérées). En introduisant la notion d'équipement, la directive 2009/81/CE distingue les travaux et services militaires (1) ou sensibles par eux-mêmes (2). Par ailleurs, cette autonomisation ne s'applique pas aux fournitures, déjà comprises dans la notion d'équipement et de son accessoire.

1. Les travaux et services militaires

894. En ce qui concerne les travaux et services dans le domaine de la défense, ils ne peuvent avoir que des fins *spécifiquement* militaires. L'autonomisation n'intègre pas la notion d'adaptation, laquelle repose sur un produit (c'est-à-dire une fourniture). Ces travaux et services autonomes ne se voient appliquer que le critère de la destination militaire. S'agissant des

travaux, ceux-ci peuvent porter sur la construction d'ouvrages et de bâtiments (base militaire, revêtement d'un terrain d'aviation, construction d'abris antiaériens et antiatomiques[1336]) et leurs composantes (par exemple, l'édification de clôtures électrifiées de protection, construction d'un quai dédié à l'accostage de navires d'attaque dans une base navale). Dans le cas des services, le marché peut avoir pour objet le transport de troupes, le développement ou la maintenance de logiciels (logiciel de maquettage ou de prototypages d'équipements de défense, etc.) ou encore des études stratégiques[1337], notamment au profit des services de soutien aux forces armées. Ce peuvent être également des activités fondamentalement civiles mais réalisées dans un contexte militaire, telle des services de topographie (plan d'une base militaire), de photographie (collecte d'images pour le soutien tactique d'opérations militaires), de fouilles archéologiques sur un site militaire, ou encore de traitement et de collecte de déchets, notamment dans le cadre du démantèlement d'un site militaire.

2. Les travaux et services sensibles

895. Pour ce qui est travaux et services dans le domaine de la sécurité, les critères du caractère sensible s'appliquent comme pour un équipement (critère de destination à des fins de sécurité et critère d'implication d'informations classifiées ou protégées). Ainsi, les services sensibles peuvent avoir pour objet des conseils de sécurité notamment cyber (formation, accompagnement, étude et analyse documentaire, etc.), ou encore du gardiennage (par exemple, sur un site, militaire ou non, comprenant des informations classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale). Des travaux sensibles peuvent quant à eux être relatifs à des travaux portant sur un système de surveillance ou de détection d'intrusion, notamment si l'installation est critique pour la sécurité nationale.

896. En définitive, ces travaux et services militaires sont, pour l'essentiel, liés aux installations militaires et au contexte opérationnel des forces armées. Le destinataire est, de ce point de vue, un indice fort de la nature militaire de ces travaux et services, bien qu'il soit

[1336] Commission européenne, Note d'orientation relative au champ d'application de la directive 2009/81/CE, *op. cit.*, p. 6.
[1337] J. CATS, *op. cit*.

insuffisant. Ces derniers doivent directement participer aux activités de défense, et présenter un « *objectif militaire spécifique* »[1338].

B. Cas d'usage

897. Deux cas de travaux et services autonomes se distinguent : d'une part, les travaux et service liés à un MDS (1), et, d'autre part, les contrats dits sensibles (2).

1. L'hypothèse des travaux et services liés à un MDS

898. S'agissant des travaux et services militaires, le fait que ceux-ci ne présentent, en principe, pas de lien direct avec un équipement, et qu'ils reposent sur le seul critère de la destination militaire, peut soulever des difficultés de qualification. Or, dans un jugement *Ministère de la défense contre SELARL Carbonnier Lamaze Rasle*[1339], le juge administratif a pu qualifier des contrats de défense ou de sécurité, au regard d'une forme de rattachement à des MDS. En l'espèce, la DGA engagea, sur le fondement des dispositions applicables aux MDS, une procédure d'attribution d'un marché à bons de commandes portant sur quatre lots. Le troisième lot portait sur l'assistance à maîtrise d'ouvrage juridique et financière pour la passation et le suivi d'exécution de deux contrats de partenariat (RDIP Air et EA ALAT DAX). Une société candidate audit lot estimant son éviction irrégulière, a demandé au juge administratif d'annuler le marché litigieux et de condamner l'État à lui verser une indemnité.

899. Elle se fondait notamment sur le fait que le marché litigieux n'entrait dans aucun des cas visés à l'article 179 du CMP (aujourd'hui l'article L. 1113-1 du code de la commande publique)[1340]. En effet, le lot concernait une prestation qui ne portait manifestement pas sur un

[1338] *Ibid*.
[1339] TA Cergy, 19 novembre 2015*, Ministère de la défense c. SELARL Carbonnier Lamaze Rasle*, req. n°1301855.
[1340] La société requérante se fondait également sur le principe d'interprétation stricte de la CJUE sur les régimes dérogatoires tels que l'article 346 TFUE. Elle considérait que ce principe avait pour conséquence de limiter le champ d'application des MDS, et donc de soumettre le marché litigieux au régime classique. Le TA rejeta cet argument, considérant que la société ne pouvait se prévaloir de la

équipement militaire ou sensible, et ne faisait *a priori* pas partie du cycle de vie d'un tel équipement. Partant, le lot ne pouvait semble-t-il recevoir la qualification de MDS qu'en tant que service (autonome) militaire ou sensible au titre de l'article 179-4° (devenu article L. 1113-1-4° du code de la commande publique). Toutefois, le juge administratif a décidé d'opérer ici une qualification en se référant aux contrats de partenariat auxquels était rattaché le lot litigieux, suivant ainsi les conclusions du rapporteur public.

900. Ce dernier a souligné que l'objet du lot portait sur une prestation de services pour la passation et l'exécution de deux contrats de partenariats. Le premier d'entre eux, RDIP Air, était relatif à la conception, au déploiement et à la gestion de réseaux de télécommunications internet sécurisés pour l'armée de l'air. Le rapporteur public a considéré qu'il s'agissait de « *services ayant des fins spécifiquement militaires ou liées à la sécurité* » (article L. 1113-1-4°), sans déterminer la nature militaire ou sensible. Sur ce point, le TA s'est prononcé en faveur du caractère sensible, puisque le contrat RDIP Air concernait « *des services destinés à la sécurité faisant intervenir des supports et informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité national* ». Contrairement au rapporteur public, le juge administratif a fait application des critères de destination à des fins de sécurité et d'implicatifs d'informations classifiées ou protégées.

901. S'agissant du second contrat, EA ALAT DAX, le rapporteur public a relevé qu'il vise à acheter des heures de vols d'hélicoptères sans équipage et ayant une configuration militaire puisque dotés de radars et équipements radio militaires. Il a jugé que ce contrat portait sur des services ayant des fins spécifiquement militaires (correspondant donc, là encore, à l'article L. 1113-1-4° du code de la commande publique). Le TA, soulignant que ce contrat avait pour objectif la formation de pilotes de la défense, a qualifié quant à lui le contrat EA ALAT DAX d'équipement militaire (au sens de l'article L. 1113-1-1°). Ces deux qualifications sont critiquables. S'agissant de celle du TA, elle est manifestement erronée. En effet, étant une prestation de service, elle ne peut recevoir la qualification d'équipement militaire. Par ailleurs, l'analyse de ce contrat comme un service autonome est contestable. Ce dernier semblait rattaché au cycle de vie d'un équipement militaire (des hélicoptères militaires), puisqu'il avait trait à la formation de pilotes (la formation faisant partie intégrante de la notion de cycle de vie). Bien

jurisprudence de la Cour de justice s'agissant de l'article 346 TFUE, étant donné que le ministère de la défense n'avait pas fait application des dispositions du code des marchés publics permettant à l'acheteur de ne pas appliquer toutes les règles de la commande publique pour certains MDS.

que, en toute hypothèse, le contrat EA ALAT DAX constituait un MDS, celui-ci aurait davantage dû recevoir la qualification de MDS au titre de l'article L. 1113-1-3° du code de la commande publique.

902. Par ailleurs, le raisonnement du TA interroge. Le juge administratif a procédé à la qualification du lot litigieux par référence aux contrats de partenariat auxquels il se rattache, lesquels constituent en effet des MDS. Pourtant, le code de la commande publique (pas plus que la directive 2009/81/CE) ne prévoit un tel rattachement déductif. En l'espèce, ni le rapporteur public, ni le TA, n'ont semble-t-il appliqué les critères du caractère militaire ou sensible à la prestation de services litigieuse. Ils n'ont pas vérifié si l'assistance à maîtrise d'ouvrage juridique et financière remplissait, par elle-même, lesdits critères (et notamment la destination militaire ou à des fins de sécurité). Toutefois, dans la mesure où une telle assistance paraît impliquer l'accès à des informations classifiées ou protégées au titre du suivi de la passation et/ou de l'exécution des contrats de partenariats, le lot litigieux aurait pu recevoir la qualification de MDS au titre de l'article L. 1113-1-4° du code de la commande publique (en tant que prestation de service ne portant pas sur un équipement et n'étant pas directement lié à ce dernier).

903. Quoi qu'il en soit, la validation d'un tel raisonnement par le Conseil d'État aurait pour conséquence d'étendre excessivement le champ d'application des MDS à des travaux ou services qui pourraient, pourtant, ne pas voir de destination militaire ou de sécurité. Eu égard à l'interprétation stricte des dérogations au droit commun des marchés publics, il semblerait que ce raisonnement aurait, en cas d'appel ou de recours en cassation, été censuré. Qu'il s'agisse d'équipements, de travaux ou de services autonomes ou directement liés à un équipement, la qualification de MDS suppose l'application des critères de ce dernier.

2. Le cas des contrats sensibles

904. Un contrat sensible est défini par l'IGI n°1300 comme étant un « *contrat, quel que soit son régime juridique ou sa dénomination, qui n'implique pas l'accès à des informations ou supports classifiés mais dont l'exécution nécessite l'accès à un lieu abritant des éléments*

couverts par le secret de la défense nationale »[1341]. Un « contrat sensible » au sens de l'IGI n°1300 n'est donc pas un marché *sensible* au sens du code de la commande publique[1342]. Sa définition est plus restrictive. Le statut des « contrats sensibles » pose en pratique des difficultés de qualification. Ces contrats n'ont pas d'existence du point de vue du code de la commande publique : « créés » par l'IGI 1300, ils se situent dans une « zone grise » entre marchés publics civils et MDS. Il a d'ailleurs pu être observé que les praticiens sont partagés entre le respect du droit des marchés publics et celui de la protection du secret de la défense nationale ; protection qui pourrait inciter à la qualification automatique de MDS. Pourtant, le contrat sensible ne fait pas référence à la destination à des fins de sécurité. En outre, il est applicable à des opérations qui n'impliquent pas, contrairement aux MDS, d'accès direct à des informations classifiées (cet accès est indirect, puisque son exécution implique l'accès à des lieux abritant de telles informations). À travers cette définition, l'IGI n°1300 a « *pour seul objet de prescrire aux administrations de l'État certaines précautions lorsqu'un contrat est considéré comme « sensible »* »[1343].

905. La décision *Société OSR*[1344] démontre que le juge administratif applique strictement la distinction entre contrat sensible au sens de l'IGI n°1300 et marché sensible au sens du code de la commande publique. En l'espèce, le ministère des Armées s'était notamment fondé sur la nature de contrat sensible pour justifier le recours aux dispositions dérogatoires applicables aux MDS (le marché était passé au titre de l'article L. 1113-1-4° du code de la commande publique). Sans se prononcer sur la nature de contrat sensible, le Conseil d'État a confirmé sur ce point le jugement du TA, lequel « *n'a pas commis d'erreur de droit en ne déduisant pas de son caractère de « contrat sensible », à le supposer établi, que le marché en litige constituerait un marché de défense ou de sécurité* ». Ainsi, la qualification de « contrat sensible » était inopérante, dès lors que le marché ne répondait pas aux critères du caractère sensible au sens du code de la commande publique.

[1341] IGI n°1300, *op. cit.*, Glossaire, « contrat sensible ».
[1342] La rapporteure publique précise que la qualification de contrat sensible au sens de l'IGI n°1300 « [n'emporte] *pas de conséquence directe en termes de qualification du marché au sens du code de la commande publique. Les critères sont distincts et le maniement de ceux de l'instruction nous parait comporter au moins le risque d'élargir excessivement le champ des marchés de défense ou de sécurité* » (p. 3).
[1343] Selon la rapporteure publique M. LE CORRE dans ses conclusions sous la décision *Société OSR*.
[1344] CE, 4 février 2021, *Société OSR*, *op. cit.*

906. De tels contrats sont pourtant susceptibles de constituer des MDS portant sur des travaux ou services sensibles au sens de l'article L. 1311-1-4° du code de la commande publique. Dans les faits de la décision *Société OSR*, l'objet du marché litigieux (prestations de gardiennage dans un lieu abritant des informations classifiées) pouvait être considéré comme ayant une destination de sécurité. S'il n'impliquait pas d'informations *classifiées* à proprement parler, cette seule circonstance ne condamne pas la qualification de MDS, puisqu'un contrat sensible est susceptible d'impliquer des informations *protégées* au sens du code de la commande publique[1345]. Néanmoins, en l'espèce, le ministère des Armées n'avait pas fait la démonstration d'une telle implication. En outre, la seule circonstance que, en l'espèce, les sites à surveiller constituaient des points d'importance vitale ou abritent des zones protégées et des zones réservées « *n'est pas de nature à imposer que toute prestation de services en lien avec ces sites devrait être considérée comme relevant de la catégorie des marchés de défense ou de sécurité* ». Ainsi, les travaux et services autonomes se voient appliquer avec la même exigence les critères du caractère sensible que l'équipement.

907. Les travaux et services militaires ou sensibles complètent le champ d'application matériel des MDS, en intégrant l'ensemble des travaux, fournitures et services, tout en tenant compte de la complexité. Cela augmente les cas d'usage du régime dérogatoire des MDS, et amoindrit le recours à l'article 346 TFUE. Il est en définitive possible de distinguer les achats militaires et les achats de sécurité[1346].

908. Conclusion de la sous-section. La spécialisation du triptyque permet de parfaire le champ d'application matériel des MDS. En réinterprétant la notion de fourniture, à travers celle d'équipement, le droit des marchés publics intègre la complexité technologique dans le domaine de la défense ou de la sécurité, laquelle explique largement la spécificité de ces marchés. À travers la notion d'équipement, le droit des marchés publics s'applique par extension à des biens et services accessoires. Si ces derniers ne sont pas toujours, intrinsèquement, de nature militaire ou sensible, cela ne contredit pas l'analyse de la nature du marché. En effet, ces biens ou services conservent indirectement (à travers l'équipement principal) une destination militaire ou de sécurité, et leurs caractéristiques nécessitent également la prise en compte des exigences de

[1345] À l'instar de l'implication d'informations portant la mention « Diffusion restreinte », qui, sans être des information *classifiées*, peuvent constituer des informations *protégées* au sens du code de la commande publique, pourvu qu'elles soient protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale.
[1346] C'est également la distinction opérée dans la *Guidance Note* relative au champ d'application de la directive 2009/81 (*op. cit.*).

sécurité d'approvisionnement et des informations. L'autonomisation des travaux et services militaires ou sensibles permet enfin de compléter le champ d'application matériel des MDS. Plus globalement, cette spécialisation permet au triptyque travaux, fournitures et services de réaliser sa fonction d'intégration de l'ensemble des biens et services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

909. Conclusion de la section. Ainsi, l'étude du champ d'application matériel des MDS démontre la nécessité de déterminer d'abord la destination du marché, puis son objet. La notion de MDS est donc conçue comme étant la plus large possible sur le plan matériel, articulée autour de notions suffisamment souples, afin d'intégrer l'ensemble des biens et services de défense ou de sécurité. En particulier, le recours à des définitions générales du caractère militaire et sensible garantit l'adaptabilité de la notion de MDS aux évolutions des technologies et menaces qui caractérisent les secteurs de la défense et de la sécurité. Dans le même temps, le MDS est également conçu comme une notion limitante. Elle doit rendre impossible de recourir au régime spécial des MDS pour des travaux, fournitures ou services pour lesquels l'application du droit commun ne remet pas en cause le respect d'impératifs de sécurité (voire les intérêts essentiels de sécurité de l'État). Pour le dire autrement, le champ matériel de la notion de MDS permet au droit commun des marchés publics de demeurer le principe. Ainsi, cette singularisation matérielle des MDS met en lumière la capacité d'adaptation du droit des marchés, en particulier au niveau du champ d'application. De plus, elle parfait la dimension sur mesure du MDS au regard des achats de défense ou de sécurité, et rend possible l'instrumentalisation de ces derniers, toujours dans le cadre du droit des marchés publics.

CONCLUSION CHAPITRE 2

910. La notion de MDS se retrouve ainsi au carrefour d'une correspondance du point de vue des critères du marché public, et, dans le même temps, d'une singularisation remarquable sur le plan matériel. Il en résulte que les MDS sont des marchés publics à part entière, intégrés dans un régime spécial déterminé par la nature du marché.

911. Les MDS démontrent que l'adaptation du champ d'application se réalise à partir d'une reprise des notions d'acheteur et d'opérateur économique. Elle se fonde également sur celles des travaux, fournitures et services, non sans être renforcée par des notions et mécanismes novateurs. Dans le contexte de la défense ou de la sécurité, où les enjeux politiques sont les plus forts, l'adaptation du champ d'application permet une transposition plus facile dans les systèmes de droit interne des États membres, pourtant marqués par une certaine variabilité, en particulier s'agissant de la défense. Cette adaptation au niveau du champ d'application est autorisée et maximisée par la flexibilité du droit des marchés publics, et doit permettre de préserver l'universalité de ce dernier. En effet, le droit des marchés publics s'adapte lorsque cela est nécessaire, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de garantir son application optimale, tant en termes d'étendue que de contenu des règles.

912. Cette adaptation permet de garantir et d'augmenter dans le même temps le potentiel d'instrumentalisation de la commande publique. En ce sens, l'étude des MDS met en lumière le fait que le champ d'application, qui détermine l'ensemble des règles de passation et d'exécution, est l'un des vecteurs principaux de cette instrumentalisation. Puisqu'il caractérise l'objet du droit, il identifie également les marchés publics susceptibles de servir des objectifs de politique publique, en parallèle de l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, l'instrumentalisation des MDS ne saurait être possible sans un champ d'application adapté.

CONCLUSION TITRE 2

913. S'appuyant sur la flexibilité inhérente au droit des marchés publics, ainsi que sur le contexte post-guerre froide amenant les États membres à s'engager dans une plus grande coordination de leurs politiques de défense, la notion de MDS a donc pu émerger. Cette émergence s'est faite à partir d'une combinaison des enseignements de la rationalisation de l'article 346 TFUE et des notions fondamentales du droit commun des marchés publics.

914. Cette notion sur mesure garantit ainsi l'adaptation du droit des marchés publics au secteur de la défense, et, dans le même temps, l'application de ce droit à l'essentiel des achats publics de défense (c'est-à-dire pour ceux qui n'ont pas à faire l'objet d'une exemption sur le fondement de l'article 346 TFUE). Cette meilleure diffusion du libre jeu de la concurrence, induite par l'adaptation de la notion de marché public et la rationalisation de l'article 346 TFUE, laissent entrevoir un approfondissement de la convergence des intérêts nationaux et européens. Cette convergence pourrait alors être une solution qui concilie les visions concurrentielles et souverainistes des intérêts essentiels de sécurité, et, plus largement, des politiques de défense des États membres.

915. Les achats de défense sont bien des « marchés publics ». S'ils bénéficient d'une notion propre, celle-ci s'intègre dans celle plus large de « marché public », puisque les MDS en remplissent les caractéristiques. En tant que marché public, ils appartiennent à la catégorie encore plus large de « contrats de la commande publique » ; catégorie issue du droit de l'Union européenne pour regrouper tous les contrats économiques manifestant un besoin public satisfait sur un marché économique et soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Cela n'empêche pas les MDS de recouvrir une dimension politique plus marquée que les marchés publics civils (lesquels n'en sont pourtant pas dénués, à travers les objectifs de politique publique de droit commun), conduisant ainsi à une instrumentalisation plus forte.

916. Ce faisant, ces derniers bénéficient des outils du droit des marchés publics pour leur instrumentalisation. Néanmoins, l'efficacité de la notion de MDS et, partant la bonne application du droit des marchés publics, dépendra de la mise en œuvre par les États membres du régime des MDS.

CONCLUSION PARTIE 1

917. Les achats de défense avaient besoin d'un cadre capable d'intégrer et d'exploiter l'ensemble des dimensions qui les composent en tant qu'écosystème, pour leur bonne instrumentalisation. À cet égard, le droit des marchés publics, composante juridique de cet écosystème, permet aux achats de défense d'assumer leur dimension écosystémique. Les MDS mettent donc en lumière cette capacité du droit des marchés publics à s'adapter à un secteur aussi atypique que celui de la défense. Cette capacité résulte à la fois des fondements concurrentiels de ce droit (combinant une fonction de création des conditions du libre jeu de la concurrence et une finalité de réalisation d'objectifs politico-économiques) et ses développements politiques qui en résultent (et qui s'expriment à travers la mise en œuvre d'objectifs de politique publique). De ce fait, ils illustrent que le droit des marchés publics permet, consubstantiellement, presque *naturellement*, la bonne interaction « marchés publics » et « politiques publiques ».

918. Les marchés publics dans le domaine de la défense ont donc pu bénéficier de ces fondements concurrentiels pour voir émerger une notion juridique spécialisée qui assimile leur dimension matérielle. Les échanges entre « concurrence » et « défense » se concrétisent avec la notion de MDS, puisque celle-ci s'épanouit dans un cadre concurrentiel, tout en intégrant les particularismes techniques et sécuritaires de la défense. Ceci explique pourquoi le MDS est assurément le marché qui révèle le plus de l'interaction « marchés publics » et « politiques publiques », et donc, le marché le plus instrumentalisé.

919. Il reste donc à voir comment et dans quelle mesure la notion de MDS, fondamentalement tournée vers l'instrumentalisation, permet ensuite de déclencher un régime qui va concrétiser cette instrumentalisation.

PARTIE 2. LE REGIME DES MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE : LA CONCRETISATION DE L'INSTRUMENTALISATION

920. L'étude du régime des MDS doit permettre de vérifier si la dimension écosystémique de ces derniers s'exprime également au stade des règles applicables à leur passation et à leur exécution, et donc de mettre en évidence le caractère effectif ou non de l'instrumentalisation des marchés publics.

921. C'est par le régime que l'instrumentalisation doit se concrétiser. La bonne entente entre les « marchés publics » et les « politiques publiques » nécessite la prise en compte par les règles de la passation et de l'exécution des spécificités du secteur de la défense, à commencer par les impératifs de sécurité. L'étude du régime devrait ainsi permettre de mesurer l'impact de cette prise en compte sur la fonction du droit des marchés publics. Cette dernière se trouve en effet au cœur du régime, à travers les obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle génère. La politique de défense amoindrie-t-elle ces obligations, ou, au contraire, leur bonne application porte-t-elle atteinte à cette politique ? Si le régime ne dispose pas, comme la notion, de la capacité à s'adapter à son objet, alors le droit des marchés publics sera inefficace voire contre-productif, tant vis-à-vis des objectifs de politique publique que de l'efficacité de l'achat. Par ailleurs, l'étude du régime devrait permettre d'apprécier le delta entre les règles applicables aux MDS et celles aux marchés publics civils. Le régime confirme-t-il ce que la notion a indiqué, à savoir que les MDS sont des marchés publics à part entière ? Enfin, puisque ce delta s'explique par l'intégration des spécificités des achats de défense, l'étude du régime des MDS devrait permettre d'apprécier comment se manifeste l'instrumentalisation sur les règles de la passation et de l'exécution.

922. Le droit des MDS, à l'instar de celui des marchés publics en général, assume davantage désormais sa dimension publique qui, à côté de la satisfaction du besoin de l'acheteur

dans une logique d'approvisionnement, permet d'intégrer des impératifs variés d'intérêt général contribuant ainsi à la mise en œuvre des politiques publiques. Ces possibilités élargies d'instrumentalisation des MDS se concrétisent dans les règles de passation (Titre 1) et d'exécution (Titre 2) de ces contrats qu'il convient de comparer avec celles du droit commun des marchés publics.

TITRE 1. LA PASSATION DES MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE

923. La passation est au cœur du droit des marchés publics. Elle constitue l'essentiel de ce droit, parce qu'elle est le domaine d'application primaire des obligations de publicité et de mise en concurrence.

924. Si l'universalité des principes directeurs du droit des marchés publics implique que ces derniers dépassent la seule passation, la concurrence est une donnée fondamentalement liée à la passation, et n'a dès lors et de manière assez évidente de sens que si elle précède la conclusion du contrat. Toutefois, les enjeux de concurrence ne sont pas sans effet sur le contrat conclu, principalement parce que les modifications de ce dernier peuvent avoir un impact sur la mise en concurrence initiale, en la privant rétroactivement de son efficacité. Ce n'est donc pas seulement la concurrence qui conduit au contrat, ce dernier étant la consécration juridique de la rencontre économique de l'offre et de la demande, mais par un effet miroir, le contrat lui-même ne doit pas, en évoluant de manière excessive, anéantir la concurrence ou en infléchir les effets.

925. La passation désigne ainsi l'ensemble des étapes précontractuelles successives et qui aboutissent à l'attribution du marché. Néanmoins, au cours des dernières années, les règles de la passation ont évolué, dans une maturation constante. Des règles continuent d'apparaitre, d'une directive à une autre, du code des marchés publics au code de la commande publique. Les règles fondatrices continuent à s'affiner et gagnent en sophistication, multipliant les outils à disposition de l'acheteur. Cette évolution repose en partie sur le renforcement de l'instrumentalisation des marchés publics et donc de la dimension « politiques publiques » de ces contrats qui est désormais mieux assumée par la réglementation.

926. Dans ce contexte, les règles de passation applicables aux MDS sont donc, là encore, un terrain propice à l'étude de l'instrumentalisation des marchés publics en général. Portant sur un objet à la dimension régalienne marquée, elles peuvent mieux faire apparaître – révéler au sens chimique du terme – cette évolution plus générale du droit des marchés publics. L'analyse

de la passation des MDS, pourtant irriguée par la logique de concurrence, doit permettre de déterminer jusqu'à quel point le droit des marchés publics s'accommode voire encourage une telle instrumentalisation. Dans quelle mesure le droit des marchés publics doit-il adapter les règles classiques de passation pour intégrer les spécificités de la défense ? Quelles sont les règles et étapes de la passation les plus touchées par cette intégration ? Les traits saillants de la passation des MDS sont-ils propres à ces contrats et réservés au secteur de la défense, ou est-il possible d'en tirer des enseignements pour l'ensemble des marchés publics ? En d'autres termes, l'étude de la passation des MDS doit permettre d'apprécier les rapports entre « marchés publics » et « politiques publiques », et de voir si ces dimensions s'affrontent, s'ignorent ou se complètent au stade de la passation.

927. Dans ce but, il est intéressant de saisir d'abord l'organisation de la mise en concurrence de manière globale et de démontrer que l'instrumentalisation des MDS est alors diffuse et, somme toute, assez mesurée (Chapitre 1). Ensuite, en resserrant l'analyse sur l'étape déterminante du choix du titulaire, l'instrumentalisation se révèle alors avec davantage de force (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ORGANISATION DE LA MISE EN CONCURRENCE DES MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE

928. La mise en concurrence suppose une organisation respectueuse des principes directeurs du droit des marchés publics. Elle repose sur une préparation du marché et l'application de procédures de passation, ainsi que des obligations de publicité. L'intégration des MDS dans le champ du droit des marchés publics implique nécessairement l'évolution de procédures de passation nationales et plus ou moins opaques, vers une organisation de la mise en concurrence à l'échelle de l'Union européenne. En cela, le passage d'une logique nationale à une logique européenne de mise en concurrence constitue une véritable révolution.

929. Les relations entre défense et concurrence doivent parvenir à un équilibre entre, d'une part les enjeux et spécificités de la défense, et, d'autre part, les impératifs de concurrence. Or, c'est au stade de l'organisation de la mise en concurrence que le secteur de la défense semble se « *heurter* » le plus brutalement avec le droit des marchés publics. Ce secteur présente des spécificités qui paraissent entrer en contradiction avec les nécessités de la mise en concurrence organisée par le droit des marchés publics. Par exemple, le secret se montre, de prime abord, difficilement conciliable avec l'idée même de mise en concurrence ou de publicité à l'échelle de l'Union européenne.

930. Dès lors les questions relatives à l'articulation entre secteur de la défense et organisation générale de la mise en concurrence sont nombreuses. Lorsqu'elle s'applique au premier, la seconde doit-elle s'adapter, et comment ? À l'inverse, dans quelle mesure la défense doit-elle abandonner certaines de ses caractéristiques traditionnelles pour parvenir à une organisation de la mise en concurrence conforme au droit des marchés publics ? L'absence de mise en concurrence, hier habituelle, doit-elle devenir une exception ? Et, si le principe d'organisation d'une mise en concurrence doit se généraliser, comment cette dernière peut-elle garantir le maintien d'une possibilité d'instrumentalisation des MDS, condition *sine qua none* au consentement des États membres à ce changement de paradigme ?

931. En pratique, moyennant la prise en compte ponctuelle de certaines des spécificités du secteur de la défense, la préparation et l'application de procédures de passation ne semblent pas

soulever de difficultés insurmontables (Section 1). En revanche, l'opacité inhérente au secteur de la défense est bien plus délicate à concilier avec une obligation de publicité qui serait conçue trop largement (Section 2).

Section 1. Les procédures de passation des marchés de défense ou de sécurité

932. Au sein de l'organisation de la mise en concurrence, les étapes précédant l'engagement de la procédure, c'est-à-dire la préparation et les procédures de passation, sont celles où l'acheteur détermine son besoin, et ce faisant, dessine les contours de son marché (et, plus globalement, du marché économique). C'est en fonction de ces contours qu'il choisit ensuite la procédure de passation, avant de l'engager. L'acheteur serait souverain dans cette étape où les obligations de publicité et de mise en concurrence ne trouvent pas encore à s'appliquer. Cette conception parait d'ailleurs favorable à la défense dans la recherche d'un équilibre avec la concurrence, qui ne semble pas encore être entrée en scène.

933. L'acheteur n'a pas pour autant « *les mains libres* » vis-à-vis du droit des marchés publics. Ce dernier l'oblige à adopter un comportement respectueux des principes directeurs qu'il applique. L'acheteur détermine son besoin, cependant que le droit des marchés publics lui impose de le définir avec précision, à l'aide d'outils eux-mêmes encadrés. Les procédures de passation relèvent d'un choix de l'acheteur, multiple mais déterminé. En amont de l'engagement de la procédure de passation, la régulation du comportement de l'acheteur se trouve ainsi dans une dynamique de liberté encadrée.

934. L'instrumentalisation des marchés l'illustre. L'acheteur peut consacrer la préparation de son marché et orienter son choix des procédures en fonction des objectifs de politique publique qu'il cherche à atteindre. Cela est d'autant plus le cas s'agissant des MDS, l'instrumentalisation étant *a priori* induite par la seule application du droit spécial. En retour, cette instrumentalisation doit se réaliser dans le cadre des principes directeurs.

935. Dans cette perspective, il s'agit de déterminer si l'instrumentalisation du MDS n'est pas ici contrainte voire empêchée par l'application adaptée des règles de droit commun.

Réciproquement, l'impact de l'instrumentalisation sera mesuré à partir des différences observables entre les MDS et les marchés publics civils. Ainsi, il convient d'étudier la préparation du marché (Sous-section 1) puis le choix des procédures de passation (Sous-section 2).

Sous-section 1. La préparation du marché de défense ou de sécurité

936. La préparation du marché est centrée autour de la définition du besoin de l'acheteur, lequel fonde l'existence-même du marché public. Tout le processus d'attribution du marché repose sur une bonne définition du besoin. Celle-ci conditionne l'efficience et la validité de la compétition, y compris dans le cas des MDS. Ainsi, l'acheteur est astreint à un exercice de rationalisation économique de la définition de son besoin. Dans le même temps, cette influence globale du besoin nécessite également de prendre en compte les objectifs de politique publique, afin qu'à leur tour, ils imprègnent l'ensemble de la procédure. L'instrumentalisation trouve également sa place dans les règles relatives au contenu du marché, qui préfigurent le contrat conclu entre l'acheteur et le cocontractant. L'exercice de sa liberté contractuelle par l'acheteur, consistant notamment à orienter le contrat en fonction de ses objectifs, demeure conditionné au respect de règles élémentaires de passation.

937. L'étude de la définition du besoin (I) et des règles relatives au contenu du marché (II) dans les MDS doivent permettre de déterminer le rôle de la préparation du marché dans son instrumentalisation, encadrée par le droit des marchés publics.

I. La définition du besoin dans les marchés de défense ou de sécurité

938. Les MDS ne se distinguent pas des marchés publics civils dans la détermination de la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. L'article L. 2311-1 du code de la commande publique renvoie à l'article L. 2111-1 pour ces marchés. La définition du besoin dans les MDS applique les principes généraux en la matière (A) et des spécifications techniques (B).

A. L'application des principes généraux de définition du besoin

939. La définition du besoin *stricto sensu* est identique quel que soit le type de marché public, le code de la commande publique renvoyant aux dispositions générales pour les MDS. Néanmoins, les MDS sont, s'agissant de la définition du besoin *stricto sensu*, source de deux enseignements. Ils soulignent d'une part l'étendue limitée du principe de précision de cette définition (1), et, d'autre part, l'universalité que le droit des marchés publics confère aux objectifs de développement durable (2).

1. L'exigence de précision dans les marchés de défense ou de sécurité

940. L'exigence de précision dans la définition du besoin peut s'avérer délicate dans sa mise en œuvre (a), au point que, s'agissant des MDS, le droit des marchés publics s'est adapté à *l'aléa technique* (b).

a. Une mise en œuvre délicate

941. Par application de l'article L. 2111-1 du code de la commande publique, « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision* ». Toutefois, dans les MDS, la définition du besoin est particulièrement délicate, notamment en raison des exigences techniques qui l'accompagnent, notamment fondées sur des conditions d'emploi évolutives ou délicates à définir en amont[1347]. Cette difficulté est l'une des causes de la résurgence des avenants[1348] dans les MDS. Ainsi, une « *minorité significative* » de ces avenants s'explique par « *des besoins mal évalués lors de la conclusion du marché initial* »[1349].

[1347] Cf. *supra* §396-397.

[1348] J.-M. OUDOT, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, *op. cit.*, p. 125-126. L'auteur analyse les deux types d'avenants dans les contrats d'approvisionnement de défense. Le premier est *l'avenant d'ajustement* des conditions de mise en œuvre des contrats (rectification d'erreur, modification des clauses de management, nom du titulaire à la suite d'une fusion, d'indices de prix, etc.), sous la forme de modifications incrémentales aux motivations d'ordre juridique. La seconde fonction est constituée par *l'avenant de renégociation* en cas de modifications substantielles des conditions de mise en œuvre du contrat (spécification technique de la demande, quantité commandée, délais). La modification du besoin entre dans la deuxième catégorie.

[1349] J-L. NINU, « Le contrôle budgétaire sur les marchés publics », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, octobre 2008, p. 212. L'auteur tempère

942. Entendue trop strictement, l'exigence de précision dans la définition du besoin pourrait par ailleurs renforcer le phénomène de sur-spécification auquel sont sujets les équipements de défense[1350]. Sans réduire la portée de l'obligation de définir avec précision les besoins, le droit des marchés publics a néanmoins pris en compte cette difficulté. L'application aux MDS des mécanismes d'aide à la définition du besoin apparait comme une solution. C'est particulièrement le cas du *sourcing*[1351]. Cependant, cette pratique n'est pas sans risque vis-à-vis des principes directeurs[1352], et peut être source de délit de favoritisme[1353]. Dans le même temps, les mécanismes d'aide à la définition de la demande renforcent les politiques publiques de droit commun : développement durable[1354], accès des PME[1355] et innovation[1356]. Une autre solution, propre aux MDS, repose sur la prise en compte de l'aléa technique, donnée récurrente dans le secteur de la défense.

---

toutefois ce constat en l'expliquant par « *la difficulté toute particulière de l'exercice de prévision et de programmation en raison de la complexité et de la durée des opérations au ministère de la Défense* ».

[1350] Cf. *supra* §396-397. La sur-spécification étant, elle-même, néfaste à l'innovation (voy. C. PERRIN et J.-M. GUÉRINI, « Innovation de défense : dépasser l'effet de mode », *op. cit.*, p. 52).

[1351] La possibilité pour l'acheteur, dans un MDS, de procéder à des études et échanges avec les opérateurs économiques (article R. 2111-1 du CCP), c'est-à-dire de pratiquer le « *sourcing* », est intéressante pour le marché de la défense, très évolutif. Cette pratique permet à l'acheteur de connaître davantage l'existant sur le marché (en termes de technologies et de produits), et, ainsi, d'augmenter ses chances de voir son besoin satisfait par le marché.

[1352] Le « *sourcing* » devrait permettre de limiter les procédures infructueuses. Néanmoins, le « *sourcing* » présente un risque vis-à-vis des principes fondamentaux de la commande publique, en particulier au regard du respect du principe d'égalité de traitement des candidats. Cette pratique doit donc être « *maniée avec prudence* » (Y. LE FUSTEC, « Qu'est-ce que le sourcing ? », *Contrats Public*s, n°185, mars 2018, p. 21), et ne doit pas conduire à prédéterminer l'attribution du futur contrat « *en faveur d'une entreprise particulière* » ou « *aboutir à la rédaction d'un cahier des charges « orienté » vers une solution technique* » (S. MESLIN-LIÈRE, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, p. 45).

[1353] G. GUARINO, « Le sourcing : instrument risqué mais nécessaire pour la définition des besoins des acheteurs publics », *La Gazette de l'Institut de droit public des affaires*, 2018, n°33, 5.

[1354] F. AKOKA, *op. cit.*, notamment p. 193-194.

[1355] S. LE RUDELIER, *op. cit.*, p. 20. Voy. également Direction des Achats de l'État, « Guide de l'achat public : Le sourcing », Mars 2019, notamment p. 23.

[1356] E. PEROIS et L. SERY, « Le sourcing : démarche vertueuse ou piégeuse pour les acheteurs publics ? », *Contrats et Marchés publics*, 2018, n°3, étude 3.

b. L'adaptation à l'aléa technique

943. En présence d'un tel aléa, l'acheteur peut choisir d'utiliser la procédure de passation spéciale prévue pour les *marchés présentant des aléas techniques importants*[1357]. Cette procédure est notamment utilisée pour les marchés « *comportant une part de développement ou relatifs au maintien en conditions opérationnelles de matériels* » (article R. 2372-19 du code de la commande publique). Cela lui permet, dans une certaine mesure, d'échapper à l'obligation de précision dans la définition du besoin (ainsi que dans la formulation des spécifications techniques).

944. Cette faculté, qui autorise l'acheteur à acquérir des fournitures et services en cours d'exécution du marché, est toutefois encadrée. L'article R. 2372-19 du code de la commande publique la limite aux fournitures et services, ce qui exclue donc les travaux. De plus, ces fournitures ou services doivent être liés à l'objet du marché et nécessaires à son exécution. Ce faisant, l'acheteur ne peut utiliser cette procédure spéciale pour échapper à ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour des fournitures ou services, qui, en réalité, auraient dû faire l'objet d'une procédure de passation classique.

945. En outre, l'acheteur doit faire preuve de transparence quant au recours à cette procédure, en l'indiquant dans les documents de la consultation (article R. 2372-20 du code de la commande publique). Il doit définir et justifier dans le marché initial la part des fournitures et services pouvant être acquis en cours d'exécution du marché. Le code de la commande publique limite cette part à 15% du montant total du marché initial.

946. Les marchés présentant des aléas techniques importants sont une illustration de l'adaptation au niveau de la définition du besoin du droit des marchés publics par rapport aux spécificités de l'objet qui l'encadre, et, donc, dans le cas des MDS, à la politique de défense.

[1357] Cette procédure de passation, propre à la France et prévue aux articles R. 2372-19 à R. 2372-21 du CCP, n'est pas une innovation du code. Le décret n°2004-16 du 7 janvier 2004 (dit « décret défense ») en avait déjà posé les bases à son article 8. La procédure s'appliquait aux « *études exploratoires complexes* » ou « *aux prestations mettant en œuvre des technologies innovantes, évolutives ou pouvant présenter des aléas techniques importants* ». Le montant global du marché était fixé avant sa notification, et « *sans que les périmètres de toutes les phases ne soient complètement définis* », et sa durée limitée à 5 ans sauf cas exceptionnel dûment justifié.

2. La prise en compte des objectifs de développement durable

947. La prise en compte des objectifs de développement durable constitue une obligation de moyens pour l'acheteur, favorable aux MDS (a). Par ailleurs, cette prise en compte témoigne du fait que la définition des besoins est de façon plus générale la première étape de l'instrumentalisation du marché (b).

a. Une obligation de moyens favorable aux marchés de défense ou de sécurité

948. L'acheteur doit prendre en compte « *des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ». Cette obligation, applicable tant aux marchés publics civils qu'aux MDS, est donc universelle au stade de la détermination du besoin. Relevée comme étant « *l'un des plus anciens vecteurs de prise en charge des considérations sociales et environnementales* »[1358], elle est, avec les considérations sociales et environnementales en tant que critère de marché ou conditions d'exécution, l'un des vecteurs de réalisation de l'article L. 3-1 du code de la commande publique[1359].

949. La prise en compte du développement durable au stade de la définition du besoin illustre le flou juridique entourant ce dernier[1360]. Ceci explique la jurisprudence du Conseil d'État, selon laquelle cette prise en compte est une *obligation de moyen* (et non une *obligation de résultat*)[1361]. Ce faisant, son contrôle se limite à l'erreur manifeste d'appréciation[1362]. P. Idoux y voit une absence de sanction suffisante[1363]. Néanmoins, cette absence d'obligation de résultat s'avère particulièrement pertinente pour la définition du besoin dans les MDS, déjà

[1358] P. IDOUX, « La commande publique au service du développement durable », *op. cit*. p. 111.
[1359] Cf. *supra* §239 et s.
[1360] H. DELZANGLES, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », *op. cit.*, p. 22-23.
[1361] CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n°351570, tables du *Lebon*.
[1362] N. BOULOUIS, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA*, 2014, p. 617. L'auteur juge qu'« *Il paraît difficile d'admettre que le juge ne contrôle pas l'appréciation du pouvoir adjudicateur mais on peut sans grand risque prédire que ce contrôle d'erreur manifeste d'appréciation ne conduira que très rarement à des censures, s'agissant de décisions qui peuvent exprimer la politique de la collectivité* ».
[1363] P. IDOUX, *op. cit*., p. 119. Ainsi, *« les exemples d'incertitude ou de failles juridiques qui précèdent convergent pour souligner que l'insécurité restera sans doute inhérente à la prise en considération du développement durable par le droit de la commande publique* ». Elle salue néanmoins « *les progrès accomplis par les textes et la jurisprudence » et juge qu'il ne faut « pas surestimer les défauts qui demeuren*t ».

complexifiée par les particularités du secteur. Tout au plus, l'article L. 2111-1 du code de la commande publique impose à l'acheteur de « *s'interroger* » sur la définition de ses besoins, à l'aune des objectifs de développement durable[1364].

b. La définition du besoin, première étape de l'instrumentalisation du marché

950. Cette *interrogation* au stade de la définition du besoin est la première étape dans l'instrumentalisation du marché, notamment de défense ou de sécurité. Le reste de la procédure est conditionné par cette interrogation. C'est parce que l'acheteur a déterminé dans la définition de son besoin la nécessité de prendre en compte ces objectifs, qu'il intègre, au stade de la procédure de passation, des exigences spécifiques[1365].

951. Ces considérations valent pour toutes les politiques publiques, qu'il s'agisse des objectifs de politique publique de droit commun ou de l'objectif de politique de défense. Ainsi, s'agissant de ce dernier, c'est au stade de la définition du besoin que l'acheteur détermine si, par exemple, il convient d'imposer la localisation de l'exécution du marché sur le territoire des États membres de l'Union européenne. L'acheteur intègre ensuite cette exigence en tant que condition d'exécution particulière ou critère de marché[1366].

952. En définitive, les objectifs de développement durable se distinguent dans la mesure où le code de la commande publique les mentionne expressément en tant que composante de la définition du besoin. Mais l'instrumentalisation croissante de la commande publique tend à démontrer que l'acheteur, au-delà des seuls objectifs de développement durable, mène de plus en plus naturellement une réflexion globale sur ses besoins et leur satisfaction. Ce mouvement transparait également lors de la formalisation du besoin à travers des spécifications techniques.

[1364] En ce sens, voir la réponse du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie à la question écrite n°25167 de B. PIRAS (JO Sénat du 9 novembre 2006, page 2793). Le Ministère précise ainsi que l'ancien article 5 du CMP impose à l'acheteur une « *une obligation de s'interroger* ». De même, voir. la décision CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, *op. cit*.

[1365] Ces exigences spécifiques peuvent consister dans le choix d'une procédure spécialisée, dans la détermination de critères de sélection ou d'attribution, orienté en fonction de ces objectifs, etc.

[1366] Cf. *infra* §1405 et s.

B. Les spécifications techniques dans les marchés de défense ou de sécurité

953. Le besoin est formalisé par des spécifications techniques, des outils eux-mêmes contraints par le respect de règles relatives à leur formulation. Comme pour les marchés publics civils, les spécifications techniques dans les MDS doivent garantir l'égal accès des opérateurs économiques et ne pas créer d'obstacles à la concurrence[1367]. Les MDS se fondent donc dans une large mesure sur les dispositions générales du code de la commande publique. Les MDS se distinguent néanmoins sur certains aspects ayant trait au contenu des spécifications techniques (1) ainsi qu'à leur formulation (B).

1. Contenu des spécifications techniques dans les marchés de défense ou de sécurité

954. Le contenu des spécifications techniques des MDS reprend l'essentiel des règles applicables aux marchés publics civils, l'article R. 2311-2 du code de la commande publique renvoyant aux articles R. 2111-4 et R. 2111-5[1368]. Deux éléments distinguent toutefois les spécifications techniques dans les MDS : l'application variable des aspects sociaux et environnementaux (a) et la référence au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture, applicable aux MDS (b).

a. L'application variable des aspects sociaux et environnementaux

955. Quel que soit le type de marché, ces spécifications doivent définir avec précision les caractéristiques techniques des travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché. Les

[1367] En ce sens, l'article 18.2 de la directive 2009/81/CE expose que les « *Les spécifications techniques permettent l'accès égal des soumissionnaires et n'ont pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés à la concurrence* ».

[1368] Les MDS appliquent la définition des spécifications techniques issue de l'Annexe n°5 du code (avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics, II, 1°). Il en va de même pour l'éventuelle précision par les spécifications techniques de l'exigence de transfert des droits de propriété intellectuelle.

spécifications techniques dans les MDS sont également imprégnées des objectifs de développement durable. Ainsi, elles devront également prendre en compte de tels objectifs dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, au plus tard le 22 août 2026[1369]. De même, l'article R. 2111-10 du code de la commande publique prévoit que les spécifications techniques « *peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales* » s'appliquent aux MDS (article R. 2311-6). En outre, le mécanisme de réservation des marchés[1370] leur est, en partie, applicable.

956. En revanche, s'agissant de la prise en compte des critères d'accessibilité dans les spécifications techniques (article R. 2111-6 du code de la commande publique), la transposition de la directive 2014/24/UE a eu pour conséquence de créer un décalage entre les marchés publics et les MDS. Alors que dans le secteur civil, l'acheteur ne peut y échapper que dans un cas « *dûment justifié* » (article R. 2111-6), cette prise en compte intervient dans les MDS « *chaque fois que cela est possible* » (article R. 2311-3). Autrement dit, l'alignement des règles en matière d'accessibilité dans l'établissement des spécifications techniques n'a pas été opéré[1371]. Imposer une telle justification dans les MDS n'aurait pas de sens. Elle serait facteur d'une aggravation de la complexité déjà conséquente de ces marchés.

b. La référence au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture

957. Le code de la commande publique applique aux MDS une disposition prévue initialement pour les seuls marchés publics civils : la possibilité de se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services.

[1369] Article L. 2111-2 du CCP, modifié par la loi n°2021-1104 du 22 août 2021 (*op. cit*.), auquel renverra le nouvel article L. 2311-1 du CCP.

[1370] Le code de la commande publique encadre respectivement la réservation de marchés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés (articles L. 2113-12 à L. 2113-14) et la réservation de marchés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire (article L. 2113-15 et L. 2113-16). Les MDS se voient appliquer le premier cas (article L. 2313-6 et R. 2313-3).

[1371] Il en va de même pour l'utilisation des labels pour les MDS. Le code de la commande publique n'a pas appliqué les règles de droit commun en la matière, maintenant l'état du droit antérieur à son adoption. Ainsi, les MDS demeurent soumis aux règles relatives aux écolabels (articles R. 2311-8 et R. 2311-9). Les MDS ne se voient pas appliquer notamment les règles relatives à la définition du label (article R. 2111-12), ou encore aux caractéristiques du label (article R. 2111-14). Contrairement aux critères d'accessibilité, l'application aux MDS du concept rénové de label pourrait être profitable, étant plus large, et donc plus adaptable, que celui d'écolabel. Sur le recours au label, voy. notamment G. CANTILLON, « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l'objet du marché », *Contrats publics*, juin 2014, n° 144.

Cette possibilité s'étend à tout processus propre à un autre stade du cycle de vie, « *y compris lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* » (article R. 2111-4, alinéa 2 du code de la commande publique). Cette « *conception élargie de la notion d'obligation de moyens* » [1372], issue de la directive 2014/24/UE, est ainsi applicable aux MDS. Cette référence est toutefois conditionnée à l'exigence de lien avec l'objet du marché[1373] et de proportionnalité à la valeur dudit marché et de ses *objectifs*[1374]. Il est ici notable que la notion de *cycle de vie* n'est pas spécifiée, à l'instar des autres dispositions s'appuyant sur cette notion[1375]. Il semble néanmoins logique que le contenu des spécifications techniques s'appuie sur le cycle de vie spécifique aux MDS[1376].

2. Formulation des spécifications techniques dans les marchés de défense ou de sécurité

958. La formulation des spécifications techniques dans les MDS s'appuie également sur une partie des dispositions générales du code de la commande publique. Par renvoi à l'article R. 2111-7 du code, cette formulation applique le principe d'interdiction de toute mention ou référence ayant des effets potentiellement discriminatoires, ainsi que les tempéraments dudit principe (lorsqu'elles sont justifiées par l'objet du marché ou lorsqu'elles sont indispensables à une description suffisamment détaillée et intelligible de l'objet du marché)[1377]. Ainsi, l'acheteur

[1372] E. POURCEL, « Marchés publics de défense et de sécurité – Principes généraux et règles de passation », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 645-2, 21 septembre 2016 (mis à jour le 23 août 2021). L'auteur estime que le code de la commande publique retient une telle conception, « *puisqu'il autorise les acheteurs à imposer les moyens spécifiques de réaliser une prestation ou les moyens spécifiques de réaliser une prestation à n'importe quel stade du cycle de vie* » (point 21).
[1373] Cf. *infra* §1433 et s.
[1374] L'expression « *objectifs* » semble renvoyer en sous-texte aux objectifs politiques, qui sont intégrés y compris dans la définition technique du marché.
[1375] C'est-à-dire la définition du MDS (article L. 1113-1-3°du CCP), de ses conditions d'exécution (article L. 2312-2) ou de ses critères d'attribution (article L. 2352-5-1°).
[1376] E. POURCEL (*op. cit.*) donne des exemples de spécifications techniques d'un MDS se référant à un processus ou à une méthode spécifique de production : « *On peut évidemment entrevoir ici des méthodes de fabrication, des procédés de recyclage, de démantèlement, ou de destruction conforme à des protocoles respectueux de l'environnement en matière d'armes, de munitions ou de matériels de guerre.* ».
[1377] En ce sens, voy. CE, 18 décembre 2019, *Ministère de la transition écologique et solidaire c. Société Sunrock*, *op. cit.* En l'espèce, le CE s'appuie sur l'article 8 du décret du 25 mars 2016 (devenu article R. 2111-7 du CCP) pour juger que certaines des « *spécifications techniques principales* » prévues dans le CCTP du marché, dont notamment « *l'absence de pédale de sûreté à l'arrière* », « *avaient pour effet d'exclure irrégulièrement a priori certains opérateurs* (…) *alors qu'elles n'étaient pas justifiées par*

formule les spécifications techniques, soit en se référant à des normes ou à des documents équivalents[1378], soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles[1379], soit par une combinaison des deux (par application de l'article R. 2111-8 du code de la commande publique).

a. Les avantages de la formulation des spécifications en termes de performances

959. La possibilité de se référer en termes de performances profite au secteur de la défense, notamment du point de vue de l'innovation. Un rapport du Sénat sur les enjeux de la numérisation des armées[1380] souligne ainsi que les spécifications énoncées par la DGA sont « *généralement énoncées en des termes techniques contraignants, ce qui a pour effet d'enserrer les développements dans des critères techniques très strictes, ne permettant pas de tirer profit de technologies nouvelles* (…) ». Partant, le rapport souligne que, « *pendant la phase de développement des matériels, il convient* (…) *que les spécifications des contrats d'armement soient le plus souvent possible rédigées en termes de capacités à fournir – à charge pour l'industriel de trouver la technologie la plus adaptée – plutôt qu'en des termes techniques précis, contraignants dans le choix des technologies, et supposant donc de longues négociations d'avenants pour intégrer des technologies plus récentes, d'ailleurs souvent moins onéreuses que celles qu'elles remplacent* »[1381]. Ainsi, le code de la commande publique offre la possibilité de corriger ce biais.

---

l'objet du marché ». La circonstance qu'en l'espèce, le marché ait été improprement qualifié de MDS par l'acheteur, ne change pas l'irrégularité desdites spécifications techniques.

[1378] Par renvoi à l'article R. 2111-11 du CCP, l'acheteur d'un MDS ne peut rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme à une norme ou document équivalent, si les solutions proposées par le soumissionnaire satisfont de manière équivalente les exigences de la norme ou du document en question.

[1379] Par renvoi à l'article R. 2111-10 du CCP, les spécifications techniques formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles doivent être « *suffisamment précises* » et « *peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales* ».

[1380] O. BECHT et T. GASSILOUD, Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les enjeux de la numérisation des armées, Assemblée nationale, Rapport n°996, 30 mai 2018, 215 p.

[1381] *Ibid*. p. 130.

b. Les normes applicables aux marchés de défense ou de sécurité

960. Dans le cas des MDS, les normes ou documents choisis par l'acheteur se distinguent selon qu'ils sont civils ou de défense. L'annexe 5, II-3° du code de la commande publique définit la « *norme défense* » comme une « *spécification technique dont l'observation n'est pas obligatoire et qui est approuvée par un organisme de normalisation spécialisé dans l'élaboration de spécifications techniques pour une application répétée ou continue dans le domaine de la défense* » (II-3°). Plus nombreuses que dans le secteur civil, l'article R. 2311-5 du code réagence en conséquence leur ordre de préférence.

961. Enfin, le code de la commande publique prévoit un encadrement de la formulation des spécifications techniques propre aux MDS. L'article R. 2311-7 impose à l'acheteur de ne pas formuler de spécifications techniques qui feraient obstacle au respect de *règles techniques obligatoires*, telles que celles relatives à la sécurité des produits. De même, ladite formulation ne doit pas contrevenir à la satisfaction des *exigences techniques* issues d'accords internationaux de normalisation, dont la France est signataire, et qui visent à assurer l'interopérabilité des forces armées.

962. Ainsi, la formulation des spécifications techniques dans les MDS se distingue par la prise en compte des particularités technologiques et économiques du secteur de la défense, sans que ladite prise en compte ne bouleverse la logique du droit commun en la matière. L'acheteur dispose de plusieurs outils pour ce faire, dans le respect des règles fondamentales en matière de formulation des spécifications techniques.

963. La définition du besoin dans les MDS est largement similaire à celle des marchés du secteur classique et ne s'en distingue qu'à la marge, dans un objectif d'adaptation aux spécificités de ces secteurs. C'est une période clé où la demande économique se délimite et émerge, soulignant ainsi la nature profonde de « *contrats de la commande publique* » des MDS. Mais dans le même temps, dès ce moment, le régime de ces contrats s'enrichit d'une dimension de « politiques publiques » renforcée, par la poursuite de plus nombreux objectifs dépassant le strict approvisionnement, et par l'utilisation de spécifications techniques plus variées. Au stade de la définition des besoins, les MDS empruntent donc aux marchés publics civils leur double nature de « marchés publics» et de « politiques publiques » tout en élargissant cette dernière qui semble, dans les MDS, mieux assumée.

964. Outre une définition du besoin sur mesure, les MDS font également l'objet d'une adaptation quant à la forme et au contenu du marché.

II. Forme et contenu du marché

965. S'ils renvoient dans une certaine mesure aux règles des marchés publics civils, les MDS se distinguent ici davantage de ces derniers. Ainsi, la forme des MDS fait exception s'agissant de l'allotissement (A), tandis que le contenu se spécialise au regard des spécificités du secteur de la défense (B).

A. Forme du marché : le cas de l'allotissement

966. Afin de tenir compte de la teneur des exigences (notamment techniques) des achats de défense, le code de la commande publique, qui prévoit en principe une obligation d'allotissement (1), en dispense les MDS (2).

1. L'allotissement par principe obligatoire dans les marchés publics civils

967. L'allotissement est un mécanisme obligatoire conçu principalement comme une mesure en faveur des PME (a). Néanmoins, cette obligation conserve une certaine souplesse pour l'acheteur (b).

a. Principe de l'allotissement obligatoire : une mesure favorable aux PME

968. Avant le CMP de 2006, l'acheteur avait la possibilité d'allotir ou de recourir à un marché global en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques que procure l'une ou l'autre forme. Depuis 2006, l'allotissement est la forme de marché de principe (article

L. 2113-10 du code de la commande publique). L'allotissement constitue en cela une limitation (relative) de la liberté contractuelle de l'acheteur « *au nom de la libre concurrence* »[1382]. Mesure phare dans l'objectif d'accès des PME aux marchés publics, cette obligation peut s'analyser en une « *discrimination positive d'intensité modérée* »[1383] à l'endroit de ces entreprises. L'allotissement doit en principe leur permettre d'améliorer leur accès à la commande publique par la voie royale du marché principal, puisqu'il permet « *l'adaptation des marchés publics à la capacité des PME* »[1384]. L'allotissement est en effet le moyen de favoriser une plus large concurrence, favorable à l'acheteur, lequel dispose d'un plus large choix lui permettant de profiter de prix maîtrisés[1385]. À cet égard, ce mécanisme constitue un « *rapport gagnant/gagnant* »[1386] pour l'acheteur et les PME.

b. Les exceptions : une obligation souple

969. L'acheteur conserve la possibilité de ne pas allotir, lorsqu'« *il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* »[1387] (article L. 2113-11-1° du code de la commande publique) ou lorsque « *la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations* » (article L. 2113-11-2°). Si cela permet de corriger « *l'inconvénient technique lié à la cohérence de la prestation en cause* »[1388], l'acheteur doit motiver son choix[1389]. Alors que la transposition de la directive 2014/24/UE en droit interne a élargi l'obligation d'allotissement[1390], l'acheteur conserve, dans les faits, une marge d'appréciation soumise à un contrôle normal (et pragmatique) du juge administratif[1391].

[1382] J.-D. DREYFUS, « Code des marchés et PME : le choix de la discrimination positive », *op. cit.*
[1383] *Ibid.*
[1384] Voy. G. O'BRIEN, « Les dispositions communautaires visant à faciliter l'accès des PME aux marchés publics », *RMCUE*, 1993, p. 869.
[1385] C. NICOLAS et S. ROUSSEL, « L'allotissement des marchés publics, entre ambition et réalisme », *AJDA*, 2018, p. 1440.
[1386] OECP, « Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », version 1, juin 2019, p. 10.
[1387] J.-F. GOUJON-FISCHER, « Marge d'appréciation dans le choix de recourir à un marché global », *AJDA*, 2016, p. 1508.
[1388] J.-D. DREYFUS, *op. cit*.
[1389] Article L. 2113-11, alinéa 2 du CCP. Ce choix doit être motivé par des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision de l'acheteur.
[1390] M. LORIOU, « L'élargissement de l'obligation d'allotissement par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *AJCT*, 2015, p. 625.
[1391] C. NICOLAS et S. ROUSSEL, *op. cit*. Commentant la décision CE, 25 mai 2018, *Office public de l'habitat Hauts-de-Seine Habitat et société Eiffage construction amélioration de l'habitat* (n°417428,

970. Or, les MDS font l'objet d'un régime d'exception en matière d'allotissement, puisque celui-ci demeure optionnel.

2. L'allotissement optionnel dans les marchés de défense ou de sécurité : la tendance au recours au marché global

971. En rendant l'allotissement optionnel dans les MDS, le droit des marchés publics tient compte de son incompatibilité avec les caractéristiques du secteur de la défense (a). En revanche, le juge administratif sanctionne le défaut d'allotissement lorsque le marché en cause, qualifié de MDS, n'en est pas un (b).

a. Un mécanisme incompatible avec les caractéristiques du secteur de la défense

972. L'article L. 2313-5 du code de la commande publique rend l'allotissement optionnel dans les MDS. L'obligation de diviser le marché en lots n'est pas compatible avec la défense à deux égards. D'une part, ce mécanisme est source de complexification de la procédure[1392], alors que la complexité du secteur de la défense rejaillit nécessairement dans la passation des marchés. D'autre part, l'allotissement n'est pas compatible avec les modalités d'attribution de MDS, notamment dans le cadre d'un programme d'armement. Leur technicité nécessite pour l'acheteur d'avoir un cocontractant capable de livrer le produit « *clé en main* » incarné principalement par un GMOI. Ainsi, interrogée sur son recours à l'allotissement, la DGA fait savoir qu'elle l'utilise « *très peu, voire jamais* », puisqu'elle achète « *des systèmes complexes dont seul le maître d'œuvre est capable d'assembler les morceaux en temps et en heure dans le respect des performances exigées* ». Ce faisant, l'allotissement « *ne permet pas d'aboutir à un*

publié au *Lebon*), les autrices concluent que « *le Conseil d'État fait le choix de la continuité en ménageant, sous le contrôle du juge, la hiérarchie entre un principe et des dérogations et la nécessaire souplesse donnée aux acheteurs publics dans la conception de leurs marchés publics* ».

[1392] Voy. notamment M. BOURQUIN, *op. cit.*, Tome II. V. BEAUMENIER, alors rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence, relève que « *L'inconvénient de l'allotissement est qu'il va complexifier les procédures de l'acheteur public, et il faudra vérifier que les mesures de simplification prévues par ailleurs sont efficaces* » (p. 164).

véhicule qui roule ou qui vole avec le niveau de performance opérationnelle demandé »[1393]. En outre, s'agissant des grands programmes d'armement, la DGA tient compte de l'environnement des grands systémiers, qu'elle ne veut pas « *faire voler en éclat* »[1394].

b. La jurisprudence Ministère des Armées contre Société OSR

973. Pour qu'un MDS échappe à l'obligation d'allotir, faut-il encore qu'il s'agisse bien d'un MDS. Faute de quoi, le défaut d'allotissement est sanctionné par le juge administratif. La jurisprudence *Société OSR* en témoigne. Dans son ordonnance[1395], le juge des référés du TA de la Réunion releva la qualification impropre de MDS par l'acheteur, de sorte que le marché était soumis à l'obligation d'allotissement. Considérant que la société requérante était susceptible d'avoir été lésée par le défaut d'allotissement, il prononça l'annulation de la procédure de passation et la décision de rejet de l'offre.

974. Saisi par le ministre des Armées, le Conseil d'État[1396] procède à un examen *in concreto* du marché[1397]. En confirmant le rejet de la qualification de MDS, le Conseil d'État valide le TA qui s'était appuyé sur la circonstance que le précédent marché ayant le même objet avait fait l'objet d'un allotissement géographique[1398], sans que l'acheteur n'invoque de circonstance faisant obstacle à l'obligation d'allotissement, ni ne justifie d'aucun motif justifiant qu'il soit dérogé à cette obligation. Enfin, le Conseil d'État juge que le TA n'a pas inexactement qualifié les faits en concluant que la société requérante, qui faisait valoir sa proximité avec le lieu

[1393] Ainsi, dans un contrat comme le programme *Rafale*, l'acheteur préfère avoir un seul maître d'œuvre comme interlocuteur principal, lequel gère les relations contractuelles et techniques avec les opérateurs économiques participant à l'exécution du contrat.
[1394] *Ibid.* p. 155.
[1395] TA de la Réunion, 2 octobre 2020, *Société Osiris Sécurité Run*, n°2000755.
[1396] CE, 4 février 2021, Ministère des Armées contre Société OSR, *op. cit*.
[1397] J. LEBIED, « Quand le ministère des Armées ne signe pas nécessairement des marchés de défense ou de sécurité », *Dalloz actualité*, 16 février 2021.
[1398] CE, 23 juillet 2010, *Conseil régional de la Réunion*, n°338367, tables du *Lebon* (J.-M. PASTOR, « Prise en compte du lieu d'exécution des prestations dans l'obligation d'allotir », *AJDA*, 2010, p. 1514 ; S. HUL, « La répartition géographique des sites objet du marché fait présumer une obligation d'allotir », *AJCT*, 2010, p. 77). En l'espèce, le Conseil d'État confirme l'ordonnance du juge des référés du TA de la Réunion par laquelle il suspend un « *marché de sécurité* » sans allotissement. L'acheteur n'a pas justifié le recours à l'exception à l'obligation d'allotissement, alors que le marché faisait apparaitre des prestations distinctes à raison de la répartition géographique des sites objet du marché de surveillance. La Haute juridiction confirme le TA estimant que le défaut d'allotissement était de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la signature du marché.

d'exécution du marché, était fondée à soutenir qu'elle était susceptible d'avoir été lésée par le défaut d'allotissement. La Haute juridiction rejette donc le recours du ministre[1399].

975. Outre la forme, le contenu du marché épouse les contours particuliers du secteur de la défense. Cela s'avère impératif dans la mesure où ledit contenu est nécessairement l'assise de l'instrumentalisation des MDS.

B. Contenu du marché

976. Les MDS ont un contenu *spécial*, largement pénétré par les caractéristiques du secteur, et notamment les enjeux de sécurité. Cette singularité se manifeste tout particulièrement dans les clauses du marché (1) ainsi que dans les formes de prix (2).

1. Les clauses du marché de défense ou de sécurité

977. Dans le cas des MDS conclus par la DGA, principal acheteur en matière d'armement, les clauses d'un MDS peuvent être déterminées en fonction d'un document général spécifique, le cahier des clauses administratives communes « armement » (ci-après « CAC armement ») (a). De même, les MDS disposent d'un recueil de clauses contractuelles types servant de base au CCAP d'un MDS conclu par la DGA (b).

[1399] Pour une solution contraire voy. TA Cergy, 19 novembre 2015, *Ministère de la défense c. SELARL Carbonnier Lamaze Rasle*, *op. cit.* Après avoir validé la qualification de MDS du marché à bons de commande pour assistance de maîtrise d'ouvrage juridique et financière, le TA de Toulon valide subséquemment le recours à un marché global par le ministère de la défense (et valide donc l'absence d'allotissement).

a. Un document général spécifique au secteur de la défense ou de la sécurité : le cahier des clauses administratives communes « armement »

978. Qu'il s'agisse d'un marché public civil ou d'un MDS, les clauses d'un marché peuvent être déterminées par des documents généraux. L'article R. 2112-2 du code de la commande publique liste les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), « *qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés* » (article R. 2112-2-1°), ainsi que les cahiers des clauses techniques générales, « *qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature* » (article R. 2112-2-2°). Pour les MDS, le code de la commande publique ne se réfère pas à une catégorie précise de documents généraux, puisque l'article R. 2312-2 dispose que les clauses d'un MDS peuvent être déterminées par référence à des documents généraux. En l'occurrence, s'agissant des MDS de la DGA, le document général de référence est le cahier des clauses administratives communes (CAC) armement, dit « CAC Armement »[1400].

979. Le CAC armement est une décision émanant de la DGA, venue coordonner l'ensemble des cahiers des clauses administratives susceptibles de s'appliquer au secteur de la défense. Ainsi, dans sa version 1[1401], le texte indique que son élaboration a pour objectif de « *remplacer, d'améliorer et de rendre cohérent* » les stipulations contenues dans lesdits cahiers des clauses administratives générales[1402]. Le CAC armement contient des dispositions adaptées du secteur classiques ou propres à celui de la défense ou de la sécurité. Ce faisant, le cahier des clauses complète, détaille, et donc met en œuvre les exigences de sécurité (sécurité de l'information et sécurité d'approvisionnement) au cœur du régime des MDS.

[1400] Décision° 01D22010532/ARM/DGA/DO relative à la publication du cahier des clauses administratives communes « armement », version 3 du 14 janvier 2022, Bulletin officiel des armées (BOA) du 18 février 2022.

[1401] Décision n°4664/DEF/DGA/DO/SCA/PMC relative au cahier des clauses administratives communes « armement, version 1 du 20 septembre 2013, BOC n°4 du 24 janvier 2014, texte 3.

[1402] Le CAC armement coordonne le CCAG applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles, au CCAG applicables aux marchés publics industriels. Le CAC armement remplace le cahier des clauses administratives particulières communes relatives à l'assurance qualité des fournitures (CAC/AQF), le cahier des clauses administratives communes propriété intellectuelle applicable aux marchés de la défense portant sur des phases individuelles ou combinées de développement de production et de soutien (CAC/PI), le cahier des clauses administratives particulières communes applicables aux marchés industriels ou de prestations intellectuelles de la délégation générale pour l'armement (CAC/DGA), ainsi que le cahier des clauses administratives particulières communes relatives au traitement d'une non-conformité, à l'émission et au traitement d'une demande de dérogation (CAC/NC).

980. Parmi ces dispositions spécifiques, l'article 6 relatif à la *Discrétion, sécurité et secret* est notable. Il détaille les obligations de discrétion (article 6.1), les mesures de sécurité (article 6.2), la protection du secret (article 6.3), les mesures relatives à la « Diffusion Restreinte » (article 6.4), et, enfin, les sanctions applicables (article 6.5). De même, le CAC armement prévoit des clauses relatives au *Contrôle du coût de revient* (article 7), spécifiques aux MDS[1403].

981. L'article 20 reprend les dispositions applicables à l'*assurance qualité des fournitures* (AQF) et à la surveillance des prestations[1404]. L'AQF, « *processus par lequel l'autorité compétente s'assure de la satisfaction des exigences contractuelles en matière de qualité* »[1405], est fondamentale dans les MDS. Ce processus, dont les prescriptions sont détaillées dans le CAC armement, ne s'applique pas seulement aux fournitures au sens du droit des marchés publics, puisque le terme « fournitures » désigne ici des matériels, logiciels, prestations ou services. Enfin, parmi les dispositions spécifiques au secteur de la défense, le CAC armement consacre un chapitre à la propriété intellectuelle[1406], ainsi qu'au traitement d'une non-conformité[1407].

982. Les MDS disposent donc d'un cahier des clauses qui leur est propre. Comme pour les règles posées par le code de la commande publique, le CAC armement s'appuie en partie sur l'architecture des CCAG du secteur classique. Certaines clauses sont tantôt reprises de ces derniers, tantôt adaptées au secteur de la défense. Ce faisant, le CAC armement démontre que les MDS, tout en étant pleinement intégrés au droit des marchés publics bénéficient, dans le même temps, de règles spécifiques.

[1403] Voy. notamment G. CLAMOUR, « Contrôle du coût de revient des marchés de défense ou de sécurité de l'État et de ses établissements publics », *Contrats et marchés publics*, 2024, n°5, alerte 17.
[1404] L'article 20 reprend et actualise les dispositions de l'ancien CAC/AQF.
[1405] CAC armement, *op. cit.*, article 2.1 (*Définitions*). L'AQF impose notamment au titulaire de marché de mettre en place un système de management de la qualité. Ce dernier doit soit répondre aux exigences de la certification AQAP (*Allied Quality Assurance Publications*) de l'OTAN, soit aux exigences de la norme ISO 9001.
[1406] *Ibid.*, chapitre VII, lequel reprend et actualise l'ancien CAC/PI. Ce chapitre est divisé en quatre sous-chapitres : le sous-chapitre 1 est relatif aux *Études, missions de conseil, Recherche et Technologie*, le sous-chapitre 2 aux prestations de *Développement, production et soutien en service*, le sous-chapitre 3 aux *Logiciels*, tandis que le sous-chapitre 4 est consacré à des *Dispositions communes (hors logiciel non intégré)*. L'article 48 du CAC armement détaille le champ d'application particulier de ces sous-chapitres. Ainsi, les stipulations des sous-chapitres 1, 2 et 3 s'appliquent aux MDS qui s'y réfèrent expressément. Les dispositions du sous-chapitre 4 s'appliquent dès lors que le marché cite les dispositions relatives à la Recherche et Technologie (sous-chapitre 1, Section 1.2) ou les dispositions relatives au Développement, production et soutien en service.
[1407] *Ibid.*, chapitre IX. Ce chapitre reprend et actualise l'ancien CAC/NC.

b. Le recueil des clauses contractuelles types des marchés de défense ou de sécurité : le « clausier DGA »

983. Le clausier DGA[1408] recense les clauses types d'un MDS passé par la DGA[1409], qu'ils fassent l'objet des dispositions du Livre III ou du Livre V du code de la commande publique. Il constitue ainsi un outil pour l'acheteur dans la rédaction du CCAP d'un MDS, de même qu'il permet de donner un aperçu de ce qu'est un MDS dans sa dimension *contractuelle*. Un certain nombre de ces clauses témoigne de la spécificité des MDS.

984. Ainsi en est-il des *conditions d'exécution* (article 6). Dans le contexte du clausier, les conditions d'exécution recouvrent ici un sens usuel, articulées autour des obligations techniques du titulaire[1410]. Elles ne correspondent pas à la définition du code de la commande publique, selon lequel « *les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet.* »[1411]. Les conditions d'exécution particulières aux MDS[1412], relatives aux impératifs de sécurité (d'approvisionnement ou des informations) et à la sous-contractance[1413] se fondent dans des clauses plus ou moins dédiées.

[1408] DGA, « Guide – Recueil des clauses contractuelles types des marchés de défense ou de sécurité de la Direction Générale de l'Armement (DGA) – dit Clausier DGA (MDS du Livre III et du Livre V du CCP) », Mars 2022, version 1 (ci-après « Clausier DGA »).

[1409] *Ibid.*, p. 2. Le clausier indique qu'il a « *principalement vocation à s'appliquer dans toutes les entités opérationnelles de la DGA, principalement dans le cadre des opérations d'armement et des opérations techniques.* ».

[1410] Les conditions d'exécution au sens du clausier DGA désignent notamment les obligations relatives aux lieux d'exécution (article 6.4), dont l'indication relève d'une importance cruciale pour les opérations de vérification (article 6.6), les moyens et matériels mis à disposition de l'État (article 6.7), le stockage (article 6.10), etc.

[1411] Article L. 2112-2 du CCP. Cette disposition, applicable aux MDS (par renvoi de l'article L. 2312-1), ajoute que les conditions d'exécution « *peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.* ». Un nouvel article L. 2312-1, issu de l'article 35 de la loi n°2021-1104 du 22 août 2021 doit entrer en vigueur au plus tard le 22 août 2026. Il reprend les dispositions de l'article L. 2112-2, et n'applique pas aux MDS le nouveau dispositif prévu pour les marchés publics civils (cf. **infra** §1388 et s.).

[1412] Les MDS sont caractérisés par la possibilité d'instrumentaliser le marché *via* des *conditions d'exécution particulières* (cf. *infra* §1395).

[1413] La sous-contractance en tant que condition d'exécution fait également l'objet d'un chapitre dédie (cf. *infra* §1540).

985. S'agissant des impératifs de sécurité, celle relative aux informations fait l'objet d'un article 9 relatif à la *Sécurité et Protection du secret*. Les clauses varient en fonction de la distinction opérée par le clausier entre plusieurs types de MDS selon le niveau de classification ou de protection du marché (c'est-à-dire des modalités d'implication des ISC)[1414]. L'article 9 s'applique également aux éléments qui, bien que non-couverts par le secret de la défense nationale, nécessitent une protection impliquant leur non-divulgation par le titulaire. La sécurité d'approvisionnement s'intègre quant à elle dans les *Obligations particulières* de l'article 11, qui comprend un article 11.10 relatif spécifiquement aux *Obligations en matière de sécurité d'approvisionnement*, ainsi qu'un article 11.11 relatif aux *Autorisations administratives étrangères*, lesquelles renvoient aux enjeux de contrôle des exportations. Enfin, le clausier DGA comprend un article 8 consacré aux *Sous-contractants*, qui reprend et contractualise notamment les dispositifs spécifiques à la sous-contractance issus du droit des marchés publics[1415].

2. Les formes de prix dans les marchés de défense ou de sécurité

986. La détermination du prix dans les MDS est une problématique au cœur de l'économie de défense. En France, le prix des marchés a notamment été analysé comme un « *enjeu reconnu* (…) *dont l'importance mérite un effort permanent des services* (…) *l'examen des marchés et des avenants* [faisant] *apparaître que les prix sont bien une préoccupation centrale*

[1414] En fonction du niveau de classification, le clausier distingue le marché avec détention d'informations classifiées (marché dit « MD »), ainsi que le marché avec accès à des informations classifiées (marché dit « MA »). En fonction du niveau de protection, le clausier distingue le marché sensible (marché dit « MS »), qui ne nécessite pas l'accès ou la détention d'ISC, mais dont l'exécution s'exerce au profit d'un service ou dans un lieu détenant des ISC. Le MS du clausier DGA correspond au *contrat sensible* de l'IGI n°1300, dont l'article 5.3.2.1 (*Mesures de sécurité relatives au contrat sensible*) définit ce dernier comme un contrat « *qui n'implique pas l'accès à des informations ou supports classifiés mais dont l'exécution nécessite l'accès à un lieu abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale* ». L'IGI donne en exemple les contrats de gardiennage, d'entretien ou de maintenance de lieux abritant de tels éléments. Le niveau de protection distingue par ailleurs le marché non protégé (marché dit « NP »), et enfin le marché comportant des informations « Spécial France » (marché dit « MCSF »).

[1415] Notamment l'acceptation des sous-traitants et l'agrément de leurs conditions de paiement, l'acceptation des autres sous-contractants (c'est-à-dire les fournisseurs), ou encore les clauses relatives à la mise en concurrence des sous-contractants (cf. *infra* §1540 et s.). Le clausier détaille également un dispositif inconnu du droit de la commande publique, la *sous-traitance jugée critique* (article 8.3 du clausier), c'est-à-dire les sous-traitants chez lesquels l'intervention de l'autorité responsable de l'assurance qualité est prévue.

[desdits] *services* »[1416]. Il s'agit d'un enjeu d'autant plus important que le coût de l'achat public dans le secteur de la défense augmente à mesure que le niveau technologique dans ce secteur croît[1417]. En parallèle, les contraintes budgétaires imposent à l'acheteur à recourir de plus en plus au critère du prix[1418]. Les MDS appliquent les règles classiques relatives à la forme des prix, unitaires ou forfaitaires, par renvoi aux dispositions applicables aux marchés publics civils (article R. 2312-7 du code de la commande publique). Dans ce contexte, le code de la commande publique applique les règles de droit commun pour les prix définitifs (1), et étend les cas de recours aux prix provisoires (2).

a. La reprise des règles de droit commun relatives aux prix définitifs

987. Comme pour les marchés publics civils, le code de la commande publique fait du prix définitif la norme dans les MDS (article R. 2312-8), à laquelle il n'est possible d'échapper que dans des hypothèses limitativement énumérées. Ce type de prix présente l'avantage d'inciter l'industriel titulaire du marché de baisser ses coûts, et simplifie la liquidation du marché[1419]. Les MDS reprennent ainsi la distinction entre le prix ferme ou révisable[1420].

988. Le recours au prix ferme est « *la norme pour les marchés passés dans un contexte calme et peu perturbé* »[1421]. Cette forme de prix doit être privilégiée pour les prestations courantes, non spécifiques et pour une durée d'exécution limitée[1422]. Par conséquent, elle n'est pas toujours la plus adaptée au contexte du marché de la défense, par essence évolutif et selon des cycles longs. Le prix révisable correspond davantage à ces caractéristiques, en ce qu'il

[1416] J.-L. NINU, *op. cit*., p. 214.
[1417] D. BAYON et T. KIRAT, *op. cit*. p. 32.
[1418] *Ibid*. Cette hausse du coût face aux contraintes budgétaires fait apparaitre des « *tensions constantes entre des mouvements contradictoires* », ce qui explique, selon T. KIRAT et. D. BAYON, pourquoi les dépenses d'équipement des forces armées sont un « *enjeu considérable* ».
[1419] C. CHARDIGNY, *op. cit.*, p. 179.
[1420] L'article R. 2312-9 du CCP renvoie à l'article R. 2112-8. S'agissant des règles relatives au prix ferme, il y a également un renvoi aux dispositions générales, *via* l'article R. 2312-10. L'article R. 2312-12, consacré aux MDS dont le prix est affecté par les fluctuations des cours mondiaux, est quant à lui calqué sur l'article R. 2112-14.
[1421] T. KIRAT et D. BAYON, *op. cit.* p. 49.
[1422] Sur les éléments concourant au choix entre prix ferme et prix révisable, voy. DAJ, « Le prix dans les marchés publics – Guide et recommandations – La formation et la variation du prix dans les marchés publics : Éléments juridiques et modalités pratique » avril 2013, version 1.1, p. 19. Voy. également C. CHARDIGNY, *op. cit.*, p. 181. L'autrice recommande de recourir au prix ferme, « *chaque fois que la fixation d'un tel prix est possible, en particulier dès lors que la durée d'exécution est inférieure à trois ans* ».

permet de tenir compte des variations économiques[1423]. Le fait que le prix ajustable[1424] soit fondu dans la notion de prix révisable est par ailleurs profitable aux MDS[1425]. Néanmoins, la distinction entre prix ferme et prix révisable n'est pas toujours évidente dans le secteur de la défense[1426].

989. Cette pratique s'explique notamment par le temps long des programmes d'armement et par la complexité technologique de ces derniers. Cela influe sur la durée d'exécution des MDS, plus longue, et donc naturellement davantage soumis aux variations économiques voire aux sujétions imprévues (avec, en outre, sur le plan contractuel, un risque de multiplication des avenants).

b. L'extension du recours au prix provisoire

990. Comme pour le secteur classique, le recours au prix provisoire dans les MDS est une exception. Il a des inconvénients, y compris pour le secteur de la défense. Le prix provisoire présente notamment un risque contentieux plus conséquent[1427]. De plus, il n'est pas incitatif

[1423] C. CHARDIGNY, *op. cit.*, p. 181. Il convient de ne pas recourir au prix révisable que « *pour les marchés dont la durée d'exécution est supérieure à un an* (plus ou moins en fonction du risque encouru) et pour les marchés à tranches conditionnelles ».

[1424] La distinction reposait sur le fait que le prix ajustable était fondé sur un indice de prix, tandis que le prix révisable l'était sur un indice de coût. T. KIRAT et D. BAYON (*op. cit.*, p. 49) relève l'estimation selon laquelle 60% des marchés de la DGA sur la base d'un prix révisable (chiffres de 2006). Cette distinction est supprimée depuis le CMP de 2006. Ainsi, le code de la commande publique reprend l'hypothèse d'un prix révisable fondé sur un indice de prix (pour les MDS, article R. 2312-11-1°) et un indice de coût (article R. 2312-11-2°).

[1425] La DGA a tenté d'imposer par la voie d'une directive le recours au prix ferme pour les *marchés d'études ou de prestations de service* (quelle que soit leur durée) et pour *les marchés de production ou de fourniture* (d'une durée inférieure à trois ans), et au prix ajustable pour les marchés de production ou de fourniture (d'une durée supérieure à trois ans). Cette directive a été censurée par le Conseil d'État (CE, 20 décembre 2000, *Conseil des industries de défense française*, n° 193498, tables du *Lebon*). La Haute juridiction s'est fondée sur le motif que cette dernière présente un *caractère réglementaire* (en imposant le recours à une certaine forme de prix, et en défaussant les fonctionnaires placés sous l'autorité du délégué général de leur pouvoir d'appréciation).

[1426] J.-L. NINU, *op. cit.*, p. 214-215. L'auteur relève que « *La distinction entre le prix ferme (actualisable) et le prix révisable n'est pas toujours faite avec rigueur, les conditions de lecture des indices en cas de révision manquent souvent de clarté. Des prix réputés fermes intègrent une anticipation de l'évolution des conditions économiques…* ». Il ajoute également « *Les clauses de révision des prix sont souvent particulièrement complexes et leur contrôle, lors de l'exécution ne peut pas être assuré de manière satisfaisante* ».

[1427] C'est le cas lorsque l'acheteur ne respecte pas le délai de fixation du prix définitif. Dans un tel cas, ce dernier engage sa responsabilité. En ce sens : CE, 20 février 1976, *Ministre de la Défense contre Laboratoires René-Derveaux*, n°93030, publié au *Lebon*.

pour l'industriel, qui n'a plus intérêt à maîtriser les coûts. Il est par ailleurs susceptible d'entraîner des coûts administratifs importants, puisqu'il requiert des enquêtes de coût. Enfin, le prix provisoire peut provoquer un sous-financement ou, au contraire, un surfinancement[1428]. Outre ceux strictement repris des dispositions générales du code de la commande publique (article R. 2112-17), deux cas se distinguent s'agissant des MDS : l'un adapte un cas prévu pour les marchés de droit commun, l'autre est exclusif aux MDS.

991. Le premier (article R. 2312-13-1° du code de la commande publique) prévoit ainsi qu'un MDS peut être conclu à prix provisoire lors que la détermination du prix initial définitif n'est pas possible alors que l'exécution du marché doit commencer. Deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le marché doit impliquer des « *prestations complexes* » ou faire appel « *à une technologie nouvelle* ». En second lieu, les prestations doivent soit présenter « *un caractère d'urgence impérieuse* » ou résulter d'une « *situation d'urgence de crise* » (condition propre aux MDS, non admise pour les marchés publics civils), soit présenter « *des aléas techniques importants* ». Ces spécificités facilitent le recours au prix provisoire dans les MDS, en s'adaptant au contexte opérationnel et technique du secteur de la défense.

992. Le second est applicable lorsque l'acheteur impose une mise en concurrence au niveau des sous-contrats[1429]. Le prix du marché dépend alors des résultats de cette dernière. Ainsi, l'article R. 2312-13-6° du code de la commande publique dispose qu'un MDS peut être conclu à prix provisoire, « *lorsque les résultats de la mise en concurrence d'une partie du marché que le titulaire a prévu de confier à un sous-contractant ne sont pas encore connus au moment de la conclusion du marché* ». Cette disposition a un temps constitué la seule référence au mécanisme de mise en concurrence au niveau de la sous-traitance (ou *plan d'acquisition*[1430]). Avec la transposition de la directive 2009/81/CE, la sous-traitance a été remplacée par la sous-contractance, laissant augurer que le plan d'acquisition, qui demeure valable pour les MDS du Livre V, prend désormais la forme d'une mise en concurrence applicable à l'ensemble des sous-contractants.

993. Ainsi, les documents contractuels généraux et les règles applicables en matière de formes de prix sont marqués par la volonté de tenir compte des particularités de ces contrats. Il

[1428] Sur ces éléments, voy. C. CHARDIGNY, *op. cit.*, p. 180.
[1429] Cf *infra* §1540.
[1430] Cf *infra* §1657.

est difficile de voir ici une véritable instrumentalisation du fait de l'acheteur public, contrat par contrat. En revanche, la réglementation elle-même oriente les MDS en les contraignant à prendre en compte les impératifs de sécurité des informations et des approvisionnements, la forte dimension technologique de ces contrats ou encore leur durée importante.

994. Conclusion de la sous-section. Ainsi, au stade de sa préparation, le MDS ne se distingue que peu du marché public civil. La définition du besoin est un moment charnière dans l'instrumentalisation du marché. La circonstance que le droit des marchés publics l'intègre (parfois autoritairement, avec la prise en compte des objectifs de développement durable) déjà pour les marchés publics civils permet de l'appliquer d'autant plus aux MDS et leur objectif de politique de défense. Cela n'empêche pas que les règles de la préparation du marché incitent à l'instrumentalisation des MDS, afin qu'ils se fassent les relais des politiques publiques.

995. Cette incitation apparait de deux manières qui se cumulent et se renforcent. D'abord, la réglementation elle-même impose la prise en compte d'objectifs d'intérêt général, le respect de certaines règles dont l'objectif dépasse le strict enjeu de l'approvisionnement et intègre par exemple des enjeux forts de sécurité. C'est l'instrumentalisation juridique ou réglementaire des MDS. Ensuite, l'acheteur public est responsable, doué d'une volonté propre et de ses propres buts à atteindre. Il peut lui-aussi, dans le cadre de la liberté qui lui est laissée par la réglementation, utiliser la définition de son besoin, l'expression de sa demande, les spécificités techniques qui la formalisent ainsi que, dans une moindre mesure, les clauses générales et celles applicables en matière de prix, pour faire de son MDS un peu plus qu'un simple contrat d'approvisionnement. Ainsi, le droit des marchés n'est pas qu'un *droit de la mise en concurrence*. C'est également (et consubstantiellement) un *droit de l'achat*. La mise en concurrence n'influence pas la logique du processus d'approvisionnement[1431].

[1431] Tout acheteur, privé ou public, doit définir précisément son besoin, et peut prendre en compte des impératifs, des choix politiques (éthiques, par exemple). Un acheteur rationnel se réfère le plus souvent à des standards ou des normes : pour les marchés publics, il s'agit du recours à des spécifications techniques (elles-mêmes fondées sur des normes). Le recours à des modèles contractuels existants (contenu du marché) est une pratique d'acheteur, et aucun achat n'échappe à une définition du prix.

Sous-section 2. Le choix de la procédure

996. Les procédures applicables aux MDS reprennent largement le droit commun des marchés publics. Les règles les plus basiques du choix de la procédure sont reprises, notamment celles relatives au calcul de la valeur estimée du marché, ou encore aux seuils en fonction du montant du marché. De même, le triptyque des catégories de procédures est repris à l'article L. 2320-1 du code de la commande publique. Comme pour les marchés publics civils, les MDS sont donc passés soit sans publicité ni mise en concurrence, soit selon une procédure adaptée, soit selon une procédure formalisée.

997. Au sein de cette architecture commune, les MDS se distinguent dans l'agencement des procédures de passation. La mise en perspective de cette différence suggère de différencier deux cas de figure. Ainsi, il est possible de distinguer selon que le marché prévoit une mise en concurrence (I) ou non (II). Il conviendra de déterminer si l'instrumentalisation des MDS pour mener à bien des politiques publiques est rendue plus difficile ou non par la rigueur des procédures.

I. Les procédures de passation avec mise en concurrence

998. Comme en matière de marchés publics civils, l'architecture des procédures de passations avec mise en concurrence dans les MDS repose sur la distinction entre la procédure de procédure adaptée (A) et les procédures formalisées (B).

A. Les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée

999. L'acheteur dans un MDS peut, d'une part, recourir à la procédure adaptée en fonction du montant du marché (1), et, d'autre part, en fonction de son objet (2).

1. Les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée en fonction du montant du marché

1000. Les MDS appliquent les dispositions générales pour les cas de marchés à procédure adaptée (MAPA) en fonction du montant du marché (article R. 2323-1 du code). L'acheteur peut recourir à une telle procédure pour tout marché dont le montant total est inférieur aux seuils européens. Le recours à la procédure adaptée en fonction du montant du marché est néanmoins concurrencé par le relèvement des seuils introduits par le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021[1432]. En effet, pour ce qui concerne les MDS, l'acheteur a désormais la possibilité de passer sans publicité ni mise en concurrence préalable un MDS dont le montant est inférieur à 100 000 euros. Ce faisant, le recours à la procédure adaptée est privilégié pour les MDS compris entre 100 000 euros et les seuils européens.

1001. Le code de la commande publique applique également aux MDS la possibilité de recourir à la procédure adaptée pour le lot d'un marché dont le montant total est supérieur aux seuils européens. Les deux règles cumulatives sont identiques, qu'il s'agisse d'un marché public civil ou un MDS (article R. 2323-1 du code). D'une part, la valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services, ou 1 000 000 d'euros HT pour des travaux. D'autre part, la valeur cumulée des lots concernés ne doit pas excéder 20% de la valeur estimée de tous les lots. Étant donné que l'acheteur dans les MDS n'a pas d'obligation d'allotir et que la pratique démontre qu'il est peu enclin à le faire, cette possibilité de recourir à la procédure demeure limitée.

2. Les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée en fonction de l'objet du marché : le cas des marchés de service

1002. Les MDS se distinguent davantage des marchés publics civils dans le cas du recours à la procédure adaptée en fonction de l'objet du marché. Il s'agit des services pour lesquels, quelle que soit la valeur estimée du besoin, un marché à procédure adaptée peut être passé.

[1432] Décret n°2021-1111 du 23 août 2021, *op. cit*. S'agissant des MDS, ce décret vise à simplifier le régime et favoriser l'accès des PME à ces marchés.

Contrairement au secteur classique[1433], les marchés de service dans le secteur de la défense ou de la sécurité sont, par principe, passés selon une procédure adaptée. L'application des règles relatives aux procédures formalisées ne vaut que pour une liste énumérative de services[1434]. La liste des services « *prioritaires* » pour les MDS contient toutefois quelques adaptations propres au secteur de la défense.

1003. L'ensemble des services de transports font partie des marchés de service soumis aux règles classiques en termes de choix de procédure de passation. La logistique dans le secteur de la défense occupe une place particulière dans la directive MDS[1435], de sorte que les contrats de services logistiques ou de transport et d'entreposage sont cités en exemple pour justifier l'intérêt d'une meilleure coordination des procédures de passation. En effet, elle « *permettrait également de réduire les coûts dans le secteur de la défense et de diminuer considérablement l'impact du secteur sur l'environnement* » [1436]. La directive intègre ainsi les services de transports ferroviaires et de transport par eau[1437], ainsi que les services annexes et auxiliaires de transports.

1004. Le code de la commande publique énumère trois services propres au secteur de la défense pour lesquels le choix de la procédure de passation se fait en fonction du montant : les *services liés à l'aide militaire aux pays étrangers* (article R. 2321-2-2°), les *services de défense, services de défense militaires et services de défense civils* (article R. 2321-2-3°), ainsi que les

[1433] Pour les marchés de services du secteur classique, le choix de la procédure de passation par l'acheteur se fait par principe en fonction du montant. Seuls les marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques (article R. 2123-1-3° du CCP), limitativement énumérés en annexe du CCP (annexe n°3 du code), ainsi que certains services juridiques (article R. 2123-1-4° du CCP), peuvent être passés selon une procédure adaptée.

[1434] Article R.2323-2 du CCP. Le code a inversé la logique de l'article 24 du décret n°2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité, lequel listait limitativement les MDS de service pour lesquels le choix de la procédure de passation est déterminée par le montant. Les MDS conservent ainsi la structure et la philosophie de la directive de 2004 (annexe II-A et annexe II-B).

[1435] Tel n'était pas le cas dans la proposition de directive du 5 décembre 2007. Le Parlement européen a relevé l'importance des services de logistique et de transport dans son projet de résolution législative, et a ainsi contribué à l'application des règles de la directive 2009/81/CE à l'ensemble des services de transport (voir le Rapport du Parlement européen du 16 octobre 2008, *op. cit.*).

[1436] Directive 2009/81/CE, 6e considérant. Outre les aspects environnementaux, le Parlement relève que « Les marchés publics de services, par exemple les services de logistique, peuvent potentiellement réduire les coûts dans le secteur de la défense » (p. 7).

[1437] Ces deux services ont été proposés par le Parlement européen dans son rapport sur la proposition de directive. Le Parlement justifie sa proposition ainsi : « *La logistique ne porte pas uniquement sur le transport de marchandises mais elle apporte un plus en offrant toute une gamme de services comme le transport, l'entreposage, le stockage, la gestion totale de la chaîne d'approvisionnement et le traitement des flux d'information. Dès lors, il convient d'inclure dans la proposition législative certains services spécifiques liés à la logistique pour éviter toute faille dans la future réglementation relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité* ».

services de simulation et de formation dans les domaines de la défense et de la sécurité (article R. 2321-2-20°)[1438].

1005. À l'instar de la directive 2004/18/CE, la directive MDS prévoit une période transitoire au cours de laquelle l'application intégrale de cette dernière « *devrait être limitée* (…) *aux marchés pour lesquels ses dispositions permettront la réalisation de toutes les possibilités d'accroissement des échanges transfrontaliers* »[1439]. À l'issue de cette période, et après surveillance des marchés des autres services, une décision doit être prise sur l'application intégrale de la directive aux autres marchés de services. Ainsi, la prochaine directive sur les MDS devrait prévoir une extension des marchés de services soumis aux procédures formalisées.

B. Procédures formalisées

1006. La distinction entre procédures formalisées de droit commun (1) et procédures formalisées spéciales (2) met en exergue un réagencement des premières, ainsi qu'une adaptation des procédures spécialisées pour les besoins du secteur de la défense.

1. Le réagencement des procédures formalisées de droit commun

1007. Les procédures de droit commun sont applicables aux MDS, avec pour différence notable le fait que l'acheteur peut librement choisir entre l'appel d'offres restreint et la procédure avec négociation (a). Il peut en outre recourir au dialogue compétitif dans de plus nombreuses hypothèses et dans des modalités plus souples que le secteur civil (b).

[1438] L'intégration des services de simulation et de formation est à mettre en parallèle avec la définition du cycle de vie au sens des marchés de défense ou de sécurité, lequel comprend la « *formation et les essais* » (article L. 1113-1-3° du CCP).
[1439] Directive 2009/81/CE, considérant 37.

a. Le choix entre la procédure d'appel d'offres restreint et la procédure avec négociation

1008. L'ouverture des marchés dans le domaine de la défense a des limites renvoyant directement aux impératifs de sécurité, et qui ont un impact dans le choix des procédures de passation formalisées. Ainsi, il n'est ni possible (ni souhaitable) pour l'acheteur de recourir à un appel d'offres ouvert, manifestement incompatible avec l'impératif de sécurité des informations[1440]. Seul l'appel d'offres restreint est applicable aux MDS, avec une plus grande flexibilité des délais applicables aux délais de réception des candidatures[1441] et des offres[1442]. Cette adaptation de la procédure d'appel d'offres présente néanmoins des limites. La complexité technique et organisationnelle de l'approvisionnement de défense semble incompatible avec les procédures les plus concurrentielles, lesquelles ne paraissent pas être les plus optimales pour absorber une telle complexité (risque augmenté du besoin de renégociation, incitation des candidats à sous-évaluer leur prix, etc.)[1443].

1009. Ainsi, le code de la commande publique permet à l'acheteur de choisir entre l'appel d'offres restreint et la procédure avec négociation[1444], là où le pouvoir adjudicateur doit justifier le recours à cette dernière dans le cas d'un marché public civil[1445]. Ce libre choix permet de s'adapter au besoin de flexibilité de l'acheteur. À bien des égards, la négociation est la

[1440] L'appel d'offres ouvert a d'ailleurs toujours été mis à l'écart dans les travaux ayant conduit à l'adoption de la directive MDS, tant dans le Livre vert et les résultats de la consultation ouverte de ce dernier, que dans la proposition de directive. À l'occasion de l'élaboration du Livre vert, les parties prenantes ont déterminé comme premier obstacle le fait que « *les procédures d'appel d'offres ouvertes basées sur la publication au Journal officiel de l'Union européenne ne sont pas compatibles avec les exigences en matière de confidentialité* » (Commission européenne, communication, « Les résultats de la consultation ouverte (…) », *op. cit.*, p. 6). De même, dans sa proposition de directive, la Commission relève que, dès lors qu'elle « *implique la distribution du cahier des charges à tout opérateur économique qui le souhaiterait* », la procédure ouverte est « *inadaptée aux exigences de confidentialité et de sécurité de l'information liées à ces marchés* » (*op. cit.* p. 8).

[1441] Le délai de réception des candidatures est porté à 37 jours (article R. 2361-2 du CCP) contre 30 pour les marchés publics civils (article R. 2161-6), et ramené à 10 jours en cas d'urgence (contre 15 jours pour les marchés publics civils).

[1442] Les délais de réception des offres sont également rallongés. Le délai minimal est porté à 40 jours (article R. 2361-3 du CCP) contre 30 jours pour les marchés publics civils (article R. 2161-7). En cas de publication d'un avis de préinformation envoyé pour publication entre 52 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'avis de marché, et sous réserve qu'ils contiennent les mêmes renseignements, le délai peut être ramené à 22 jours (article R. 2361-4), contre jusqu'à 10 jours pour le secteur civil (article R. 2161-8). Enfin, en cas de situation d'urgence ne résultant pas de l'acheteur, le délai de réception des offres est de minimum 10 jours.

[1443] Cf. *supra* §410.

[1444] Une forme de décalage se constate entre les MDS et les marchés publics civils, pour lesquels l'acheteur choisit librement entre les formes d'appel d'offres (article R. 2124-2 du CCP).

[1445] L'article R. 2124-3 du CCP limite le recours à la négociation. L'entité adjudicatrice choisit librement entre les procédures d'appel d'offres et le recours à la procédure avec négociation (article R. 2124-4).

procédure de passation de principe dans les MDS, ayant toujours été reconnue comme devant être au cœur du régime spécialisé[1446]. La procédure avec négociation est également plus cohérente avec la structure du marché de la défense. La négociation est à privilégier pour l'acheteur lorsque la structure de marché se rapproche d'un monopole bilatéral[1447]. Ces éléments expliquent pourquoi, dans le cas des MDS, l'acheteur n'a pas à justifier le recours à la procédure avec négociation.

1010. Comme pour la procédure d'appel d'offres restreint, les règles sont plus flexibles dans les MDS, principalement dans la conduite des négociations par l'acheteur. Les délais sont assouplis[1448], et la phase finale de négociation (en cas de négociation à phases successives) n'exige pas un nombre minimal d'offres[1449]. Enfin, lorsqu'il souhaite conclure les négociations, l'acheteur n'a pas d'obligation d'en informer les soumissionnaires restant en lice et de fixer une date limite pour la présentation d'offres nouvelles ou révisées.

1011. Le « privilège » de la négociation pourrait d'autant plus faciliter l'instrumentalisation des MDS. D'une part, il traduit la nature profondément contractuelle des MDS (la négociation permettant juridiquement une meilleur rencontre des consentements, et, économiquement, l'adaptation de l'offre à la demande). D'autre part, la négociation, en ce

---

[1446] Cf. *supra* §400-403. Le Livret vert sur les marchés publics de défense (*op. cit.*) émet l'hypothèse d'une « *généralisation du recours à la procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché* » (p. 11). Les parties prenantes à la consultation suivant le Livre vert ont identifié comme obstacle à l'application des règles du droit des marchés publics le fait que « *le recours à la procédure négociée – qui est la seule procédure appropriée – et* [*sic*] *trop limitée et incorrectement définie* » (p. 6). Dans sa proposition de directive (*op. cit.*), la Commission reprend la généralisation du recours à la procédure avec négociation, justifiant que cette dernière permet « *d'offrir la flexibilité nécessaire à la passation de marchés sensibles de défense et de sécurité* » (p. 8). Enfin, la directive 2009/81/CE souligne que les MDS « [nécessitent] *souvent des négociations approfondies lors de la passation du marché* (…) » (47e considérant).

[1447] T. KIRAT et D. BAYON (dir.), *Économie et droit du contrat administratif*, La Documentation française, Paris, 2005, 315 p. Les auteurs énumèrent les règles d'acquisition optimales, parmi lesquelles se retrouve les « procédures négociées ». Ils rappellent que « *L'acheteur public doit avoir recours à ce type de procédures lorsque l'asymétrie informationnelle devient forte et que la structure de marché se rapproche d'un monopole bilatéral* » (p. 44). Dans le cas du marché de la défense, celui-ci est davantage en situation de monopsone contrarié, bien que l'hypothèse de monopole bilatéral se rencontre plus fréquemment que pour les marchés publics civils.

[1448] L'article R. 2361-8 du CCP rallonge le délai minimal de réception des candidatures à 37 jours, contre 30 jours pour le secteur classique (article R. 2161-12). Le code de la commande publique n'impose pas de délai minimal de réception des offres initiales (tandis que l'article R. 2161-14 fixe une limite à 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner), puisque l'article R. 2361-10 prévoit une date limite de réception des offres librement fixée par l'acheteur.

[1449] L'article R.2161-18 impose pour le secteur civil un nombre d'offres restant à négocier suffisant pour assurer une « *concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises* ». Une telle exigence parait trop contraignante pour un MDS.

qu'elle oriente davantage l'offre vers la demande, pourrait renforcer la mise en œuvre des politiques publiques (par exemple, à l'endroit des entreprises innovantes ou des PME).

b. Le dialogue compétitif

1012. Dernière procédure du triptyque, le dialogue technique[1450] semble adapté aux caractéristiques de l'approvisionnement de défense. La proportion des marchés *particulièrement complexes*[1451] dans ce secteur est plus importante que dans le secteur civil[1452]. L'acheteur n'est pas toujours en mesure de définir clairement les moyens (techniques, financiers et/ou juridiques) à même de satisfaire ses besoins, notamment lorsque l'opération vise à intégrer ou combiner plusieurs capacités technologiques ou opérationnelles[1453]. La participation des opérateurs économiques dans la détermination des moyens les plus aptes à satisfaire le besoin de l'acheteur peut alors être intéressante.

1013. Outre la variation des cas d'utilisation entre les marchés publics civils et les MDS[1454], le déroulement du dialogue compétitif dans les MDS se distingue peu. Dans une très large mesure, il reprend les dispositions générales du code de la commande publique. C'est notamment le cas en termes de publication et de son contenu[1455], de même que les règles relatives à l'ouverture du dialogue applicables aux MDS[1456], ou encore celles relatives à sa

[1450] J-M. OUDOT, *op. cit.,* p. 75. L'auteur qualifie le dialogue technique de « *forme moderne* » des procédures mixtes combinant négociation et concurrence.
[1451] Selon l'expression de la directive 2009/81/CE (article 1, point 21). Cette hypothèse correspond aux cas d'usage du dialogue compétitif dans le code de la commande publique (article R. 2324-4).
[1452] Pour autant, la directive 2014/24/UE relève que « *en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années* » (directive 2014/24/UE, *op. cit*., considérant 42).
[1453] Directive 2009/81/CE, 48e considérant.
[1454] Pour les marchés publics civils, ces cas correspondent aux hypothèses de la procédure avec négociation (depuis la transposition de la directive 2014/24/UE et son article 26, point 4). L'adoption du code de la commande publique n'a pas conduit à un tel alignement dans les MDS. Pour ces derniers, l'acheteur peut recourir à cette procédure, soit lorsqu'il « *n'est pas objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* » (article R. 2324-4-1°), soit lorsqu'il « *n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* » article R. 2324-4-2°).
[1455] L'avis de marché ou tout autre document de la consultation doit définir les besoins et exigences de l'acheteur (article R. 2361-13 du CCP, inspiré de l'article R. 2161-64).
[1456] L'article R. 2361-15 du CCP renvoie à l'article R. 2161-26 pour ce qui concerne l'ouverture du dialogue.

clôture[1457]. Néanmoins, quelques spécificités demeurent, identiques à celles valables pour la procédure avec négociation. Les délais sont ainsi rallongés[1458]. En outre, l'acheteur n'est pas soumis, lors de la phase finale du dialogue, à l'exigence d'un nombre minimal de solutions restantes afin d'assurer une concurrence réelle[1459].

1014. Ainsi, s'agissant des procédures formalisées de droit commun, la spécialisation du régime des MDS est somme toute moindre par rapport à d'autres étapes de la procédure de passation. Cette spécialisation vise à apporter plus de flexibilité pour l'acheteur dans le choix et l'utilisation de ces procédures. Leur réagencement (suppression de l'appel d'offres ouvert, recours libre à la négociation) va en effet dans le sens d'une plus grande liberté pour l'acheteur, en même temps qu'il garantit le respect des exigences de sécurité des informations.

2. Les procédures formalisées spéciales : le cas du partenariat d'innovation de défense ou de sécurité

1015. Création de la directive 2014/24/UE, le partenariat d'innovation[1460] a pour objet le développement d'un produit, d'un service ou de travaux, puis l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant, sans nouvelle procédure de passation. Cette procédure spéciale, réservée aux prestations innovantes[1461], semble particulièrement adaptée au secteur de la

[1457] L'article R. 2361-17 renvoie aux articles R. 2161-28 et R. 2161-29 relatifs à l'information des participants sur la clôture du dialogue et l'éventuelle demande de précisions de la part de l'acheteur sur l'offre finale des participants. L'article R. 2361-18 reprend (sans renvoyer à) l'article R. 2161-30. Enfin, l'article R. 2361-19 renvoie à l'article R. 2161-31 en matière de prime aux participants au dialogue.
[1458] Le délai minimal de réception des candidatures est également rallongé à 37 jours (article R. 2361-14 du CCP (contre 30 jours pour le secteur classique, article R. 2161-25).
[1459] Contrairement aux marchés publics civils (article R. 2161-27 du CCP).
[1460] Voy. notamment F. LINDITCH, « Le décret du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics (2e partie) – Le partenariat d'innovation, une procédure *sui generis* », *JCP A*, 2014, n°51-52, 2353 ; E. POURCEL, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°4, étude 5 ; C. MIALOT et T. POULARD, « Le partenariat d'innovation – Retours d'expérience », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2016, n°6, dossier 49.
[1461] C'est-à-dire « *les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés* » (article L. 2172-3, alinéa 2 du code). Pour une présentation du partenariat d'innovation voy. notamment S. HOUDON (« Partenariat d'innovation », *Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 65-12). L'auteur présente cette procédure au regard de ses objectifs, c'est-à-dire vise qu'elle vise « *à stimuler la recherche, la création et le développement dans le cadre de la commande publique afin d'obtenir ensuite le résultat des recherches en fournitures, services ou travaux* » (point 1).

défense. Le code de la commande publique applique le partenariat d'innovation aux MDS (ci-après, PIDS), *via* ses articles L. 2372-1 et R. 2372-17. La possibilité d'un partenariat à long terme pour le développement et l'acquisition d'un produit innovant est intéressante pour des marchés dans lesquels le besoin de l'acheteur ne rencontre pas toujours les solutions déjà disponibles sur le marché.

1016. Les règles relatives au contenu et au déroulement du PIDS renvoient aux dispositions générales du code de la commande publique[1462]. Toutefois, l'acheteur n'a pas l'obligation de définir le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants dans les documents de la consultation[1463]. Le PIDS se distingue dans les règles relatives à la *passation*. La procédure applicable au PIDS est la procédure avec négociation, sans réserve autre que l'inapplication des délais du fait de l'urgence[1464].

1017. L'allègement (mineur) du partenariat d'innovation répond également au besoin de flexibilité du secteur de la défense. En appliquant cette procédure formalisée spéciale issue du secteur classique (et pourtant postérieure à l'adoption de la directive 2009/81/CE) à celui de la défense, le code de la commande publique confirme l'importance que le législateur confère à la politique publique d'innovation[1465].

1018. Les procédures de passation avec mise en concurrence applicables aux MDS s'intègrent pleinement dans le droit commun des marchés publics. L'exemple de la place centrale de la négociation témoigne de cette intégration. Elle démontre que la prise en compte par le droit des marchés publics des spécificités du secteur de la défense ou de la sécurité (en l'occurrence, les exigences techniques et de sécurité de l'acheteur) ne se fait pas au prix d'une remise en cause du principe de l'organisation d'une mise en concurrence. Pour l'essentiel, les MDS obéissent aux règles de droit commun, tant pour les MAPA que les procédures formalisées. Tout au plus, ces règles sont réagencées, assouplies. Cette adaptation a

[1462] Le PIDS reprend ainsi les règles relatives à la structure du partenariat (article R. 2172-23 du CCP), à la définition des objectifs et de la rémunération associés à chaque phase (article R. 2172-24), et à la répartition des droits de propriété intellectuelle (article R. 2172-25).
[1463] Contrairement au partenariat d'innovation du secteur civil (article R. 2172-22 du CCP).
[1464] Ce faisant, l'article R. 2372-18 du CCP se distingue des dispositions applicables aux marchés publics civils, où les corrections de la procédure avec négociation dans le cadre d'un partenariat d'innovation sont nombreuses (article R. 2172-26 à R. 2172-30).
[1465] Cf. *supra* §354 et s.

essentiellement pour objectif de garantir une plus grande flexibilité pour l'acheteur, laquelle vient renforcer le potentiel instrumental des MDS.

II. Les procédures sans mise en concurrence : l'extension des marchés sans publicité ni mise en concurrence

1019. Ces procédures correspondent aux marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables (et sont donc exclusives des *Autres marchés*). Dans le cas des MDS, force est de constater que les hypothèses de recours à de tels marchés sont plus nombreuses que dans le secteur civil. La mise en retrait du principe de mise en concurrence qu'implique de tels marchés est manifestement plus fréquente dans le secteur de la défense ou de la sécurité. À l'image du secteur classique, certaines de ces hypothèses sont liées à une impossibilité matérielle ou juridique de mise en concurrence. Toutefois, les MDS, éminemment politiques, devraient démontrer plus qu'aucun autre type de marché que ladite mise en retrait peut également résulter de la prise en compte des objectifs de politiques publiques (ici, le renforcement de la BITDE). En effet, la bonne réalisation de ces objectifs peut nécessiter la mise en retrait de la mise en concurrence. Se retrouve ici l'idée que la logique de concurrence n'est pas absolue, et peut « *s'effacer* » lorsqu'elle ne constitue pas le meilleur moyen de réaliser l'objectif (politique). Ainsi, les hypothèses de marchés sans publicité ni mise en concurrence dans les MDS se distinguent selon qu'elles sont inspirées du secteur classique (A) ou qu'elles sont propres au secteur de la défense ou de la sécurité (B).

A. Les marchés de défense ou de sécurité sans publicité ni mise en concurrence inspirés du secteur classique

1020. Ces MDS inspirés du secteur classique peuvent se diviser en deux sous-catégories : celles appliquant les hypothèses du secteur civil (1) et celles les adaptant à la marge pour les besoins du secteur de la défense (2).

1. Hypothèses appliquées au secteur de la défense ou de la sécurité

1021. Certains marchés sont passés sans publicité ni mise en concurrence, qu'il s'agisse de marchés publics civils ou de MDS. L'article R. 2322-2 du code de la commande publique reprend le cas des marchés pour lesquels soit aucune offre n'a été soumise dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées (article R. 2122-2 du code pour les marchés du secteur classique).

1022. L'*urgence impérieuse* résultant de « *circonstances imprévisibles et extérieures* », et rendant les conditions de passation incompatibles avec les délais minimaux d'urgence, est également applicable au secteur de la défense[1466]. L'article R. 2322-4 du code de la commande publique donne l'exemple de catastrophes naturelles et technologiques : dans un tel cas, l'objet du marché est limité strictement aux mesures nécessaires pour faire face à l'urgence impérieuse.

1023. L'article R. 2322-7 du code de la commande publique applique également aux MDS le marché relatif à 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* »[1467]. Enfin, les marchés ayant pour objet « *l'achat de matières premières cotés et achetées en bourse* » (article R. 2322-9 du code de la commande publique), ainsi que « *l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses* » (article R.2322-10) sont deux cas également appliqués pour les MDS[1468].

[1466] Les situations d'urgence impérieuse dans le secteur de la défense se présentent plus régulièrement que dans le secteur civil. En appliquant les dispositions de la directive 2004/18/CE relatives à la situation d'urgence impérieuse au cas de la défense, T. KIRAT et D. BAYON (*op. cit.*) donnent plusieurs exemples de ces situations. Ainsi celles-ci « *peuvent survenir lorsque les stocks de munitions ou de pièces détachées s'avèrent insuffisantes pour faire face au besoin des armées, même lorsque cette insuffisance découle moins de situations militaires imprévisibles que d'une mauvaise gestion du système d'approvisionnement* » (p. 103).

[1467] Pour les marchés publics civils, ce cas est uniquement applicable pour le pouvoir adjudicateur (article R. 2122-10 du code). T. KIRAT et D. BAYON (*ibid.*) soulignent que ce cas de figure (correspondant alors à l'article 31, 2), b) de la directive 2004/18/CE) « *concerne à l'évidence les marchés passés dans le cadre des « études amont » du ministère de la défense* » (p. 103).

[1468] Pour les marchés du secteur classique, ce cas est visé à l'article R. 2122-5 du code.

2. Hypothèses adaptées au secteur de la défense ou de la sécurité

1024. L'article R. 2322-5 du code de la commande publique adapte l'hypothèse du marché ne pouvant être confié qu'à un opérateur économique déterminé. Le cas du marché ayant pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique (article R. 2122-3-21°) est, en toute logique, inapplicable aux MDS. En revanche, les cas tenant à des raisons techniques ou à des droits d'exclusivité le sont.

1025. Les raisons techniques intéressent particulièrement le secteur de la défense. Le code énumère certaines de ces raisons techniques :

- *Des exigences spécifiques d'interopérabilité ou de sécurité* pour le besoin du fonctionnement des forces armées ou de sécurité[1469] ;
- La *stricte impossibilité technique de réaliser les objectifs requis* pour tout autre opérateur économique que celui retenu ;
- 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.

1026. Contrairement aux marchés publics civils, l'acheteur n'a pas à justifier qu'il n'existe « *aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché* » (article R.2122-3 du code de la commande publique).

1027. L'adaptation des achats complémentaires de fournitures (article R. 2322-8 du code de la commande publique)[1470] et des marchés relatifs à des prestations similaires (article R. 2322-12) résulte de l'extension du cadrage temporel de leur recours, laquelle est favorable à l'acheteur. Ainsi, s'agissant du secteur civil, la durée de ces marchés complémentaires ne peut dépasser trois ans. Dans le cas des MDS, cette durée passe à cinq ans.

[1469] E. POURCEL, « Décret « Défense et sécurité » : quel impact ? (2e partie) », *Contrats et marchés publics*, février 2012, p. 6-18. L'auteur souligne que cette raison vise « *la commande de matériels qui s'intègrent dans une architecture d'ensemble (...), un existant, au sein d'une armée ou bien en interarmées ou bien encore dans le cadre de coopérations internationales type OTAN* (…) » (p. 15).

[1470] Ce cas de marché passé sans publicité ni mise en concurrence correspond notamment au besoin d'acquérir des pièces de rechange (en ce sens, voy. T. KIRAT et D. BAYON, *op. cit.*, p. 103).

1028. En outre, l'exception à cette durée maximale est entendue plus largement pour le secteur de la défense ou de la sécurité. En ce qui concerne les achats complémentaires, l'exception est applicable pour un « *cas dûment justifié* » dans le secteur classique (article R. 2122-4-1°), tandis qu'elle résulte de *circonstances exceptionnelles* pour les MDS. Ces circonstances sont déterminées « *en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de titulaire* ». Par ailleurs, alors que la durée des marchés de services ou travaux similaires ne peut être étendue dans les marchés publics civils, l'article R. 2322-12 du code de la commande publique reprend les *circonstances exceptionnelles* de l'article R. 2322-8 pour justifier le dépassement de la durée d'un tel marché pour le secteur de la défense ou de la sécurité.

1029. Enfin, les MDS ont connu un rehaussement de la valeur en dessous de laquelle un marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables[1471]. Depuis l'adoption du décret du 23 août 2021[1472], un marché peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque sa valeur estimée est inférieure à 100 000 euros, et à 80 000 euros pour les lots dont le montant cumulé n'excède pas 20% de la valeur estimée de tous les lots (article R. 2322-14 du code de la commande publique).

B. Les marchés de défense ou de sécurité sans publicité ni mise en concurrence propres au secteur de la défense ou de la sécurité

1030. Les MDS sont passés sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les offres présentées sont irrégulières ou inacceptables lors d'une première procédure de passation. En dispensant l'acheteur de ces obligations, l'ensemble des catégories d'offres qui doivent être écartées par l'acheteur entrent dans le champ des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence, et non dans celui de la procédure négociée à l'instar des marchés publics civils (article R. 2124-3-6° du code de la commande publique).

[1471] C'est également le cas des marchés publics civils. L'article R. 2122-8 du CCP, modifié par le décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances, a fait passer ce seuil de 25 000 euros à 40 000 euros.
[1472] Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021, *op. cit.*

1031. Outre le cas de l'urgence impérieuse, les MDS admettent un autre cas de marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalables en cas d'incompatibilité des conditions de passation avec les délais minimaux d'urgence. La situation de *crise*[1473] autorise l'acheteur à recourir à un tel marché. Le code de la commande publique vise notamment les cas où, pour faire face à une *crise* (entendue au sens de l'article R. 2322-3), le marché est conclu « *avec les opérateurs ayant mis en place ou maintenu, en exécution d'un autre marché, les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins* ». Une telle situation justifie le fait que, lorsque la préparation des documents de la consultation est rendue impossible par l'urgence, la passation du marché puisse faire l'objet d'un échange de lettres. À titre d'exemple d'évènements susceptibles de remplir les conditions d'une crise, la directive 2009/81/CE donne en exemple une attaque terroriste sur le territoire de l'Union européenne[1474].

1032. Par ailleurs, une partie conséquente des activités de recherche et de développement entre dans le champ des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables, puisque l'article R. 2322-6 du code de la commande publique y intègre les marchés de service de recherche et développement « *pour lesquels l'acheteur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation* ». Ce faisant, cette disposition contribue, avec l'article R. 2322-7 à une forme de sanctuarisation des activités de recherche et développement, au bénéfice de la BITDE[1475].

[1473] L'article R. 2322-3 du CCP définit la crise comme étant « *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* ». E. POURCEL souligne par ailleurs que cette définition couvre un « *spectre extrêmement large de situations* » (*op. cit.*), p. 14, point 73), d'autant que le code inclue les crises en France (ce qui comprend la situation de guerre civile) comme à l'étranger (incluant « *toutes les crises internationales dans laquelle la France s'engagera* »).

[1474] Directive 2009/81/CE, considérant 54.

[1475] Cette sanctuarisation est complétée par l'article L. 2515-1-8°, c'est-à-dire les « autres MDS » conclus dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de R&D mené conjointement par l'État et un autre État membre 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 (cf. *infra* §XXX). S. RODRIGUES (« Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit.*, p. 156) relève qu' « *il s'agit clairement, par le biais de ces dispositions dérogatoires, d'encourager la RT&D en tant que « moyen crucial de renforcer la Base industrielle et technologique de défense européenne », justifiant ainsi « un maximum de flexibilité dans la passation des marchés de fournitures et de services liés à la recherche* » », citant le considérant 55 de la directive 2009/81/CE.

1033. Un autre cas spécifique aux MDS permet à l'acheteur de se dispenser des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables pour des marchés de services ou de travaux dits *complémentaires* (article R. 2322-11 du code de la commande publique). Alors que le marché initial ne prévoit pas de telles prestations, l'acheteur peut s'affranchir de ces obligations de publicité et de mise en concurrence préalables, lorsqu'elles sont devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue à l'exécution dudit marché. Le code impose en revanche trois conditions cumulatives : une première relative à la *personnalité du cocontractant* ; une deuxième, présentant une alternative, relative aux *prestations* ; une troisième, enfin, sur le *montant des marchés*.

1034. S'agissant de la personnalité du cocontractant, celle-ci s'impose à l'acheteur, dans la mesure où il doit s'agir de l'opérateur économique ayant exécuté le service ou réalisé les travaux du marché initial. Quant à la condition relative aux prestations, le code prévoit deux conditions alternatives. Soit les services et travaux complémentaires « *ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour l'acheteur* » (article R. 2322-11-1° du code de la commande publique), soit, malgré le fait qu'ils soient séparables du marché initial, les services et travaux complémentaires sont « *strictement nécessaires à son parfait achèvement* » (article R. 2322-11-2°). Enfin, s'agissant de la condition relative au montant des marchés complémentaires, celui-ci, cumulé, ne doit pas dépasser 50% du montant du marché initial.

1035. Adapté au contexte dans lequel des forces armées ou de sécurité d'un État membre sont ou vont être déployées à l'étranger, les marchés liés à la fourniture de services de transport maritime et aérien pour lesdites forces peuvent également être passés sans publicité ni mise en concurrence (article R. 2322-13). Ce cas est lié à une incompatibilité avec les délais applicables aux procédures formalisées, puisque « *l'acheteur doit obtenir ces services d'opérateurs économiques qui garantissent la validité de leur offre uniquement pour des périodes très brèves* »[1476].

1036. Enfin, dès lors qu'il est d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée, le marché de fournitures ou de services nécessaire à l'exécution de tâches scientifiques ou

[1476] Sur le caractère « *étonnant* » de ce dispositif, voy. E. POURCEL (« Marchés publics de défense et de sécurité – Principes généraux et règles de passation », *op. cit.*, point 77).

techniques dans le domaine de la recherche, du développement, de l'étude ou de l'expérimentation peut être passé sans publicité ni mise en concurrence préalables (article R. 2322-15 du code de la commande publique[1477]). Néanmoins, le marché ne doit pas avoir d'objectif de rentabilité, et doit être exclusif des prestations de fonctionnement courant du service.

1037. Les cas de MDS sans publicité ni mise en concurrence sont au carrefour du droit commun et du droit spécial. Les hypothèses inspirées du secteur civil en sont l'illustration. Au côté des cas appliquant purement et simplement ceux connus du droit commun, s'ajoutent les cas s'adaptant au secteur de la défense ou de la sécurité, conduisant à élargir la possibilité de recourir à un marché sans publicité ni mise en concurrence. Cette considération est renforcée par la présence de cas propres aux MDS. Le droit des marchés publics intègre un contexte technique et opérationnel inconnu du secteur classique, qui a nécessité la mise en place de notions sur mesure (telle la crise). Ainsi, l'élargissement des procédures sans mise en concurrence contribue à renforcer l'adaptation générale du droit des marchés publics à l'objet spécial qu'il encadre. Elle confirme la souplesse de l'impératif de concurrence, et renforce, là encore, l'instrumentalisation des MDS.

1038. Conclusion de la sous-section. Les procédures de passation et leur choix par l'acheteur n'est pas étranger à l'instrumentalisation des marchés publics. La spécialisation des procédures, mouvement transverse aux contrats de la commande publique, l'illustre, certaines d'entre elles étant tournées vers la prise en compte d'objectifs de politique publique. Néanmoins, il s'agit avant tout d'une étape durant laquelle le droit des marchés publics s'adapte au marché en cause. La diversité de procédures de passation permet d'épouser un maximum de situations particulières de marché (essentiellement du point de vue de leur objet ou des circonstances de sa conclusion). Cela est tout particulièrement vrai pour les MDS, mais ceux-ci focalisent une considération qui vaut pour les marchés publics civils, lesquels nécessitent également que le droit leur offre tout un panel de procédures de passation. La spécialisation de ces procédures renforce également cette considération.

[1477] Ce cas de marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalable se distingue en ce qu'il s'agit d'une innovation issue du décret n° 2021-1111 du 23 août 2021.

1039. Dans le cas des MDS, le réagencement dans le choix des procédures formalisées profite à double-titre à l'acheteur. La fermeture de l'appel d'offres ouvert garantit automatiquement pour l'acheteur une première sauvegarde de la sécurité des informations pour la passation. La liberté de recourir à la procédure de négociation lui offre en outre une plus grande flexibilité, sans que l'acheteur n'ait à en justifier le recours. La capacité d'adaptation du droit des marchés publics permet ici de répondre aux besoins de sécurité, notamment des informations, au stade du choix de la procédure de passation. Si la multiplication des cas de marché sans publicité ni mise en concurrence distingue les MDS (c'est assurément à ce stade le trait saillant de la spécificité de ces marchés), elle n'est en définitive qu'une extension de la possibilité de passer de tels marchés. Par ailleurs, elle confirme que la concurrence sait « s'effacer » lorsque le contexte du marché en cause l'impose. Cet effacement parait lié à la bonne réalisation des objectifs de politique publique applicables, en ligne droite avec la finalité du droit des marchés publics.

1040. Conclusion de la section. Pour une large part, les étapes précédant l'engagement de la procédure de passation ne sont guère spécifiques pour les MDS. Le secteur de la défense s'intègre dans le cadre prévu pour les marchés publics civils, avec simplement des règles plus souples. De ce point de vue, le droit des marchés publics balance davantage vers la dimension « *marchés publics* » que la dimension « *politiques publiques* ». En effet, les spécificités du secteur de la défense semblent pouvoir se fondre sans difficulté dans ce régime.

1041. L'instrumentalisation des MDS n'est donc pas compromise par l'application adaptée des règles de droit commun aux MDS. Comme pour les marchés publics civils, elle se réalise essentiellement au stade de la définition du besoin, notamment avec des spécifications techniques spéciales. Le recours à des procédures spéciales, commun à l'ensemble des marchés publics, renforce la prise en compte d'objectifs de politique publique. En parallèle, le droit des marchés publics s'est adapté aux besoins spécifiques du secteur de la défense. Ainsi en est-il du recours plus fréquent au prix provisoire, de la négociation comme principe ou encore de la mise à l'écart de la mise en concurrence lorsqu'elle s'avère inutile ou incompatible avec l'objet du marché ou les circonstances de sa conclusion.

1042. De ce point de vue, les étapes avant l'engagement de la procédure de passation démontrent que l'instrumentalisation passe par l'adaptation du droit des marchés publics,

renforcée dans le cas des MDS. Ce sont deux mouvements parallèles, régis par le respect des principes directeurs applicables aux marchés publics.

Section 2. Les obligations de publicité dans les marchés de défense ou de sécurité

1043. Le choix des États membres d'intégrer les marchés publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité dans le champ du droit des marchés a pour conséquence inévitable d'appliquer des obligations de publicité à l'échelle de l'Union européenne. Elles constituent la première application du principe de transparence. C'est à ce niveau que l'équilibre des adaptations entre concurrence et défense semble être le plus délicat à atteindre. En arrière-plan, se cache une tension entre leurs impératifs respectifs : la transparence du droit des marchés publics et le secret inhérent au secteur de la défense (et à la dimension traditionnellement nationale de cette dernière)[1478]. Ainsi, la publicité se trouve au cœur de la « *zone de friction* » entre la concurrence et la défense. Le droit des marchés publics doit par conséquent « réconcilier » ces deux impératifs antinomiques.

1044. Il convient donc d'analyser comment cette tension entre transparence et secret rejaillit sur le droit applicable, à travers la place qu'occupe la publicité dans les MDS (Sous-section 1). L'étude des modalités de publicité devrait permettre de déterminer la fonction réconciliatrice du droit des marchés (ici, la réconciliation entre transparence et secret). Ce faisant, l'étude des modalités de publicité dans les MDS doit illustrer la flexibilité de ce droit (Sous-section 2).

[1478] Cf. *supra* §425-429.

Sous-section 1. La publicité dans les marchés de défense ou de sécurité

1045. La conséquence directe du principe de transparence consiste en la mise en œuvre d'obligations de publicité. La publicité est par principe impérative dans les marchés publics. Elle ne peut subir d'entorses que par exception, de manière strictement limitée par le droit des marchés publics. Le secret et la transparence ont d'ailleurs cette *transversalité* en commun. L'un et l'autre sont en effet transversaux à la procédure de passation, c'est-à-dire tout son long, étant donné qu'il s'agit de protéger continuellement ses impératifs. Le droit des marchés publics ne manque pas de prendre en compte de façon transversale les informations classifiées dans les MDS (à commencer par leur définition-même), lesquelles matérialisent le secret. Ainsi, les MDS reposent sur des obligations de publicité rendues *nécessaires* par le principe de transparence (I). Dans le même temps, ces obligations de publicité se trouvent *concurrencées* par la protection du secret (II).

I. L'application d'obligations de publicité rendues nécessaires par la transparence

1046. L'application d'obligations de publicité répond à une exigence universelle (A). Cette universalité permet de déterminer dans quelle mesure ces obligations doivent s'appliquer aux marchés de défense (B).

A. Les obligations de publicité, une exigence universelle

1047. Les obligations de publicité constituent une déclinaison du principe de transparence (1), ce qui explique pourquoi elles constituent un impératif adaptable (2).

1. Une déclinaison du principe de transparence

1048. La publicité peut se définir comme « *l'action par laquelle l'entité publique porte à la connaissance des candidats potentiels son intention de passer une commande en fixant les grandes lignes de fond et de procédure* »[1479]. Définir la publicité, c'est donc rappeler la place essentielle qu'elle occupe dans l'application d'un mode d'attribution concurrentiel des achats publics. Elle constitue d'une part une garantie du libre accès à la commande publique et de l'égalité de traitement des candidats. En effet, elle suppose la publicité des informations les plus essentielles de l'achat public projeté, et ce pour l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. D'autre part, la publicité doit permettre à l'acheteur d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse (et donc la bonne utilisation des deniers publics), en diversifiant l'offre. La publicité, y compris dans les MDS, doit être au cœur de l'obligation juridique de mise en concurrence, et s'avère être indispensable pour remplir cette dernière[1480].

1049. Les obligations de publicité sont une déclinaison du principe de transparence, ce qui ne signifie pas, toutefois, que celui-ci est satisfait par la seule application d'obligations de publicité[1481]. La transparence, applicable tout le long de la procédure de passation des contrats de la commande publique, y compris après leur attribution, vise notamment à garantir un *degré de publicité adéquat*[1482], justifiant notamment la mise en place des obligations de publicité *stricto sensu*.

1050. Les obligations de publicité absorbent la transversalité du principe de transparence : l'acheteur est, selon le marché en cause, débiteur de telles obligations avant et après l'attribution du marché. À ce titre, il n'est donc pas surprenant de constater que la directive 2014/24/UE comprenne une section intitulée « *Publication et transparence* », regroupant les publications, supports des obligations formelles de publicité, et le principe susmentionné. Les obligations de

[1479] B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015, p. 338.
[1480] Voy. notamment P. LE BOUËDEC, « Publicité et information des candidats », *Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 60-30. point 8.
[1481] Dans son étude d'impact sur la proposition de directive (*op. cit.*), la Commission rappelle ainsi que « *la transparence des marchés publics repose non seulement sur la publication, mais aussi sur l'établissement préalable des règles de procédures de passation des marchés.* » (p. 26). À ce titre, sont donnés en exemple les délais, les critères de sélection/d'attribution et les conditions d'exécution du contrat.
[1482] CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, *op. cit*.

publicité puisent, tant leurs origines que leur finalité, dans le principe de transparence[1483]. Cette génétique de la publicité explique ainsi pourquoi les obligations qui y ont trait sont par essence adaptées au marché.

2. Les obligations de publicité, un impératif adaptable

1051. En effet, il y a une forme de variation de l'intensité des obligations de publicité en fonction de la procédure de passation choisie. Cette variation découle du caractère *adéquat* de la publicité. Il existe un rapport de dépendance entre le contenu des obligations de publicité et le choix de la procédure de passation. Ainsi, une mise en adéquation des obligations de publicité avec les caractéristiques du marché se constate. Ce lien avec le choix des procédures de passation permet de s'assurer que les obligations de publicité sont proportionnées (ou *adéquates*) à la prestation soumise à obligation de mise en concurrence. Cette variation fait correspondre les obligations de publicité avec les caractéristiques de l'achat. S'agissant des marchés publics, y compris de défense ou de sécurité, cette mise en adéquation découle du fait qu'ils sont passés « *selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion* »[1484].

1052. Il en ressort schématiquement trois niveaux d'intensité des obligations de publicité. Un marché peut être passé sans publicité[1485], selon des modalités de publicité non formalisées (c'est-à-dire librement adaptées par l'acheteur), ou bien selon des modalités de publicité formalisées (c'est-à-dire imposées à l'acheteur). Dans le cas du premier niveau d'intensité, cette transparence sans publicité illustre le fait que les deux notions se distinguent, notamment dans leur champ d'application.

[1483] A-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, *op. cit*. L'autrice écrit ainsi : « *La finalité des mesures de publicité, et surtout des informations qui en font l'objet, est d'assurer la transparence du processus de passation* » (p. 416).

[1484] Article L. 2120-1 du CCP (pour les marchés de droit commun) et article L. 2320-1 (pour les MDS).

[1485] Les marchés passés sans publicité appliquent tout de même le principe de transparence, lequel vise alors « *à assurer l'impartialité et l'accessibilité fondamentales des procédures d'adjudication* » (conclusions de l'avocat général N. FENNELLY dans la décision *Telaustria*, point n°43). En effet, les principes fondamentaux de la commande publique s'appliquent en toute circonstance, y compris aux marchés exclus du champ des règles de passation. En ce sens, voy. la décision CE, 5 février 2018, *CNES et a*., n° 414846, 414868, 414869, 414937, tables du *Lebon*.

1053. Or, si la publicité se distingue de la transparence, elle se distingue également de la *publication*. En effet, la publicité n'exige pas nécessairement la mise en œuvre de règles de publication[1486]. Les supports de publicité (au cœur des dispositions de la section « *Publication et transparence* » des directives de 2014) constituent l'un des moyens pour l'acheteur de remplir ses obligations de publicité : ils s'imposent pour les marchés soumis à l'application la plus rigoureuse de mise en concurrence. L'acheteur est alors contraint par le formalisme de ces supports et les règles relatives à leur contenu.

B. Les obligations de publicité, une exigence applicable aux marchés de défense ou de sécurité

1054. Au regard de sa finalité, la publicité s'impose par principe à tous les contrats de la commande publique. Les obligations qui en découlent, y compris les plus formelles, ont donc vocation à s'appliquer également aux MDS. Plus qu'une conséquence logique de l'application du droit des marchés publics au secteur de la défense, la mise en place d'obligations de publicité apparait comme une nécessité impérieuse pour l'émergence d'un véritable marché de la défense à l'échelle européenne (et, par extension, l'établissement d'une BITDE).

1055. La directive 2009/81/CE, née de la conviction que l'émergence du MEED passe notamment par l'application d'une attribution concurrentielle des achats publics, s'appuie sur une plus grande transparence, et fait donc du recours à la publicité européenne le principe[1487]. Ce recours devrait en effet augmenter mécaniquement la concurrence, y compris dans le cas du

[1486] P. LE BOUËDEC (*op. cit.*), point n°6. L'auteur cite en ce sens les conclusions de l'avocat général N. FENNELLY: « *Nous acceptons également l'argument soulevé par l'agent du gouvernement autrichien en ce sens que la publicité ne doit pas être nécessairement assimilée à la publication* » (point n° 43). Ainsi, l'absence de publication ne signifie pas l'absence de publicité, et encore moins l'absence de transparence.

[1487] T. KIRAT, « Réglementation et performance », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 65-74. L'auteur souligne l'intérêt d'une plus grande transparence via une publicité européenne, et son lien avec le développement de la concurrence, s'agissant des marchés de défense pour lesquels le recours à l'article 296 TCE (aujourd'hui 346 TFUE) ne se justifie pas. Il relève que « *le développement de la transparence* (…) *supposerait que les États publient les appels d'offres au Journal officiel de l'U.E.* (…) », et que « *le renforcement de la transparence* (…) *ne peut que conduire à celui de la concurrence au sein de l'UE* » (p. 73).

secteur de la défense[1488]. Le code de la commande publique affirme quant à lui cet effet mécanique de la publicité sur le niveau de concurrence, puisqu'il applique aux MDS le principe fondamental de l'obligation d'une publicité préalable à la charge de l'acheteur, afin de « *susciter la plus large concurrence* »[1489].

1056. Comme pour le choix de la procédure générant une variation dans les obligations de publicité, l'application dudit principe fondamental varie également, « *en fonction de l'objet du marché, de la valeur estimée hors taxe du besoin ou de l'acheteur concerné* ». Ce *degré de publicité* (notamment préalable) *adéquat* laisse à penser que, moyennant une adaptation des règles de publicité (principalement en termes de publication), la publicité des MDS ne se distinguerait qu'à la marge du droit commun des marchés publics. Dans sa partie réglementaire, le code de la commande publique pose à ce titre les règles en matière de supports de publicité propres aux MDS[1490]. Les obligations de publicité doivent ainsi assurer la transparence pour tous les MDS dans lesquels la publicité doit s'imposer, avec un formalisme plus ou moins important.

1057. Si les biens et services de défense ou de sécurité soumis au droit des marchés publics nécessitent effectivement des mesures spéciales, il s'agit de marchés qui, par définition, échappent au régime dérogatoire de l'article 346 TFUE (et de manière générale à celui des *Autres marchés*), ainsi qu'aux cas spécifiques de MDS passés sans publicité[1491]. En écartant ces hypothèses, qui restent par ailleurs soumises au respect des principes directeurs des marchés publics[1492], il reste des marchés qui doivent respecter des obligations de publicité, allant de modalités adaptées jusqu'à un certain degré de formalisme.

[1488] *Ibid.* T. KIRAT ajoute que « *seule la publicité est de nature à susciter des propositions de la part d'entreprises européennes qui, en la matière, sont essentiellement des petites et moyennes entreprises.* ». J-M. OUDOT (« La passation des marchés publics de défense », *op. cit*., p. 82), écrit également que « *le recours plus fréquent à la publicité [augmente] de fait le degré de concurrence », de sorte que le développement de la publicité devrait accentuer les « pressions concurrentielles* ».

[1489] L'article L. 2331-1du CCP applique l'article L. 2131-1 aux MDS. Par ailleurs, ce principe fondamental de l'obligation d'une publicité préalable souligne que, plus généralement, la transparence dans les contrats de la commande publique a pour objectif, sinon *premier*, au moins *direct*, de mettre en place un marché de l'achat public concurrentiel.

[1490] Article R. 2331-2 à R-2331-9 du CCP.

[1491] Cf. *supra* §1019 et s.

[1492] Cf. *supra* §147-149.

1058. Toutefois, à l'instar du principe de transparence, la publicité semble se heurter au secret qui définit dans une certaine mesure les activités de défense, par essence opaques[1493]. Cette apparente confrontation est d'autant plus importante que la publicité dans les marchés publics peut aller jusqu'à impliquer des obligations de publication à la charge de l'acheteur. Il n'est plus seulement question de conciliation, comme c'est par exemple le cas de l'aménagement prévu par le code de la commande publique, aux fins d'ajuster l'exigence d'une définition préalable par rapport à l'aléa technique propre au secteur de la défense[1494]. Le droit des marchés publics semble devoir ici résoudre un conflit latent entre les exigences du secret dans la défense et la transparence *via* la publication dans les marchés publics. C'est à nouveau sur sa capacité adaptative que le droit des marchés publics doit s'appuyer pour faire bonne application des obligations de publicité, lesquelles se trouvent concurrencées[1495] par l'exigence de protection du secret.

II. Des obligations de publicité concurrencées par la protection du secret : l'adaptation des règles générales applicables à la passation des marchés

1059. Les obligations de publicité se trouvent concurrencées par l'exigence de protection du secret, de sorte qu'il résulte un *droit du secret* applicable aux marchés publics. Le code de la défense définit les *régimes juridiques de défense d'application permanente*[1496], au premier rang desquels figure le secret de la défense nationale[1497]. Ce régime a donc vocation à jouer pour les contrats de la commande publique. Du fait des obligations en matière de protection du

[1493] Cf. *supra* §417 et s. Sur le rapport entre le principe de transparence (au-delà de la transparence dans le droit de la commande publique) et le secret (au-delà du secret de la défense nationale), voy. notamment B. WARUSFEL, « Les secrets protégés par la loi, limites à la transparence », *Revue générale nucléaire*, 2003, n° 1, janvier-février, pp. 62-66.
[1494] Cf. *supra* §940 et s.
[1495] Ou est-ce le secret qui se trouve concurrencée par la transparence et les obligations de publicité qui l'accompagnent et la matérialisent ? Voy. notamment E. POURCEL, « Marchés publics de la défense nationale : « fiat lux » sur le secret », *Contrats et Marchés publics*, juin 2006, étude 6, p. 6-13. Par ailleurs, le secret de défense est lui-même de plus en plus encadré. Dès 2001, un auteur relève que « *D'ores et déjà, le secret de la défense nationale est entré en France dans un processus de réconciliation avec le droit et avec les principes fondamentaux d'un État démocratique et d'une société de l'information* » (B. WARUSFEL, « Le secret défense entre les exigences de l'État et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, 2001, n° 199, 11 p.).
[1496] Article L. 2311-1 à L. 2391-5 et R. 2311-1 à R. 2391-1 du C. Défense.
[1497] Article L. 2311-1 à L. 2313-1 et R. 2311-1 à R.2312-2 du C. Défense.

secret de la défense nationale, le droit des marchés publics a donc dû adapter certains de ses principes généraux applicables aux procédures de passation. Or, la confidentialité est une obligation générale qui a cours dans les marchés publics civils (1). Néanmoins, un principe général a été mis en place spécifiquement pour les MDS : le principe général de protection des informations classifiées (2).

A. L'obligation générale de confidentialité, une disposition suffisante ?

1060. La confidentialité a intégré très tôt les règles des marchés publics civils, à travers les marchés de fournitures[1498]. Puis, les directives marchés publics de 2004 ont adopté un article consacré à la confidentialité, applicable à toutes les catégories de marchés publics, et, en tant que *disposition générale*, applicable à toutes les procédures de passation couvertes par les directives[1499]. Initialement, cette question ne concernait que la garantie de la confidentialité des informations transmises par les opérateurs économiques aux pouvoirs adjudicateurs (l'article 6 de directive 2004/17/CE mentionne « *notamment* » les secrets techniques ou commerciaux, ou encore les aspects confidentiels des offres). La transposition de cette règle en droit interne a repris alors cette règle générale de confidentialité unilatérale. L'article 32 du CMP visait, non seulement « *la confidentialité des candidatures et des offres* », mais également « *l'intégrité des données* » [1500]. Ainsi, seule la confidentialité des candidatures et des offres était couverte par cette règle, qui ne s'appliquait pas aux informations transmises par le pouvoir adjudicateur aux opérateurs économiques.

1061. La directive 2014/24/UE a été l'occasion d'étendre le champ d'application de l'obligation générale de confidentialité aux informations communiquées par les acheteurs. L'article L. 2132-1 du code de la commande publique dispose que les acheteurs du secteur classique *peuvent* imposer des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils mettent à disposition des opérateurs économiques, et ce « *dans le cadre de la procédure*

[1498] En ce qui concerne les marchés publics de fournitures, la confidentialité fait partie des « *règles communes de participation* » (article 17), dès la directive 77/62/CEE (Directive 77/62/CEE du Conseil du 21 décembre 1976, *op. cit.*).
[1499] Directive 2004/18/CE, article 6, et directive 2004/17/CE, article 13.
[1500] La directive 2004/18/CE ne vise quant à elle que la non-divulgation des renseignements communiqués par les opérateurs économiques « *à titre confidentiel* » (article 6).

de passation »[1501]. Il en résulte que l'obligation de confidentialité s'impose en toute circonstance à l'acheteur, tandis qu'elle est optionnelle à destination des opérateurs économiques, selon que l'acheteur impose ou non une telle obligation.

1062. Le code de la commande publique ne précise toutefois pas quelles sont les informations communiquées par l'acheteur susceptibles d'être couvertes par ce principe général de confidentialité. Au contraire, les informations confidentielles communiquées par les opérateurs économiques et couvertes par l'obligation de confidentialité à la charge de l'acheteur sont quant à elles désormais définies par le code de la commande publique. En effet, dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24/UE, le code précise la nature de ces informations : il s'agit des informations « *dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant ou du prix total ou du prix détaillé des offres* »[1502].

1063. Cette extension du champ d'application de l'obligation générale de confidentialité semble pouvoir couvrir la protection des informations dont la divulgation serait contraire à l'intérêt de la sécurité nationale d'un État membre, c'est-à-dire les informations classifiées. Le législateur a d'ailleurs saisi l'opportunité de l'adoption du code de la commande publique pour appliquer cette obligation générale aux MDS[1503]. Néanmoins, elle ne vise pas spécifiquement ce type d'informations, dont la protection justifie en grande partie l'adoption d'un régime spécifique aux MDS. Or, lors de la rédaction de la directive MDS, le législateur de l'Union européenne a jugé opportun d'ajouter, en sus de l'obligation générale de confidentialité à la charge de l'acheteur[1504], un principe général de protection des informations classifiées pour les MDS.

[1501] La formulation de la directive/2014/24 est davantage explicite, mettant en exergue la transversalité de cette exigence, applicable « *tout au long de la procédure de passation de marché* » (article 21.2).
[1502] Article L. 2132-1, al. 1 du CCP.
[1503] L'article L. 2332-1 du CCP a un champ d'application plus large que l'article 6 de la directive 2009/81/CE, puisqu'il reprend la possibilité pour l'acheteur d'imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique dans le cadre de la procédure de passation (ce qui n'était pas prévu par l'obligation de confidentialité prévue à l'article 6 de la directive).
[1504] Article 6 de la directive 2009/81/CE.

B. L'adoption d'un principe général de protection des informations classifiées propre aux marchés de défense ou de sécurité

1064. L'extension du champ d'application de l'obligation générale de confidentialité dans les marchés publics semble s'être inspirée du principe général de protection des informations classifiées propres aux MDS. Dans le cadre de cette protection, l'acheteur a la possibilité d'imposer des exigences visant à protéger les informations classifiées, communiquées lors de la consultation[1505] (de la même façon qu'il le peut dans les marchés publics civils au titre de la confidentialité). En outre, les opérateurs économiques ayant la charge de cette protection doivent veiller à ce que leurs sous-traitants respectent ces exigences (cette application à l'ensemble de la chaîne contractuelle n'est pas, quant à elle, prévue pour les marchés publics civils).

1065. Une telle disposition vise à garantir la sécurité de l'information lors de la phase précontractuelle du marché, c'est-à-dire jusqu'à l'attribution du marché. L'acheteur peut ainsi imposer aux opérateurs économiques des engagements précontractuels relatifs à la protection des informations classifiées qui sont communiquées lors de la procédure de passation. Ces engagements précontractuels (par exemple, l'obtention d'une habilitation de sécurité) conditionnent alors la participation des opérateurs économiques à la procédure de passation, ainsi que leur accès aux documents de la consultation, susceptibles de contenir de telles informations.

1066. Le principe général de protection des informations classifiées met en exergue la transversalité du secret, constitutive d'un « *continuum allant de la passation à l'exécution en passant par la sous-contractance* »[1506]. La sécurité des informations est *précontractuelle*,

[1505] L'inspiration est d'autant plus évidente que la directive MDS prévoit que les exigences de l'acheteur relatives à la « *Protection des informations classifiées* » s'appliquent « *tout au long de la procédure d'appel d'offres et d'adjudication* » (article 7). La circonstance que la directive 2009/81/CE a été adoptée dans le prolongement des directives marchés de 2004 et antérieurement à la directive marchés de 2014, pourrait amener à considérer que le champ d'application de l'obligation générale de confidentialité englobe le principe général de protection des informations classifiées dans une potentielle réécriture prochaine de la directive MDS. Le code de la commande publique a toutefois conservé la distinction entre l'obligation générale de confidentialité, applicable à tous les marchés publics, et le principe général de protection des informations classifiées, applicable aux MDS.

[1506] E. POURCEL « MPDS : protéger le secret », *Lexis 360° Collectivités territoriales*, fasc. n°2843, point 3.2.2.

applicable aux informations classifiées transmises lors de la procédure de passation (dans le cadre de l'élaboration et la soumission de l'offre). Elle est également *contractuelle*, applicable aux informations classifiées transmises en cours d'exécution du marché.

1067. Il ne s'agit donc pas pour l'acheteur de veiller seulement à ce que le titulaire dispose de la capacité à assurer la sécurité de l'information en cours d'exécution du contrat lors de la procédure de passation (sécurité des informations *vérifiée par* la procédure de passation). Il doit également s'assurer que les opérateurs économiques participant à la procédure de passation puissent garantir la sécurité de l'information classifiée communiquée lors de la consultation (sécurité de l'information *appliquée pour* la procédure de passation).

1068. Le code de la commande publique décline la protection des informations classifiées en plusieurs dispositions réglementaires[1507]. L'article R. 2300-1 fait référence à l'arrêté du Premier ministre fixant les conditions dans lesquelles « *est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les marchés publics et autres contrats* ». En l'occurrence, il s'agit de l'IGI 1300, relative à la protection du secret de la défense nationale. Elle détaille notamment les mesures de sécurité applicables dans le cadre d'un contrat de la commande publique[1508]. L'IGI 1300 est par ailleurs déclinée au niveau du ministère des armées dans l'IM 900, adaptée aux spécificités du ministère.

1069. La protection des informations classifiées combine des dispositions du code de la commande publique, avec les règles de l'IGI 1300. Les deux textes visent à garantir la protection du secret de la défense nationale, *via* l'exigence d'une habilitation de sécurité. Or, cette exigence, notamment lorsqu'elle intervient dès le stade de la candidature[1509], a pour effet de réduire l'accès au marché des opérateurs économiques non habilités (en particulier les

[1507] Articles R. 2332-8, R. 2343-4, R. 2343-5 et R. 2351-14 du CCP.

[1508] Ce mesures sont applicables au contrat principal, ainsi qu'aux sous-contrats (rubrique 4.4). Elles sont classées en fonction de la vie du contrat, c'est-à-dire : avant la signature du contrat (rubrique 4.4.1), pendant son exécution (rubrique 4.4.2) et à la résiliation et terme du contrat (rubrique 4.4.3). L'exigence de l'obtention d'une habilitation de sécurité est au cœur de ces mesures de sécurité. Elle l'est également dans le code de la commande publique dont l'article R. 2343-4 dispose que « *au titre de la passation ou de l'exécution, nécessite ou comporte des supports ou des informations protégées ou classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale* ».

[1509] L'acheteur dispose de la faculté d'exiger ou non la production d'une habilitation de sécurité dès le stade de la candidature. Lorsqu'il ne le fait pas, l'IGI prévoit un certain nombre d'assouplissements pour les personnes morales qui ne sont pas habilitées (IGI n°1300, *op. cit.*, point 4.4.1.3, « Communication d'informations et supports classifiés en phase précontractuelle »). Ces règles ne s'appliquent pas lorsque l'acheteur exige la production d'une habilitation de sécurité dès le stade de la candidature.

extranationaux) au marché. Le code et l'IGI concourent toutefois à limiter cet effet néfaste pour la concurrence, et donc, pour le développement de la BITDE.

1070. Conclusion de la sous-section. L'ambivalence des MDS apparait clairement ici. D'un côté, ils relèvent d'une logique de publicité et transparence car ils sont des contrats économiques faisant appel à un opérateur économique. D'un autre côté, leur dimension publique est particulièrement marquée et se révèle notamment dans la sécurité des informations et la confidentialité qu'elle impose. Cette ambivalence entre leur logique économique et leur nature profondément publique, régalienne, se traduit par un régime sur-mesure, la règle de droit s'adaptant au milieu auquel elle s'applique et aux enjeux spécifiques qui sont les siens. Cette adaptation de la règle de droit constitue une autre dimension de l'instrumentalisation, celle de la règle elle-même qui se fixe des objectifs spécifiques (en l'occurrence, la protection du secret de la défense nationale), dépassant ainsi le strict approvisionnement.

1071. La protection des informations classifiées a donc une incidence sur les obligations de publicité qui découlent de l'exigence de transparence. Il reste à déterminer comment le régime des MDS concilie deux exigences, transparence et secret, dont la force semble identique, étant toutes deux transversales et d'application permanente. Or, l'étude du contenu des obligations de publicité démontre que l'adaptation du droit des marchés publics ne réside pas tant dans le contenu de ces obligations, mais dans leurs modalités.

Sous-section 2. Les modalités de publicité dans les marchés de défense ou de sécurité

1072. Les modalités de publicité dans les MDS, incarnées par des obligations de publication, doivent permettre à l'acheteur de remplir son obligation de transparence, y compris au regard des exigences s'imposant aux opérateurs économiques en matière de protection du secret. Dans le même temps, les modalités de publicité ne doivent pas compromettre l'autre obligation de l'acheteur, c'est-à-dire de veiller à la protection des informations classifiées ou protégées dans l'intérêt du secret de la défense nationale. Ainsi, s'agissant des MDS, ces modalités doivent faire l'objet d'une adaptation conciliant ces obligations de publicité avec

celles en matière de sécurité des informations classifiées ou protégées. Cette adaptation peut alors être mesurée par l'analyse des publications (leur mise en œuvre et leur contenu) applicables aux MDS.

1073. L'étude des modalités de publicité devrait démontrer que les règles les plus essentielles en matière de publication et d'information des candidats demeurent dans ces marchés. Elles reprennent le principe des supports de publicité préalable ou *ex post*, tandis que les règles relatives à leur publication ne varient que peu[1510]. À l'instar du secteur civil, deux types de modalités peuvent être distinguées, selon le degré de formalisme qui s'impose à l'acheteur. Ainsi, les MDS peuvent faire l'objet de modalités de publicité librement choisies par l'acheteur (I) ou bien être soumis à des modalités formalisées (II).

I. Les modalités de publicité librement choisies par l'acheteur

1074. Les hypothèses permettant à l'acheteur de fixer librement les modalités de publicité adaptées sont plus nombreuses dans les MDS que dans les marchés publics civils. Le décret n°2021-1111 du 23 août 2021 a supprimé tout formalisme s'agissant des MAPA dans le domaine de la défense ou de la sécurité (A). Ainsi, ces marchés obéissent désormais en toute hypothèse à des règles de publicité librement choisies par l'acheteur, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique (B).

A. La suppression du formalisme dans les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée

1075. La notice du décret n°2021-1111 du 23 août 2021 souligne l'objectif de simplification des modalités de passation des MDS, « *en particulier ceux répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen* ». Cet objectif s'appuie sur deux mesures. Outre le relèvement des seuils, qui a pour conséquence de faire basculer tous les MDS

[1510] Depuis l'adoption du décret n°2021-1111 du 23 août 2021, les modalités de publication dans les MDS se distinguent par leur simplification.

de moins de 100 000 euros HT dans le champ des marchés sans publicité ni mise en concurrence[1511], le décret supprime également l'obligation de publication au BOAMP des avis de marché et des avis d'attribution. La suppression de cette obligation a un impact sur les MDS à procédure adaptée.

1076. En effet, les MDS passés selon une procédure adaptée en raison de leur montant se voyaient initialement appliquer un formalisme issu des dispositions générales. Ainsi, lorsque la valeur estimée du besoin était supérieure à 90 000 euros HT et inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur avait pour obligation de publier un avis de marché conforme au modèle annexé au code de la commande publique[1512]. Avec la suppression de toute obligation de publication au BOAMP, l'ensemble des MDS à procédure adaptée sont dispensés d'un tel formalisme. La suppression de l'article R. 2331-6 du code de la commande publique a pour conséquence accessoire de supprimer également la publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. En outre, une publication supplémentaire dans un journal spécialisé du secteur économique concerné par le marché ou au JOUE est nécessaire.

1077. Néanmoins, la suppression du formalisme imposé dans les MDS à procédure adaptée n'interdit pas à l'acheteur de faire le choix d'y recourir, notamment s'il estime qu'une publication (notamment au BOAMP), accompagnée éventuellement d'une publication supplémentaire, est « *nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché* »[1513]. Par extension, l'acheteur peut faire le choix de publier un avis d'attribution, alors même qu'il n'y est pas tenu par le code de la commande publique.

[1511] Cf. *supra* §1029.

[1512] L'annexe n°19 du code (codifiant l'arrêté du 22 mars 2019 fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés et des accords-cadres de défense ou de sécurité) vise notamment l'avis de marché mentionné à l'article R.2331-6 (Annexe n°19, article 1er). Outre les mentions rendues obligatoires dans le code, cet avis doit contenir un certain nombre de rubriques (« *Rubrique I.1. "Nom, adresses et point(s) de contact"; 2° Rubrique II.1.1. "Intitulé"; 3° Rubrique II.2.5. "Critères d'attribution"; 4° Rubrique IV.2.2. "Date limite des demandes de participation"; 5° Rubrique VI.5. "Date d'envoi du présent avis".* »). En se référant à l'article R.2331-6 du code, l'Annexe n°19 vise ainsi une disposition abrogée du code de la commande publique.

[1513] À l'instar de la publication supplémentaire susmentionnée, fruit d'une appréciation de l'acheteur, « *compte tenu de la nature ou du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause* (…) *nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché* » (article R. 2131-12-2°, alinéa 2 du CCP).

1078. Ce faisant, les cas dans lesquels les modalités de publicité d'un MDS sont librement adaptées par l'acheteur se distinguent de ceux applicables aux marchés publics civils. Du point de vue des obligations de publicité, les MDS abandonnent la distinction faite entre les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet ou en raison de leur montant, laquelle est maintenue dans le secteur classique[1514]. Désormais, pour tous les MDS passés selon une procédure adaptée, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptée.

1079. Ainsi, il n'y a plus de formalisme imposé pour tous les MDS passés selon une procédure adaptée. L'avis de marché est un support de publication qui n'est obligatoire que pour les marchés passés selon une procédure formalisée. Cette simplification des obligations de publicité, qui passe par un allègement du formalisme, n'autorise pas toutefois l'acheteur à s'affranchir en toute circonstance d'un certain formalisme. Les modalités de publicité qu'il choisit librement doivent précisément être adaptées.

B. L'encadrement du libre choix des modalités de publicité adaptées par l'acheteur

1080. Les modalités de publicité adaptée suivent certains principes directeurs dans leur détermination, de sorte que les marchés passés selon des modalités de publicité librement choisies se voient néanmoins appliquer certaines règles « *en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.* »[1515].

1081. La suppression d'un formalisme imposé n'implique pas l'absence de tout encadrement de la liberté de l'acheteur, puisqu'il doit déterminer les modalités de publicité en fonction des caractéristiques (montant et nature) du marché en cause. En d'autres termes,

[1514] Le code de la commande publique maintient formellement cette distinction dans la deuxième sous-section (*Avis de marché*) du chapitre premier (Publicité préalable) du titre troisième (*Engagement de la procédure de passation*). Néanmoins, l'article R. 2331-7 du CCP, consacré à l'*avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet*, applique également le principe des modalités de publicité librement choisies par l'acheteur. *De facto*, l'ensemble des MDS à procédure adapté sont dispensés de formalisme imposé par le code de la commande publique.

[1515] Le code de la commande publique reprend ainsi, pour l'ensemble des marchés publics, la jurisprudence CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, *op. cit.*

l'acheteur dispose d'une *liberté de moyen*, mais demeure soumis à une *obligation de résultat* à travers le caractère adapté des modalités de publicité.

1082. Cette obligation de résultat lui impose d'avoir correctement informé tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés de l'intention d'acheter, par le biais d'une description suffisamment précise du besoin. Une telle publicité respecte en effet les principes fondamentaux de la commande publique[1516]. Comme pour les marchés publics civils, l'acheteur doit donc viser la proportionnalité des mesures de publicité, lesquelles doivent être appropriées au regard du marché. De ce point de vue, la publicité adaptée dans les MDS ne diffère pas de celle des marchés publics civils.

1083. Outre le montant, qui ne peut fonder à lui seul le choix des modalités de publicité, ou la nature des prestations, l'acheteur peut encore s'appuyer sur le « *degré de concurrence entre les entreprises concernées* »[1517]. Le faible degré de concurrence autorise l'acheteur à passer le marché sans mesures de publicité, lorsque la mise en concurrence est impossible ou inutile[1518]. L'abrogation de l'article 23-15° du décret n°2016-361 par le code de la commande publique[1519] n'a pas pour effet d'interdire à l'acheteur de se dispenser de formalités de publicité dans un tel cas. Elle s'explique par le relèvement des seuils[1520]. La circonstance que le degré de concurrence soit structurellement faible dans le marché de la défense laisse à penser que l'acheteur dans un MDS sera à même de remplir ses obligations relatives à la publicité avec les mesures les moins contraignantes.

[1516] Voy. notamment CE, 4 juillet 2012, *Cabinet Froment-Meurice et associés*, n°353305, Inédit au *Lebon*. La Haute juridiction juge que « *le choix doit toutefois, sous réserve d'exceptions expressément prévues par ce même code, lui permettre de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, qui s'imposent à elle* ».

[1517] À l'instar des faits dans la décision *Région Nord-Pas-de-Calais* (*op. cit*.)

[1518] Conformément à la jurisprudence CE, 10 février 2010, *Perez* (n° 329100, publié au *Lebon*), l'acheteur peut décider de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence, lorsque de telles formalités « *sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché public, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré* ».

[1519] Cette abrogation correspond à celle de l'article 30-I-10° du décret n°2016-360 relatif aux marchés publics. Ces articles reprenaient en substance la jurisprudence *Perez* et prévoyaient une dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens.

[1520] Voy. en ce sens la réponse à la question écrite n°19403 (15e législature) : « (…) *depuis le relèvement du seuil de procédure à 25 000 € HT, ce cas de recours à la négociation sans publicité ni mise en concurrence recouvrait les cas de dispense de procédure énumérés aux nouveaux articles R. 2122-1 à R. 2122-11 du CCP. L'abrogation de cette disposition, exigée par les principes de codification, ne supprime donc aucun dispositif pour l'acheteur.* ». Cette explication vaut par extension pour les MDS.

1084. Outre le degré de concurrence, l'acheteur détermine notamment les mesures de publicité (et les autres règles de procédure) au regard des circonstances de l'achat. Parmi celles-ci, l'urgence du besoin, hypothèse récurrente dans le secteur de la défense ou de la sécurité, a une incidence sur le choix de la publicité. De ce point de vue, là encore, l'acheteur dans un MDS peut satisfaire ses obligations avec des mesures moins formelles.

1085. Par ailleurs, l'acheteur doit respecter un certain nombre d'exigences relatives au contenu de la publicité et aux délais, y compris dans le cas d'un MDS. Ainsi, le contenu de la publicité doit être suffisant et précis, dans une transparence qui ne procure pas d'avantages (discriminatoires) aux opérateurs économiques locaux ou nationaux. Cela suppose à tout le moins que l'acheteur indique l'objet du marché ainsi que les critères sur la base desquels il fera son choix[1521].

1086. Par renvoi aux dispositions générales, l'acheteur dans un MDS est également soumis à un certain nombre de règles dans la conduite de la procédure[1522]. Ainsi, ce dernier peut prévoir une négociation, et par la suite renoncer à cette négociation en attribuant le MDS sur la base des offres initiales sans négociation. Il doit pour ce faire l'indiquer dans les documents de la consultation (article R. 2123-5 du code de la commande publique). De même, s'il se réfère à une procédure formalisée, l'acheteur est tenu de l'appliquer dans son intégralité (article R. 2123-6). En outre, si aucun délai de publicité n'est prévu pour les MDS à procédure adaptée, l'acheteur doit tout de même, à l'instar des marchés publics civils, respecter un *délai raisonnable*[1523].

[1521] Voy. la jurisprudence CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, *op. cit*. La Haute juridiction juge que les principes fondamentaux de la commande publique obligent l'acheteur de fournir aux opérateurs économiques candidats *l'information appropriée* sur les critères d'attribution. En particulier lorsqu'il souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information doit « *également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères* », toujours « *selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* ».

[1522] L'article R. 2331-5 du CCP ne renvoie pas, à l'instar de l'article R. 2331-7, à l'article R. 2323-4 du code (lui-même renvoyant aux articles R. 2123-4 à R. 2123-6, c'est-à-dire dispositions générales relatives aux règles applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée). Pourtant, ces dispositions générales sont applicables à l'ensemble des MAPA. Il aurait été donc logique que l'article R. 2331-5 renvoie également à l'article R. 2323-4. Cette différence corrobore la critique qui peut être faite du maintien de la distinction superflue entre les MDS à procédure adaptée en raison de leur montant ou de leur objet, en ce qui concerne les dispositions relatives aux avis de marché.

[1523] CE, 5 août 2009, *Région Centre*, n°307117, inédit au *Lebon*.

1087. Le recours aux MAPA dans le domaine de la défense ou de la sécurité est donc plus récurrent par rapport aux marchés publics civils. Si l'objectif principal est ici de simplifier au maximum la procédure de passation du marché pour des opérations déjà complexes, cette simplification favorise incidemment l'instrumentalisation du marché. La plus grande liberté de l'acheteur qu'elle implique laisse à ce dernier une certaine marge de manœuvre pour remplir les objectifs politiques inhérents aux MDS, en même temps qu'elle le responsabilise vis-à-vis du respect des principes directeurs du droit des marchés publics.

II. Les modalités de publicité formalisées : les supports de publicité dans les MDS

1088. La question des publications dans le domaine de la défense est une de celles qui a justifié l'adoption de la directive 2009/81/CE. Avant cette dernière, la pratique des États membres est très variable en la matière. Les règles relatives aux publications doivent nécessairement faire l'équilibre entre l'exigence de transparence et celle du secret, à travers la protection des informations classifiées. Or, cet équilibre ne semble pas impossible à atteindre, qu'il s'agisse des publications *ex ante* (A) ou de la publication *ex post* (B).

A. Publications *ex ante* : l'avis de marché de défense ou de sécurité

1089. Avant l'adoption de la directive MDS, les seuils de publication étaient divers, de même que les supports de publication (généraux ou spécifiques au domaine de la défense, etc.), la fréquence de publications (régulière ou non), l'accessibilité aux publications, le modèle d'avis, voire le principe-même de publication[1524]. Cette situation, principalement due à la conception divergente qu'ont les États membres de leur sécurité, était incompatible avec l'exigence de transparence et, plus globalement, d'une mise en concurrence efficace à l'échelle de l'Union européenne. La coordination des procédures de passation mise en place par la

[1524] Document de travail des services de la Commission accompagnant la proposition de directive, *op. cit.*, p. 21, point 3.4.1. (*Publication*).

directive a précisément eu pour objectif de corriger juridiquement cette grande diversité dans les règles de publication des États membres.

1090. Dans le document de travail accompagnant la proposition de directive, les services de la Commission relevaient que, en matière de publication[1525], la principale question était de déterminer s'il fallait publier ou non un avis de marché, alors qu'il était constaté qu'aucun État membre ne publiait toutes ses opportunités de marchés dans le secteur de la défense, pour des motifs de sécurité nationale[1526]. La directive 2009/81/CE tente de coordonner les règles en la matière, en s'inspirant dans une très large mesure du secteur classique[1527]. L'étude du contenu de l'avis d'appel à la concurrence dans les MDS[1528] démontre la proximité entre les deux secteurs.

1091. Initialement, l'avis de marché d'un MDS reprenait la structure du formulaire applicable sous la directive 2004/18/CE. L'adoption du règlement d'exécution 2015/1586[1529]

[1525] *Ibid*. Dans ce document, les publications concourent d'ailleurs à la « *définition du problème* » posé par l'analyse d'impact.
[1526] *Ibid*., point 3.4.1., p. 21.
[1527] La directive 2009/81/CE reprend pour les MDS le considérant de principe dans les directives marchés publics : « *Le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés visés par la présente directive nécessite une publicité communautaire des avis de marché établis par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices. Les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux opérateurs économiques de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent. À cet effet il convient de leur donner une information suffisante sur l'objet du marché et les conditions dont il est assorti* (…) » (considérant n°58). Cette formule remonte aux premières directives de coordination, depuis notamment la directive 71/305/CEE (considérant n°9), et repris par la directive 2004/18/CE (considérant n°36). Elle est en revanche inexistante dans la directive 2014/24/UE.
[1528] L'avis de préinformation existe pour les MDS. Cependant, son *utilité* est moindre. Il permet uniquement pour l'acheteur de manifester son intention de passer un marché, mais pas de lancer un appel à la concurrence. En ce qui concerne la France, son *utilisation* est également moindre, voire quasi-nulle. Pour la période 08/2011 – 06/2019, la France a publié 4437 avis dans le domaine des MDS (qu'il s'agisse d'avis *ex ante* ou *ex post*), dont 13 avis de préinformation, soit approximativement 0,30%. Pour l'ensemble des États membres, dont la France, les avis de préinformation représentent 4,35% des avis publiés sur la base TED. Sources : Observatoire des marchés publics de défense et de sécurité européens, bulletin n°2/2019, disponible en ligne. Ainsi, l'avis de préinformation conserve sa fonction initiale (c'est-à-dire antérieure à 2014 pour ce qui concerne le secteur classique).
[1529] Règlement d'exécution n°2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution n°842/2011. Ce règlement est abrogé avec effet au 25 octobre 2023 par l'article 3 du Règlement d'exécution n°2019/1780 de la Commission du 23 septembre 2019 établissant les formulaires types pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 (« formulaires électroniques »).

n'a pas conduit à la refonte de l'avis de marché pour MDS[1530]. Il paraissait alors pourtant opportun, pour davantage de cohérence, de calquer dans la mesure du possible cet avis de marché sur celui des marchés publics civils. Le nouveau règlement 2019/1780[1531] corrige ce décalage. Dans son contenu, l'avis de marché dans les MDS reprend dans une très large mesure les informations de droit commun. Il ne s'en distingue qu'à la marge, pour prendre en compte les spécificités du régime des MDS.

1092. En effet, l'avis de marché d'un MDS se caractérise par les informations relatives aux impératifs de sécurité (des informations et d'approvisionnement), aux exigences relatives aux sous-contrats, ainsi que, dans le cas de la France, le dispositif constituant le mécanisme de « préférence communautaire »[1532]. L'ensemble de ces éléments se retrouve au sein de rubriques spécifiques ou non aux avis de marché pour les MDS.

1093. La section relative à l'*objet du marché* intègre une rubrique spécifique à la sous-traitance (II.1.7 – *Information sur la sous-traitance*), lorsque l'acheteur fixe des conditions d'exécution particulières relatives aux sous-contrats[1533]. Contrairement aux autres informations exigées du soumissionnaire au titre de conditions d'exécution particulières, lesquelles peuvent être demandées dans les documents de la consultation[1534], celles relatives à la sous-traitance doivent figurer dans l'avis d'appel à la concurrence.

1094. L'impact du régime de passation des MDS sur le contenu du contrat (principalement à travers les conditions d'exécution particulières[1535]) implique de compléter les mentions de l'avis de marché ayant trait aux *conditions relatives au contrat* (III.1). L'acheteur doit en effet, le cas échéant, indiquer s'il prévoit des conditions d'exécution particulières, notamment celles ayant trait aux impératifs de sécurité (III.1.4 – *Autres conditions particulières est soumise l'exécution du marché, notamment eu égard à la sûreté de la fourniture des prestations et à la sécurité de l'information*). Dans le cas de la France, l'étude des avis de marché publiés témoigne

[1530] Les formulaires applicables aux MDS, et notamment l'avis de marché, annexé au règlement d'exécution 2015/1986 reprennent à l'identique les formulaires en annexe du règlement d'exécution n°842 du 19 août 2011.
[1531] Règlement d'exécution n°2019/1780 de la Commission du 23 septembre 2019 (*op. cit*). Ce règlement est entré en vigueur le 4 novembre 2022.
[1532] Cf. *supra* §762 et s.
[1533] Article R. 2351-17 du CCP.
[1534] C'est le cas des informations demandées au titre des conditions d'exécution particulières relatives à la sécurité des informations (article R. 2351-14 du CCP) et d'approvisionnement (article R. 2351-15).
[1535] Cf. *infra* §1395 et s.

d'une utilisation variable de cette rubrique. Dans certains, l'acheteur y fait référence aux conditions d'exécution particulières *stricto sensu*, en visant l'article R. 2312-4 du code de la commande publique[1536]. Dans d'autres cas, il indique que l'offre des soumissionnaires devra comporter des informations, engagements ou documents aux fins de vérifier leur capacité à respecter les conditions d'exécution particulières[1537]. Dans les deux cas, l'avis de marché renvoie le plus souvent aux documents de la consultation[1538]. Dans de plus rares cas, enfin, l'acheteur vise l'article R. 2342-7 du code de la commande publique, pour indiquer que la procédure de passation n'est pas ouverte aux opérateurs économiques tiers. Il ne s'agit pas d'une condition d'exécution particulière à proprement parler, mais plutôt d'un rappel de la « *préférence communautaire* » mise en place par la France (et donc davantage constitutive d'une *condition de participation particulière à la procédure de passation*).

1095. La rubrique suivante (Section III, III.1.5 – *Habilitation de sécurité*) permet à l'acheteur d'indiquer la date de l'éventuel délai supplémentaire pour obtenir une habilitation de sécurité. Lorsqu'un tel délai est accordé aux candidats qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature, l'avis d'appel à la concurrence doit mentionner la date limite[1539].

1096. La structure des rubriques consacrées aux conditions de participation dans l'avis de marché pour les MDS (III.2 – *Conditions de participation*) reflète par ailleurs la logique d'application des obligations du titulaire du marché à ses sous-traitants, propres aux MDS (à tout le moins dans cette proportion). Ce qui est exigé du titulaire du marché, notamment en termes d'impératifs de sécurité, peut être exigé des sous-contractants, pourvu que l'objet du contrat le justifie. Ainsi, les critères relatifs à la *situation propre* (III.2.1.)[1540], la *capacité économique et financière* (III.2.2.), ainsi que *la capacité technique et/ou professionnelle*

[1536] En pratique, l'acheteur fait principalement référence à l'article R. 2312-4-5°.
[1537] L'acheteur vise les articles R. 2351-14 (sécurité des informations) et R. 2351-15 (sécurité de l'approvisionnement) du code (cf. *infra* §1227 et s.).
[1538] L'éventuel détail des conditions d'exécution particulières dans l'avis de marché reste sommaire, et généralement relatif à la localisation de l'exécution et de ses moyens (article R. 2312-4-5° du code). L'acheteur peut indiquer par exemple que « *Le pouvoir adjudicateur exige que les pièces de fonderie entrant dans la composition de la machine soient issues de fonderies localisées sur le territoire des états membres de l'Union européenne* » (avis de marché « France-Clermont-Ferrand : Fraiseuses », n°349377-2021-FR du 9 juillet 2021, JO/S131, consulté le 30 novembre 2022).
[1539] Article R. 2343-5 du CCP.
[1540] C'est dans cette rubrique que l'acheteur indique aux opérateurs économiques l'obligation de fournir tout renseignement justifiant de leur nationalité, conformément à l'article R. 2343-3 du CCP.

(III.2.3.)[1541] se distinguent selon qu'ils s'adressent aux opérateurs économiques ou aux sous-traitants. En toute logique, les conditions de participation renvoient en grande partie aux impératifs de sécurité des informations et d'approvisionnement en tant que critères de sélection de candidature.

1097. En pratique, les acheteurs en France utilisent fréquemment la rubrique relative aux *Informations complémentaires* (VI.3.) pour compléter et détailler les informations des rubriques susmentionnées (critères de sélection des candidatures, exigences relatives à l'habilitation de sécurité, etc.). Enfin, l'acheteur utilise cette rubrique pour rappeler que la procédure de passation n'est pas ouverte aux opérateurs économiques tiers. Lorsque, au contraire, l'acheteur décide d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers (sous le visa de l'article R. 2342-7 du code de la commande publique), il doit indiquer dans l'avis de marché les critères d'accessibilité[1542] sur le fondement desquels l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée. L'information sur cette décision d'ouverture de la procédure ne fait l'objet d'aucune rubrique ou section spécifique dans le formulaire européen d'avis de marché, étant donné que la directive MDS n'encadre pas les mécanismes de préférence communautaire.

1098. La structure et le contenu d'un avis de marché pour un MDS ne sont donc pas fondamentalement différents de l'avis de marché d'un marché public civil. Les spécificités des MDS sont intégrées par le biais de rubriques propres à ces marchés, ainsi que par l'utilisation des rubriques classiques. Le droit impose la transparence directe *via* l'avis de marché pour les informations qui ne sont pas sensibles (telles que les exigences de l'acheteur pour la sous-traitance, pour le délai d'habilitation, etc.) et renvoie aux documents de la consultation pour les éléments plus sensibles de la procédure (avec le plus souvent un accès à ces documents pour les seuls candidats sélectionnés).

[1541] En ce qui concerne les critères relatifs à la capacité technique et/ou professionnelle, l'acheteur peut se référer à l'arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics (annexe n°9 du CCP). Cette annexe prévoit des renseignements et documents spécifiques aux MDS (article 3-14° dudit arrêté).
[1542] Cf. *infra* §1120 et s., §1198 et s.

B. Publication *ex post* : l'avis d'attribution de marché de défense ou de sécurité

1099. Les services de la Commission ont également relevé la diversité dans la pratique des États membres en la matière. Avant l'adoption de la directive 2009/81/CE, la publication d'un avis d'attribution était loin d'être commune entre eux (pour certains États membres, lesdits services relèvent que la publication d'un avis d'attribution est prévue alors même que celle d'un avis de marché ne l'est pas)[1543]. La directive 2009/81/CE s'inspire largement de la directive 2004/17/CE pour le contenu et les règles de publication de l'avis d'attribution des MDS, quoi que ce dernier obéisse à quelques règles particulières.

1100. Ainsi, le délai entre la signature du marché et sa publication passe de trente jours pour les marchés publics civils (article L. 2183-1 du code de la commande publique) à quarante-huit jours pour les MDS. En outre, comme pour les autres supports de publication, l'acheteur dans un MDS doit publier son avis dans le seul JOUE, cette obligation ne se cumulant plus avec celle d'une publication au BOAMP avec l'adoption du décret du 23 août 2021.

1101. S'agissant du contenu de l'avis d'attribution[1544], le régime des MDS s'appuie sur les limites fixées par le droit commun des marchés publics. Par renvoi au principe général de confidentialité, certaines informations peuvent ne pas être publiées dans le cas où leur divulgation serait contraire à l'application des lois, à des intérêts, publics ou privés, ou bien encore à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. Cette limite s'applique à tous les marchés[1545], cependant que, pour les MDS, elle s'applique « *en particulier aux intérêts en matière de défense ou de sécurité* ».

1102. Ces intérêts doivent être entendus plus largement que les informations protégées ou classifiées dans l'intérêt de la sécurité nationale. Ainsi, la présence d'informations classifiées n'est pas nécessaire pour justifier la non-divulgation d'informations dans l'avis d'attribution.

[1543] Document de travail des services de la Commission accompagnant la proposition de directive, *op. cit.*, p. 21. Le document précise également que certains États membres publient tous les avis d'attribution aux fins de favoriser la concurrence en aval de la chaîne d'approvisionnement.
[1544] Article R. 2383-3 du CCP.
[1545] Pour les marchés publics civils, voy. l'article R. 2183-5 du CCP. Pour les MDS, voy. l'article R. 2383-5.

C'est d'ailleurs ce pourquoi l'article R. 2383-3 du code de la commande publique renvoie à l'article L. 2332-1 (lui-même renvoyant à l'obligation générale de confidentialité de l'article L. 2132-1), plutôt que les dispositions propres à la protection des informations classifiées.

1103. Conclusion de la sous-section. Pour apprécier la flexibilité des marchés publics, l'étude des modalités de publicité est à bien des égards plus intéressante que le contenu des publications. Elle rappelle que la transparence s'applique à celle des procédures, et non pas tant à la transparence des informations du marché ; du moins, elle n'impose pas de divulguer ou déclassifier les informations sensibles, et donc de révéler le secret. Dans le même temps, ce dernier ne saurait aller au-delà de ce qui est nécessaire. Les publications sont l'un des moyens essentiels pour parvenir à l'instauration d'une véritable concurrence. De ce point de vue, le respect des principes directeurs du droit des marchés publics impose ici de limiter la spécialisation de ce droit pour les besoins du secteur de la défense et de la sécurité. Par ailleurs, si elles sont au cœur de la dimension de « marchés publics », les modalités de publicité des MDS ne relativisent pas la dimension de « politiques publiques ». Elles ont pour vocation d'appliquer la logique de concurrence, sans que cela ne se fasse au détriment de l'instrumentalisation du marché.

1104. Conclusion de la section. L'étude des obligations de publicité prévues dans les MDS démontre que celles-ci doivent non seulement s'appliquer, mais qu'elles *peuvent* s'appliquer. La confrontation entre transparence et secret n'aura donc pas lieu : la publicité n'applique que la transparence nécessaire, en même temps qu'elle exclue ce qu'exige la protection des informations classifiées. La publicité s'accommode du secret, de la même façon qu'elle assurait déjà la confidentialité des informations sensibles (tant pour l'acheteur que pour les opérateurs économiques). La transparence ne signifie pas que les informations classifiées elles-mêmes doivent être communiquées dans la transparence. Par les obligations de publicité qu'elle impose, elle ne remet pas en cause le fait que la protection des informations classifiées est une obligation qui repose *in fine* sur les acteurs de la procédure. L'acheteur peut remplir sa double-obligation : d'une part, en tant que garant de la transparence, faire la publicité sur les obligations relatives à la protection des informations classifiées. D'autre part, en tant que gardien du secret, il s'assure que les personnes morales et physiques ayant accès au secret sont informées de leur obligation de protection (et sont en mesure de la satisfaire). Ce faisant, l'acheteur conserve la possibilité d'instrumentaliser le marché, en imposant ses exigences (notamment de sécurité) ou

encore en prévoyant des conditions d'exécution particulières permettant de remplir l'objectif de politique publique[1546].

1105. Si la confrontation est neutralisée par la capacité adaptative du droit des marchés publics, laquelle permet de concilier dans une certaine mesure transparence et secret, cela n'efface pas toutes les « *zones de friction* » entre les deux impératifs. Dans certains cas, le secret est tel (par exemple lorsqu'il ne peut être connu que d'un ressortissant national) qu'il prend le pas sur la transparence. La protection des informations classifiées peut par exemple contraindre l'acheteur à s'interdire toute publicité, notamment en passant un MDS sans publicité ni mise en concurrence. Dans le même temps, l'élaboration des règles de publicité adaptées à l'exigence de sécurité des informations est conçue comme l'un des remèdes à l'utilisation abusive de l'article 346 du TFUE par les États membres[1547].

[1546] Cf. *infra* §1411 et s.
[1547] Document de travail des services de la Commission accompagnant la proposition de directive, *op. cit.* Les services de la Commission relèvent que la transparence, « *aspect crucial de la concurrence loyale et ouverte* » (traduction libre), est entravée par l'exception posée par l'article 346 TFUE (p.25).

CONCLUSION DU CHAPITRE

1106. L'organisation de la mise en concurrence dans les MDS s'appuie donc pour une large part sur les règles de droit commun. Le régime de passation applicable tient compte des caractéristiques du secteur de la défense. Les MDS sont un objet juridique spécial, parfois difficilement identifiable (notamment dans le cadre de la définition du besoin), mais correspondant à des situations de marché que le droit des marchés publics a néanmoins su intégrer dans son champ d'application. Le droit des marchés publics maximise l'application de la logique de concurrence en réagençant ou en spécialisant – non sans adaptation ponctuelle – les procédures de passation. Lorsque la mise en concurrence n'est manifestement pas possible ou souhaitable, la règle de droit permet à l'acheteur de passer le marché sans publicité ni mise en concurrence, dans un plus grand nombre de cas que le droit commun. Symptomatique du conflit potentiel entre la concurrence et la défense, la bataille promise entre la transparence et le secret n'a fait aucune victime. L'étude des obligations de publicité démontre que la première sait s'appliquer ou se mettre en retrait, de manière variable et adaptée, pour tenir compte des stricts besoins de la protection du second (laquelle repose en grande partie sur la responsabilité des acteurs de la procédure). L'alchimie opérée par le droit permet de ce point de vue un équilibre efficace entre des impératifs initialement contradictoires.

1107. S'agissant de l'organisation de la mise en concurrence des MDS, la balance entre « marchés publics » et « politiques publiques » est plutôt favorable aux premiers. Pourtant, la mise en place de ces règles de passation ne se fait pas au détriment de la défense et des objectifs de politique publique, puisqu'elle repose sur des adaptations nécessaires aux spécificités du secteur de la défense ou de la sécurité. Les modalités de mise en concurrence des MDS concrétisent ainsi la politique de défense, notamment dans sa dimension européenne, en garantissant la mise en concurrence de ces marchés à l'échelle de l'Union.

1108. En s'adaptant aux spécificités d'un secteur longtemps rétif à la concurrence et à la transparence, le régime de la passation des MDS ne fait en réalité que s'inspirer de l'approche menée classiquement par le droit des marchés publics civils. L'étude de l'organisation de la mise en concurrence démontre que le droit de la commande publique s'était déjà adapté aux caractéristiques de l'achat public en général. Sa mise en œuvre dans le secteur de défense n'est que le prolongement de cette adaptation : l'instrumentalisation des achats, déjà possible dans les marchés publics civils, se retrouve, de manière spécialisée, dans les MDS.

CHAPITRE 2. LE CHOIX DU TITULAIRE DU MARCHE DE DEFENSE OU DE SECURITE

1109. Le choix du titulaire est au cœur de la procédure de passation. C'est la phase clé de la rencontre entre le cocontractant public et l'opérateur économique. Sa désignation puis l'attribution du contrat constituent l'objectif final de la procédure de passation. Cette phase doit respecter les principes directeurs des marchés publics, via l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans le même temps, elle ne doit pas mettre en péril la pertinence du choix final. Certes, les effets attendus de la mise en concurrence permettent d'obtenir – en principe – *l'offre économiquement la plus avantageuse*. Dans le cas des MDS, néanmoins, l'acheteur ne vise pas seulement à obtenir la meilleure offre sur le plan *économique*[1548], mais également la meilleure offre sur le plan *sécuritaire*, c'est-à-dire en conformité avec les impératifs de sécurité des informations[1549] et de sécurité d'approvisionnement[1550].

1110. Le choix du titulaire est donc critique pour un MDS et tout particulièrement pour son instrumentalisation. Le titulaire du MDS est en quelque sorte l'« exécutant » de l'objectif de politique publique, et notamment de la politique de défense. Pour cette dernière et moyennant une application adaptée et/ou innovante des mécanismes de droit commun, le droit des marchés publics doit conduire à la bonne intégration des impératifs de sécurité inhérents aux achats de défense ou de sécurité. Dans le même temps, il doit reposer sur le respect du libre jeu de la concurrence et, à tout le moins, interdire toute restriction inutile ou inacceptable au regard des principes directeurs des marchés publics.

1111. Or, de nombreux facteurs de restriction de la concurrence apparaissent d'emblée dans le choix du titulaire d'un MDS comme les impératifs de sécurité, qui ont longtemps été fondés sur des bases exclusivement nationales et le restent à de multiples égards, ou encore l'application d'une préférence communautaire par la France. De l'ensemble de ces facteurs de restriction liés à la politique de défense et à la dimension « politiques publiques » de ces achats particuliers, ressort un potentiel amoindrissement voire un affaiblissement de leur dimension

[1548] La dimension « *économique* » n'est évidemment pas limitée au critère du prix, et recouvre également d'autres aspects, y compris technologiques.
[1549] Cf. *supra* §416 et s.
[1550] Cf. *supra* §430 et s.

« marchés publics ». C'est au stade du choix du titulaire que les règles applicables doivent établir ou préserver un équilibre entre *défense* et *concurrence*, et donc, en fin de compte entre « marchés publics » et « politiques publiques ». Cet équilibre est d'autant plus utile qu'un affaiblissement de la dimension « marchés publics » serait, en définitive, préjudiciable à la politique de défense, au moins dans sa dimension *européenne*.

1112. Malgré ses spécificités et afin de permettre une meilleure comparaison avec le droit commun des marchés publics, le choix du titulaire dans le cadre des MDS peut être présenté selon la distinction classique entre la phase des candidatures (Section 1) et celle des offres (Section 2).

Section 1. La phase des candidatures

1113. S'agissant des MDS, la phase de candidature est une étape où se rencontrent plusieurs facteurs de restriction de la concurrence. La pression concurrentielle est amoindrie par la complexité de la présentation des candidatures en réponse aux exigences spécifiques de l'acheteur, principalement en termes de sécurité. À cette complexité, qui affecte la capacité des opérateurs économiques à soumettre leur candidature, s'ajoute, en conséquence, une complexification de leur traitement par l'acheteur. Dans le cas de la France, la préférence communautaire, modalité de la politique de défense, constitue par ailleurs la singularité majeure au stade des candidatures des MDS par rapport aux marchés civils.

1114. Pourtant, l'organisation générale de la phase de candidature dans les MDS ne se distingue pas *a priori* de celle suivie pour les marchés publics civils. Les candidats à un MDS doivent remplir des conditions de participation, en répondant à des critères de sélection établis par l'acheteur, lequel procède à l'examen des candidatures. Les opérateurs économiques se voient appliquer des critères spécifiques (Sous-section 1), tandis que l'acheteur examine leur candidature dans des modalités tenant compte de ces critères (Sous-section 2).

Sous-section 1. Les critères spécifiques

1115. Dans le cas de la France, la préférence communautaire[1551] a un impact sur la phase de candidature et conduit à la principale différence procédurale entre les marchés publics civils et les MDS. Concrètement, en raison de ce mécanisme, les opérateurs économiques tiers ne sont pas à proprement parler des candidats, mais plutôt des « candidats à la candidature ». Dans les MDS, un traitement de leur « pré-candidature » doit, en principe, s'ajouter à celui de la candidature *stricto sensu*.

1116. Ainsi, la préférence communautaire participe alternativement au déficit concurrentiel ou à la complexification de la phase de candidature. De deux choses l'une en effet : soit la préférence communautaire conduit à fermer par principe la procédure aux opérateurs économiques tiers et dans ce cas, le niveau de la concurrence est automatiquement abaissé ; soit des opérateurs tiers peuvent participer, par exception, à la procédure, ce qui permet d'aviver la concurrence, mais alors c'est au prix d'une complexité plus grande de la phase de candidature, en lui ajoutant une étape supplémentaire pour les pré-candidatures de ces opérateurs tiers.

1117. Les critères au stade de la phase de candidature sont centraux dans la spécialisation des MDS, en raison de leur prise en compte nécessaire des exigences du secteur de la défense (dont la satisfaction repose nécessairement sur les capacités du titulaire). Cette prise en compte étant un facteur de restriction de la concurrence, le droit des marchés publics doit donc les encadrer, afin de limiter ce faible niveau concurrentiel.

1118. Or, en cas d'ouverture de la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers, la phase de candidature dans les MDS distingue deux types de critères. L'acheteur réalise une présélection des opérateurs économiques tiers, *via* l'application de critères d'accessibilité (I). Lorsqu'elle survient, elle précède une sélection des candidatures aux contours classiques, *via* la mise en œuvre de critères de sélection (II).

[1551] Cf. *supra* §763 et s.

I. Les critères d'accessibilité

1119. En l'absence d'encadrement juridique de la directive 2009/81/CE, l'article L. 2353-1 du code de la commande publique pose les conditions dans lesquelles le mécanisme de préférence communautaire est mis en œuvre (A). Les critères et objectifs fondant la décision de l'acheteur d'ouvrir la procédure de passation sont remarquables en ce qu'ils relèvent, dans leur établissement, d'une liberté quasi-totale de ce dernier (B).

A. Les critères d'accessibilité, fondement de l'autorisation de participation

1120. L'autorisation de participation est la conséquence de la mise en œuvre par la France d'une préférence communautaire de la passation (1). Cette autorisation repose par ailleurs sur une décision de l'acheteur (2).

1. Une conséquence de la mise en œuvre d'une préférence communautaire de la passation

1121. L'autorisation de participation est un outil pour l'acheteur, constituant un dispositif souple (a), dont le champ d'application peut faire l'objet de plusieurs interprétations (b).

a. Un dispositif souple

1122. Les critères d'accessibilité sont à la base de l'autorisation de participation à la procédure de passation, laquelle apparait comme une présélection de participants potentiels (et, donc, d'éventuels futurs candidats). L'article L. 2353-1 du code de la commande publique rappelle que, pour les MDS « *exclus ou exemptés de l'accord sur les marchés publics ou d'un autre accord international auquel l'Union européenne est partie* », ceux-ci sont passés avec des opérateurs économiques d'États membres de l'Union européenne.

1123. Si cette disposition n'exclue pas explicitement les opérateurs économiques tiers[1552], elle revient toutefois à appliquer une forme de *préférence communautaire* au stade de la passation. Cette préférence communautaire de la passation[1553] peut être remise en cause par l'acheteur, puisque l'article L. 2353-1 du code de la commande publique prévoit que l'acheteur peut, « *au cas par cas* », autoriser les opérateurs économiques tiers à participer à la procédure de passation. Cette option d'ouverture explique pourquoi il est possible de voir un mécanisme de préférence communautaire « *souple* ». Elle a également justifié le rejet d'une qualification de « *préférence communautaire* ». À cet égard, un rapport du Sénat juge que le dix-huitième considérant de la directive est un « *rappel politique* » qui « *n'est pas à proprement parler une préférence communautaire au sens strict du terme, puisque cela ne revêt aucun caractère d'automaticité, néanmoins il traduit bien l'esprit des États-membres qui est de donner dans leurs achats une préférence aux produits européens, afin précisément de construire la BITDE* »[1554].

1124. Par ailleurs, l'expression « *au cas par cas* » est sujette à interprétation : il est possible de l'analyser de deux façons.

b. Les interprétations sur le champ d'application de l'autorisation de participation

1125. Une première interprétation conduirait à considérer que l'autorisation de participation à la procédure de passation décidée par l'acheteur concernerait tous les opérateurs économiques tiers, quel que soit leur État de rattachement. Dans un tel cas, l'acheteur déciderait d'ouvrir ou non la procédure en fonction du seul marché, sans considération de l'État concerné.

1126. Selon une seconde interprétation plus restrictive, l'acheteur pourrait n'autoriser la participation à la procédure de passation que pour les opérateurs économiques de certains États tiers (par exemple, en fonction des relations stratégiques entre la France et ces derniers). L'accès

[1552] Cf. *supra* §796-798.
[1553] Laquelle est complétée par une préférence communautaire d'exécution (cf. *infra* §1405 et s.).
[1554] J. DE ROHAN, rapport n°306, *op. cit.*, p. 40. Dans le même temps, le palais du Luxembourg ne nie pas le fait qu'il s'agit « *sur le fond* » de « *l'instauration d'une préférence communautaire en droit français* ».

serait ici variable selon l'État en question, et tous les opérateurs économiques tiers n'auraient pas potentiellement accès, de la même manière, à la procédure de passation.

1127. Plusieurs arguments peuvent être invoqués en faveur de la première interprétation. D'abord, elle paraît davantage conforme à la logique d'ouverture du droit des marchés publics. Ensuite, les critères sur le fondement desquels l'autorisation de participer est accordée prennent notamment en compte les relations stratégiques entre la France et les États tiers. En d'autres termes, la sélection des États tiers semble pouvoir se réaliser lors de l'analyse des demandes de participation des opérateurs économiques tiers.

1128. Quelle que soit l'hypothèse retenue, les opérateurs économiques doivent remplir certains critères.

2. La décision de l'acheteur d'autoriser la participation d'opérateurs économiques tiers à la procédure de passation

1129. Faute d'encadrement par la directive 2009/81/CE, le législateur français n'est pas lié s'agissant des modalités d'ouverture de la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers. L'article L. 2353-1 du code de la commande publique liste les éléments sur la base desquels l'acheteur prend la décision d'ouvrir la procédure aux opérateurs économiques tiers. L'acheteur « *prend notamment en compte* » une série d'objectifs et de principes. Le code renvoie notamment aux impératifs de sécurité, à la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, au développement de la BITDE, aux objectifs de développement durable, ou encore à l'obtention d'avantages mutuels et au respect des exigences de réciprocité.

1130. L'article L. 2353-1 du code de la commande publique démontre que la décision d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers repose pour l'essentiel sur les spécificités du secteur de la défense et de la sécurité prises en compte par le droit des marchés publics. Ce sont des objectifs et principes qui commandent l'élaboration de l'ensemble des critères de marché propres aux MDS, qu'il s'agisse des critères d'accessibilité, des critères de sélection des candidatures ou des critères d'attribution. Plus généralement, ils irriguent l'ensemble des règles spécifiques aux MDS. Ils en révèlent les spécificités et la nature profonde,

singulière qui dépasse le simple approvisionnement pour intégrer des objectifs supplémentaires de politiques publiques.

1131. Le code de la commande publique reprend explicitement ces mêmes objectifs et principes s'agissant de l'élaboration des critères à la base de l'autorisation de participation à la procédure de passation pour les opérateurs économiques tiers : les *critères d'accessibilité*[1555].

B. L'établissement des critères d'accessibilité

1132. Les critères d'accessibilité sont marqués par la variété des principes et objectifs qui fondent leur établissement ; variété à partir de laquelle il est possible de bâtir une classification de ces critères (1), avant de faire apparaître leurs caractéristiques essentielles (2).

1. Classification des critères d'accessibilité

1133. Les critères d'accessibilité peuvent être classés en plusieurs catégories au regard des principes et objectifs de l'article R. 2342-8 du code de la commande publique : les impératifs de sécurité (a), les objectifs de politique publique (b), et les critères politico-stratégiques (c).

a. Les critères d'accessibilité liés aux impératifs de sécurité

1134. La sécurité d'information et la sécurité d'approvisionnement constituent la première catégorie. Il s'agit des impératifs de sécurité communs à la passation et à l'exécution des MDS. En effet, ces impératifs sont au stade de la passation, outre des critères d'accessibilité, des critères de sélection des candidatures[1556] et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Au stade de l'exécution, ils sont susceptibles (dans le cas de la sécurité des informations, il s'agit d'une obligation légale qui s'impose à l'ensemble des parties au marché)

[1555] Article R. 2342-8 du CCP. Cette disposition reprend quasiment au mot près les principes et objectifs de l'article L.2353-1, alinéa 3.
[1556] Cf. *infra* §1146 et s.

d'être des conditions d'exécution particulières[1557], et s'appliquent aux sous-contractants, fournisseurs ou sous-traitants[1558]. Le fait qu'ils puissent constituer des critères d'accessibilité n'est donc pas surprenant, tant ils sont indispensables pour la bonne réalisation du marché. Leur présence contribue par ailleurs à nuancer la distinction entre critère d'accessibilité et critère de sélection des candidatures ou de choix des offres.

b. Les critères d'accessibilité liés aux objectifs de politique publique

1135. Parmi les *objectifs de politique publique*, l'intérêt de développer la BITDE et les objectifs de développement durable font partie des éléments sur lesquels se fonde l'acheteur lorsqu'il élabore des critères d'accessibilité.

1136. Le renforcement de la BITDE irrigue également l'ensemble des règles spécifiques aux MDS. L'application de ces règles a vocation à permettre, en théorie, de remplir automatiquement ledit objectif. Toutefois, *l'intérêt de développer la BITDE* des articles L. 2353-1 et R. 2342-8 du code de la commande publique semble s'apprécier différemment du *renforcement de la BITDE*. Le renforcement de la BITDE est un objectif des principes fondamentaux de la commande publique en droit interne, qui s'apprécie positivement, puisque la mise en concurrence des opérateurs économiques d'États membres a pour effet attendu de renforcer ladite BITDE. L'intérêt de développer la BITDE dans le cadre de la préférence communautaire de passation s'entend quant à lui négativement. En effet, il s'agit de ne pas ouvrir la procédure aux opérateurs économiques tiers au détriment de la BITDE. Quoi qu'il en soit, l'acheteur conserve la possibilité de faire de la localisation de l'exécution du MDS sur le territoire de l'UE un critère d'accessibilité.

1137. La prise en compte d'objectifs en lien avec la BITDE est consubstantielle avec la notion même de MDS, au point qu'elle constitue l'un des éléments déterminants pour démontrer que les MDS sont, en eux-mêmes, par leur nature profonde, des leviers de politiques publiques. S'ils restent des commandes publiques, ils sont plus que cela.

[1557] Cf. *infra* §1395 et s.
[1558] Cf. *infra* §1550 et s.

1138. Quant au développement durable, il s'agit du seul objectif de politique publique de droit commun pris en compte explicitement par les MDS dans l'établissement des critères d'accessibilité. Cela peut s'expliquer par l'éventuelle exécution extra-européenne du contrat et son coût écologique et social. L'universalité de l'objectif de développement durable[1559] est une autre explication. La dimension non-exhaustive des dispositions du code susmentionnées implique que l'acheteur peut, s'il le souhaite, tenir compte de l'ensemble des objectifs de politique publique de droit commun dans sa décision d'ouverture de la procédure comme dans l'établissement des critères d'accessibilité.

c. Les critères d'accessibilité politico-stratégiques

1139. Enfin, pour ce qui concerne les *critères politico-stratégiques*, la notion de préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État apparaît comme étant particulièrement générale. Outre le fait que cette considération semble relever d'une conception nationale, bien que la directive 2009/81/CE souligne elle-même cette dimension de la sécurité[1560], son caractère général confère à l'acheteur une marge de manœuvre importante quant à la décision d'ouvrir la procédure de passation. L'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité sont quant à elles plus précises, bien qu'elles demeurent l'apanage de l'acheteur.

1140. Par ailleurs, le Sénat avait initialement proposé de prendre en compte les exigences de réciprocité dans l'élaboration des critères d'accessibilité. Néanmoins, l'Assemblée nationale s'est appuyée sur la notion d'« *obtention d'avantages mutuels* » présente dans la directive 2009/81/CE pour la reproduire et la remplacer par les « *exigences de réciprocité* » dans ladite élaboration. En effet, relevant au passage l'absence du concept de réciprocité dans la directive[1561], l'Assemblée nationale suggère, bien que « *le terme retenu par le Sénat ne prête*

[1559] Cf. *supra* §299-300.
[1560] Outre son rappel de la responsabilité des États membres quant à leur sécurité nationale (considérant 1), la directive 2009/81/CE a pour principe conducteur la recherche d'un équilibre entre les impératifs de sécurité des États membres et des obligations découlant du traité (considérant 4).
[1561] Y. FROMION, Rapport fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n°3188), adopté par le Sénat, relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité, Assemblée nationale, Rapport n°3311, 6 avril 2011, p. 81. L'Assemblée nationale note en effet que l'Union n'a « *pas engagé de travaux sur ce domaine* ». Elle fait toutefois le lien entre la réciprocité et l'obtention d'avantages

pas à confusion », « *de rester au plus près du texte de la directive en utilisant de préférence les termes « d'obtention d'avantages mutuels »* »[1562]. Le Sénat a par ailleurs validé cette modification, « *afin de mettre le texte de la transposition en totale conformité avec celui de la directive* »[1563]. Toutefois, depuis l'adoption du règlement IMPI[1564], l'Union européenne fait sienne la notion de réciprocité, laquelle constitue un « *objectif général* »[1565].

1141. Cette disposition permet ainsi à l'acheteur de contrôler la présence de ces avantages entre la France et les États tiers. L'acheteur peut ainsi fermer l'accès des opérateurs économiques dudit État en présence d'*un « bilan des avantages mutuels* »[1566] trop défavorable. De même, l'acheteur peut contrôler si l'État tiers dont est issu l'opérateur économique ouvre également l'accès à ces marchés. L'acheteur est ici susceptible de faire office de levier stratégique à l'égard de la concurrence internationale. Par ce biais, la France pourrait à terme obtenir une ouverture des marchés des États qui, pour l'heure, favorisent leurs opérateurs économiques nationaux par rapport à la concurrence extranationale.

2. Caractéristiques des critères d'accessibilité

1142. S'ils sont fondés sur la même prise en compte des spécificités du secteur et peuvent avoir la même dénomination, les critères d'accessibilité se distinguent des autres critères de marché, sur au moins deux plans.

---

mutuels, s'appuyant pour cela sur l'accord constitutif de l'OMC, dont le préambule dispose notamment que les parties sont « *désireuses de contribuer à la réalisation* [des objectifs] *par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels* ».

[1562] *Ibid.*

[1563] J. de ROHAN, rapport n°536, *op. cit*, p. 18.

[1564] Cf. *supra* §777 et s. Par ailleurs, la réciprocité est également un objectif affirmé par la Commission européenne en amont de l'adoption du règlement IMPI : voy. Commission européenne, « Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'Union européenne », communication, 2019/ C 271/02, 13 août 2019, p. 2. La communication relève en ce sens que « *L'Union devrait s'employer à obtenir un meilleur équilibre et davantage de réciprocité dans les conditions régissant ses relations économiques. Les marchés publics, qui représentent environ 14 % de son produit intérieur brut, tiennent une place importante dans cette stratégie.* ».

[1565] Règlement IMPI, considérant 20.

[1566] J. de ROHAN, rapport n°536, *op. cit*, p. 18.

1143. D'une part, ils se distinguent *du point de vue de la liberté de l'acheteur*. En effet, l'acheteur dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation du principe même de l'ouverture de la procédure aux opérateurs économiques tiers. C'est aussi librement qu'il détermine les critères et objectifs pris en compte pour fonder sa décision. Cette liberté est renforcée par le fait que la décision d'autoriser la participation des opérateurs économiques tiers, comme l'établissement des critères d'accessibilité, reposent « *notamment* » sur les principes et objectifs susmentionnés. La non-exhaustivité de la liste des articles L. 2353-1 et R. 2342-8 du code de la commande publique est, du reste, confirmée par le Sénat[1567]. La pratique démontre en outre que l'acheteur analyse directement les opérateurs économiques tiers comme des candidats, sans avoir recours à des critères d'accessibilité[1568].

1144. Cette liberté est d'autant plus importante que la préférence communautaire dans son ensemble ne saurait *a priori* faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Si l'acheteur bénéficie d'une certaine flexibilité lors de la mise en œuvre des impératifs de sécurité dans la procédure de passation, il n'en demeure pas moins que l'application des règles de la directive 2009/81/CE est susceptible de faire l'objet d'un recours de la part d'opérateurs économiques d'États membres, notamment lorsqu'ils sont candidats ou soumissionnaires. En revanche, la mise en œuvre de la préférence communautaire ne peut pas *a priori* faire l'objet d'un recours, eu égard à l'article III de l'AMP.

1145. D'autre part, les critères d'accessibilité se distinguent *du point de vue de leur place dans la procédure*. En effet, ils ne font pas partie des éléments pris en compte dans le choix du titulaire (qu'il s'agisse de la sélection des candidatures ou du choix de l'offre). Par exemple, un opérateur économique tiers devra dans un premier temps remplir les impératifs de sécurité ayant fondé la décision d'ouverture, puis, dans un second temps, en cas d'accès à la procédure, remplir les exigences en la matière dans la présentation de son offre. Les critères d'accessibilité constituent en cela des critères de présélection : ils présélectionnent les opérateurs économiques en amont de la phase de candidature, tandis que les critères de sélection permettent de classer les candidats et de retenir les meilleurs, et les critères d'attribution désignent le ou les attributaires lors de la phase d'analyse des offres.

[1567] *Ibid*. Le Sénat qualifie en effet la liste de l'article 37-3 du projet de loi (lequel établit le principe de préférence communautaire) de « *non exhaustive* » (p. 18).
[1568] Cf. *infra* §1120 et s., 1198 et s.

II. Les critères de sélection

1146. Les critères au stade de la phase de candidature doivent, pour les MDS, se conformer aux exigences de droit commun. Les conditions de participation reposent sur les capacités des candidats, et doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution[1569]. Ce n'est qu'à la marge que les conditions liées à ces capacités varient sur le principe[1570]. Toutefois, les capacités techniques et professionnelles se distinguent, puisqu'elles doivent satisfaire les exigences du secteur de la défense, principalement au regard des impératifs de sécurité. Ainsi, l'acheteur est en mesure d'exiger les éléments permettant d'attester la capacité des candidats à satisfaire les impératifs en termes de sécurité d'approvisionnement (A) et de la sécurité des informations (B).

A. La sécurité d'approvisionnement dans la candidature

1147. Le droit commun contient lui-même des éléments ayant trait à la sécurité d'approvisionnement (1). Néanmoins, dans un MDS, l'acheteur peut compléter ce dispositif par des renseignements ou documents propres à ces marchés (2).

[1569] L'article L. 2342-1 du CCP renvoie à l'article L. 2142-1, de sorte que les critères de sélection des candidatures dans un MDS reposent également sur des conditions d'aptitude professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles, lesquelles sont définies par l'acheteur.

[1570] Les MDS se distinguent du point de vue de la capacité économique et financière. L'acheteur n'est pas limité par un plafond pour le chiffre d'affaires minimal exigé (contrairement aux marchés publics civils, où le plafond est limité à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à l'objet ou aux conditions d'exécution du marché).

1. L'adaptation aux MDS des règles de droit commun

1148. Les renseignements et documents prévus à l'arrêté du 22 mars 2019, annexé au code de la commande publique (ci-après « annexe n°9 »)[1571] et pouvant être demandés par l'acheteur pour l'ensemble des marchés publics comprennent de nombreux aspects liés la sécurité d'approvisionnement. Ces aspects sont pour certains antérieurs à l'adoption des dispositions spécifiques aux MDS.

1149. Les informations relatives à l'expérience des candidats dans l'exécution de marchés que peut demander l'acheteur présentent un intérêt certain du point de vue de la sécurité d'approvisionnement. Ainsi, l'acheteur, y compris pour les MDS, a la possibilité d'exiger « *une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années* » (Annexe n°9, article 3, I, 1°). Le cas échant, « *afin de garantir un niveau de concurrence suffisant* », l'acheteur peut prendre en compte les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans (montant, date et lieu d'exécution des travaux, précision s'ils ont été effectués selon les règles à l'état de l'art et s'ils ont été menés régulièrement à bonne fin). Ce dispositif est particulièrement intéressant dans le contexte du secteur de la défense. En effet, il permet de relativiser le cycle long des MDS, ainsi que, plus généralement, un niveau de concurrence globalement plus faible que le secteur civil.

1150. Pour les marchés de fournitures ou de services, l'acheteur peut demander « *la liste des principales livraisons effectuées* » ou « *des principaux services* » (Annexe n°9, article 3, I, 2°) au cours des cinq dernières années, contre trois pour les marchés publics civils.

1151. En outre, l'acheteur a la possibilité de demander aux candidats « *une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique* » (Annexe n°9, article 3, I, 6°) à leur disposition pour l'exécution du marché. L'ancien CMP associait d'ailleurs ces éléments à la description des sources d'approvisionnement[1572]. De même, l'acheteur a la possibilité, quel que soit le marché, de demander « *l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne*

[1571] Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés, Annexe n°9 du CCP.
[1572] Article 220 du CMP. L'acheteur pouvait ainsi demander « *une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique, des effectifs du personnel et de son savoir-faire ou des sources d'approvisionnement dont il dispose pour exécuter le marché* ».

d'approvisionnement » (Annexe n°9, article 3, I, 8°) mis en œuvre lors de l'exécution du marché.

1152. L'acheteur doit s'assurer dès la phase de candidature des capacités des opérateurs économiques à satisfaire de façon continue sa demande, c'est-à-dire de leur capacité à assurer la sécurité d'approvisionnement, et ce quel que soit le type de marché. Toutefois, dans le secteur de la défense ou de la sécurité, où la demande est plus évolutive, des règles supplémentaires sont nécessaires.

2. Les règles supplémentaires pour les marchés de défense ou de sécurité

1153. Dans le cas des MDS, la demande est fortement influencée par le contexte technique et opérationnel propre au secteur. Les facteurs de modification de la demande en cours d'exécution du marché sont plus nombreux et plus récurrents. L'acheteur doit donc pouvoir apprécier si les candidats du marché seront susceptibles de répondre à une éventuelle augmentation des besoins, par exemple en raison d'une crise ou de la nécessité de modifier les équipements objet du contrat. Dans ce but, le régime des MDS intègre, dès le stade de la candidature, des dispositions spécifiques relatives à la sécurité d'approvisionnement.

1154. Ainsi, l'acheteur peut demander « *une description des sources d'approvisionnement dont le candidat dispose pour exécuter le marché public* » (Annexe n°9, article 3, I, 14°, a). Cette description doit assurer à l'acheteur que les sources d'approvisionnement du candidat permettent de « *faire face à d'éventuelles augmentations des besoins* », en conséquence d'une crise, ou encore « *pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures* ». Ces deux facteurs d'augmentation des besoins sont récurrents.

1155. Les forces armées ont notamment pour mission d'anticiper ou de palier une crise, sur le territoire national et/ou à l'étranger. Par ailleurs, le MCO[1573] est une autre exigence propre aux MDS, indispensable dans le contexte des activités militaires. Il suppose que le titulaire d'un

[1573] Cf *supra* §438-439.

marché dispose des capacités adéquates en termes de maintenance, de modernisation et d'adaptation des équipements (en particulier les équipements de défense). Le MCO a donc un impact direct sur la disponibilité des matériels et constitue ainsi un élément clé de la sécurité d'approvisionnement).

1156. Par ailleurs, la description des sources d'approvisionnement peut inclure une indication de l'« *implantation géographique lorsqu'elle se trouve hors du territoire européen* » (Annexe n°9, article 3, I, 14°, a). Cette indication souligne la proximité entre l'impératif de sécurité d'approvisionnement et la préférence communautaire. Par l'entremise de la sécurité d'approvisionnement, la *préférence communautaire au stade de l'exécution* est également prise en compte lors de la sélection des candidatures. Même si la sécurité d'approvisionnement relève du champ lexical des commandes publiques[1574], elle constitue également, en tant qu'elle protège cette « *préférence communautaire d'exécution* », un révélateur des liens étroits entre MDS et politiques publiques.

1157. Enfin, une « *description des règles internes en matière de propriété intellectuelle* » peut être exigée (Annexe n°9, article 3, I, 14°, b). La propriété intellectuelle peut également avoir des conséquences sur la sécurité d'approvisionnement. À ce titre, la directive 2009/81/CE fait des « *règles internes entre filiales et société mère en matière de droits de propriété intellectuelle* » (considérant 44), un autre exemple d'exigence issue de cet impératif de sécurité. Par exemple, les règles de propriété intellectuelle applicables au candidat ne doivent pas induire de restriction quant à l'utilisation d'un équipement, mettant ainsi en péril la satisfaction de la demande de l'acheteur, et donc la capacité du candidat à assurer la sécurité d'approvisionnement.

1158. La sécurité d'approvisionnement illustre l'impératif de bonne exécution matérielle du contrat dès le stade de la candidature, ainsi que son lien avec la notion plus globale d'approvisionnement (et de sa sécurité) dont disposent tous les marchés publics. Un autre impératif de sécurité est très présent au stade des candidatures : la sécurité des informations. Elle est alors un peu décalée par rapport à la sécurité des approvisionnements car elle ne se confond pas, ou pas toujours, avec l'objet même du contrat. La sécurité des informations est plus large et bénéficie d'un dispositif tout à fait spécial lors de la phase de candidature.

[1574] Cf. *supra* §441-442.

B. La sécurité des informations dans la candidature

1159. La sécurité des informations dans la sélection des candidatures consiste pour l'acheteur à s'assurer de la capacité des candidats à protéger les informations. En tant que critère de sélection, la sécurité des informations consiste pour les candidats à justifier de leur capacité à traiter, stocker et transmettre des données protégées au niveau de protection nécessaire. Dès lors que les MDS font « *intervenir, nécessitent ou comportent* » des informations ou supports classifiés ou protégés, l'acheteur peut exiger des candidats les éléments visés par « *l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R. 2300-1* » (l'IGI 1300)[1575]. Ainsi, la sécurité des informations dans la candidature est vérifiée par l'exigence d'habilitation de sécurité (1). La dimension nationale du secret de la défense a par ailleurs une incidence sur les candidats extranationaux du point de vue de la sécurité des informations (2).

1. L'appréciation des capacités des candidats en termes de sécurité des informations

1160. La capacité des candidats en termes de sécurité des informations est vérifiée à double titre. Ainsi, en présence d'informations classifiées ou protégées, l'acheteur exige l'habilitation préalable des candidats (a). En outre, lorsque le marché, au titre de sa passation ou de son exécution, nécessite la détention de données protégées, les candidats doivent démontrer leur capacité en la matière (b).

a. Les articles R. 2343-4 et R. 2343-5 du code de la commande publique : l'habilitation préalable des candidats

1161. L'article R. 2343-4 du code de la commande publique semble rendre l'habilitation préalable des candidats *de facto* obligatoire (a). Une hypothèse particulière présente en outre un risque pour l'égal accès à la commande publique (b).

[1575] Annexe n°9 du CCP, article 3, I, 14, c.

i. L'article R. 2343-4 du code de la commande publique : l'habilitation préalable *de facto* obligatoire

1162. Dès lors que le MDS, au titre de sa passation ou de son exécution, « *nécessite ou comporte* » des informations classifiées, les candidats doivent fournir l'habilitation de sécurité nécessaire (article R. 2343-4 du code de la commande publique). Cette disposition est en réalité une innovation par rapport au CMP, dont l'article 219-VI faisait de l'exigence d'habilitation une faculté pour l'acheteur[1576]. Le code de la commande publique semble imposer *de facto* l'habilitation des candidats dès la candidature, puisque, par définition, tout MDS « *nécessite ou comporte* » des informations classifiées ou protégées. Ainsi, dans quelle situation l'acheteur n'exigerait pas d'habilitation de sécurité, avec ou sans délai, dès lors qu'il y a nécessité d'accéder à des informations classifiées ou protégées ou lors de la phase précontractuelle ? Dans le cas des marchés publics civils, l'acheteur « *peut* » exiger des renseignements relatifs à l'habilitation préalable du candidat ou à la demande d'habilitation préalable du candidat, dès lors que l'objet du marché ou ses conditions d'exécution le justifient[1577].

1163. En outre, la lecture de l'IGI 1300 indique que l'exigence d'habilitation dès la candidature n'est pas satisfaite par l'habilitation des personnes physiques employées par la personne morale candidate sans que cette dernière ne soit elle-même habilitée[1578]. Cette option, offerte par l'IGI 1300, n'est en effet pas possible lorsque « *l'autorité publique contractante exige l'habilitation dès la candidature* »[1579] comme c'est le cas dans les MDS. Par conséquent, l'exigence d'habilitation dès la candidature prévue à l'article R. 2343-4 du code de la commande publique n'admet ni l'habilitation du personnel (à plus forte raison lorsqu'elle est provisoire), ni la production d'un dossier de demande d'habilitation par la personne morale. La personne morale candidate au MDS doit en effet produire sa propre habilitation.

[1576] L'article 219-VI du CMP disposait que « *Lorsque la personne soumise à la présente partie exige des candidats qu'ils soient habilités, elle peut accorder aux candidats qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature un délai supplémentaire pour obtenir cette habilitation. Elle indique ce délai dans l'avis d'appel public à la concurrence* » (nous soulignons).
[1577] Annexe n°9 du CCP, article 5.
[1578] Dans un tel cas, la personne morale doit par ailleurs avoir engagé la procédure d'habilitation la concernant, et que les lieux destinés à abriter les informations et supports classifiés soient aptes à les conserver (à moins que l'autorité publique contractante permette à la personne morale de disposer d'un accès auxdites informations et supports dans ses propres locaux) (IGI 1300, 4.4.1.3).
[1579] *Ibid*.

1164. Par ailleurs, lorsque l'acheteur exige des candidats qu'ils soient habilités, l'article R. 2343-5 du code de la commande publique dispose qu'il peut accorder un délai supplémentaire pour obtenir une telle habilitation aux candidats qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature. À l'expiration de ce délai, seuls les candidats habilités sont autorisés à poursuivre la procédure[1580]. C'est ici une simple faculté pour l'acheteur. Or, l'hypothèse dans laquelle l'acheteur n'accorde pas un tel délai interroge l'égal accès à la commande publique.

ii. L'exigence d'habilitation sans délai supplémentaire : un risque pour l'égal accès à la commande publique ?

1165. En effet, la jurisprudence administrative laisse entrevoir un risque pour l'égal accès à la commande publique dans le cas où l'acheteur exige une habilitation de sécurité dès le stade de la candidature. Ainsi, dans une ordonnance du TA de Cergy-Pontoise du 23 février 2012[1581], un pouvoir adjudicateur a vu annulée la procédure de passation qu'il a organisée, en ayant indûment exigé des candidats qu'ils soient titulaires d'une habilitation de sécurité. Si le marché en cause n'est pas un MDS (ayant été passé sur le fondement des dispositions de droit commun du CMP), des informations classifiées étaient en jeu.

1166. En l'espèce, l'Université de Cergy-Pontoise passa un marché de maîtrise d'œuvre pour la refonte des systèmes de contrôle d'accès, anti-intrusions et télésurveillance sur ses différents sites, et notamment des laboratoires participant à l'exécution de missions confiées par la DGA. L'article 45 du CMP (aujourd'hui article 5 de l'Annexe n°9 du code de la commande publique) autorisait en effet l'acheteur à demander l'habilitation préalable des candidats. Néanmoins, le juge des référés releva, sur le fondement de l'IGI 1300, que le candidat pouvait soit produire une attestation de son habilitation en cours de validité, soit présenter un dossier de demande d'habilitation, « *instruit avec le concours de l'autorité contractante concomitamment à la procédure de sélection de l'attributaire du contrat* ». De même, l'IGI 1300 prévoit une procédure d'habilitation provisoire d'un membre du personnel, dans

[1580] L'IM 900 indique que « *les personnes morales doivent être habilitées au plus tard à la date de signature du contrat* » (p. 70), visant à ce titre les articles. R. 2343-4 et R. 2343-5 du CCP, lesquels impliquent pourtant une habilitation préalable à la signature du marché.
[1581] TA Cergy-Pontoise, 23 février 2012, *Université de Cergy-Pontoise c. SARL PROMESSOR*, n° 1201012.

l'hypothèse où le candidat doit prendre connaissance d'informations et supports classifiés en phase précontractuelle, « *en particulier pour l'élaboration et la soumission d'une offre* ».

1167. Ainsi, le TA jugea qu'il résulte de ces dispositions que « *dans un tel cas de figure, il appartient au pouvoir adjudicateur, pour garantir l'égal accès* [à] *la commande publique, de permettre aux entreprises qui ne sont pas titulaires par ailleurs d'une décision d'habilitation de présenter* (…) *un dossier de demande simultanément à leur candidature au titre des renseignements relatifs à l'habilitation prévue à l'article R. 2311-7 du code de la défense* », et que « *le besoin pour les candidats d'accéder à des documents classifiés pour présenter leur offre ne saurait faire obstacle à l'exercice de cette faculté, compte tenu du régime d'habilitation provisoire prévu par* [l'IGI 1300]. ». Dès lors, l'Université de Cergy-Pontoise avait méconnu ses obligations de mise en concurrence en exigeant des entreprises concernées qu'elles attestent d'une habilitation de sécurité en cours de validité dès le stade de leur candidature[1582].

1168. Or, l'exigence d'habilitation dès le stade de la candidature sans délai supplémentaire pour l'obtenir ne parait pas garantir l'égal accès à la commande publique, et ce d'autant plus qu'une telle hypothèse est exclusive des options de l'IGI 1300 permettant de « *temporiser* » la production d'une habilitation. Il peut paraître surprenant que la directive 2009/81/CE rende elle-même optionnel ce délai supplémentaire[1583]. Il aurait pu être envisageable d'imposer à l'acheteur qui exige une habilitation de sécurité dès la candidature, de prévoir un délai supplémentaire pour les candidats qui ne sont pas habilités. Ce délai supplémentaire constitue certes un facteur supplémentaire de rallongement des délais de la procédure de passation, mais, dans le même temps, apparaît comme une garantie d'accès à la commande publique. La circonstance que, ni le code de la commande publique, ni la directive 2009/81/CE ne rendent obligatoire ce délai supplémentaire démontre que le droit des marchés publics (ici, sur le plan de ses principes directeurs à travers l'égal accès à la commande publique) peut se mettre en retrait au regard de l'efficacité de la procédure de passation.

[1582] Le TA jugeait par ailleurs que le fait que le pouvoir adjudicateur réserve la possibilité de présenter une offre groupée avec une entreprise déjà titulaire d'une décision d'habilitation n'était pas, au regard des conditions particulières de confidentialité qui entourent les décisions d'habilitation relatives à la protection du secret de la défense nationale, de nature à remédier à ce manquement.
[1583] Directive 2009/81/CE, article 42, j.

b. L'article R. 2343-13 du code de la commande publique : la détention de données protégées en cours de passation

1169. Par ailleurs, le code de la commande publique fait de la capacité de sécurité des informations des candidats une condition de participation dans le cadre de la passation. En effet, « *lorsque la passation d'un marché de défense ou de sécurité nécessite la détention de données protégées* », les candidats doivent produire les éléments permettant de justifier « *leur capacité à traiter, stocker, transmettre ces données au niveau de protection nécessaire* » (article R. 2343-13, alinéa 1 du code de la commande publique). L'article R. 2343-13, alinéa 2 dispose que « *Lorsque le candidat est établi en France, l'acheteur peut demander à l'autorité administrative compétente de vérifier, dans un délai que l'acheteur fixe, la conformité des locaux et installations susceptibles d'être utilisés, les procédures industrielles et administratives qui seront suivies, les modalités de gestion de l'information ou la situation du personnel susceptible d'être employé pour l'exécution du marché public, sans préjudice pour ces autorités de la possibilité de procéder à d'autres enquêtes et d'en tenir compte* ». Cette disposition est d'ailleurs redondante avec la procédure d'habilitation des personnes morales prévues à l'IGI 1300, laquelle suppose de telles investigations de la part des services enquêteurs (en l'occurrence la Direction du renseignement et de la sécurité de défense, DRSD)[1584].

1170. La notion de « *données protégées* » semble s'entendre plus largement que les « *informations ou supports classifiés ou protégés dans l'intérêt de la sécurité nationale* ». En effet, l'article R. 2343-13 du code de la commande publique transpose manifestement l'article 42, j de la directive 2009/81/CE, lequel vise les « *informations classifiées* ». La notion de « *données protégées* » permettrait alors à l'acheteur de s'assurer que les opérateurs économiques sont en mesure de garantir un certain niveau de sécurité et de protection au-delà des seules informations classifiées (par exemple, des informations « *Diffusion restreinte* » qui ne font l'objet d'aucune mesure de classification).

[1584] Voy. E. POURCEL, « Marchés publics de défense ou de sécurité – Principes généraux et règles de passation », *op. cit*., point 227. L'auteur juge que « *ce dispositif est difficile à comprendre dès lors que les protocoles applicables en matière d'habilitation supposent des enquêtes y compris sur place permettant de vérifier si les moyens de l'opérateur permettent ou non d'assurer la sécurité des documents et informations protégées* ».

2. Le cas des candidats extranationaux

1171. La place de l'habilitation – fondée sur des procédures nationales – dans l'appréciation de la sécurité des informations soulève des difficultés s'agissant des candidatures extranationales. En effet, en raison de « *l'absence d'harmonisation au niveau communautaire des systèmes nationaux d'habilitation de sécurité* »[1585], les États membres peuvent mesurer la capacité des opérateurs économiques à assurer la sécurité des informations, en utilisant leurs dispositions nationales en matière d'habilitation de sécurité. Un mécanisme, totalement inédit en droit des marchés publics, entend corriger dans la mesure du possible cette absence d'harmonisation européenne : la collaboration des États dans le cadre de la sécurité des informations (a). La dimension nationale de la sécurité des informations s'incarne également à travers les documents exigés par l'acheteur relatifs à la nationalité des candidats, lesquels peuvent *a priori* apparaître comme une forme de discrimination à l'endroit des candidats extranationaux (b).

a. La collaboration des États dans le cadre de la sécurité des informations

1172. L'absence d'harmonisation des systèmes nationaux d'habilitation a des incidences néfastes sur l'objectif-même de la directive 2009/81/CE, c'est-à-dire la coordination des procédures de passation pour les marchés publics passés dans les domaines de la défense et de la sécurité. En effet, cette coordination serait considérablement fragilisée si une harmonisation minimale à l'échelle de l'Union n'était pas instaurée, s'agissant tout particulièrement de la sécurité des informations (notamment classifiées).

1173. Or, si la directive 2009/81/CE appelle de ses vœux un régime à l'échelle de l'Union européenne et si elle contribue – pour sa part – au mouvement d'européanisation des questions de défense et de sécurité, elle ne met pas en place à proprement parler une harmonisation des systèmes nationaux d'habilitation de sécurité. Plutôt qu'une *harmonisation*, délicate à mettre en œuvre dans le cadre de la seule commande publique, la directive promeut une *collaboration*

[1585] L'article 41, 1, j de la directive 2009/81/CE dresse en effet ce constat, ayant pour conséquence de permettre aux États membres d'imposer aux opérateurs économiques de justifier leur capacité à assurer la sécurité de l'information, par rapport aux « *dispositions nationales applicables en matière d'habilitation de sécurité* ».

entre les États membres. Elle repose, d'une part, sur la collaboration entre l'acheteur et les autorités de sécurité nationale, et, d'autre part, sur la reconnaissance mutuelle des habilitations de sécurité nationales.

1174. Depuis l'adoption du décret n°2021-1111, l'article R. 2343-13 du code de la commande publique distingue les candidats selon qu'ils sont établis en France ou « *à l'étranger* »[1586]. Pour les candidats établis à l'étranger, la même vérification est prévue. L'acheteur saisit alors sa propre autorité nationale de sécurité (ou l'autorité de sécurité déléguée), de sorte qu'elle-même sollicite « *l'autorité de sécurité de l'État* » du candidat (ou l'autorité de sécurité désignée par l'État), ceci afin que cette dernière procède à ladite vérification.

1175. Le code de la commande publique, comme la directive 2009/81/CE, ne précise pas quelle « *conformité* » est visée par cette vérification, laquelle est, par ailleurs, effectuée dans un délai fixé par l'acheteur. Il semble s'agir de la conformité du niveau de protection des données protégées. Ce niveau est fixé par l'acheteur, selon la législation nationale applicable.

1176. Ce système de collaboration complexifie inévitablement la construction des candidatures. Elle impose l'intervention d'un autre acteur (l'autorité de sécurité ou administrative de l'acheteur, et éventuellement pour les candidats étrangers, leur autorité nationale), tiers à la procédure de passation. L'enquête ainsi menée est exorbitante du droit commun des marchés publics, tant l'acheteur (à travers l'autorité de sécurité) « s'immisce » dans le fonctionnement interne des opérateurs économiques. Néanmoins, s'agissant des candidats établis à l'étranger, cette collaboration est une solution de moindre mal, pour pallier l'absence d'harmonisation des systèmes nationaux d'habilitation de sécurité.

1177. Il n'est pas inconcevable de penser que, dans la pratique, ce système puisse contribuer à une amélioration sérieuse de la situation. Il ne conduit pas directement à une européanisation du système d'habilitations de sécurité (*approche multilatérale*), mais pourrait contribuer à affiner le maillage des accords de sécurité entre les États membres (*approche bilatérale*). Enfin, le recours à cette collaboration par l'acheteur n'empêche pas les autorités de

[1586] Cette formulation suggère que, dans le cas d'un candidat établi à l'étranger, la collaboration des États ne distingue pas les États selon qu'ils sont en dehors ou au sein de l'Union européenne.

sécurité (ou l'autorité administrative compétente) de « *procéder à leurs propres enquêtes et d'en tenir compte* ».

1178. Le second pilier de ce système de collaboration entre les États membres repose sur la reconnaissance mutuelle des habilitations de sécurité nationales. La directive 2009/81/CE prévoit que les États membres « *reconnaissent les habilitations de sécurité qu'ils jugent équivalentes à celles qui sont délivrées conformément à leur législation nationale* » (article 41, 1, j). Dans cette perspective, l'article R. 2343-13 du code de la commande publique dispose que cette reconnaissance repose sur « *la limite des accords de sécurité existants* », lesquels organisent des équivalences entre les habilitations de sécurité des divers États membres. En tout état de cause, cette reconnaissance n'empêche pas de faire procéder à une enquête par l'autorité administrative française compétente et d'en tenir compte.

1179. L'acheteur dispose par ailleurs de la faculté d'octroyer un délai supplémentaire pour les candidats qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature. Ce délai doit être indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence, conformément à l'article R. 2343-5 du code de la commande publique. Cette possibilité offerte à l'acheteur est particulièrement intéressante pour les candidats établis à l'étranger, pour lesquels l'habilitation en amont du marché est moins probable que les candidats établis sur le territoire national.

1180. Un second volet, en apparence contradictoire avec le principe de non-discrimination, concerne les éléments relatifs à la nationalité des candidats.

b. Les éléments relatifs à la nationalité des candidats

1181. L'article R. 2343-3-3° du code de la commande publique prévoit que le candidat doit produire « *tous les renseignements et documents justifiant de sa nationalité* (…) ». Fondée sur un critère de nationalité, cette exigence semble contraire au principe de non-discrimination. En réalité, elle ne doit pas conduire à exclure les candidats établis à l'étranger. L'information de sa nationalité doit par exemple permettre à l'acheteur de déterminer la présence ou non d'un accord de sécurité avec l'état duquel ressort le candidat.

1182. En outre, certains MDS sont susceptibles comporter des informations qui ne peuvent être portées qu'à la connaissance de ressortissants nationaux, ou, autrement dit, une information de type « *national eyes only* ». Dans le cas de la France, la mention « *Spécial France* » désigne ainsi toutes les informations et supports « *qui ne doivent en aucun cas être communiqués totalement ou partiellement à des organisations internationales, à des États étrangers ou à leurs ressortissants ainsi qu'à des personnes morales de droit étranger* »[1587]. Par ailleurs, l'IGI 1300 dispose qu' « *aucune personne morale de droit étranger ne peut candidater ou présenter une offre lorsque l'exécution du contrat implique la détention au sein d'une établissement de la personne morale d'un système d'informations, d'informations ou supports portant la mention Spécial France* ». Ainsi, la présence d'informations « *Spécial France* » nécessite de connaître la nationalité des opérateurs économiques dès la phase de candidature.

1183. Dans certains cas, la présence d'informations *Spécial France* impose que l'exécution soit réalisée par un opérateur économique habilité et de nationalité française, ce qui suppose une justification de la part de l'État membre ayant posé une telle restriction sur la base de l'article 346 TFUE[1588]. Pour le reste, l'acheteur conserve en principe la possibilité d'appliquer des procédures de droit commun, dans la mesure où la présence d'informations « *Spécial France* » n'impose ni ne justifie à elle seule le recours à des règles dérogatoires. Le droit des marchés publics, en même temps qu'il doit tenir compte de cette part encore importante (et inévitable) de « *nationalisme* », en minimise les effets néfastes.

1184. Conclusion de la sous-section. Les critères au stade de la phase de candidature font donc l'objet d'une spécialisation articulée autour des impératifs de sécurité. Cette spécialisation des critères s'intègre dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Si elle n'a pas à proprement parler une incidence sur l'architecture procédurale, cette spécialisation rend plus complexe la construction d'une candidature, et a donc pour effet de réduire le nombre potentiel de candidats. Dans le cas des MDS, cette spécialisation est universelle, puisqu'elle s'applique à l'ensemble des critères au stade de la candidature, d'accessibilité ou de sélection. Cela induit une forme de redondance dans le contenu des deux types de critères. La différence fondamentale entre eux réside dans le fait que les premiers sont marqués par la liberté quasi-totale de l'acheteur (non sans impliquer un certain flou juridique), tandis que les seconds

[1587] Article R. 2311-4 du C. défense. Il s'agit donc d'une mention, et non d'un niveau de classification. Ainsi, une information « *Spécial France* » peut en théorie ne pas être classifiée.
[1588] Cf. *infra* §1482 et s.

demeurent strictement encadrés et limitativement énumérés. Le paradoxe d'une dichotomie procédurale (pré-candidature et candidature) et d'une proximité de fond (des critères ayant pour matrice principale les impératifs de sécurité) se retrouve dans l'examen des candidatures.

Sous-section 2. L'examen des candidatures dans les marchés de défense ou de sécurité

1185. À l'instar des critères, l'examen des candidatures distingue les pré-candidatures et les candidatures *stricto sensu*. Pour les premières, le législateur français, bien que s'appuyant sur les règles en matière d'examen des candidatures, a dû innover par rapport aux dispositions (inexistantes) de la directive 2009/81/CE. Lorsque la procédure de passation est ouverte aux opérateurs économiques tiers, l'examen des candidatures se fait en deux temps. En principe, deux dossiers se distinguent, et sont vérifiés successivement par l'acheteur[1589]. Dans un premier temps, ce dernier vérifie le dossier d'accessibilité des opérateurs économiques tiers (I), puis, dans un second temps, le dossier de candidature de l'ensemble des candidats (II).

I. La vérification du dossier d'accessibilité

1186. Puisque les opérateurs économiques tiers ne sont pas à proprement parler des candidats, mais plutôt des candidats à la candidature, un traitement spécifique de leur pré-candidature doit, en principe, s'ajouter à celui de la candidature *stricto sensu*. Concrètement, la vérification du dossier d'accessibilité nécessite pour l'acheteur de vérifier sa complétude (A), puis de vérifier le droit des opérateurs économiques tiers, dont le dossier d'accessibilité est complet de participer à la procédure de passation (B).

[1589] Lorsque les acheteurs ouvrent la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers, la pratique démontre toutefois qu'ils peuvent procéder à une vérification en un temps.

A. La vérification de la complétude du dossier d'accessibilité

1187. Le code de la commande publique impose pour le *dossier d'accessibilité*, notion propre au droit français (1), une vérification dans le respect d'une certaine transparence (2) qui n'est pas sans rappeler celle qui sera applicable au dossier de candidature.

1. Définition du dossier d'accessibilité

1188. En toute logique, la notion de *dossier d'accessibilité* est, tout comme les « *critères d'accessibilité* », étrangère à la directive 2009/81/CE. Si cette dernière autorise (mais n'encourage pas[1590]) les États membres à fermer l'accès à la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers, elle ne l'encadre pas. Le dossier d'accessibilité est une forme spéciale de dossier de candidature. Ceci explique pourquoi le code de la commande publique introduit (et c'est d'ailleurs la seule occurrence) la notion de dossier d'accessibilité dans le chapitre consacré à l'*examen des candidatures*. Dans le même temps, le code de la commande publique isole les règles relatives à l'examen de l'accessibilité au sein d'une sous-section consacrée aux *Dispositions particulières aux opérateurs économiques* [tiers]. En effet, le dossier d'accessibilité se distingue du dossier de candidature, tant pour son contenu qu'au regard de sa place dans la procédure de passation.

1189. S'agissant du *contenu*, le dossier d'accessibilité comporte tous les éléments (documents, renseignements ou justificatifs) à l'appui desquels est vérifiée l'accessibilité de l'opérateur économique tiers[1591]. Ces éléments dépendent des critères d'accessibilité déterminés par l'acheteur. Quant à sa *place* dans la procédure de passation, le dossier d'accessibilité doit être envoyé en amont de l'examen des candidatures. L'examen de l'accessibilité doit, en effet, nécessairement précéder celui des candidatures, de sorte que le dossier d'accessibilité précède également le dossier de candidature. Au stade de la vérification du dossier d'accessibilité, les opérateurs économiques aspirent à être des candidats *stricto sensu*.

[1590] Cf. *supra* §792 et s.
[1591] Le dossier de candidature a quant à lui un double-intérêt : d'une part, vérifier que le candidat n'entre dans aucun cas d'exclusion, et, d'autre part, de déterminer la capacité de ce dernier à exécuter le marché.

2. Transparence et déroulement de la vérification de la complétude du dossier d'accessibilité

1190. Avant de vérifier la complétude du dossier d'accessibilité des opérateurs économiques tiers, l'acheteur a des obligations de transparence. Outre l'indication de sa décision d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers dans l'avis d'appel à la concurrence (article R. 2342-7 du code de la commande publique), l'acheteur doit également indiquer « *les critères d'accessibilité sur le fondement desquels l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée* » (article R. 2342-8 du code de la commande publique).

1191. Ces obligations doivent permettre à tout opérateur économique tiers, non seulement de savoir qu'il peut participer, mais encore *comment* il le peut. C'est sur la base des informations contenues dans l'avis d'appel à la concurrence que les opérateurs économiques tiers complètent leur dossier d'accessibilité. Néanmoins, dans sa vérification, l'acheteur peut constater la présence de dossiers d'accessibilité incomplets.

1192. La vérification de la complétude du dossier d'accessibilité se déroule avant l'examen de l'accessibilité des opérateurs économiques tiers. À cette occasion, l'acheteur est susceptible de constater l'absence ou l'incomplétude de certains des éléments permettant d'évaluer si les opérateurs économiques tiers répondent aux critères d'accessibilité. Dans un tel cas, l'acheteur a la possibilité de demander à tous les « *candidats concernés* » de compléter leur dossier d'accessibilité (article R. 2344-6, alinéa 1 du code de la commande publique). Ici, le terme de « *candidats* » désigne davantage des « *candidats à la candidature* » que des candidats à proprement parler, puisqu'ils n'ont pas encore, à ce stade, accès à la procédure de passation.

1193. Cette faculté est comparable à la demande faite aux candidats de compléter leur dossier de candidature, tant pour les marchés publics civils que pour les MDS. L'examen de l'accessibilité des opérateurs économiques tiers est en revanche plus stricte. La demande de l'acheteur de compléter le dossier d'accessibilité doit là aussi se faire dans un délai identique pour tous. En revanche, le code de la commande publique fixe une limite de dix jours à ce délai

dans l'examen de la complétude du dossier d'accessibilité (article R. 2344-6). Or, s'agissant de la vérification des candidatures *stricto sensu*, l'acheteur dispose d'une certaine marge de manœuvre, étant donné que le délai doit être *approprié* (article R. 2344-1 du code de la commande publique). La limite prévue pour la vérification des dossiers d'accessibilité semble trouver son fondement dans la nécessité de ne pas rallonger davantage la durée globale de la procédure de passation en cas d'ouverture de la procédure de passation aux opérateurs économiques[1592].

1194. En tout état de cause, les opérateurs économiques tiers dont le dossier d'accessibilité demeure incomplet (malgré la demande de complétion de l'acheteur) ne peuvent être admis à participer à la suite de la procédure de passation. L'acheteur procède à la vérification de la complétude des dossiers d'accessibilité, puis écarte les candidatures incomplètes. Il détermine ensuite le droit des opérateurs économiques tiers à participer à la procédure de passation.

B. La vérification du droit de participation à la procédure de passation

1195. Cette vérification semble avoir pour principe cardinal la liberté quasi-totale de l'acheteur, faute d'encadrement précis par le code de la commande publique (1), de sorte que l'analyse des avis publiés démontre des pratiques variables (2).

1. La question de l'encadrement de la vérification du droit de participation

1196. L'acheteur vérifie le droit de participer des opérateurs économiques tiers dont la candidature n'a pas été écartée au regard des critères d'accessibilité publiés dans l'avis d'appel à la concurrence. La marge de manœuvre laissée à l'acheteur quant à la teneur des critères

[1592] Cette différence peut également s'expliquer en ce que les dispositions du code de la commande publique pour les MDS reprennent les termes de la directive de 2009. Or, celle-ci s'inspire des directives de 2004 (qui prévoyaient 10 jours). Pour les marchés publics civils, le code de la commande publique reprend les termes de la directive 2014/24/UE, laquelle ne fixe plus le nombre de jours. Il est probable que, dans le cadre d'une révision de la directive 2009/81/CE, cette dernière ne précisera pas le nombre de jours et reprendra la formulation de 2014. Cela serait l'occasion pour le code de la commande publique d'appliquer le « *délai approprié* », y compris pour le dossier d'accessibilité.

d'accessibilité[1593] interroge nécessairement sur l'encadrement de la vérification de ce droit de participation.

1197. Le principe de préférence communautaire (en particulier le système de fermeture et ouverture de la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers) laisse à l'acheteur une forme de liberté procédurale somme toute conséquente. Faute d'encadrement par la directive 2009/81/CE, l'acheteur semble pouvoir vérifier ce qu'il veut, comme il veut. C'est une liberté procédurale en relatif décalage avec la phase de candidature *stricto sensu*. Pour cette dernière, la liberté de l'acheteur est encadrée. Il est libre de fixer certains critères de sélection, de même qu'il est libre de demander certains renseignements et documents (d'ailleurs parfois listés limitativement[1594]) pour apprécier lesdits critères. Cette liberté peut être démontrée par une analyse des avis publiés au JOUE, pour des marchés dans lesquels l'acheteur a ouvert la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers[1595].

2. Le critère d'accessibilité : de l'inexistence au pseudo-critère de sélection

1198. Pour une partie de ces avis, l'acheteur ne prévoit pas de critères d'accessibilité, et renvoie aux conditions de candidature comme les autres. Deux cas de figure ont été rencontrés.

1199. Dans un premier cas, l'avis précise qu'il n'est pas exigé de satisfaire des critères spécifiques d'accessibilité à la procédure pour les opérateurs économiques tiers. L'examen des candidatures de ces derniers se fait au regard du contenu du dossier de candidature, complété par des documents ou renseignements supplémentaires (et, principalement, ceux justifiant de leur nationalité)[1596]. Il ne s'agit pas de critères d'accessibilité à proprement parler, mais plutôt de *critères de sélection additionnels*.

[1593] Cf. *supra* §1143-1144.

[1594] Annexe n° 9 du CCP, article 3. Les documents et renseignements nécessaires à l'appréciation des capacités techniques et professionnelles des candidats figurent dans une liste que l'annexe précise « *limitative* ».

[1595] Il a été constaté que les acheteurs ont publié peu d'avis relatifs à des marchés dont la procédure de passation était ouverte à des opérateurs économiques tiers. Par exemple, sur la période entre janvier 2014 et avril 2021, la recherche effectuée a permis de recenser trente avis de cette nature.

[1596] Voy. en ce sens l'avis « France-Rambouillet : Équipements de combat », 2019/S 053-123447, publié le 15 mars 2019. Par ailleurs, le renseignement sur la nationalité est quasiment toujours demandé, critères d'accessibilité ou non.

1200. Dans un second cas, plus radical encore, les opérateurs économiques tiers doivent fournir les éléments demandés au titre de la candidature dans l'avis de marché[1597], sans que leur dossier ne se distingue par un quelconque complément. Ainsi, l'acheteur a la possibilité d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers, sans pour autant vérifier une quelconque accessibilité. Leur droit de participation est autrement dit automatique, et ces opérateurs économiques doivent être considérés comme des candidats *stricto sensu*.

1201. Le code de la commande publique ne précise pas si l'acheteur a, dès lors qu'il décide d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers, une obligation de prévoir des critères d'accessibilité. Sa seule obligation serait, s'il décide d'utiliser de tels critères, d'en faire la publicité dans l'avis d'appel à la concurrence. Cette interprétation implique une flexibilité favorable à l'acheteur (alors que le principe de fermeture/ouverture de la procédure est susceptible de générer des coûts administratifs : rallongement des délais, complexification de l'analyse des candidatures, etc.). Dans le même temps, elle déchargerait les acheteurs de toute obligation de justifier l'ouverture de la procédure de passation, alors même que la logique française fonde pour partie le renforcement de la BITDE sur l'application d'un principe de préférence communautaire[1598]. Prévoir des critères d'accessibilité, c'est obliger les opérateurs économiques auxquels ils s'adressent de s'y conformer, mais c'est également, pour l'acheteur, s'imposer de justifier l'ouverture du contrat aux opérateurs des pays tiers (au regard, notamment, des avantages que cette dernière présente pour la BITDE).

1202. En outre, les exemples d'avis de marché retenus démontrent que la précision avec laquelle l'acheteur établit les critères d'accessibilité (lorsqu'ils existent) est variable. Il peut, par exemple, se contenter d'indiquer que le critère d'accessibilité se fonde sur la « *sécurité d'approvisionnement* », sans plus de détails[1599], ou bien, au contraire, demander la

[1597] Voy. en ce sens l'avis de marché « France-Paris : Services de surveillance », 2016/S 121-217591, publié le 25 juin 2016.
[1598] Il est toutefois possible de tempérer cette critique, puisque la préférence communautaire perdure dans les critères de sélection, les critères d'attribution, ou encore les conditions d'exécution particulières (l'acheteur peut ainsi exiger une localisation de l'exécution de tout ou partie du marché sur le territoire des États membres).
[1599] Voy. en ce sens l'avis de marché « France-Paris : Services de réparation et d'entretien des aéronefs, des missiles et des spationefs militaires », 2018/S 149-343334, publié le 4 août 2018.

production d'un agrément pour une fourniture précise[1600]. Par ailleurs, l'acheteur utilise essentiellement les critères d'accessibilité relatifs à deux éléments, concurremment : la sécurité d'approvisionnement et l'intérêt de développer la BITDE.

1203. La sécurité d'approvisionnement peut être vérifiée par le renseignement sur « *le lieu de fabrication de la fourniture à livrer* », les conditions dans lesquelles les opérateurs économiques tiers « *pourront garantir une absence de rupture de livraison des fournitures (conditions d'exportation)* »[1601]. De même, l'acheteur peut lier la sécurité d'approvisionnement à l'intérêt de développer la BITDE (au sens français du terme, c'est-à-dire en tenant compte de la dimension locale de l'exécution du marché), en exigeant par exemple que les opérateurs économiques tiers apportent la preuve « *qu'ils disposent d'une chaîne d'assemblage au sein de l'union européenne ou de l'espace économique européen* »[1602]. L'intérêt de développer la BITDE justifie également le critère d'accessibilité lorsqu'un acheteur admet les seuls opérateurs économiques tiers à la condition qu'ils aient réalisé des « *contrats antérieurs dans l'espace de l'union européenne ou l'espace économique européen et/ou de contrats de co-traitance avec des opérateurs de Défense UE ou EEE* »[1603]. L'expérience de l'opérateur économique tiers, parfois utilisé comme critère unique, est également un facteur déterminant dans l'appréciation de son accessibilité à la procédure de passation[1604].

1204. Une fois sa décision prise, l'acheteur doit en informer les opérateurs économiques tiers qui ont sollicité l'autorisation de participer à la procédure. L'information doit se faire « *par écrit et de manière motivée* » (article 2344-7 du code de la commande publique). Cette

[1600] Voy. en ce sens l'avis de marché « France-Clermont-Ferrand : Moteur d'aéronefs », 2014/S 235-414013, publié le 5 décembre 2014. Dans cet avis, l'acheteur demande une « *preuve de l'agrément de révision du moteur T56 par le constructeur Rolls Royce* ».

[1601] Voy. en ce sens l'avis de marché « France-Balma : Instruments de mesure », 2014/S 119-211937, publié le 25 juin 2014.

[1602] Voy. l'avis de marché « France-Rambouillet : Conteneurs mobiles à usage spécifique », 2017/S 145-300549, publié le 1er août 2017. L'avis définit dans ce contexte la chaîne d'assemblage comme « *l'ensemble des moyens permettant d'assembler les éléments constituant le matériel objet de la présente consultation* ».

[1603] Voy. l'avis de marché « France-Clermont-Ferrand : Machines pour le traitement thermique de matériaux », 2014/S 250-444647, publié le 30 décembre 2014. On retrouve ici, peu ou prou, la notion d'« *opérateur économique de défense en Europe* » (OEDE) (cf. *supra* §810).

[1604] Voy. en ce sens l'avis de marché « France-Clermont-Ferrand : Services de réparation et d'entretien des moteurs d'aéronefs » 2015/S 208-378420, publié le 27 octobre 2015. Le marché prévoit comme critère d'accessibilité les « *références dans le domaine de la révision générale avec essai du moteur T56 et révision générale de ses sous-ensembles* ». Admettre l'accès des opérateurs économiques tiers sur ce seul fondement questionne ici l'intérêt du critère d'accessibilité, l'expérience faisant déjà partie des critères de sélection, à travers l'appréciation des capacités et professionnelles des candidats.

obligation de transparence semble être inspirée de l'obligation d'information des candidats et des soumissionnaires évincés à la charge de l'acheteur[1605]. Néanmoins, une lecture stricte du code de la commande publique laisse à penser que les opérateurs économiques tiers n'ayant pas obtenu l'autorisation de participer à la procédure ne sont pas considérés comme des candidats évincés au sens des dispositions générales du code.

1205. Lorsqu'ils sont autorisés à participer à la procédure, les opérateurs économiques tiers voient leurs candidatures étudiées et sélectionnées dans les conditions de droit commun.

1206. La vérification du dossier d'accessibilité est, malgré l'originalité de cette procédure, mise en œuvre comme l'examen traditionnel des candidatures, car les critères d'accessibilité ont souvent le même objet que les critères de sélection. Les acheteurs ont d'ailleurs tendance à confondre voire à fusionner les critères d'accessibilité et de sélection, posant ainsi la question de la redondance des critères d'accessibilité au regard des critères de sélection. *A contrario*, la complexification générée par une véritable présélection, distincte de la sélection des candidatures, peut avoir comme effet pervers d'inciter les acheteurs à ne pas ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers.

II. La vérification des dossiers de candidature

1207. La vérification des dossiers de candidature est symptomatique d'un renforcement de l'intégration des MDS dans le champ du droit commun des marchés publics. En effet, le décret du 23 août 2021[1606] a procédé à l'alignement des règles de vérification des dossiers de candidature applicables aux MDS sur celles des marchés publics civils (A). Cet « *assouplissement des modalités de vérification des candidatures* » est en effet l'une des « *mesures de simplification des modalités de passation des MDS* »[1607]. Toutefois, une

[1605] En la matière, les MDS se voient appliquer les dispositions générales, l'article R. 2381-1 du code renvoyant aux articles R. 2181-1 à R. 2181-4. Ainsi, l'acheteur doit notifier sans délai chaque candidat ou soumissionnaire de sa décision de rejeter sa candidature ou son offre (cette notification doit également comprendre les motifs du rejet).
[1606] Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021, *op. cit*.
[1607] Selon les termes de la notice accompagnant le décret n°2021-1111.

spécificité, liée au déficit concurrentiel inhérent au secteur de la défense ou de la sécurité, subsiste : la possibilité de suspendre la procédure en cas de déficit concurrentiel (B).

A. L'application des règles classiques

1208. En matière d'examen des candidatures, les MDS reprennent pour une large part les règles applicables aux marchés publics civils. Elles consistent en la vérification de la complétude du dossier de candidature (1), ainsi que l'élimination des candidatures irrecevables (2).

1. La vérification des informations du dossier de candidature

1209. Comme pour les marchés publics civils, l'acheteur peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature « *dans un délai approprié et identique pour tous* » (article R. 2344-1 du code de la commande publique)[1608]. Avant le décret du 23 août 2021, la vérification des informations devait intervenir dans tous les cas au plus tard avant l'envoi de l'invitation des candidats sélectionnés. Par alignement avec les dispositions générales, l'article R. 2344-2 du code de la commande publique distingue désormais selon que l'acheteur limite ou non le nombre de candidats. Par défaut, la vérification des dossiers de candidature doit toujours intervenir au plus tard avant l'attribution du marché. Mais lorsqu'une limite est fixée au nombre de candidatures, cette vérification doit alors intervenir avant l'envoi de l'invitation[1609]. Le décret du 23 août 2021 lève ainsi l'incertitude quant à la vérification des candidatures lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats dans les MDS.

1210. *A contrario* du reste de ses dispositions renforçant le parallélisme entre MDS et marchés publics civils, le décret du 23 août 2021 a tout de même introduit une spécificité pour

[1608] Cette demande s'accompagne de la possibilité pour l'acheteur de formuler une demande de complément ou d'explication des documents et moyens de preuve fournis par l'acheteur (article R. 2344-3 du CCP, renvoyant à l'article R.2144-6).
[1609] Si le code ne renvoie pas directement aux dispositions générales, ce dispositif est identique aux marchés publics civils, le nouvel article R. 3444-2 du CCP condensant les règles des articles R. 2144-3 et R. 2144-5.

les MDS en matière de vérification des dossiers de candidature. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article R. 2344-2 du code de la commande publique prévoit que cette vérification puisse se focaliser sur la seule candidature de l'opérateur économique auquel il est envisagé d'attribuer le marché. Cette possibilité constitue une simplification et un allègement pratique important, notamment en termes de gain de temps et d'efficacité administrative.

2. L'élimination des candidatures irrecevables

1211. Le décret du 23 août 2021 a procédé à l'alignement du second volet des règles en matière d'examen des candidatures, celles relatives à l'élimination des candidatures irrecevables. Avant l'adoption dudit décret, l'article R. 2344-4 du code de la commande publique ne reprenait que les cas de déclaration d'irrecevabilité des candidatures, c'est-à-dire : lorsque le candidat est concerné par un motif d'exclusion, lorsqu'il ne satisfait pas aux conditions de participation, lorsqu'il produit de faux renseignements ou documents, ou encore lorsqu'il ne produit pas dans les délais les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur.

1212. Avec la possibilité pour l'acheteur de vérifier les dossiers de candidatures au plus tard avant l'attribution du marché, les MDS sont concernés par la situation dans laquelle la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres. Ce faisant, le code de la commande publique procède au renvoi vers les dispositions générales[1610]. L'acheteur peut donc solliciter le candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après celle du candidat éliminé, afin de produire les documents nécessaires. L'acheteur peut procéder ainsi tant qu'il reste des candidatures recevables (ou des offres qui n'ont pas été écartées parce qu'inappropriées, irrégulières ou inacceptables).

1213. Ainsi, l'objectif du décret du 23 août 2021 d'assouplissement des modalités de vérification des candidatures s'appuie quasi exclusivement sur un alignement des dispositions

[1610] L'article R. 2344-4 du CCP renvoie à l'article R. 2144-7. Les deux dispositions ne se distinguaient qu'en raison de la prise en compte par les dispositions générales du cas où la vérification des candidatures intervenait tardivement (c'est-à-dire après la sélection des candidats ou le classement des offres).

des MDS sur les dispositions générales. Les spécificités des MDS en la matière semblaient relever d'une codification à droit constant trop « rigoureuse », maintenant des différences purement formelles entre les deux types de marché. Il est probable qu'à l'avenir, les dispositions du code de la commande publique spécifiques aux MDS soient modifiées ou supprimées dans le sens d'un alignement (voire d'une fusion en cas de renvoi) avec les dispositions générales. Là encore, les dispositions applicables aux MDS se fondent sur les règles et formulation du « train de directives » de 2004. En effet, le constat d'un maintien de différences inutiles ou devenues sans objet entre les MDS et les marchés publics civils dépasse d'ailleurs largement les modalités de vérification des candidatures.

1214. L'examen des candidatures dans un MDS ne se distingue donc guère des conditions dans lesquelles les candidatures sont vérifiées dans un marché public civil. Il faut toutefois distinguer un mécanisme propre aux MDS et à la structure économique du marché de la défense : la suspension de procédure.

B. Le cas du mécanisme de suspension de la procédure

1215. La possibilité pour l'acheteur de procéder à une suspension de la procédure résulte de la prise en compte par le droit de la structure économique du marché de la défense. Ainsi, en cas de déficit concurrentiel majeur, l'acheteur peut suspendre la procédure de passation (1), et procéder à une nouvelle publication (2).

1. Mise en œuvre du mécanisme de suspension

1216. La possibilité pour l'acheteur de suspendre la procédure de passation n'existe pas pour les marchés publics civils[1611]. Le cas dans lequel l'acheteur peut utiliser ce mécanisme

[1611] Dans le cas d'un marché public civil, il n'est pas possible de « *procéder à une déclaration d'infructuosité dans le cas où* (…) *une ou plusieurs offres apparaissent acceptables même si le niveau de la concurrence apparaît insuffisant* ». Néanmoins, l'acheteur « *peut ne pas donner suite à l'appel d'offres et relancer la publicité pour l'élargir ou mieux l'adapter au secteur concerné* » (voy. la réponse ministérielle n°14701 publiée le 20 juillet 1998, p. 4002).

explique pourquoi ce dernier est une spécificité des MDS. En effet, l'acheteur peut y recourir lorsqu'il « *estime que le nombre de candidats appropriés est trop restreint pour assurer une véritable concurrence* »[1612]. Cela renvoie à la structure globale du marché de la défense, lequel se trouve concentré autour d'un demandeur en situation de monopole, ainsi que des offreurs en situation d'oligopole ou de monopole. Cette structure implique nécessairement un plus grand risque de rencontrer des cas dans lesquels une procédure de passation peut, initialement, susciter un nombre de candidatures insuffisant (et, *a fortiori*, appropriées).

1217. La suspension de procédure a pour conséquence de l'allonger. Ainsi, lorsqu'il suspend la procédure, l'acheteur publie à nouveau l'avis d'appel à la concurrence « *en fixant un nouveau délai pour l'introduction des demandes de participation* ». Dans un second temps, l'ensemble des candidats, qu'ils soient sélectionnés à la suite de la première ou de la seconde publication, sont invités dans les conditions prévues aux articles R. 2344-9 et R. 2344-10 du code de la commande publique (soit une poursuite « *normale* » de la procédure de passation).

1218. Le mécanisme de suspension de la procédure ne s'oppose pas à ce que l'acheteur annule la procédure d'achat en cours et lance une nouvelle procédure[1613]. En effet, une personne publique doit conserver le droit de renoncer à conclure un contrat de la commande publique pour un motif d'intérêt général. Le juge administratif a eu l'occasion de préciser, à propos d'un contrat de concession, « *qu'une personne publique qui a engagé une procédure de passation ne saurait être tenu de conclure le contrat* ». Ainsi, « *l'insuffisance de la concurrence constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier la renonciation à conclure un contrat de délégation de service public* »[1614].

2. Un mécanisme illustrant la symbiose potentielle du rapport droit-économie

1219. Le mécanisme de suspension de la procédure de passation illustre bien le rapport qu'entretiennent le droit et l'économie, en particulier lorsque l'encadrement juridique entend

[1612] Article R. 2344-5 du CCP.
[1613] Voy. l'article R. 2385-1 du CCP, lequel renvoie aux article R. 2185-1 et R. 2185-2.
[1614] CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagus*, n° 407099, tables du *Lebon*.

réguler une activité économique aussi conséquente que la commande publique. Il est possible d'analyser ce rapport en deux temps.

1220. Dans un premier temps, le droit prend en compte la réalité économique du marché (en l'occurrence, le déficit concurrentiel inhérent à l'économie de défense) : l'économie influence le droit. Dans un second temps, le droit prévoit une règle, un mécanisme qui s'offre (la règle est optionnelle, comme c'est le cas pour l'article R.2344-5 du code de la commande publique) ou s'impose (la règle est obligatoire) à son destinataire (ici, l'acheteur). La mise en place d'une telle règle vise à remplir un objectif, en l'occurrence celui d'augmenter le nombre de candidatures appropriées à un MDS, et, plus largement, réduire les effets négatifs de la structure du marché de la défense sur la concurrence. Ici, le droit entend, à son tour, influencer l'économie.

1221. Une fois les dossiers de candidature, et, le cas échéant, les dossiers d'accessibilité, vérifiés, l'acheteur procède à l'invitation des candidats sélectionnés dans les conditions de droit commun. Il invite simultanément et par écrit lesdits candidats à soumissionner (ou participer au dialogue)[1615]. Le contenu minimal de l'invitation dans les MDS correspond à celui prévu pour les marchés publics civils[1616].

1222. Conclusion de la sous-section. Dans une très large mesure, l'examen des candidatures dans les MDS demeure identique à celui des candidatures dans les marchés publics civils. S'agissant de la vérification des dossiers de candidature, ce constat est renforcé par les récentes modifications apportées par le décret du 23 août 2021. Par ailleurs, si la vérification des dossiers d'accessibilité est, en principe, une étape exorbitante du droit commun, il reste que la procédure est inspirée de celle des dossiers de candidature (possibilité pour l'acheteur de demander aux (pré)candidats de compléter leur dossier d'accessibilité, etc.). Cette étape démontre que les MDS sont bien des « marchés publics », et pas seulement des vecteurs de « politiques publiques ». C'est aussi d'approvisionnement dont il est question, de la volonté de trouver un cocontractant, dans le cadre de la fonction du droit des marchés publics.

[1615] Article R. 2344-9 du CCP, lequel renvoie à l'article R. 2144-8.
[1616] Article R. 2344-10 du CCP pour les MDS, article R. 2144-9 pour les marchés publics civils.

1223. Conclusion de la section. La phase de candidature dans les MDS se distingue donc principalement par la mise en œuvre de la préférence communautaire en France. Celle-ci a un impact sur la procédure de passation, puisqu'elle implique l'ajout d'une étape de présélection en amont de la sélection des candidatures *stricto sensu*. En pratique, la distinction entre ces deux étapes est ténue. Sur le fond, les critères d'accessibilité annoncent les critères de sélection, notamment du point de vue des impératifs de sécurité. Cela implique une certaine équivalence dans le contenu. La véritable distinction réside plutôt dans la liberté de l'acheteur dans l'établissement des critères. Par ailleurs, la pratique des acheteurs accentue la porosité entre les étapes de présélection et de sélection, s'agissant de l'examen des candidatures. L'acheteur peut renvoyer à un examen classique des candidatures, pour tous les opérateurs économiques, tiers ou non.

1224. Enfin, l'ensemble des spécificités applicables aux MDS, y compris celles résultant de la préférence communautaire, n'ont pas pour effet de moduler les obligations de publicité et de mise en concurrence lors de la phase de candidature, lesquelles s'appliquent avec la même intensité que dans les marchés publics civils. Inversement, l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence est sans incidence sur l'inévitable complexité de la construction d'une candidature, liée aux impératifs de sécurité imposés par l'acheteur dès la phase de candidature.

1225. Plus généralement, les acheteurs peuvent appliquer leurs exigences techniques et sécuritaires dans le cadre de la sélection des candidatures. Les règles générales en la matière, celles qui prévalent pour tous les marchés publics, n'empêchent pas l'expression des particularismes de la défense. Cette absence de conflit entre les dimensions de « marchés publics » et de « politiques publiques » sont réciproquement favorables à ces dernières. L'intégration de la préférence communautaire, un mécanisme fondé sur des considérations éminemment politiques, se manifeste, lors de la phase de candidature, par un corpus de règles largement inspiré du droit commun des marchés publics.

1226. Il n'est toutefois pas acquis que la problématique du déficit concurrentiel inhérent au secteur de la défense soit réglée par la phase de candidature des MDS ainsi adaptée. La possibilité pour des opérateurs économiques extranationaux de présenter leur candidature permet de nuancer ce déficit, mais le corrige-t-il totalement ? Rien n'est moins sûr, d'autant

que la phase des offres parait réduire un peu plus encore le niveau de concurrence, à travers les exigences de la défense qu'elle doit intégrer.

Section 2. La phase des offres

1227. La phase des offres dans les MDS illustre la diversité des rapports possibles entre les règles applicables aux MDS et celles applicables aux marchés publics civils. Tantôt, ce sont des rapports parallèles, les règles étant similaires voire rigoureusement identiques, tantôt la phase des offres des MDS contient des mesures et dispositifs totalement inédits. L'essentiel des règles applicables lors de la phase des offres reposent pour une large partie sur les règles de droit commun, tant du point de vue des conditions d'examen des offres que de leur présentation. En revanche, le contenu des offres dans les MDS se distingue radicalement.

1228. S'agissant de l'examen des offres, le code de la commande publique renvoie le plus souvent aux dispositions générales, et, en l'absence d'un tel renvoi, procède à leur reprise. Ainsi en est-il des règles applicables aux offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées[1617] ou aux offres anormalement basses[1618]. Comme pour les marchés publics civils, le choix de l'offre dans les MDS doit se porter sur l'offre économiquement la plus avantageuse, et l'acheteur peut se fonder sur un critère unique (mais les MDS ne connaissent que le prix comme critère unique[1619]) ou sur une pluralité de critères non discriminatoires[1620], lesquels doivent également être liés à

[1617] L'article R. 2352-1 du CCP renvoie aux dispositions des articles R. 2152-1 et R. 2152-2.
[1618] L'application des règles relatives aux offres anormalement basses se limite toutefois au marché principal pour ce qui concerne les MDS, à l'exclusion des sous-contrats.
[1619] Le coût n'existe pas en tant que critère unique, contrairement aux marchés publics civils. Pour ces derniers, l'article R. 2152-7-1°-b du CCP dispose que le critère unique du coût est déterminé par une « *approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9* ». Cette utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution, encadrée par les articles R. 2152-9 et R. 2152-10 du code, n'a pas été reprise pour les MDS. En revanche, le « *coût d'utilisation* » ou « *les coûts au long du cycle de vie au sens de l'article L. 2312-2* » (et non pas, comme pour les marchés publics civils, au sens de l'article R. 2152-9), fait partie des critères pluriels non-discriminatoires dans les MDS.
[1620] Les MDS ont influencé les dispositions générales. Depuis l'apparition des MDS en droit français, les critères d'attribution dans les marchés publics civils peuvent se fonder sur « *la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles* ». Ces critères illustrent la possibilité d'attribuer les marchés dans le domaine de la défense, mais qui ne sont pas des MDS au sens de l'article L. 1113-1, selon les règles applicables aux marchés publics civils.

l'objet du marché[1621]. Par ailleurs, la publicité des critères[1622] et leur mise en œuvre[1623], ainsi que les règles de mise au point du marché[1624] sont identiques entre les MDS et les marchés publics civils.

1229. La ressemblance entre les deux types de marché est moindre s'agissant des règles de présentation des offres. Les règles de réception des offres dans les MDS sont identiques dans leur fonctionnement. De même, les règles applicables aux variantes sont similaires[1625]. En revanche, dans les MDS, les modalités de remise des offres prennent en considération le fait que les offres sont susceptibles de contenir des informations classifiées[1626] et sont donc tout à fait spécifiques.

1230. Aussi, c'est l'intégration des impératifs de sécurité dans le contenu des offres qui distingue le mieux les MDS des marchés publics civils[1627]. La phase des offres se rapprochant de l'exécution du marché, l'acheteur doit s'assurer que le soumissionnaire choisi comme titulaire sera en mesure de répondre aux exigences liées à ces impératifs. Ainsi, le code de la commande publique prévoit la possibilité pour l'acheteur de demander de nombreux documents, d'informations ou d'engagements relatifs, d'une part, à la sécurité d'approvisionnement (Sous-section 1), et, d'autre part, à la sécurité des informations (Sous-section 2).

[1621] La rédaction actuelle du code de la commande publique semble exclure ou omettre de préciser pour les MDS que ces critères non-discriminatoires doivent être liés à l'objet du marché « *ou à ses conditions d'exécution* ». L'article R. 2352-5 du CCP ne mentionne pas cette alternative à l'exigence du lien à l'objet du marché dans la détermination des critères d'attribution. Il précise que « *D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché* ». Il semble pourtant clair que les critères d'attribution dans les MDS puissent être liés aux conditions d'exécution.

[1622] Article R. 2352-7 du CCP, renvoyant à l'article R. 2152-11.

[1623] *Ibid.* La rédaction de l'article R. 2352-8 du CCP est exactement la même que celle de l'article R. 2152-12, à ceci près que la pondération n'a pas à « *refléter la façon dont l'acheteur valorise les différents critères* ».

[1624] Article R. 2352-9 du CCP, renvoyant à l'article R. 2152-13.

[1625] Les règles applicables aux MDS en matière de variantes (article R. 2351-8 du CCP) sont identiques à celles qui sont applicables aux entités adjudicatrices dans les marchés publics civils (article R. 2151-8).

[1626] L'article R. 2351-6 du CCP dispose que le soumissionnaire doit transmettre son offre par tout moyen permettant d'en garantir la confidentialité.

[1627] Les dispositions spéciales relatives à la sous-contractance (régime renforcé de contrôle, régime de mise en concurrence) ont également un impact sur le contenu de l'offre. Celui-ci est toutefois plus relatif que celui des impératifs de sécurité, et prépare, pour l'essentiel, le régime spécial de mise en concurrence au niveau des sous-contrats (cf. *infra* §1540).

Sous-section 1. La sécurité des informations

1231. La sécurité des informations est au cœur de la directive 2009/81/CE, qui en fait l'une de ses raisons d'être. Cet impératif de sécurité concerne « *l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement* »[1628], de sorte qu'il peut être imposé aux contractants principaux comme aux sous-contractants des « *engagements particuliers* » en termes de protection des informations classifiées et la production des « *informations suffisantes quant à leur capacité d'agir en ce sens* »[1629]. En France, le code de la commande publique doit nécessairement composer avec l'IGI 1300, d'application constante dès lors qu'il est question d'accéder à des informations ou supports classifiés.

1232. Ainsi, l'article R. 2351-14 du code de la commande publique dispose que l'acheteur exige que l'offre du soumissionnaire comporte l'engagement de préserver la confidentialité des informations (I) ainsi que les éléments relatifs aux capacités des sous-contractants d'assurer la confidentialité des informations classifiées (II).

I. L'engagement de confidentialité des parties au marché

1233. L'article R. 2351-14-1° du code de la commande publique impose à l'acheteur d'exiger que l'offre du soumissionnaire comporte un engagement de préserver la confidentialité des informations (A), à charge pour le soumissionnaire de recueillir celui de ses sous-contractants (B).

[1628] Directive 2009/81/CE, considérant 42.
[1629] *Ibid.*, considérant 43. Ces éléments font l'objet d'un article 22 consacré à la *Sécurité de l'information*.

A. L‘engagement de confidentialité du soumissionnaire

1234. L’article R. 2351-14-1° du code de la commande publique tend à l’universalité des informations visées par l’engagement (1), lequel paraît, par ailleurs, inutile en France, au regard de l’application de l’IGI 1300 (2).

1. Un engagement complétant les critères de sélection relatifs à la sécurité des informations

1235. L’engagement du soumissionnaire est applicable à toutes les informations et supports protégés ou classifiés en cause dans le marché. En effet, l’engagement couvre, d’une part, toutes les informations en la possession du soumissionnaire et vise ainsi la sécurité des informations pendant la consultation. D’autre part, le soumissionnaire doit s’engager à préserver la confidentialité des informations dont il viendrait à prendre connaissance en cours d’exécution du marché, mais également après résiliation ou expiration du contrat. Le secret de la défense nationale ne prend pas fin en même temps que le contrat vecteur des informations classifiées. L’engagement du soumissionnaire est donc très large, applicable à toutes les hypothèses de détention d’informations classifiées, et ce tout au long de la durée de vie du marché et au-delà.

1236. La Commission européenne analyse l’engagement de préserver la confidentialité des informations comme le complément utile des critères de sélection relatifs à la sécurité des informations. Dans sa note d’orientation, elle distingue en effet d’une part la capacité générale du candidat à assurer la sécurité des informations, vérifiée par le critère de sélection[1630], et d’autre part la condition d’exécution[1631] du contrat qui implique, notamment, d’obtenir un tel engagement et qui permet de s’assurer de l’utilisation de ladite capacité. L’acheteur obtient ainsi du soumissionnaire un engagement d’utiliser ladite capacité pour l’ensemble des informations classifiées impliquées dans le cadre de l’exécution du marché.

[1630] Cf. *supra* §1159 et s.
[1631] Cf. *infra* §1414.

1237. Par ailleurs, l'engagement vise le niveau de confidentialité « *requis par le marché* », ce dernier correspondant à la classification des informations et supports en cause[1632]. À ce titre, le code de la commande publique fait dépendre l'engagement de confidentialité des soumissionnaires à la conformité aux dispositions de l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R.2300-1 (c'est-à-dire l'IGI 1300).

2. La référence à l'IGI 1300 : une remise en cause de l'intérêt de l'engagement de confidentialité ?

1238. Ce renvoi indirect aux dispositions de l'IGI 1300 questionne l'utilité de l'engagement du soumissionnaire. Or, les dispositions de cette dernière ont précisément pour objet d'imposer, notamment dans un cadre contractuel, la protection des informations classifiées au niveau de protection requis. L'instruction dispose ainsi que le niveau de classification doit être approprié à l'information ou au support concernés, « *c'est-à-dire à ce qu'il soit à la fois strictement nécessaire et suffisant.* »[1633]. Par conséquent, un auteur a pu juger que le dispositif prévu par l'article R. 2351-14-1° du code de la commande publique est « *étonnant* » et « *sans doute juridiquement superfétatoire* »[1634].

1239. Il est vrai que l'engagement du soumissionnaire est, de ce point de vue, une redite d'une « *situation légale s'imposant par nature aux opérateurs* »[1635]. L'absence d'un

[1632] La décision de classification d'une information appartient à l'autorité émettrice, c'est-à-dire le Premier ministre, en tant que responsable de la défense nationale (et donc de la protection de son secret) au titre de l'article 21 de la Constitution, ou par délégation, le ministre dans son champ de compétence, ou une autorité en vertu de la Constitution ou de la loi (par exemple, la formation spécialisée du Conseil d'État, laquelle peut avoir besoin d'accéder à des informations classifiées, conformément à l'article L. 773-2 du CJA). La classification relève quant à elle de la responsabilité de l'auteur de l'information (par l'apposition d'un timbre de classification), sous la responsabilité de l'autorité émettrice pour le compte de laquelle l'auteur procède à la classification.

[1633] IGI 1300, 7.1.1.1.a. L'auteur de l'information doit, avant d'apposer un timbre de classification, procéder à l'analyse de l'importance de l'information, « *au regard de son contexte et eu égard aux directives de classification applicables* ».

[1634] E. POURCEL, « Marchés publics de défense ou de sécurité – Principes généraux et règles de passation », *op. cit.*, point 241.

[1635] *Ibid.* L'auteur relève que le dispositif d'engagement du soumissionnaire prévu au code de la commande publique « *vise à contractualiser ce qui est la résultante d'une situation légale* », et rappelle que le non-respect de la classification d'une information classifiée au titre du secret de la défense nationale est sanctionné pénalement par le délit de compromission.

engagement du soumissionnaire de préserver la confidentialité des informations n'aurait aucune incidence sur les obligations qui pèsent sur le titulaire d'un marché public, en particulier un MDS, lequel comporte, par nature, des informations classifiées. Ainsi, l'engagement du soumissionnaire de préserver le niveau de protection des informations classifiées au cours du marché apparaît davantage comme un rappel – contractuel – pour le soumissionnaire de son obligation – légale – d'utiliser ses capacités en la matière.

1240. La critique du caractère superfétatoire de ces exigences ne se limite pas à l'article R. 2351-14-1° du code de la commande publique, dans la mesure où ce code exige également un engagement de la part des sous-contractants (article R. 2351-14-2°). Les dispositions de l'IGI 1300 s'imposent à l'ensemble des personnes morales souhaitant accéder au contrat, par la voie du contrat principal ou celle du sous-contrat. Néanmoins, une incertitude sur l'application de l'instruction à l'ensemble des sous-contractants a, un temps, subsisté à l'adoption des dispositions propres aux MDS.

B. L'engagement de confidentialité des sous-contractants

1241. Le code de la commande publique confie au soumissionnaire la responsabilité d'obtenir l'engagement des sous-contractants, de sorte que celui-ci *s'engage à obtenir l'engagement* de ces derniers. Cette responsabilité est cohérente avec la circonstance qu'il n'existe pas de lien contractuel entre l'acheteur et les sous-contractants. La responsabilité du soumissionnaire s'étend à l'ensemble des sous-contractants, identifiés ou futurs. Néanmoins, une incertitude résidait quant à l'application des dispositions de l'IGI 1300 aux sous-contractants. En effet, l'instruction ne prenait initialement pas compte de la notion de sous-contrat (1). La dernière version de l'IGI 1300 corrige cette incertitude (2).

1. L'IGI 1300 précédant l'adoption du code de la commande publique : une absence de prise en compte de la notion de sous-contrat

1242. Une incertitude résidait en France quant à l'application de règles relatives à la protection des informations classifiées à l'ensemble des sous-contractants. E. Pourcel a notamment relevé en ce sens « *l'imperfection des textes sur la protection du secret qui ne visent encore pour l'heure que la notion de sous-traitant* »[1636]. En effet, avant l'adoption du code de la commande publique, l'IGI 1300 faisait référence aux seuls sous-traitants, introduits à travers la définition de « *primocontractant* »[1637].

1243. L'article 93 de l'IGI 1300 précédant l'adoption du code de la commande publique disposait, dans un Titre VI consacré à *La protection du secret dans les contrats*, que « *tout contrat de sous-traitance d'un marché* » qui nécessite l'accès à des informations classifiées se voit appliquer les règles de l'IGI, « *y compris dans la phase précontractuelle* ». Les dispositions relatives au *Cas de la sous-traitance* dans l'annexe de sécurité d'un contrat (elle-même constitutive d'une mesure de sécurité liée à l'exécution des contrats) renvoyait également au *contrat de sous-traitance* et à l'intégration de la liste des *sous-traitants* dans ladite annexe (article 108)[1638]. La notion de *sous-traitance* fait d'ailleurs l'objet d'un renvoi à la loi du 31 décembre 1975 par l'instruction. En d'autres termes, cette dernière n'était pas, du moins formellement, applicable aux sous-contractants n'ayant pas le caractère de sous-traité (en tant que personne morale).

1244. Par le biais de l'exigence d'habilitation de sécurité des personnes physiques, l'impératif de protection des informations classifiées demeurait certes au niveau des sous-contrats, dans la mesure où le personnel du sous-contractant ayant besoin de connaître lesdites informations devait être habilité. Néanmoins, la question de l'application de l'obligation de

---

[1636] E. POURCEL, *op. cit*, point 242.

[1637] Arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n°1300 sur la protection du secret de la défense nationale, JORF n° 0279 du 2 décembre 2011, texte 1 sur 123. Le primocontractant est « *celui qui, dans le cadre d'un marché public, a conclu le contrat avec la personne publique, maître d'ouvrage, et qui confie, sous sa responsabilité, tout ou partie de l'exécution de ce contrat à un ou plusieurs sous-traitants.* » Glossaire, « *Primocontractant* »).

[1638] *Ibid.* L'article 110, relatif aux obligations spécifiques des primocontractants, disposait que ces derniers « doivent garantir l'application par leurs sous-traitants de conditions de sécurité non moins strictes que celles prévues dans le contrat ».

l'habilitation du fournisseur sous-contractant en tant que personne morale (et donc du contrôle initial d'aptitude applicable aux personnes morales habilitées[1639]) pouvait se poser.

2. L'IGI 1300 suivant l'adoption du code de la commande publique : l'introduction de la notion de sous-contractant

1245. La version de l'IGI 1300 suivant l'adoption du code de la commande publique corrige cette incertitude, en se référant à ce dernier, et donc, au concept de sous-contrat[1640]. Elle définit ainsi le *primo-contractant* comme une personne physique ou morale ayant conclu un marché public avec la personne publique, et qui « *confie, sous sa responsabilité, tout ou partie de l'exécution de ce contrat à un ou plusieurs sous-traitants ou sous-contractants* ». En outre, l'instruction détermine notamment les mesures applicables à un *contrat de sous-traitance ou d'un sous-contrat à un contrat de la commande publique* (4.4).

1246. Si la formule est, sur le plan conceptuel, malheureuse en ce qu'elle distingue sous-traité et sous-contrat[1641], laissant ainsi à penser que la sous-traitance se distingue de la sous-contractance, la nouvelle IGI 1300 met un terme à l'incertitude sur le besoin d'habilitation des fournisseurs sous-contractants d'un MDS (en tant que personne morale).

1247. Ainsi, les obligations en matière de sécurité des informations prévues par l'instruction s'appliquent à l'ensemble des sous-contractants. À l'instar de l'engagement du soumissionnaire, l'article R. 2351-14-2° du code de la commande publique semble donc être un simple rappel des obligations qui pèsent sur le titulaire d'un marché public impliquant des informations classifiées, c'est-à-dire l'application de ses obligations à l'ensemble de ses sous-contractants. Cependant, l'adoption du code de la commande publique a corrigé une forme de vide juridique autour de l'habilitation des fournisseurs en tant que personne morale.

[1639] *Ibid*., article 104.
[1640] Cf. *infra* §1550 et s.
[1641] La définition de primo-contractant aurait pu uniquement faire référence aux « *sous-contractants* », de même que la section 4.4 de l'IGI 1300 aurait pu s'intituler « *Mesures applicables dans le cadre d'un contrat de la commande publique, d'un sous-contrat à un contrat de la commande publique ou d'un contrat de subvention* ».

1248. L'engagement de préserver la confidentialité des informations, tant pour les soumissionnaires que les sous-contractants, constitue donc bien un « *système cohérent* »[1642]. L'application de cette exigence valant pour l'ensemble des opérateurs économiques exécutant le marché, primo-contractant et sous-contractants, le système de protection des informations classifiés n'en est que plus efficace. Son étendue est, à tout le moins, clairement exposée aux candidats à un MDS.

II. Les informations relatives aux capacités des sous-contractants d'assurer la confidentialité des informations classifiées

1249. La combinaison des articles R. 2351-14-3° et R. 2351-14-3° du code de la commande publique permet à l'acheteur de s'assurer que les sous-contractants disposent des capacités requises pour préserver la confidentialité des informations classifiées (A). Ce dispositif est d'autant plus comparable au processus de sélection des soumissionnaires qu'il est fondé sur la circonstance que les sous-contractants disposent ou sont susceptibles de bénéficier des habilitations requises (B).

A. Un dispositif permettant à l'acheteur d'apprécier la capacité de sécurité des informations des sous-contractants

1250. La vérification de ces capacités, applicable à l'ensemble des sous-contractants (1), est assimilable à une sélection des sous-contractants (2).

[1642] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité des informations », *op. cit*., p. 8 (point 17).

1. Un dispositif d'application globale

1251. La notion de sous-contractant permet, là encore, d'appliquer ces dispositions du code de la commande publique, non seulement aux sous-traitants *stricto sensu*, mais également aux fournisseurs du titulaire. Les éléments que doit produire le soumissionnaire visent tous les sous-contractants, identifiés et futurs.

1252. L'article R. 2351-14-3° du code de la commande publique est applicable aux sous-contractants identifiés au moment de la soumission de l'offre. Pour ces derniers, le soumissionnaire doit produire les « *informations suffisantes* » pour permettre de déterminer s'ils possèdent les capacités requises pour préserver de manière appropriée la confidentialité des informations classifiées, c'est-à-dire (en principe) les informations dont il dispose déjà. De même, l'article R. 2351-14-4° du code de la commande publique impose au soumissionnaire de fournir un *engagement* de produire de telles informations pour les sous-contractants auxquels le titulaire fera appel au cours de l'exécution du marché.

1253. Ces informations s'appliquent à l'ensemble des informations classifiées, quelle que soit la phase du marché concernée. D'une part, les éléments qui doivent être produits par les soumissionnaires concernent la confidentialité des informations auxquels les sous-contractants ont accès pendant la consultation (c'est-à-dire la sécurité des informations *précontractuelle*). En toute logique, ces informations concernent les sous-contractants identifiés. D'autre part, ces éléments visent à garantir également que les sous-contractants (identifiés ou futurs) ont les capacités nécessaires pour assurer la sécurité des informations qu'ils seront « *amenés à produire* » dans le cadre de la réalisation de leur contrat avec le titulaire. Ce faisant, l'article R. 2351-14-4° du code de la commande publique permet à l'acheteur de se voir garantir la *sécurité des informations (sous)contractuelle*.

2. Un dispositif assimilable à une sélection des sous-contractants

1254. Le dispositif forme un régime de pseudo-sélection des sous-contractants. En effet, la sécurité des informations au stade de la présentation des offres ne traite pas de la capacité du soumissionnaire en la matière, dans la mesure où cette dernière est vérifiée dans le cadre de la

phase de candidature. Les articles R. 2351-14-3° et R. 2351-14-4° du code de la commande publique sont comparables à son article R. 2343-13 traitant des éléments justifiant de la capacité des *candidats* à traiter, stocker et transmettre les données protégées au niveau de protection nécessaire. Ainsi, lors de la phase des offres, l'acheteur est, en principe, d'ores et déjà assuré de la capacité des soumissionnaires en matière de sécurité des informations. La comparaison entre la sélection des candidats au marché principal et la détermination des capacités des sous-contractants des opérateurs économiques est d'autant plus pertinente que l'acheteur peut également faire appel aux autorités nationales de sécurité d'autres États pour vérifier les informations obtenues.

1255. Le système de collaboration entre les États[1643] n'est visé explicitement, ni dans le code de la commande publique, ni dans la directive 2009/81/CE. En outre, le décret du 23 août 2021[1644] a apporté une modification aux articles R. 2351-14-3° et R. 2351-14-4° du code de la commande publique. Initialement, si l'acheteur était bien le demandeur des informations relatives aux sous-contractants, il n'en était pas le destinataire. Ces informations devaient permettre à « *l'autorité nationale de sécurité* » de s'assurer que les sous-contractants potentiels disposent ou peuvent disposer de l'habilitation de sécurité nécessaire. Le décret susmentionné a remplacé cette autorité par « *l'acheteur* », reprenant ainsi la rédaction de la directive 2009/81/CE (laquelle prévoit que les informations sont à destination du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice). Cette nouvelle formulation conduit à une simplification de la procédure, puisqu'elle dispense l'acheteur de devoir recourir à une autorité tierce pour contrôler les capacités des sous-contractants en matière de sécurité des informations[1645].

1256. Cependant, la note d'orientation de la Commission européenne[1646] donne en exemple la remise d'un certificat de l'autorité de sécurité nationale du sous-contractant potentiel, qui

[1643] Cf. *supra* §1172 et s.
[1644] Décret n° 2021-1111 du 23 août 2021, *op. cit*.
[1645] Pour autant, cette modification ne semble toutefois pas remettre pas en cause la chaîne de sécurité de l'information, laquelle s'impose *via* l'application de l'IGI 1300. Ainsi, la procédure d'habilitation, cette dernière étant nécessaire pour tout opérateur ayant besoin d'accéder aux informations classifiées (y compris les sous-contractants : cf. *infra* §1257), implique non seulement l'autorité publique contractante (c'est-à-dire l'acheteur), mais également une autorité d'habilitation prononçant la décision d'habilitation, ainsi qu'un service enquêteur chargé de l'enquête administrative précédant ladite décision. Ainsi, la suppression de la mention de l'autorité nationale de sécurité comme destinataire des éléments visés aux articles R. 2351-14-3° et R. 2351-14-4° du CCP ne remet pas en cause cette chaîne de sécurité de l'information.
[1646] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité des informations », *op. cit*., p. 8 (point 18).

confirme que ce dernier possède une habilitation au niveau de sécurité adéquat. La note ajoute, dans des contours rappelant le système de collaboration des États lors de la phase de candidature, que l'acheteur peut vérifier les informations auprès des autorités de sécurité de l'État des sous-contractants potentiels.

B. Un dispositif fondé sur l'habilitation de sécurité

1257. Les éléments relatifs aux capacités des sous-contractants d'assurer la confidentialité des informations classifiées semblent inutiles dans la mesure où l'IGI 1300 exige une habilitation préalable, y compris pour les sous-contractants, laquelle donne lieu à une appréciation des capacités des personnes habilitées de conserver la sécurité des informations (1). Néanmoins, dans le contexte de la commande publique, le dispositif prévu à l'article R. 2351-14-3° du code de la commande publique demeure pertinent au regard de la bonne exécution du marché (2).

1. Un dispositif inutile au regard de l'exigence d'habilitation préalable prévue à l'IGI 1300

1258. Si la directive 2009/81/CE ne fait pas directement le lien avec l'habilitation de sécurité, mais mentionne les « *capacités requises pour préserver de manière appropriée la confidentialité des informations classifiées* »[1647], le code de la commande publique dispose en revanche que les informations relatives aux capacités des sous-contractants identifiés ou futurs doivent permettre à l'acheteur de s'assurer qu'ils « *disposent ou sont susceptibles de disposer* » des habilitations requises.

1259. Cette formulation des articles R. 2351-14-3° et R. 2351-14-4° du code de la commande publique soulève des questions. La circonstance que les informations visées doivent permettre à l'acheteur de s'assurer qu'un opérateur pressenti comme sous-contractant *dispose*

[1647] Directive 2009/81/CE, article 22, c.

des habilitations requises ne suscite pas de difficulté[1648]. Il en va autrement du cas où ces informations permettent simplement d'établir qu'un opérateur est *susceptible de disposer* d'une habilitation.

1260. Une telle formulation semble malheureuse dans la mesure où elle paraît admettre l'absence d'habilitation préalable d'un opérateur économique (en l'occurrence un sous-contractant potentiel)[1649]. Or, l'IGI 1300 prévoit que l'accès aux informations classifiées dans le cadre d'un contrat de la commande publique est soumis à l'habilitation de sécurité préalable de la personne morale, y compris lorsqu'elle est sous-contractante[1650]. Certes, l'IGI 1300 prévoit dans la procédure d'habilitation préalable la possibilité d'une habilitation provisoire[1651]. En tout état de cause, les dispositions du code de la commande publique ne doivent pas être interprétées comme une alternative à l'application de l'IGI 1300. L'instruction prévoit en particulier des obligations spécifiques pour les « *primo-contractants* » lorsqu'ils ont recours à des sous-contractants.

[1648] Voy. E. POURCEL, « Décret « défense et sécurité » : quel impact ? (2e partie) », *Contrats et marchés publics*, Février 2012, p. 12. Lors de la création d'une Partie III du code de marchés publics consacrée aux MPDS, l'auteur note la *cohérence* de la première proposition (« *disposent* (…) » au regard des dispositions applicables à la protection du secret. Néanmoins, l'auteur ne comprend pas très bien « *pour quelles raisons ces informations seront remises et donc vérifiées au stade de l'offre, avec l'acte d'engagement, c'est-à-dire après avoir accédé au DCE comportant des informations ou supports protégés ou classifiés ?* ».

[1649] *Ibid.* E. POURCEL relève également que cette formulation (« *susceptible de bénéficier des habilitations* ») « *confirme les craintes que nous exprimions quant à un double manque de cohérence* ». Le premier est constitué par la circonstance que les dispositions du code de la commande publique (alors code des marchés publics) relatives au traitement des candidatures imposent l'obtention de l'habilitation avant la date limite de remise des candidatures, « *ce qui écarte l'idée d'une obtention future* ». Le second est relatif au manque de cohérence entre le code et les textes sur la protection du secret de la défense nationale (l'IGI 1300), « *puisqu'il appert, à la lecture* de l'article [R. 2351-14-3° et R. 2351-14-4° du CCP], *que des sous- contractants pourraient accéder à des informations sans être habilités ?!* ».

[1650] E. POURCEL, « Marchés publics de défense ou de sécurité - Principes généraux et règles de passation », *op. cit.*, point 241. L'auteur, qui rappelle que l'obtention d'une habilitation est « *une condition sine qua non à la recevabilité de la candidature de l'opérateur et à celle de ses sous-contractants* », conclue que « *l'opérateur dont une candidature a été acceptée ne devrait donc pas pouvoir voir son offre rejetée sur la base d'engagements ou d'informations qui sont contenus et traités lors de la mise en œuvre des protocoles en matière de protection du secret pour l'octroi ou non de l'habilitation.* »

[1651] IGI 1300, *op. cit.*, 4.4.1.4.d. Cette hypothèse d'habilitation provisoire de la personne morale (primo-contractante ou sous-contractante) est possible lorsque le service enquêteur n'a pas encore rendu son avis, en cas d'urgence justifiée et après saisine du service enquêteur. L'autorité d'habilitation peut alors prendre sa décision « *au vu d'autres éléments utiles en sa possession* », de sorte que « *l'habilitation ainsi délivrée est provisoire* ».

1261. Lorsque l'exécution du contrat de la commande publique nécessite pour les sous-contractants d'accéder à des informations classifiées, le primo-contractant doit en informer l'autorité publique contractante, « *au moment de la signature du contrat* » en justifiant ce « *besoin d'en connaître pour exécuter le contrat* »[1652]. Une fois que l'acheteur valide ce besoin, le sous-contractant pressenti en est informé par le primo-contractant, et doit constituer un dossier de demande d'habilitation. Cette demande s'effectue dans les mêmes conditions que celles requises pour l'habilitation du titulaire du marché[1653]. En effet, l'accès aux informations classifiées se fait sous réserve de l'habilitation préalable du sous-contractant et de ses employés appelés à en connaître[1654]. En outre, l'accès aux informations est strictement limité au besoin des sous-contractants d'en connaître, et ce par rapport aux prestations définies par le sous-contrat.

2. Un dispositif pertinent au regard de la bonne exécution du marché

1262. L'application systématique de l'IGI 1300 questionne la pertinence de ce dispositif, ainsi que l'ensemble des dispositions relatives à la présentation des offres en matière de sécurité des informations. Elles apparaissent, sinon superflues, comme un simple rappel des principes de base contenus dans l'instruction[1655]. Cette dernière impose davantage d'obligations, plus précises et contraignantes pour les parties au contrat de la commande publique. L'exigence de protection des informations classifiées est telle que l'article R. 2351-14 du code de la commande publique s'impose à l'acheteur, de la même façon que l'IGI 1300 s'impose aux contrats de la commande publique.

[1652] *Ibid.*, 4.4.2.2, c.

[1653] Ainsi, l'habilitation de l'opérateur économique est délivrée par décision explicite de l'autorité d'habilitation (IGI 1300, 4.4.1.4, d), après une enquête administrative réalisée par le service enquêteur compétent (phase d'instruction, IGI 1300, 4.4.1.4, c). Celui-ci émet un avis de sécurité, qui ne lie pas l'autorité d'habilitation (cette dernière s'appuie néanmoins sur elle pour rendre sa décision).

[1654] *Ibid.*, L'accès aux informations classifiées par le sous-contractant est également conditionné à l'existence d'un contrat comportant un plan contractuel de sécurité approuvé par l'acheteur.

[1655] E. POURCEL, « MPDS : protéger le secret », Fiches pratiques, Lexis 360° Collectivités territoriales, n°2843, p. 14. L'auteur synthétise les rapports entre le code de la commande publique et les dispositions de l'IGI 1300, en relevant que « *les engagements et informations sollicitées de l'opérateur que ce soit en sa qualité de candidat ou de titulaire du marché ne peuvent avoir, et non pas pour objet, d'autoriser l'accès aux informations et supports classifiées : ces éléments doivent simplement rappeler le contexte légal atypique et participer à l'instruction des demandes d'habilitation.* ».

1263. Alors que la directive 2009/81/CE prévoit que, au nom de la sécurité des informations, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice « *peuvent exiger* » la production de ces engagements et informations, le code de la commande publique impose que l'acheteur les « *demande* ». La sécurité des informations en tant que condition d'exécution particulière existe donc dans tous les cas et a un impact sur le contenu de l'offre. Tel n'est pas le cas des autres conditions d'exécution particulières, notamment la sécurité d'approvisionnement, où l'acheteur « *peut demander* » la production d'un certain nombre d'informations.

1264. Cette superposition de règles s'explique enfin par l'exercice de transposition de la directive 2009/81/CE, et n'a pas d'incidence négative sur l'objectif premier desdites règles, c'est-à-dire la protection des informations classifiées[1656]. Les dispositions issues de la directive visent à prémunir l'acheteur contre le risque d'inexécution dans le cadre de l'exécution du marché. La demande d'engagements et d'informations au stade de la présentation des offres est l'alternative au fait que l'acheteur ne peut exiger des opérateurs économiques la satisfaction des conditions d'exécution du marché avant l'attribution du marché[1657].

1265. Conclusion de la sous-section. L'impact de la sécurité des informations sur le contenu des offres est conséquent, en ce qu'il impose (en toute hypothèse) un engagement de préserver la confidentialité de la part de l'ensemble des parties au marché. Cet engagement, encadré par l'IGI 1300, est reproduit par le code de la commande publique. Le droit des marchés publics contribue ainsi au renforcement des règles applicables à la sécurité des informations, exposant clairement – et plus ou moins en cohérence avec l'IGI 1300 – les prérequis en la matière aux candidats (notamment extranationaux). L'acheteur peut également apprécier au stade de la remise de l'offre du soumissionnaire la capacité des sous-contractants en matière de sécurité des informations, dans la mesure où l'ensemble des opérateurs économiques participant à l'exécution du marché – titulaire et sous-contractants – doit garantir le respect de cet impératif de sécurité. L'ensemble de ces exigences, qui se fait en complément de l'IGI 1300 (au point de constituer une forme de redite des dispositions de cette dernière), doit permettre de préserver la sécurité des informations tout le long de la passation et de l'exécution, sans discontinuité.

[1656] Pourvu que les dispositions du code de la commande publique ne conduisent pas à admettre l'accès aux informations classifiées à des opérateurs économiques qui ne sont pas préalablement habilités.
[1657] Cf. *infra* §1517 et s. Cette considération vaut pour l'ensemble des exigences relatives aux impératifs de sécurité au stade de la présentation des offres, lesquelles permettent à l'acheteur de préparer la bonne exécution du marché.

1266. Si les singularités liées à la sécurité des informations sont ici davantage liées à l'objet spécifique des achats en matière des MDS, cela n'empêche aucunement de considérer ces derniers comme des « marchés publics » à part entière. En outre, ces singularités doivent impérativement être prises en compte par le droit des marchés publics afin que l'acheteur puisse instrumentaliser le MDS au regard de l'objectif de politique de défense.

Sous-section 2. La sécurité d'approvisionnement

1267. La sécurité d'approvisionnement, laquelle « *peut induire une grande diversité d'exigences* »[1658], est en prise directe avec l'exécution du MDS. Aussi, le soumissionnaire doit-il garantir qu'il sera en mesure de l'assurer. Pour ce faire, le contenu de son offre est susceptible de devoir comporter une série de documents, d'informations ou d'engagements pour permettre à l'acheteur de vérifier que la bonne exécution du marché est garantie. Contrairement à la sécurité des informations, laquelle est constante et objective[1659], les exigences relatives à la sécurité d'approvisionnement sont casuistiques, variables en fonction de l'objet du marché. Concrètement, ces exigences sont au cœur de la politique de défense. En les intégrant dans les éléments constitutifs de l'offre des soumissionnaires, les MDS apparaissent comme les vecteurs de politiques liées à la sécurité d'approvisionnement et contribuant grandement au renforcement de la BITDE. Ainsi, ces exigences peuvent être distinguées selon deux catégories : les éléments relatifs au contrôle des exportations (I) et ceux relatifs à la continuité d'approvisionnement *stricto sensu* (II).

[1658] Directive 2009/81/CE, considérant n° 44. La directive donne ainsi en exemple « *les règles internes entre filiales et société mère en matière de droits de propriété intellectuelle ou la fourniture de capacités critiques d'entretien et de révision afin d'assurer la maintenance des équipements achetés tout au long de leur cycle de vie.* ».

[1659] Tout MDS impliquant l'accès à des informations classifiées suppose que l'offre du soumissionnaire comporte l'ensemble des informations et engagements obligatoirement sollicités par l'acheteur.

I. Les éléments relatifs au contrôle des exportations

1268. L'acheteur peut imposer aux soumissionnaires de garantir l'absence de risques de sécurité d'approvisionnement liés aux obligations relatives au contrôle des exportations[1660] (A). Le code de la commande publique limite toutefois les exigences de l'acheteur en la matière au respect de la souveraineté des États (B).

A. La conformité de l'offre avec les obligations relatives au contrôle des exportations

1269. L'acheteur peut demander la certification du respect des règles de contrôle des exportations par le soumissionnaire (1), ainsi que l'indication de toute restriction sur la divulgation, le transfert ou l'utilisation des biens ou services objet du marché (2). Dans les deux cas, l'acheteur (et donc le MDS) tient compte de l'autre voie de la politique de défense que constitue le contrôle des exportations.

1. La certification du respect des règles de contrôle des exportations par le soumissionnaire

1270. L'acheteur peut demander aux soumissionnaires de fournir la certification ou les documents démontrant que ces derniers sont en situation de remplir les obligations applicables « *en matière d'exportation, d'importation, de transfert et de transit de marchandises liées au contrat* » (article R. 2351-15-1° du code de la commande publique). En effet, pour les besoins de l'exécution d'un MDS, le titulaire est susceptible de devoir exporter, faire transiter ou importer des biens ou informations liés à la défense. Ces mouvements sont soumis au contrôle des exportations, en particulier par la directive 2009/43/CE. Ils doivent à ce titre faire l'objet d'une autorisation d'exportation (pour les opérations hors Union européenne) ou de transfert

[1660] Le contrôle des exportations peut se définir comme les obligations relatives à la circulation transfrontalière des équipements de défense (cf. *supra* §447 et s.). Ces obligations découlent notamment de la directive 2009/43/CE.

(pour les opérations intra-Union européenne), sous forme de licence[1661]. Il peut donc être nécessaire pour l'acheteur, au regard de la sécurité d'approvisionnement, de s'assurer de la capacité du soumissionnaire à respecter ces obligations.

1271. Néanmoins, l'article R. 2351-15-1° du code de la commande publique n'a pas pour conséquence de permettre à l'acheteur de contraindre les soumissionnaires à ce que l'équipement ne soit pas soumis à l'obtention d'une licence d'exportation. *De facto*, une telle exigence aurait pour effet d'exclure les soumissionnaires extranationaux (étant donné qu'ils sont contraints d'exporter, à moins qu'ils ne s'installent sur le territoire de l'acheteur) ; effet contraire au principe de non-discrimination[1662].

1272. Dans le prolongement de cette considération, il convient de distinguer le cas dans lequel l'opération n'est pas couverte par une licence générale. En cours de procédure de passation, l'autorisation de transférer ou d'exporter n'est généralement pas encore accordée. L'article R. 2351-15-1° du code de la commande publique ne saurait autoriser l'acheteur à exiger que les soumissionnaires fournissent une telle autorisation au moment du dépôt de leur offre. Ces derniers doivent en revanche démontrer qu'ils seront en mesure d'obtenir les autorisations requises en cas d'attribution du marché. Dans un tel cas, la note d'orientation de la Commission sur la sécurité d'approvisionnement[1663] suggère que les soumissionnaires fournissent notamment un relevé des transferts antérieurs du même équipement, au même État membre ou à un autre État membre, démontrant ainsi qu'ils ne se sont pas vu refuser de telles licences[1664]. L'acheteur peut également demander la preuve de la planification et des ressources mobilisées pour l'obtention des licences d'exportation[1665].

1273. Enfin, la non-obtention des licences nécessaires après l'attribution du marché est en tout état de cause une cause de résiliation du contrat par l'acheteur (l'obtention d'une licence d'exportation étant, de manière générale, une condition suspensive à la signature du contrat).

[1661] Pour une présentation des licences mises en place par la directive 2009/43/CE, cf. *supra* 459 et s.)
[1662] Cf. *infra* §1463 et s.
[1663] Commission européenne, « Guidance note – Security of Supply » (ci-après « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement »), 22 p.
[1664] *Ibid*., p. 10 (point 30). De telles pièces témoignent en outre de l'expérience du soumissionnaire.
[1665] *Ibid.*, p. 11 (point 31). La Commission donne d'autres exemples de ce qui peut être demandé par l'acheteur : la notification par les soumissionnaires à l'acheteur du contenu contrôlé à l'exportation, la prise des mesures opportunes pour obtenir les licences d'exportation. L'acheteur peut encore demander aux soumissionnaires de veiller à ce que les exigences contractuelles soient transmises à tout sous-traitant qui peuvent avoir à demander des licences d'exportation.

2. L'indication de toute restriction sur la divulgation, le transfert ou l'utilisation des biens ou services

1274. L'article R. 2351-15-2° du code de la commande publique prévoit en outre l'obligation pour les soumissionnaires d'indiquer « *toute restriction pesant sur l'acheteur concernant la divulgation, le transfert ou l'utilisation des produits et services ou toute information relative à ces produits et services qui résulterait des régimes de contrôle d'exportations ou des régimes de sécurité* ». Des restrictions peuvent en effet accompagner l'obtention d'une licence. La bonne exécution du marché peut s'en trouver compromise.

1275. L'autorité délivrant la licence d'exportation peut ainsi limiter les conditions d'utilisation du bien ou service, en conditionnant par exemple l'exportation à un droit de regard de l'État d'importation sur la revente. Tel est le cas de la réglementation états-unienne *International Traffic in Arms Regulations* (ITAR), laquelle nécessite une autorisation des États-Unis pour l'exportation de tout matériel comprenant des composants américains[1666].

1276. L'accès à certaines informations techniques peut également être limité dans les conditions d'utilisation de la licence. Dans sa note d'orientation, la Commission précise que l'acheteur peut, à ce titre, exiger l'accès au code source aux droits de propriété intellectuelle associés à la conception des systèmes et sous-systèmes[1667]. L'article R. 2351-15-2° du code de la commande publique permet également à l'acheteur de prendre connaissance des composants ou sous-composants intégrés à l'équipement, dont la modification ou même l'accès n'est pas possible pour l'acheteur, en raison des restrictions imposées à leur exportation[1668].

[1666] Ainsi, dans le cadre de la vente de Rafale supplémentaires à l'Égypte (finalement intervenue en novembre 2021), les États-Unis ont freiné les négociations en refusant l'exportation d'un composant américain (une puce électronique) intégré dans un missile de croisière embarqué dans le Rafale. Voy. notamment l'article de presse paru dans *La Tribune* : « Rafale en Égypte : les Etats-Unis bloquent », M. CABIROL, 16 février 2018, disponible en ligne (consulté le 8 décembre 2022).

[1667] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement, *op. cit.*, p. 11 (point 32).

[1668] *Ibid.,* point 35. La Commission européenne vise notamment les « *anti-tamper devices* » (que l'on peut traduire par dispositif « *anti-vol* » ou « *anti-effraction* »), c'est-à-dire les composants et les sous-systèmes qui font partie de l'équipement acheté, mais auxquels le client ne peut accéder ou qu'il ne peut modifier. Une technologie anti-effraction doit permettre de garantir la protection (et donc la

1277. Par ailleurs, l'acheteur est susceptible d'organiser une nouvelle procédure de passation pour attribuer des marchés pour le soutien, ou encore le MCO de l'équipement. Dans une telle perspective, des restrictions quant à la divulgation, l'utilisation ou le transfert de l'équipement compromettent cette mise en concurrence. A cet égard, il est également nécessaire pour l'acheteur de connaître de telles restrictions.

1278. Les dispositions du code de la commande publique permettent ainsi à l'acheteur de disposer des moyens d'anticiper les éventuelles difficultés d'approvisionnement résultant de l'application du régime de contrôle des exportations des équipements militaires ou sensibles. Néanmoins, une réserve importante limite considérablement les exigences que peut avoir l'acheteur en termes de sécurité des approvisionnements : le respect de la souveraineté des États en matière de contrôle des exportations.

1279. Ici, le droit des marchés publics tient donc compte de l'impact que peut avoir le contrôle des exportations sur la bonne exécution du marché. Dans le même temps, c'est un moyen de garantir le respect par les opérateurs économiques des éventuelles restrictions associées à une exportation. Par ailleurs, si l'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques de faire œuvre de transparence sur lesdites restrictions, il ne peut formuler en revanche des exigences qui ne seraient pas conformes au contrôle des exportations.

B. La conformité des exigences de l'acheteur avec les obligations relatives au contrôle des exportations

1280. L'article R. 2351-16 du code de la commande publique dispose que l'acheteur ne peut demander aux soumissionnaires d'obtenir d'un État membre « *un engagement qui porterait atteinte à la liberté dudit État membre d'appliquer, conformément au droit international ou de l'Union européenne pertinent, ses critères nationaux en matière*

confidentialité) des technologies critiques intégrées dans un équipement, ou, à tout le moins, de limiter la rétro-ingénierie non autorisée d'équipements.

d'autorisation des exportations, transferts ou transits, dans les circonstances prévalant au moment de la décision d'autorisation ».

1281. Il s'agit d'une importante réserve, qui rappelle les limites quant à la libre circulation des marchandises dans le secteur de la défense. Pour ce dernier, la souveraineté des États demeure largement la norme. Les soumissionnaires sont contraints par la législation de l'État membre duquel ils ressortent. Or, chaque État, au nom de sa souveraineté, peut autoriser ou refuser (voire revenir sur sa décision d'autoriser) l'exportation d'un bien ou d'une information (alors même qu'une telle information serait nécessaire pour construire une offre dans le cadre d'un MDS), pourtant indispensable à la bonne exécution d'un marché. De ce point de vue, les soumissionnaires extranationaux sont susceptibles d'être désavantagés par rapport à leurs concurrents ayant la nationalité de l'acheteur, du seul fait du besoin d'exportation. Ainsi, la sécurité d'approvisionnement ne peut être absolument garantie par ces soumissionnaires[1669].

1282. La Commission européenne constate elle-même les limites des exigences de l'acheteur en matière de sécurité d'approvisionnement vis-à-vis de la souveraineté des États dans le contrôle des exportations qu'ils exercent. Elle distingue, d'une part, le marché de fournitures initial, et, d'autre part, les marchés en aval. Ces derniers sont consacrés aux phases de service du marché initial, c'est-à-dire le MCO, l'éventuelle augmentation des besoins résultant d'une crise, etc.

1283. Pour le marché initial, l'article R. 2351-16 du code de la commande publique est moins pertinent. En effet, les opérateurs économiques qui n'ont pas la certitude d'obtenir les licences d'exportation nécessaires (ou qui savent qu'ils ne les obtiendront pas) ne participeraient pas à une procédure de passation. En revanche, pour la phase de service en aval de ce marché, la disposition constitue « *clairement une réserve et limite les exigences en matière*

[1669] E. POURCEL, « Marchés publics de défense et de sécurité – Principes généraux et règles de passation », *op. cit.*, point 247. L'auteur, questionnant la performance du dispositif, relève que la sécurité d'approvisionnement ne peut être garantie « *qu'à la condition que soit l'opérateur étranger installe une unité de production sur le sol de l'État client, sachant qu'une telle hypothèse n'est pas toujours économiquement rationnelle ; soit qu'il cède les licences nécessaires à l'État, et la faculté de sous licencier, afin que l'acheteur puisse produire en régie ou faire produire sur son territoire par un opérateur tiers les équipements ou éléments d'équipement dont il considère qu'ils sont nécessaires à sa sécurité d'approvisionnement ou au maintien en condition opérationnelle de ces équipements dès lors qu'il ne pourrait plus assumer ses engagements* ».

de sécurité d'approvisionnement »[1670]. Or, la phase de service est, au regard de la durée de vie des équipements de défense, indispensable dans le secteur de la défense.

1284. Ainsi, la sécurité d'approvisionnement ne concerne pas seulement la fourniture initiale. L'acheteur a besoin de s'assurer de la continuité de l'approvisionnement, durant l'exécution du marché initial (ou même dans le cadre d'un autre MDS). Ici, la souveraineté, fondamentale en matière de contrôle des exportations, est susceptible de remettre en cause les aspects de continuité dans l'approvisionnement. L'acheteur doit donc à la fois garantir le respect de la souveraineté des autres États qu'implique le contrôle des exportations, tout en se voyant garantir la bonne exécution du marché, et donc, la bonne réalisation des objectifs politiques du MDS. Le droit des marchés publics intègre ici les différents intérêts nationaux impliqués dans une exportation nécessitée par un marché, conférant ainsi aux MDS une forte dimension régalienne. Ce faisant, le droit des marchés publics doit permettre de faciliter la bonne application de la politique de défense qui imprègne les MDS, ainsi que celle du contrôle des exportations (ce qui souligne, d'ailleurs, le fait que ce contrôle est en définitive un pan de cette politique). Par ailleurs, le code de la commande publique consacre un panel important d'exigences que l'acheteur peut formuler en la matière.

II. Les éléments relatifs à la continuité dans l'approvisionnement

1285. La sécurité d'approvisionnement vise à anticiper ou à parer les changements de situation stratégiques, politiques, économiques voire juridiques intervenant chez l'acheteur et/ou le titulaire, et qui sont susceptibles de compromettre la livraison des biens ou services objet du marché. Ainsi, le code de la commande publique permet à l'acheteur d'avoir un droit de regard et des engagements des soumissionnaires quant à l'organisation de leur chaîne d'approvisionnement (A). Il permet également de s'assurer que les soumissionnaires sont capables de faire face aux évolutions des besoins de l'acheteur (B).

[1670] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement », *op. cit.,* p. 11 (point 33) (traduction libre).

A. L'organisation et la localisation de la chaîne d'approvisionnement des soumissionnaires

1286. L'acheteur peut exiger la fourniture d'éléments sur l'organisation de la chaîne d'approvisionnement préexistante au marché (1), ainsi que les changements dans ladite chaîne en cours de marché (2).

1. L'organisation de la chaîne d'approvisionnement préexistante au marché

1287. Au titre de l'article R. 2351-15-3° du code de la commande publique, l'acheteur peut demander aux soumissionnaires de fournir « *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* ». Cet engagement impose au soumissionnaire de s'engager à ce que la chaîne d'approvisionnement garantisse ladite livraison, ainsi que sa stabilité en cours d'exécution du marché.

1288. Le périmètre de la notion de « *chaîne d'approvisionnement* » est circonscrit aux ressources et activités nécessaires à la livraison des biens ou services objet du marché[1671]. Elle s'étend donc aux sous-contractants des soumissionnaires (ici identifiés). Ces derniers font partie intégrante de ladite chaîne d'approvisionnement. C'est particulièrement le cas des titulaires des MDS les plus importants : la chaîne d'approvisionnement des GMOI repose sur tout un écosystème de fournisseurs et sous-traitants.

1289. Les « *exigences de l'acheteur en matière de sécurité d'approvisionnement* » sont multiples, et concernent essentiellement le lieu (par exemple, en imposant des exigences de distances) et les délais de livraison des biens et services, ou bien encore les conditions de disponibilité des pièces de rechange ou des services de maintenance, etc. Dans sa note d'orientation, la Commission informe que l'acheteur peut, dans cette perspective, exiger une description de la chaîne d'approvisionnement, « avec *indication des performances et des*

[1671] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement », *op. cit.,* p. 13 (point 37).

capacités des sites de production concernés, d'informations sur les capacités de transport dont dispose le soumissionnaire et d'indications sur les dispositions contractuelles concernant les capacités dont disposent les sous-traitants ou les fournisseurs externes »[1672].

1290. Toutefois, la sécurité d'approvisionnement n'autorise pas l'acheteur à formuler des exigences quant à la localisation de la chaîne d'approvisionnement du soumissionnaire sur le territoire d'un État membre (notamment celui de l'acheteur)[1673]. Le cas où la chaîne d'approvisionnement est établie sur le territoire d'un pays tiers est spécifique. Pour s'assurer que la chaîne d'approvisionnement demeure sur le territoire de l'Union européenne (ou, à défaut, de pays alliés), l'acheteur peut imposer au soumissionnaire de ne faire appel qu'à des sous-traitants d'États membres ou de pays alliés[1674]. La localisation sur un territoire d'un État membre est, en revanche, une donnée subjective et contraire au principe de non-discrimination. Ainsi, à l'instar du localisme dans les marchés publics civils, la géographie peut avoir un impact sur les critères de marché et les conditions d'exécution. Cet impact doit toutefois demeurer objectif.

2. Les changements dans la chaîne d'approvisionnement en cours de marché

1291. Malgré le besoin de stabilité dans l'organisation et la localisation de la chaîne d'approvisionnement, des changements sont susceptibles d'intervenir. Les dispositions relatives à la présentation des offres en matière de sécurité d'approvisionnement permettent à l'acheteur d'anticiper de tels changements, et, dans le cas où ils interviennent, de faire en sorte que ceux-ci ne mettent pas en péril la bonne exécution du marché.

1292. L'article R. 2351-15-5° du code de la commande publique permet à l'acheteur de demander aux soumissionnaires de fournir « *un engagement de veiller à ce que les éventuels changements survenus dans la chaîne d'approvisionnement pendant l'exécution du marché ne nuisent pas au respect des exigences en matière de sécurité des approvisionnements* ». La

[1672] *Ibid.*, p. 13, point 38 (traduction libre).
[1673] En revanche, pour ce qui concerne la France, l'acheteur peut imposer la localisation de l'exécution sur le territoire de l'Union européenne.
[1674] Dans sa note d'orientation (*op. cit.*), la Commission soumet toutefois que de telles exigences doivent rester appropriées et proportionnées (p. 13, point 38).

Commission relève le cas de figure dans lequel les exigences de l'acheteur relatives à la mise en concurrence des sous-contractants. De telles exigences liées aux sous-contrats sont susceptibles d'avoir une incidence sur la chaîne d'approvisionnement des soumissionnaires, établie en amont du marché.

1293. Par exemple, la mise en concurrence peut avoir pour conséquence d'écarter les partenaires classiques du soumissionnaire. Les opérateurs économiques ayant une situation de proximité juridique avec le soumissionnaire sont, très souvent, des partenaires privilégiés de ce dernier. Or, leur situation les exclue de la définition de sous-contrats, et donc de la mise en concurrence au niveau des sous-contrats[1675]. Dans un tel cas, la chaîne d'approvisionnement est nécessairement touchée par ce mécanisme de mise en concurrence. C'est pourquoi la Commission estime à ce titre que le soumissionnaire et l'acheteur « *doivent tenter de concilier ces deux obligations* »[1676], c'est-à-dire la sécurité d'approvisionnement et la mise en concurrence des sous-contrats.

1294. En transposant la directive 2009/81/CE, la France a par ailleurs ajouté à cet engagement celui de veiller « *à ce que cette chaîne conserve un niveau au moins équivalent en matière de sécurité de l'information, de sécurité d'approvisionnement ou en matière environnementale et sociale* » (article R. 2351-15-5° du code de la commande publique). Il s'agit là d'un engagement qui, s'il est très général dans sa formulation, illustre le fait que les exigences de sécurité, des informations et d'approvisionnement, sont comme indivisibles. En outre, le développement durable trouve également toute sa place dans le contexte du droit de regard sur la chaîne d'approvisionnement et ses éventuels changements.

1295. L'acheteur et les soumissionnaires ne peuvent pas toujours anticiper les changements dans la chaîne d'approvisionnement. Ainsi, le code de la commande publique aborde deux types de changements susceptibles d'affecter la sécurité de l'approvisionnement : les mutations industrielles et le cas, plus extrême et néanmoins envisageable (en particulier dans l'industrie de défense), de la cessation d'activités.

[1675] Cf. *infra* §1577 et s. Les relations de proximité juridique entre le soumissionnaire et les opérateurs économiques qui répondent aux critères de l'article R. 2393-2 du CCP impliquent bien souvent des chaînes d'approvisionnement communes.

[1676] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement », *op. cit.,* p. 13, point 39 (traduction libre).

1296. L'article R.2351-15-8° du code de la commande publique autorise l'acheteur à demander « *un engagement d'informer, en temps utile, l'acheteur de tout changement survenu dans son organisation, sa chaîne d'approvisionnement ou sa stratégie industrielle susceptible d'affecter ses obligations envers lui* »[1677]. Les (ré)orientations industrielles du soumissionnaire ne doivent pas avoir pour conséquence de remettre en cause la sécurité d'approvisionnement. La mention « *en temps utile* » suppose que le soumissionnaire doit en informer l'acheteur au plus tôt. Cela doit permettre à l'acheteur de disposer « *d'un délai suffisant pour identifier et/ou négocier des solutions alternatives, si nécessaire* »[1678].

1297. De plus, le soumissionnaire est susceptible de s'engager à fournir « *tous les moyens spécifiques nécessaires pour la production de pièces détachées, de composants, d'assemblages et d'équipements d'essais spéciaux, y compris les plans techniques, les autorisations et les instructions d'utilisation, au cas où il ne serait plus en mesure de les fournir* » (article R. 2351-15-9° du code de la commande publique). Cette disposition, qui nécessite pour les parties de définir dans le marché ou pendant l'exécution du marché la liste des moyens « *spécifiques* »[1679], vise la cessation d'activités, laquelle constitue un risque majeur dans le secteur de la défense, marqué par la restriction des budgets, du rallongement des cycles d'approvisionnement des États, et d'une complexification croissante des équipements de défense. Dans un tel contexte, les fournisseurs sont susceptibles de se reconvertir dans le secteur civil pour des activités plus lucratives, et, par la même occasion d'abandonner leurs activités de défense. Plus radicalement encore, les fournisseurs peuvent faire faillite. Le clausier DGA prévoie également l'engagement du titulaire de fournir ces moyens spécifiques, au cas où le marché est résilié aux torts du titulaire[1680].

[1677] Article R. 2351-15-8° du CCP.
[1678] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement », *op. cit.,* p. 15, point 44 (traduction libre).
[1679] Ainsi que le recommande le clausier DGA (*op.cit.,* p. 270).
[1680] *Ibid.* Cette clause distingue ainsi le cas où le titulaire n'est plus en mesure d'assurer la production et le cas d'une résiliation aux torts du titulaire.

B. L'évolution des besoins de l'acheteur en cours d'exécution

1298. Le code de la commande publique permet à l'acheteur d'assurer la continuité de l'approvisionnement en cas d'évolution des besoins résultant, d'une part, d'une situation de crise (1), et, d'autre part, de l'impératif de maintien en conditions opérationnelles (2).

1. L'évolution des besoins en situation de de crise

1299. La situation de crise n'est pas seulement un cas justifiant le recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence[1681]. C'est aussi un évènement que l'acheteur doit anticiper lorsqu'il formule des exigences en matière de sécurité d'approvisionnement au stade de la phase des offres. Il peut ainsi demander « *tout document complémentaire émanant de ses autorités nationales concernant la satisfaction des besoins supplémentaires* » (article R. 2351-15-4° du code de la commande publique)[1682] ainsi qu'un « *engagement de mettre en place ou maintenir les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins* » » (article R. 2351-15-6°), à la suite d'une crise au sens de l'article R. 2322-3 du code de la commande publique.

1300. Si la crise est un évènement plus ou moins prévisible, dans ses conséquences et ses évolutions, les besoins supplémentaires ne peuvent être quantifiés que lorsque la crise est avérée (d'autant plus que ces besoins sont susceptibles d'évoluer en cours de crise). Dès lors, les parties ont intérêt à se mettre d'accord dès la signature du marché *a minima* sur les conditions de prix et de livraison en cas de crise[1683]. Le clausier DGA prévoit à ce titre que la mise en œuvre de l'exigence de mettre en place des capacités nécessaires pour faire face à une augmentation des besoins en cas de crise « *se traduira par une commande passée dans le cadre d'une tranche conditionnelle ou d'un poste à bons de commande, ou la passation d'un acte contractuel complémentaire* »[1684].

[1681] Cf. *supra* §1031.
[1682] Article R. 2351-15-4° du CCP.
[1683] La Commission recommande en ce sens de prévoir des options ou des commandes conditionnelles (Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement », *op. cit.,* p. 14, point 41).
[1684] Clausier DGA, *op. cit.*, 11. 10. C (p. 270).

1301. S'agissant de la documentation complémentaire émanant des autorités nationales des soumissionnaires relatifs à la satisfaction des besoins supplémentaires en cas de crise, la Commission apporte certaines précisions. Cette documentation pourrait être fondée sur des arrangements de sécurité d'approvisionnement entre États membres (la Commission cite le processus de la Lettre d'intention ou bien encore dans le cadre de l'AED). La Commission incite à ce que de tels accords établissent « *des systèmes de priorisation (quelles commandes doivent être exécutées en premier en cas de commandes contradictoires) ou inclure des engagements généraux (faire tout son possible pour satisfaire les besoins urgents des partenaires)* »[1685].

1302. Néanmoins, ces processus et engagements ne sauraient imposer aux soumissionnaires une obligation d'obtenir les licences nécessaires pour faire face aux besoins supplémentaires, sans contrevenir au principe de non-discrimination et à la souveraineté des États membres en matière de contrôle des exportations[1686].

2. Les engagements relatifs au maintien en conditions opérationnelles

1303. Le MCO est un autre aspect fondamental de la sécurité d'approvisionnement. La directive 2009/81/CE en fait d'ailleurs l'une des exigences au cœur de cet impératif de sécurité, puisque la sécurité d'approvisionnement suppose notamment la capacité du titulaire à fournir des « *capacités critiques d'entretien et de révision afin d'assurer la maintenance des équipements achetés tout au long de leur cycle de vie* »[1687]. Le MCO a ainsi pu être défini comme regroupant « *les activités de soutien destinées à assurer, à l'aide de moyens (techniques, humains, financiers…), de procédures et de prestations, la disponibilité d'un produit ou d'un système, de manière à ce que celui-ci fournisse le service attendu dans les conditions d'utilisation fixées et sur une durée déterminée. Les prestations de MCO sont de nature opérationnelle lorsqu'elles sont réalisées par les forces armées ou de nature industrielle* »[1688].

[1685] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement », *op. cit.*, p. 14, point 42 (traduction libre).
[1686] Cf. *supra* §1280 et s.
[1687] Directive 2009/81/CE, considérant 44.
[1688] J.-J. VERHAEGHE, « Bien acheter pour mieux voler : le MCO dans le milieu aéronautique de défense », *Défense nationale et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 128. L'auteur prend l'exemple de l'ancienne Simmad (structure intégrée du maintien en conditions

1304. Le MCO est une phase de services en amont du marché initial bien souvent indispensable. L'augmentation des coûts, et donc le besoin d'augmenter la durée de vie des équipements nécessite pour l'acheteur d'obtenir des soumissionnaires « *un engagement d'assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché* » (article R. 2351-15-7° du code de la commande publique)[1689]. Les besoins en termes de MCO sont, dans une certaine mesure, quantifiables au moment de la conclusion du marché. Dès lors, les parties ont intérêt à prévoir les besoins en termes de MCO en amont. En effet, ces besoins sont susceptibles de constituer une modification (parfois substantielle) des conditions initiales du marché en cours d'exécution.

1305. Pour se prémunir contre l'obligation de devoir recourir à une nouvelle procédure de mise en concurrence, les parties devraient s'accorder sur des « *stipulations plus détaillées sur la nature et le contenu des travaux d'entretien, de modernisation ou d'adaptation à effectuer, y compris, si possible, au moins un accord général sur les prix* »[1690]. En effet, le code de la commande publique prévoit qu'un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, notamment lorsque « *les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux* »[1691].

1306. Les modifications à la suite de prestations de MCO peuvent également être admises au titre de l'article L. 2194-1-2° du code de la commande publique, c'est-à-dire lorsque des « *travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires* ». Néanmoins,

---

opérationnelles des matériels aéronautiques), qui « *apporte à la DGA son expertise du soutien en service quand il s'agit d'acquérir, aux côtés du système principal, le système de soutien et les prestations de MCO initial* ». La Cour des comptes définit par ailleurs le MCO comme « *l'ensemble des actions de maintenance préventive et curative réalisées par le ministère de la défense ou par les industriels publics ou privés afin d'entretenir les matériels militaires* » (Cour des comptes, « Le maintien en condition opérationnelle des matériels militaires », rapport, 29 septembre 2014, p. 11).

[1689] Le Clausier DGA (*op. cit.*) prévoit quant à lui que la mise en œuvre de l'article R.2351-15-7° du CCP doit faire l'objet d'une « *commande passée dans le cadre d'une tranche conditionnelle ou d'un poste à bons de commande, ou la passation d'un acte contractuel complémentaire* ».

[1690] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité d'approvisionnement », *op. cit.*, p. 15, point 43 (traduction libre). La Commission ajoute en effet qu'« *une définition suffisamment détaillée des travaux de suivi n'augmentera pas seulement l'utilité pratique de l'engagement ; elle réduit également les risques juridiques liés à la modification ou à l'extension des termes substantiels du contrat à un stade ultérieur de l'exécution du contrat.* ».

[1691] Article L. 2194-1-1° du CCP (applicable aux MDS, conformément au renvoi opéré par l'article L. 2394-1). L'article R. 2194-1 précise par ailleurs que les modifications doivent avoir été prévues « *sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoques* ».

pour éviter une nouvelle procédure de mise en concurrence, l'acheteur devra démontrer qu'un changement de titulaire est « *impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial* » (article R. 2194-2 du code de la commande publique).

1307. Certes, la démonstration de l'impossibilité de changer de titulaire (notamment pour des exigences d'interopérabilité) est moins délicate en ce qui concerne les MDS. Il n'en demeure pas moins que l'acheteur est, dans ce cas de modification admise, enfermé dans les limites fixées par le code de la commande publique en termes de montant, c'est-à-dire 50% du montant du marché initial, conformément à l'article R. 2394-3 du code de la commande publique. Or, les prestations de MCO sont susceptibles de représenter une modification du marché initial dont le montant dépasse cette limite.

1308. Enfin, il est peu probable que les prestations relatives au MCO soient admises dans le cadre de modifications « *rendues nécessaires par des circonstances imprévues* » (article L. 2194-1-3° du code de la commande publique), dans la mesure où ces prestations ne relèvent pas de telles circonstances. En effet, un « *acheteur diligent* »[1692] est à même d'anticiper les aspects de MCO lors du marché initial.

1309. Conclusion de la sous-section. Les impératifs liés à la sécurité d'approvisionnement sont particulièrement lourds, étant au carrefour des enjeux de contrôle des exportations, qui font dépendre la bonne exécution du MDS d'autorisations administratives étrangères, et de continuité d'approvisionnement, qui supposent une certaine intrusion de l'acheteur dans la chaîne d'approvisionnement des soumissionnaires. Les aspects de souveraineté dans le contrôle des exportations rendent délicate la mise en œuvre d'une sécurité d'approvisionnement à l'échelle européenne. Cet aspect se fait au détriment des opérateurs économiques extranationaux, d'où l'importance fondamentale de l'européanisation (certes relative) du contrôle des exportations de matériels de guerre avec l'adoption de la directive 2009/43/CE. Ces difficultés, résultant des bases nationales du secteur de la défense, ne sont pas sans effet

[1692] Le code de la commande publique fonde le caractère imprévisible des circonstances sur le fait qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir (article R. 2194-5).

sur l'émergence d'un MEED et sur le renforcement de la BITDE. En plaçant de telles exigences au cœur de la procédure de passation, le droit des marchés publics intègre la sécurité d'approvisionnement dans le champ de la transparence, et, plus généralement, de la concurrence. Ce faisant, le droit des marchés publics apporte sa pierre à l'édifice de l'européanisation de la sécurité d'approvisionnement, un enjeu fondamental pour la réalisation des objectifs de la politique de défense (européenne). Néanmoins, pour compléter l'efficacité des MDS vis-à-vis desdits objectifs, l'adoption entre les États membres de « *mesures concrètes pour améliorer la sécurité d'approvisionnement* (…) *visant à l'instauration progressive d'un système de garanties appropriées* »[1693] permettrait alors de compléter l'efficacité des MDS vis-à-vis de l'objectif de politique de défense. Ces marchés profiteraient de la mise en place d'un tel système, et constitueraient l'une de ses principales applications.

1310. Conclusion de la section. Dans la continuité de la phase de candidature, les impératifs de sécurité inhérents au secteur de la défense déterminent pour une grande partie le contenu de l'offre d'un MDS, dans l'optique des conditions d'exécution qu'ils dessinent, propres à ces marchés. Plus encore que pour les candidatures, ces impératifs de sécurité conditionnent largement le contenu des offres, et sont à l'origine de dispositifs tout à fait inédits. Les offres préfigurent les contours du MDS en termes d'exécution. L'acheteur a, plus que jamais en ce qui concerne les MDS, besoin d'obtenir des garanties quant à la capacité du titulaire à assurer bonne exécution du marché. Il en résulte que l'acheteur peut obtenir des informations très précises sur les opérateurs économiques, par exemple sur la stratégie industrielle de ces derniers.

1311. Par conséquent, et dans le prolongement de la phase de candidature, le contenu des offres s'en trouve complexifié, avec le risque de restreindre davantage le niveau de concurrence au niveau du marché principal. En effet, peu d'opérateurs économiques sont susceptibles de satisfaire aux exigences de l'acheteur, notamment s'agissant des éléments relatifs à la sécurité d'approvisionnement.

[1693] Directive 2009/8/CE, considérant 9.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

1312. En conclusion, le choix du titulaire est riche d'enseignements sur la flexibilité du droit des marchés publics, qui lui permet notamment d'apporter les modifications ou innovations adéquates pour l'attribution des MDS. Elle autorise une certaine modulation des obligations procédurales de l'acheteur. Ce faisant, le droit intègre des particularismes du secteur de la défense, le tout dans le respect des principes directeurs du droit des marchés publics. Le code de la commande publique recèle des adaptations (par exemple pour la préférence communautaire) qui ne trahissent pas le droit des marchés publics. Le régime sur mesure des MDS au niveau du choix du titulaire n'entraîne donc pas fondamentalement un amoindrissement des obligations de publicité et de mise en concurrence : leur intensité ne varie pas à ce stade par rapport aux marchés publics civils.

1313. Néanmoins, les candidatures et offres dans les MDS s'en trouvent complexifiées par rapport à celles des marchés publics civils. Plus précisément, le droit des marchés publics ne permet pas de revenir sur l'inévitable complexité des achats de défense : il ne peut qu'en tenir compte. De ce point de vue, le droit des marchés ne pourra pas, du moins au stade de la passation du marché principal, pleinement corriger le déficit concurrentiel propre au secteur de la défense ou de la sécurité, lequel résulte principalement des impératifs de sécurité (et de la préférence communautaire s'agissant de la France). Plus généralement, ce constat renvoie aux limites de l'influence du droit sur l'économie.

1314. Dans le même temps, si le droit des marchés publics ne permet pas de revenir sur le déficit concurrentiel des MDS, il devrait toutefois contribuer à le contrebalancer. Il encadre l'acheteur sur ce qu'il lui est possible de demander aux opérateurs économiques dans le but de satisfaire aux exigences de défense. Les dimensions « marchés publics » et « politiques publiques » des MDS devraient en bénéficier toutes deux. C'est le cas des « marchés publics », puisque l'acheteur sait ce qu'il peut ou doit demander aux candidats aux soumissionnaires (selon les mêmes modalités, pour tous les opérateurs économiques, y compris extranationaux), encadré par les principes directeurs du droit des marchés publics. C'est également profitable aux « politiques publiques », en particulier celle de défense (européenne), puisque l'acheteur se voit garantir le respect des impératifs de sécurité. Un tel encadrement oblige autant qu'il protège

et guide l'acheteur, et autorise ce dernier à instrumentaliser son achat au stade du choix du titulaire.

1315. Les dimensions de « marchés publics » et de « politiques publiques » des MDS bénéficient ainsi l'une et l'autre de l'encadrement des achats de défense ou de sécurité par le droit des marchés publics. En effet, les règles relatives au choix du titulaire d'un MDS permettent en définitive d'élargir l'offre à l'échelle de l'Union européenne, et, à long terme, de lisser potentiellement les différentes pratiques d'achat des États membres, autorisant ainsi, en théorie, l'établissement d'un véritable MEED.

CONCLUSION TITRE 1

1316. La passation des MDS relève d'une application somme toute relativement classique des règles de droit commun. Les spécificités de la passation des MDS repose, pour une large part, sur la prise en compte des particularismes du secteur de la défense par le droit des marchés publics, notamment sur le plan économique. Tant au niveau de l'organisation de la mise en concurrence que du choix du titulaire, la passation de ces marchés est caractérisée par un plus grand panel d'outils et d'options, dont la plupart sont repris ou inspirés des dispositions générales du code de la commande publique. Ils facilitent l'instrumentalisation des MDS par l'acheteur, en même temps que le droit des marchés publics intègre les impératifs de sécurité tout le long de la passation. En particulier, la sécurité précontractuelle des informations s'accommode assez bien d'obligations de publicité adaptées, en conformité avec les impératifs de protection du secret.

1317. En s'appuyant sur la flexibilité du droit des marchés publics, l'équilibre des adaptations entre la logique de concurrence et le secteur de la défense, entre « marchés publics » et « politiques publiques », semble être atteint. Le principe concurrentiel s'applique à un maximum d'hypothèses de MDS, tandis que l'acheteur est en mesure d'assurer ou de se voir garantir le respect des impératifs de sécurité par les opérateurs économiques. Cet équilibre ne remet pas en cause la complexité des MDS voire il la renforce. Le droit des marchés publics suppose pour un certain nombre de MDS que l'acheteur applique les délais et formalités imposés par le code de la commande publique, augmentant ainsi un « coût » administratif de la procédure. Du point de vue des opérateurs économiques, il est particulièrement difficile de présenter une candidature et une offre conforme aux exigences de l'acheteur.

1318. La passation des MDS démontre que le droit des marchés publics encourage l'instrumentalisation en même temps qu'il la contrôle à l'aune des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le temps de la passation des MDS est marqué par l'interaction entre concurrence et instrumentalisation de l'achat, interaction permise et régulée par la flexibilité du droit des marchés publics. À cet égard, le régime de passation appliqué aux MDS souligne que l'instrumentalisation est facilitée et rendue plus efficace, lorsqu'elle repose sur l'adaptation des règles applicables aux spécificités du secteur, s'agissant notamment de la structure économique du marché et des impératifs réglementaires particuliers auxquels il est soumis

TITRE 2. L'EXECUTION DES MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE

1319. L'exécution a longtemps été dans l'ombre du droit des marchés publics. Initialement, les directives n'organisent alors que la procédure de passation, à l'exclusion de la phase d'exécution. Seule la passation intéresse l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence. En droit interne, les dispositions relatives à l'exécution du marché se sont longtemps tenues au régime financier et à la sous-traitance, des questions purement administratives sans lien avec la nécessité du libre jeu de la concurrence.

1320. Peu à peu, des normes relatives à l'exécution des marchés publics ont été adoptées, notamment avec les directives de 2004 (et, en droit interne, le CMP de 2006), avec en particulier la prise en compte des conditions d'exécution du marché. Cette intégration vise alors à soumettre les éléments de la phase d'exécution qui doivent se voir appliquer le principe de concurrence. La directive 2014/24/UE consacre un chapitre dédié à l'*Exécution du marché*, où sont posées les règles relatives aux conditions d'exécution du marché, à la sous-traitance, ainsi qu'à la modification et à la résiliation de marchés.

1321. Cette « *contagion* » de l'exécution par la concurrence pourrait heurter les tenants d'une vision dichotomique du droit des marchés publics. La mise en concurrence publique serait l'affaire de la passation, seule étape où les principes directeurs du droit des marchés publics trouvent à s'appliquer. Passée l'attribution du marché (respectueuse desdits principes), le marché public se tournerait vers un état brut de contrat, où l'acheteur et le titulaire se mutent en cocontractants classiques. L'acheteur ne verrait plus son comportement régenté par des obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans ce paradigme, le seul enjeu au stade de l'exécution serait précisément la bonne exécution de l'opération en cause, décorrélée des enjeux liés à la concurrence.

1322. Une telle vision est toutefois dépassée par la pratique des acheteurs et l'instrumentalisation de l'achat public *via* l'exécution du marché. Si la passation peut préparer,

favoriser l'instrumentalisation (*via* la définition du besoin, les spécifications techniques ou encore les critères de marché : l'instrumentalisation précontractuelle), cette dernière demeure avant tout le terrain de l'exécution. Elle s'insère dans une dimension purement contractuelle, matérialisée par la stipulation de conditions d'exécution dédiées. Or, sans cadre juridique adéquat, cette instrumentalisation (contractuelle) n'est toutefois pas sans risque. Elle peut se faire en dehors des sentiers du libre jeu de la concurrence. Dès lors, le droit des marchés publics doit s'en emparer.

1323. Parce que les MDS sont issus de la dynamique d'instrumentalisation, leur création étant le fruit d'une volonté (politique) de renforcer la BITDE, ils constituent le marché idoine pour l'analyse de l'instrumentalisation au stade de l'exécution. Cela renvoie au fait qu'ils appliquent l'ensemble des politiques publiques, celles de droit commun et la politique de défense. Ainsi, ils concentrent l'ensemble des mouvements réciproques entre passation et exécution du droit des marchés publics, lesquels découlent de l'instrumentalisation au stade de l'exécution.

1324. Les MDS peuvent se voir appliquer toutes les conditions d'exécution du marché, de droit commun ou spécifiques au secteur de la défense ou de la sécurité. Les MDS permettent donc d'analyser, avec davantage de finesse et d'exhaustivité que le secteur civil, ce mouvement général d'*exécution dans la passation*, provenant de l'impact grandissant des conditions d'exécution sur le droit des marchés publics (Chapitre 1). En outre, ces marchés ont la particularité de connaître un mouvement réciproque au premier, également symptomatique d'une instrumentalisation, c'est-à-dire de la *passation dans l'exécution*, avec le dispositif (quasi) inédit de mise en concurrence au niveau des sous-contrats (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES CONDITIONS D'EXECUTION DANS LES MARCHES DE DEFENSE OU DE SECURITE

1325. Le développement des conditions d'exécution du marché dans les règles du droit des marchés publics est l'un des principaux marqueurs de l'instrumentalisation des marchés publics. Longtemps ignorées, les conditions d'exécution se trouvent aujourd'hui au cœur des directives et du code de la commande publique[1694]. Initialement, cette introduction a pour but de contrôler leur utilisation au regard des principes directeurs du droit des marchés publics, en même temps que prendre en compte la pratique des acheteurs. Les conditions d'exécution apparaissent en effet pour mettre en œuvre des objectifs de politique publique (notamment sociaux et environnementaux).

1326. Fondamentalement, une condition d'exécution est postérieure à l'attribution du marché et constitue une clause contractuelle, laquelle n'a pas nécessairement d'enjeux du point de vue de la concurrence (par exemple, une clause relative à la facturation ou encore à la juridiction compétente). Toutefois, les conditions d'exécution peuvent avoir un impact sur la passation, notamment celles qui ont pour objet la mise en œuvre d'objectifs de politique publique. Puisque le marché qui a recours à de telles conditions d'exécution vise à l'instrumentalisation de l'achat public, ces conditions vont pour partie déterminer le choix du titulaire. Dès lors, il convient d'encadrer cet outil d'instrumentalisation, *a priori* efficace pour la mise en œuvre d'objectifs de politique publique, mais potentiellement dangereux pour la concurrence. En effet, le non-respect d'une condition d'exécution induit une élimination du soumissionnaire (l'offre sort du marché de référence), tandis que le critère de choix n'induit qu'un mauvais classement de l'offre (mais reste dans le marché de référence).

1327. Contrairement aux autres marchés publics, les MDS sont nés postérieurement à la prise en compte des conditions d'exécution. Particulièrement sensibles au risque d'inexécution, ils sont un terrain favorable à l'utilisation par les acheteurs de conditions d'exécution. Ces

[1694] Afin d'éviter les renvois inutiles entre droit de l'Union européenne et droit interne, ce chapitre est principalement abordé sous l'angle du droit de l'Union européenne (directives et jurisprudence de la Cour), principal moteur de l'intégration des conditions d'exécution dans le champ du droit des marchés publics. À la marge, et notamment lorsque le droit interne se distingue, il sera fait référence au code de la commande publique et la jurisprudence administrative française.

dernières se révèlent même largement inévitables. Étant donné que le droit des marchés publics applique l'ensemble des conditions d'exécution aux MDS (celles applicables aux marchés publics civils comme celles qui lui sont propres), il est donc possible de déterminer à partir des MDS ce que recouvre exactement la notion de condition d'exécution (Section 1), puis son régime (Section 2).

Section 1. La notion de condition d'exécution

1328. Tout contrat a des « conditions » dans lesquelles il s'exécute. Néanmoins, pour qu'elles intéressent le droit de la commande publique, les conditions d'exécution sont plus qu'une simple clause contractuelle. Certaines clauses se distinguent nécessairement pour recouvrir l'appellation de « condition d'exécution du marché » au sens des directives. Il doit s'agir d'une clause ayant un impact sur le libre jeu de la concurrence. Dès lors, la notion de condition d'exécution est intrinsèquement liée à la nature de cet impact.

1329. Les conditions d'exécution peuvent d'abord être définies négativement, par rapport à ce qu'elles ne sont pas. Ainsi, une condition d'exécution n'est ni un critère de sélection ou de choix des offres, ni une spécification technique. La directive 2014/24/UE s'appuie d'ailleurs sur le critère d'attribution pour définir ce que n'est pas la condition d'exécution : contrairement audit critère, les conditions d'exécution « *n'ont pas d'incidence sur l'évaluation des offres* » (considérant 104). Ils ont toutefois en commun d'être vecteurs d'instrumentalisation des marchés publics. Ainsi, une définition en négatif n'est pas pleinement satisfaisante. Il convient donc de relever les traits caractéristiques d'une condition d'exécution, c'est-à-dire ce qui la distingue (et accessoirement ce qui la rapproche) des autres éléments de la procédure de passation.

1330. L'étude des conditions d'exécution dans le contexte des MDS doit permettre de cerner la notion. En tant que marchés publics, ils se voient appliquer les dispositions du droit commun relatives à la notion de « *condition d'exécution du marché* » (Sous-section 1). Le droit français est remarquable, en ce que le code de la commande publique distingue en parallèle (ou subséquemment) des « *conditions d'exécution particulières* » (Sous-section 2). De cette différenciation inédite, pourrait émerger la définition générale d'une condition d'exécution.

Sous-section 1. Les conditions d'exécution du marché de droit commun

1331. Les « *conditions d'exécution du marché* » correspondent à celles applicables à l'ensemble des marchés publics, y compris donc aux MDS. Ce sont les conditions qui ont été pour la première fois intégrées au droit de la commande publique, *via* les directives. Elles constituent les conditions d'exécution de droit commun et peuvent donc contribuer à cerner une notion générale de « condition d'exécution ».

1332. Une approche chronologique de l'intégration des conditions d'exécution dans le droit des marchés publics permet d'aborder la notion. À ce titre, l'analyse de l'évolution des directives, précurseurs en la matière, est l'angle idoine pour ce faire. Cette intégration s'est opérée en deux temps. Initialement, les faits ont devancé le droit, lequel n'a fait qu'avaliser une pratique des acheteurs publics, avant de valoriser cette dernière. Ainsi, le premier temps est celui de la validation juridique de la pratique des conditions d'exécution, à travers leur légalisation (I). Le second temps est marqué par la valorisation des conditions d'exécution par le droit, avec la promotion de leur instrumentalisation.

I. 1er temps : la validation juridique de la pratique des conditions d'exécution

1333. La prise en compte des conditions d'exécution dans le droit des marchés publics s'est faite en amont de l'adoption des directives de 2004. Elle survient alors qu'une instrumentalisation (essentiellement sociale et environnementale) des marchés publics s'observe en pratique, notamment à travers des clauses contractuelles spécifiques. La jurisprudence est la première à prendre acte de cette utilisation des conditions d'exécution (A), avant qu'elle ne soit validée par la directive 2004/18/CE (B).

A. Avant 2004 : une instrumentalisation actées par la jurisprudence

1334. Les conditions d'exécution d'un marché, nées de la pratique des acheteurs et inexistantes dans le droit des marchés publics alors applicable, ont été d'abord soumises à l'appréciation de la Cour de justice (1). La Commission européenne a ensuite pris le pas, en amont de l'adoption des directives de 2004, dans le cadre de deux communications interprétatives consacrées aux considérations environnementales et aux aspects sociaux (2).

1. La jurisprudence Beentjes

1335. La jurisprudence *Beentjes*[1695] représente la première prise en compte de la condition d'exécution, mentionnée tantôt comme simple *condition*, tantôt comme *condition particulière supplémentaire*. Dans cet arrêt, la condition (d'exécution) demeure un objet non identifié. Ces conditions se déploient alors que les directives applicables ne les encadraient pas. Bien qu'elle soit associée aux critères de marché, la *condition* se distingue de ces derniers. La Cour ne la condamne pas, et valide la possibilité pour l'acheteur d'exiger l'emploi de chômeurs de longue durée pour l'exécution du marché.

1336. Sans définir ce qu'elle recouvre exactement, le juge souligne qu'il ne s'agit ni d'un critère de sélection, ni d'un critère d'attribution, lesquels sont limités par les directives dans leur objet et leur utilisation. En effet, la Cour relève que les critères de sélection reposent sur des éléments dont la finalité est circonscrite à l'appréciation de la capacité économique, financière et technique des candidats[1696]. Les critères d'attribution, bien que plus libres et variables que les critères de sélection, ne peuvent quant à eux que porter sur l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse (lorsqu'ils ne sont pas fondés sur le critère unique du prix le plus bas). Si le pouvoir adjudicateur a la possibilité de se fonder sur des « *critères variables* (…) *: le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur*

[1695] CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87, Rec. 1988, p. 4635.
[1696] *Ibid.*, point 17.

technique »[1697], ces derniers doivent exclusivement viser à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse[1698]. En l'espèce, la Cour relève que la condition relative à l'emploi de chômeurs de longue durée ne porte ni sur la finalité des critère de sélection, ni sur celle des critères d'attribution[1699].

1337. Bien qu'elle ne définisse pas positivement ce qu'est une condition d'exécution, du point de vue de son objet ou de sa place exacte dans la procédure de passation, la Cour de justice s'attache à déterminer le régime applicable à ces conditions alors non prévues par les directives[1700]. Ainsi, elle fait dépendre la *compatibilité* d'une telle condition avec la directive du respect des principes fondamentaux du traité, ainsi qu'aux normes de la directive alors applicable (pour l'essentiel, les règles de publicité, incarnée par l'indication de ces conditions dans l'avis de marché), dessinant ainsi les contours du régime applicable à de telles conditions[1701].

1338. La condition d'exécution n'est donc pas réellement définie, du moins positivement. La Cour de justice constate la pratique des États membres, et ne la censure pas d'emblée. Les communications interprétatives de la Commission vont poursuivre le mouvement d'intégration des conditions d'exécution, et apporter des précisions complémentaires sur leur objet.

2. Les communications interprétatives de la Commission

1339. Dans le cadre de la prise en compte des aspects environnementaux et sociaux dans les marchés publics, la Commission a publié deux communications interprétatives[1702]. Elles

[1697] *Ibid.*, point 18.
[1698] *Ibid.*, point 19.
[1699] *Ibid.*, point 28. Le Conseil d'État se fait plus précis, et distingue la condition d'exécution du critère d'attribution dans la décision CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois* (*op. cit.*). En l'espèce, la Haute juridiction constate qu'il n'a pas été démontré que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter le marché est « *une des conditions de la bonne exécution du marché* ».
[1700] Autrement dit, la condition d'exécution est alors avant tout une notion qui se définit par son régime.
[1701] Cf. *infra* §1428 et s.
[1702] La première est consacrée à la possibilité d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics (« Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés », *op. cit.*). La seconde a pour objet la possibilité d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics (« Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire

relèvent les étapes de la procédure de passation durant lesquelles ces aspects peuvent être pris en compte. À cet égard, les communications mettent notamment en perspective la jurisprudence *Beentjes*. Relevant que cette dernière admet un « *critère additionnel* », une notion « *purement prétorienne* »[1703] elles réitèrent le fait qu'il ne s'agit ni d'un critère de sélection, ni d'un critère d'attribution. De même, un tel critère additionnel est admis pour autant qu'il n'a pas d'incidence discriminatoire et qu'il respecte les règles de publicité des directives.

1340. Plus loin, dans une section relative à l'*exécution du marché*, les communications consacrent des développements relatifs aux *clauses contractuelles*, ou « *conditions d'exécution du marché* ». Bien que « *la phase d'exécution des marchés* [ne soit] *pas, pour l'heure, organisée par les directives sur les marchés publics* »[1704], les communications réitèrent le nécessaire respect du droit communautaire par ces conditions. Ces dernières, qui constituent « *un moyen d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux* »[1705] ou peuvent satisfaire des objectifs environnementaux[1706], ne peuvent être des spécifications techniques *déguisées*[1707], ni avoir trait à la vérification des capacités des soumissionnaires ou aux critères d'attribution. La communication relève en ce sens que « *la clause contractuelle est indépendante d'une évaluation de la capacité des soumissionnaires à exécuter les travaux et indépendante des critères d'attribution* »[1708].

---

applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés » (*op. cit*). Voy. notamment F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Les marchés publics au secours de l'environnement », *Contrats et marchés publics*, 2001, n° 10, repère ; E. DELACOUR, « Reconnaissance par la Commission du critère du « mieux-disant » social », *Contrats et marchés publics*, 2001, n° 12, 223.

[1703] L. DUBIN, « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », *AJDA*, 2002, p. 493.

[1704] Commission européenne, Communication interprétative relative aux aspects sociaux dans les marchés publics, *op.cit.*, p. 7. La communication interprétative relative aux considérations environnementales dans les marchés publics souligne quant à elle que « *les directives ne s'appliquent pas aux clauses contractuelles* » (p. 9).

[1705] *Ibid.*

[1706] Commission européenne, Communication interprétative relative aux considérations environnementales dans les marchés publics, *op.cit.*, p. 9.

[1707] Ainsi, la Commission européenne ajoute les spécifications techniques dans la définition (en négatif) de la condition d'exécution.

[1708] La communication interprétative cite une communication qui lui précède (Commission européenne, « Communication sur les aspects sociaux et régionaux dans les marchés publics », communication, COM(89) 400, 22 septembre 1989, point 59). En outre, la communication relève que des clauses contractuelles se rapportant au mode d'exécution pour les marchés de *fournitures* est plus difficile à envisager, « *dans la mesure où imposer des clauses nécessitant l'adaptation de l'organisation, de la structure ou de la politique d'une entreprise établie sur le territoire d'un autre État membre pourrait se révéler discriminatoire ou constituer une restriction injustifiée aux échanges* ». Un tel constat est

1341. Les communications ajoutent des précisions fondamentales à propos des conditions d'exécution. Ainsi, la condition d'exécution est «*une obligation qui doit être acceptée par le titulaire du marché et qui se rapporte à l'exécution du contrat* »[1709]. Les soumissionnaires peuvent respecter une telle condition en s'engageant « *au moment de la remise de leurs offres, à remplir cette exigence si le marché leur est attribué* »[1710]. Dans le cas contraire, l'offre ne serait pas conforme au cahier des charges, et doit être éliminée[1711]. La communication relative aux aspects sociaux dans les marchés publics précise néanmoins que « *les conditions d'exécution ne doivent pas être remplies pour la présentation de l'offre* »[1712].

1342. En outre, les communications interprétatives nourrissent la définition de la condition d'exécution à partir d'exemples de conditions environnementales[1713] ou sociales[1714]. Ce faisant, la notion de condition d'exécution est affinée, et se distingue un peu plus des spécifications techniques et critères de sélection et d'attribution. Les communications interprétatives posent les bases de la notion de condition d'exécution telle qu'elle sera reprise dans la directive 2004/18/CE. Cette intégration de la condition d'exécution dans le droit écrit des marchés publics est réalisée dans le cadre d'une prise en compte globale des objectifs sociaux et environnementaux. En France, sa consécration date du décret du 7 mars 2001 portant code des marchés publics[1715].

---

néanmoins à nuancer, notamment pour ce qui concerne les MDS, et leur conception de ce dont relève la fourniture.

[1709] Commission européenne, Communication interprétative relative aux aspects sociaux dans les marchés publics, *op.cit.*, p. 7.

[1710] *Ibid.*

[1711] La communication s'appuie sur l'arrêt CJCE, 22 juin 1992, *Commission c. Danemark*, aff. C-243/89, (Rec. 1993, p. 3353), selon lequel « *le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires exige que toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les différents soumissionnaires* » (point 37).

[1712] Commission européenne, Communication interprétative relative aux aspects sociaux dans les marchés publics, *op.cit.*, p. 7.

[1713] Commission européenne, Communication interprétative relative aux considérations environnementales dans les marchés publics, *op.cit.*, p. 10. La Commission donne notamment en exemple la « *livraison/emballage de marchandises en vrac plutôt que par unité distincte* », ou encore la « *récupération ou réutilisation des matériaux d'emballage et des produits usagés par le fournisseur* ».

[1714] Commission européenne, Communication interprétative relative aux aspects sociaux dans les marchés publics, *op.cit.*, p. 7. La Commission relève le « *large éventail de possibilités* » dont dispose le pouvoir adjudicateur pour la détermination de clauses contractuelles sociales. Elle prend l'exemple de l'obligation de recruter des demandeurs d'emploi, l'obligation de recruter des personne handicapées au-delà des exigences de la législation nationale en cause, etc.

[1715] Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *op. cit.* L'article 14 du CMP dispose que *« La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut*

1343. Bien qu'elle ne soit alors pas véritablement éprouvée par la Cour de justice, et que les directives alors applicables ne l'encadrent pas, la condition d'exécution gagne ainsi en maturité. La jurisprudence *Beentjes*, complétée par les communication interprétatives de la Commission européenne, en dessinent les contours. À cet égard, en appréhendant ainsi la condition d'exécution, c'est plus globalement le phénomène d'instrumentalisation des marchés publics qui est entériné. Cette instrumentalisation se concrétise par la suite par sa validation par le droit écrit.

B. 2004-2014 : une instrumentalisation validée par le droit écrit

1344. La directive 2004/18/CE reprend les travaux de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice, et s'ouvre à la notion de condition d'exécution (1). La directive 2009/81/CE, calquée sur la première, poursuit le mouvement et l'adapte au secteur de la défense (2).

1. Les conditions d'exécution dans la directive 2004/18/CE

1345. Après avoir rappelé les éléments de régime posés par la jurisprudence *Beentjes*, la directive 2004/18/CE souligne le potentiel politico-économique des conditions d'exécution[1716]. Ces dernières peuvent « *notamment* » être relatives aux objectifs sociaux, et viser à favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes en difficulté d'insertion, ou la lutte contre le chômage, ou à des considérations environnementales, tels que l'objectif général de protection de l'environnement.

1346. Le fait que la directive donne ainsi en exemple les conditions d'exécution qui peuvent être qualifiées de « *sociales* » n'est pas surprenant. Les premières conditions

viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. ».
[1716] Directive 2004/18/CE, considérant 33.

d'exécution utilisées à des fins politiques sont de nature sociale. En ce sens, la directive donne des exemples concrets de conditions d'exécution sociales : les obligations de recruter des chômeurs de longue durée (à l'instar de la condition d'exécution dans l'affaire *Beentjes*), la mise en œuvre d'« *actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes* », ou encore le recrutement d'« *un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale* »[1717].

1347. L'article 26 de la directive 2004/18/CE, consacré aux *conditions d'exécution du marché* n'apporte pas davantage de précision sur les contours de ces dernières. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut exiger des « *conditions particulières concernant l'exécution du marché* ». En écho aux dispositions susmentionnées, elle indique que ces conditions peuvent « *notamment* » viser des « *considérations sociales et environnementales* ». Deux éléments sont remarquables : le caractère particulier des conditions d'exécution, ainsi que la liberté dans la détermination de l'objet de ces *conditions particulières* par le pouvoir adjudicateur.

1348. En effet, la qualification de « *particulière* » des conditions d'exécution interroge. En quoi une condition d'exécution peut-elle être particulière (et, *a contrario*, qu'est-ce qu'une condition d'exécution « *générale* ») ? Il semblerait que c'est bien la dimension politique qui confère aux conditions d'exécution leur nature *particulière*. En effet, le considérant 33 comme l'article 26 de la directive 2004/18/CE associent à la notion de condition d'exécution son instrumentalisation politique. Dès lors, une condition d'exécution serait particulière parce qu'elle est « politique ». Est-ce à dire que toutes les conditions d'exécution, telles qu'encadrées par le droit des marchés publics, sont particulières, et donc politiques ? À tout le moins, le droit des marchés publics s'est emparé de la question des conditions d'exécution, en raison de cette nature politique, et du risque d'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne (et notamment, le principe de non-discrimination).

1349. Par ailleurs, la directive 2004/18/CE dispose que les conditions d'exécution « *peuvent notamment* » viser des considérations sociales et environnementales. Cette formulation laisse entendre que l'acheteur n'est pas limité dans la détermination de l'objet des conditions d'exécution. En transposant les dispositions de ladite directive, l'ancien CMP intègre quant à lui les conditions d'exécution au sein d'un chapitre consacré aux *Clauses sociales et*

[1717] *Ibid.*

environnementales[1718]. Ce faisant, le code semble alors limiter lesdites conditions aux aspects de développement durable.

2. Les conditions d'exécution dans la directive 2009/81/CE

1350. Ce mouvement d'intégration des conditions d'exécution dans le droit des marchés publics, initié par la directive 2004/18/CE, est poursuivi par la directive 2009/81/CE. Cette dernière reprend dans une large mesure les dispositions de la directive de 2004, tout en opérant une spécialisation des conditions d'exécution, principalement au regard des exigences de sécurité, « *particulièrement importantes compte tenu du caractère sensible des équipements couverts par la présente directive et concernant l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement* »[1719].

1351. Ainsi, comme la directive 2004/18/CE, la directive 2009/81/CE développe la notion de condition d'exécution à travers l'exemple, à ceci près que ces exemples s'épanouissent dans le contexte spécifique de la défense et de la sécurité. Ici, la dimension particulière des conditions d'exécution prend ici tout son sens, puisqu'elles le sont doublement. Elles sont particulières parce qu'elles sont politiques (ou, du moins, l'outil d'objectifs politiques ; ici dans le cadre du renforcement de la BITDE), cette nature politique étant le critère de la dimension particulière de toutes les conditions d'exécution, pour les marchés publics civils comme pour les MDS. Elles sont également particulières, parce que spécifiques aux MDS, et exclusives des marchés publics civils (par ailleurs, la directive 2009/81/CE mentionne également les considérations sociales ou environnementales)[1720].

1352. En outre, la directive 2009/81/CE apporte une information complémentaire, par rapport à la directive 2004/18/CE, selon laquelle aucune condition d'exécution ne peut être relative à des exigences autres que celles liées à l'exécution du marché[1721]. Cette précision affine la notion de condition d'exécution. Si elle demeure étroitement liée à son régime, et, plus

[1718] Article 14 du CMP de 2006.
[1719] Directive 2004/18/CE, considérant 42.
[1720] La notion de « *condition d'exécution particulière* » sera par la suite réservée aux conditions d'exécution pour les MDS, à l'instar du code de la commande publique.
[1721] Directive 2004/18/CE, considérant 45.

précisément, à ses limites, la notion condition d'exécution, ainsi appliquée au secteur de la défense ou de la sécurité, gagne en maturité.

1353. Le premier temps est donc celui d'une prise en compte des conditions d'exécution en tant qu'instrument des objectifs de politique publique, essentiellement sociales et environnementales (ainsi qu'aux conditions d'exécution spécifiques au secteur de la défense et de la sécurité). Il précède le second temps, celui de la promotion des conditions d'exécution en tant qu'instrument des objectifs de politique publique.

II. 2nd temps : la promotion de l'instrumentalisation politique des conditions d'exécution

1354. Le droit des marchés publics fait aujourd'hui la promotion des conditions d'exécution en tant qu'instrument des objectifs de politique publique. Il est possible d'y voir la marque d'un rapprochement du droit des marchés publics de sa finalité, c'est-à-dire le fait qu'il s'agit d'une réglementation au service d'objectifs politico-économiques (A). La promotion est telle que l'éventualité d'une obligation d'instrumentaliser les conditions d'exécution du marché au service de tels objectifs parait, à terme, envisageable (B).

A. La marque d'un rapprochement du droit des marchés publics de sa finalité

1355. Ce rapprochement se constate avec l'adoption de la directive 2014/24/UE. D'une certaine façon, le droit des marchés se réconcilie avec lui-même, et s'assume. Ainsi, la directive 2014/24/UE affirme la place des conditions d'exécution du marché comme étant au service d'objectifs politico-économiques (1). La France fait par ailleurs l'objet d'un cas particulier. En effet, une condition géographique d'exécution est mise en place par le code de la commande publique, lequel considère qu'une telle condition constitue un moyen pour l'acheteur de remplir de tels objectifs (2).

1. L'affirmation de la place des conditions d'exécution dans la directive 2014/24/UE

1356. La directive 2014/24/UE met en avant le potentiel instrumental des conditions d'exécution (a), sans pour autant remettre en cause leur distinction difficile avec les critères de sélection (b).

a. La mise en avant du potentiel instrumental des conditions d'exécution

1357. L'évolution politique du droit des marchés publics est entérinée avec l'adoption de la directive 2014/24/UE, laquelle a pu être considérée comme « *un véritable tournant historique* »[1722]. En exposant que « *Les formes de plus en plus diverses que prend l'action publique ont rendu nécessaire de définir plus clairement la notion même de de marché public* »[1723], cette dernière promeut le fait que les marchés publics sont, précisément, un instrument de l'action publique.

1358. La directive 2014/24/UE affine la notion, en précisant que « *les conditions d'exécution du marché énoncent des exigences spécifiques liées à l'exécution du marché* »[1724]. Elle en consolide également le régime. Le texte reprend l'exigence de transparence (publicité *ex ante*) et le respect du principe de non-discrimination, à l'instar de la directive 2004/17/CE. Il relève également deux autres éléments fondamentaux de ce régime : la distinction, nécessaire mais ambiguë, entre la condition d'exécution et le critère d'attribution, ainsi que l'exigence du lien avec l'objet du contrat. Ces précisions sur le régime enrichissent la notion-même de condition d'exécution du marché.

1359. L'instrumentalisation des marchés publics implique l'exploitation des règles applicables aux marchés publics. La directive 2014/24/UE fait des conditions d'exécution un outil privilégié de cette instrumentalisation, au même titre que les critères d'attribution[1725].

[1722] L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *op. cit*.
[1723] Directive 2014/24/UE, considérant n° 4.
[1724] *Ibid.*, considérant n° 104.
[1725] Le choix des procédures de passation ainsi que les spécifications techniques sont d'autres vecteurs d'instrumentalisation des marchés publics.

1360. En ce sens, l'application de critères d'attribution ou de conditions d'exécution spécifiques est vue comme le moyen d'une meilleure prise en compte des objectifs de politique publique. C'est notamment le cas des considérations sociales et environnementales dans les procédures de passation de marché.

1361. La directive 2014/24/UE poursuit et développe la mise en avant des considérations sociales et environnementales au cœur de l'instrumentalisation des marchés publics *via* les conditions d'exécution. En ce sens, il est fait mention de la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier en ce qui concerne « *les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché relatifs à la fourniture ou à l'utilisation de produits issus du commerce équitable lors de l'exécution du marché à attribuer* »[1726]. Tout en reprenant des exemples classiques de conditions d'exécution liées aux considérations environnementales, la directive 2014/24/UE ne manque pas d'en ajouter de nouveaux. Ainsi, les conditions d'exécution du marché peuvent porter sur obligations relatives à l'élimination et la minimisation des déchets. De manière plus générique, l'acheteur peut prendre en compte la « *protection de l'environnement* » et « *le bien-être animal* ».

1362. Sur le plan social, les conditions d'exécution peuvent permettre de favoriser l'égalité des hommes et des femmes[1727]. Le recrutement ou l'intégration de personnes défavorisées « *ou appartenant à des groupes vulnérables* »[1728] sont également mentionnés en tant que condition d'exécution (ou en tant que critère d'attribution), de même que la lutte contre le chômage ou la formation, notamment des jeunes, *via* l'exécution du marché. De plus, contrairement à la directive 2004/18/CE, la directive 2014/24/UE ne limite pas l'utilisation des conditions d'exécution du marché aux seules considérations sociales et environnementales. L'article 70

[1726] Directive 2014/24/UE, *op. cit.*, considérant n° 97. Une telle condition d'exécution permet à l'acheteur d'imposer notamment « *l'obligation de payer aux producteurs un prix minimum et une majoration de prix* ». S'agissant de la jurisprudence de la Cour de justice, la directive fait référence à l'arrêt du 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-368/10 (dit « *Max Havelaar* »).
[1727] Dans son considérant n° 98, §2, la directive voit dans les conditions d'exécution le moyen « *de mesures destinées à promouvoir l'égalité des hommes et des femmes au travail et la conciliation entre la vie professionnelle et la vie privée* », ainsi qu' « *une plus grande participation des femmes au marché du travail* ».
[1728] *Ibid*., considérant n° 99.

dispose en ce sens que les conditions d'exécution du marché peuvent également prendre en compte des considérations relatives à « *l'économie* », ou encore à « *l'innovation* »[1729].

1363. Le code de la commande publique reprend à son compte cette ouverture politique au niveau des conditions d'exécution du marché, et ajoute « *la lutte contre les discriminations* » parmi ces objectifs politiques[1730]. Pour l'heure et en ce qui concerne les marchés publics civils, l'instrumentalisation est davantage promue[1731] et consacrée aux objectifs sociaux et environnementaux[1732].

[1729] Sur les moyens de favoriser l'innovation au stade de l'exécution, et notamment à travers les clauses du marché, voy. L. BIDAULT et A. CARLE, « Exécution des contrats de la commande publique et innovation », *Contrats publics*, 2023, n° 239.

[1730] Article L. 2112-2 du CCP. Cet ajout, issu de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, interroge. Dans ses conclusions sous la décision CE, 4 décembre 2017, *Ministre de l'intérieur contre Région Pays-de-la-Loire* (n° 413366, tables du *Lebon* ; voy. notamment L. FOLLIOT LALLIOT, « Les juges français et européens encadrent les stipulations techniques à effet protectionniste dans la commande publique : concilier concurrence et intérêt général (CE, 4 décembre 2017, Ministre de l'Intérieur, n° 413366 et CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, aff. C-296/15) », *Concurrences*, 2018, n°1), le rapporteur public G. PELLISSIER estime ainsi que cette disposition « *paraît tout à fait contraire à l'exigence* [que la directive 2014/24/UE] *pose de lien avec l'objet du marché* » (p. 4). La censure de cette disposition ne semble pas hypothétique, nonobstant le fait qu'une condition d'exécution fondée sur un tel objectif n'a, pour l'heure, pas été discutée devant le juge.

[1731] En France, de nombreuses sources para-administratives promeuvent le développement durable, notamment par l'intégration des considération sociales et environnementales. Outre les guides d'achat susmentionnés, voy. notamment les guides de la Direction des Achats de l'État (DAE) : « Solutions alternatives au plastique pour les acheteurs publics », Décembre 2021, 67 p. ; « S'engager dans une politique d'achat public zéro déforestation », Novembre 2021, 53 p. ; « Guide pratique pour des achats numériques responsables », Avril 2021, 141 p. ; « Faire de son achat un outil au service de l'insertion des publics éloignés de l'emploi », Mars 2023, 60 p. ; « Comment veiller au respect des droits de l'homme au travail dans les chaines d'approvisionnement », Avril 2021, 52 p. Les conditions d'exécution apparaissent comme l'un des moyens de parvenir à ces objectifs précis liés au développement durable.

[1732] En France, selon les chiffres de l'OECP, les clauses sociales et environnementales sont, globalement, en progression (malgré une baisse entre 2019 et 2020, dans un contexte de crise sanitaire). Ainsi, en 2020, les clauses sociales représentaient 12,11% des clauses en nombre (contre 9,40% en 2017) et 15,17% en montant (contre 11,10% en 2017). S'agissant des clauses environnementales, elles représentaient, en 2020, 16,81% des clauses en nombre (contre 13,60% en 2017), et 18,85% en montant (contre 11,20% en 2017)). Néanmoins, R. MICALEF (« L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2023, n° 14, étude) dresse un constat nettement plus nuancé. Il relève en effet que « *si l'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique est plus fréquente ces dernières années, leur mobilisation reste relativement marginale* ». Il juge notamment les obligations d'insertion de clauses environnementales « *malheureusement peu contraignantes* », et constate par ailleurs « *une forme de désolidarisation des clauses environnementales avec l'objet du contrat, dans la mesure où l'autorité contractante n'est pas tenue d'insérer plusieurs clauses environnementales (…) dans le contrat dès lors qu'elle considère qu'elles ne sont pas justifiées par l'objet du contrat* ».

1364. Néanmoins, la dynamique, manifeste tant au niveau de l'Union européenne qu'en droit interne, est celle d'une promotion de l'instrumentalisation des marchés publics et une diversification des objectifs politiques. Ici, la dimension de « *politiques publiques* » se déploie dans la dimension « *marchés publics* », renforcée par le développement juridique (et pratique) des conditions d'exécution, lesquelles se trouvent au cœur de la dynamique susmentionnée. Elles incarnent le fait que la directive 2014/24/UE et le droit interne assument aujourd'hui pleinement la finalité du droit des marchés publics, c'est-à-dire le moyen de réalisation d'objectifs politico-économiques.

b. Une distinction avec les critères de sélection demeurant délicate

1365. Si la directive 2014/24/UE assume l'instrumentalisation des marchés publics par l'intermédiaire des conditions d'exécution, elle n'élimine pas toutefois les difficultés liées à la distinction entre la condition d'exécution et les critères de sélection. Ensemble, ces derniers participent de la même dynamique d'instrumentalisation. En outre, le fait que la directive 2014/24/UE utilise le terme de « condition d'exécution » dans l'appréciation du lien entre le critère d'attribution et l'objet du marché[1733] participe à leur confusion. Certes, il est possible de nuancer ce facteur de confusion par le fait que dans ce contexte particulier, l'expression de « condition d'exécution » n'a pas le même sens, car elle signifie en réalité « susceptible d'être exécuté ». Il n'en demeure pas moins que la condition d'exécution se distingue parfois difficilement des critères de sélection. La jurisprudence illustre une distinction fondée sur l'objet de l'exigence (i), bien que cette approche démontre certaines limites (ii).

i. La distinction fondée sur l'objet de l'exigence

1366. À de nombreuses reprises, la Cour de justice a dû opérer un choix entre critère de sélection et condition d'exécution pour qualifier une exigence de l'acheteur. C'est d'ailleurs l'essentiel du contentieux relatif à la notion de condition d'exécution du marché, avec le contrôle du respect du principe de non-discrimination dans la rédaction des conditions

[1733] Cf. *infra* §1433 et s.

d'exécution. Or, la qualification n'est pas toujours évidente et peut donner lieu à des interprétations différentes[1734].

1367. En tout état de cause, elle ne saurait reposer sur une séparation artificielle entre passation (critère de sélection) et exécution (condition d'exécution), suggérée notamment par la Commission européenne. En effet, les critères de sélection intéressent également l'exécution du marché. La Cour a pu qualifier les exigences, obligations ou prescriptions litigieuses de condition d'exécution du marché ou de critère de sélection, en s'arrêtant sur leur dénomination et leur formulation, laquelle peut apparaitre comme un indice suffisant sur la nature de ces dernières. Ainsi, la Cour distingue des critères de sélection lorsque les exigences sont « *exprimées sous forme soit de causes d'exclusion, soit de niveaux minimaux, auxquelles un soumissionnaire* [doit] *satisfaire pour que son offre soit prise en considération* »[1735], alors que le pouvoir adjudicateur les analysaient en l'espèce comme étant des conditions d'exécution du marché. Néanmoins, dans la majeure partie des cas, la Cour s'appuie sur une analyse du contenu de l'exigence.

1368. Le *contenu* de l'exigence de l'acheteur peut révéler positivement des critères de sélection, lorsqu'elle est relative à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière, ou bien les capacités techniques et professionnelles. L'obligation de disposer d'un agrément requis par la réglementation applicable à l'activité faisant l'objet du marché constitue ainsi un critère de sélection, puisqu'elle permet à l'acheteur d'apprécier l'aptitude des opérateurs économiques à exercer une activité professionnelle, et non une condition d'exécution[1736].

1369. Lorsque, dans un premier temps, la Cour constate que l'exigence de l'acheteur n'a trait, ni aux capacités professionnelles, économiques et financières, ou aux capacités techniques et professionnelles, elle analyse, dans un second temps, si cette exigence renseigne sur les

---

[1734] Voy. notamment CJUE, 10 mai 2012, *Max Havelaar*, *op. cit*. L'avocate générale considère que la clause litigieuse selon laquelle les soumissionnaires doivent respecter « *les critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises* » ne peut être appréciée au regard des dispositions de la directive relatives aux critères de sélection, étant donné que cette clause ne traitait pas seulement de l'aptitude des soumissionnaires potentiels, mais aussi d'autres aspects, notamment « *la question* (…) *de savoir de quelle manière le soumissionnaire entend respecter les exigences de durabilité et de comportement socialement responsable* » (point 129). Pour la Cour, qui suit le raisonnement de la Commission, la clause constitue un niveau minimal de capacité professionnelle.

[1735] *Ibid.*, considérant n° 103.

[1736] CJUE, 20 mai 2021, *Riigi Tugiteenuste Keskus*, aff. C-6/20, point 44-45.

modalités particulières de l'exécution du marché[1737]. Si ces modalités ont trait à des considérations relatives à l'économie, à l'innovation[1738], à l'environnement (*Max Havelaar*), au domaine social[1739], à l'emploi (ainsi qu'à la lutte contre les discriminations en droit français), il s'agira alors d'une condition d'exécution. Tel est le cas de l'obligation de disposer du consentement des autorités compétentes des États concernés par le transfert de déchets[1740].

1370. Toutefois, la distinction fondée sur l'objet de l'exigence présente un certain nombre de limites liées à la proximité notionnelle entre les critères de sélection et la condition d'exécution.

ii. Les limites de la distinction fondée sur l'objet de l'exigence

1371. La distinction entre condition d'exécution et critère de sélection n'est toutefois pas toujours évidente si l'on s'attache exclusivement au contenu de la demande de l'acheteur. L'analyse de la jurisprudence de la Cour tend à démontrer à quel point la frontière peut être poreuse entre condition d'exécution et critère de sélection. Le raisonnement consiste à expliquer qu'une exigence n'est pas une condition d'exécution parce qu'il s'agit d'un critère de sélection, ou, *a contrario*, qu'il ne s'agit pas d'un critère de sélection parce qu'il s'agit d'une condition d'exécution.

[1737] Dans la décision *Max Havelaar*, la Cour exclue la qualification des clauses litigieuses en condition d'exécution, tant au regard de leur formulation, que le fait que les exigences sont formulées « *de façon générale, et non spécifiquement en rapport avec le marché litigieux* » (point 103).

[1738] La Cour qualifie une prescription technique de condition d'exécution, notamment parce qu'elles prennent en compte « *des considérations relatives à l'innovation et à l'environnement* » (CJUE, 7 septembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, aff. C-927/19, point 88).

[1739] CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, Rec. 2008, p. 1989.

[1740] CJUE, 8 juillet 2021, *Sanresa*, aff. C-295/20 ; W. ZIMMER, « Conditions d'exécution des marchés », *Contrats et marchés publics*, 2021, n° 10, comm. 271. La Cour a raisonné en deux temps. En premier lieu, elle constate que l'obligation litigieuse « *ne saurait être assimilé ni à celle d'être inscrit sur un registre professionnel ou sur le registre du commerce d'un État membre ni à celle d'être titulaire d'une autorisation spécifique ou membre d'une organisation spécifique* » (point 44) : ce n'est donc pas un critère de sélection relatif à l'aptitude professionnelle. Elle relève par ailleurs que l'obligation « *est sans rapport avec la capacité économique et financière d'un opérateur économique* » (point 46). Constatant ensuite que l'appréciation des capacités techniques et professionnelles repose « *notamment, sur une évaluation rétrospective de l'expérience acquise par les opérateurs lors de l'exécution de marchés antérieurs* » (point 48), la Cour en déduit qu'il ne s'agit pas non plus d'un critère de sélection relatif auxdites capacités. Dans un second temps, elle conclue que l'obligation « *relève de l'exécution* », et tend « *à fixer les conditions particulières destinées à tenir compte de considérations environnementales* » (point 52). Ce faisant, l'obligation, n'étant pas un critère de sélection et renseignant sur les modalités particulières d'exécution du marché, constitue une condition d'exécution du marché.

1372. La Cour de justice a jugé qu'une prescription technique pouvait *concomitamment* se voir appliquer les dispositions ayant trait aux critères de sélection relatives aux capacités techniques et professionnelles, ainsi qu'aux spécifications techniques et aux conditions d'exécution[1741]. En l'occurrence, l'exigence portait sur la conformité des véhicules utilisés pour le service de gestion des déchets faisant l'objet du marché, avec des prescriptions techniques, notamment en matière d'émissions polluantes.

1373. Cette application « *concomitante* » souligne le fait que, dans une certaine mesure, la qualification en critère de sélection, en spécification technique ou en condition d'exécution importe moins que le respect des principes directeurs s'appliquant à l'ensemble de ces prescriptions concourant au choix du titulaire[1742]. Ce sont ces principes qui imposent à l'acheteur de respecter les conséquences de la qualification qu'il donne à une telle prescription, y compris dans le cas d'une condition d'exécution.

1374. Les conclusions de l'avocat général sous l'arrêt *Riigi Tugiteenuste Keskus* soulignent combien la distinction entre critère de sélection et condition d'exécution peut être délicate à opérer. Agréant les observations de la Commission, l'avocat général estime que les exigences litigieuses « *pourraient* » être qualifiées de conditions d'exécution du marché » (point 78). Autrement dit, tant pour l'avocat général que pour la Commission, les exigences litigieuses peuvent invariablement constituer des critères de sélection ou des conditions d'exécution. Si ces considérations n'ont pas été suivies par la Cour[1743], elles démontrent que ce qui distingue fondamentalement les conditions d'exécution des critères de sélection, ce sont les modalités de vérification du respect des premières, et plus particulièrement le moment où cette vérification intervient[1744].

[1741] CJUE, 7 septembre 2021, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (*op. cit*.).
[1742] *Ibid.* La faculté de l'acheteur de demander aux soumissionnaires de demander des compléments d'information sur leur offre dépend du respect des dispositions de l'article 56 de la directive 2014/24/UE (principes généraux applicables au choix des participants et à l'attribution du marché), « *et non pas, en tant que telle, de la qualification des prescriptions en cause* » (point 94).
[1743] *Ibid*. La Cour considère qu'il s'agit d'un critère de sélection relatif à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle. L'avocat général estimait qu'il pouvait s'agir d'une condition d'exécution dans la mesure où la directive 2004/18/CE ne limitait pas la notion aux seules considérations sociales et environnementales, puisque « *Rien n'empêche que ces conditions s'étendent à d'autres domaines* », les considérations sociales n'étant « *citées qu'à titre d'exemple (« notamment »)* » (point 79).
[1744] Cf. *infra* §1517.

1375. Par ailleurs, alors que la directive 2014/24/UE reste silencieuse sur ce point, le droit français offre la possibilité aux acheteurs d'imposer une condition géographique d'exécution.

2. L'insertion d'une condition géographique d'exécution dans le code de la commande publique

1376. Introduite en droit français lors de la transposition de la directive 2009/81/CE en 2011[1745], cette condition géographique d'exécution était initialement réservée aux acheteurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005[1746]. Elle permettait à ces derniers, « *notamment dans un marché de défense ou de sécurité* », d'imposer que « *les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne* (…) »[1747]. Cette condition d'exécution vise notamment à permettre de « *prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements* ».

1377. L'article 38-II de l'ordonnance du 23 juillet 2015[1748] a ensuite étendu cette disposition à l'ensemble des acheteurs. Après avoir rappelé l'historique de cette disposition, la fiche d'impact présentant le projet d'ordonnance justifie l'extension de son champ d'application par le fait que « *la jurisprudence du Conseil d'État a reconnu cette possibilité aux acheteurs soumis au CMP* »[1749], s'appuyant sur une décision du 14 janvier 1998 de la Haute

[1745] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 32. La DAJ précise en effet à propos de l'article L. 2112-4 du CCP que « *cet article a été introduit en droit français à l'occasion de la transposition de l'article 23 de la directive 2009/81/CE* »

[1746] Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, article 37-5.

[1747] À propos de l'article L 2112-2 du CCP (codifiant l'article 38-II de l'ordonnance du 23 juillet 2015), la DAJ (« Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 32) précise que la notion de « *moyens* » concerne, par exemple, « *le lieu de production, l'entrepôt où sont stockées les pièces ou les données* ». En revanche, la condition géographique d'exécution ne permet pas à l'acheteur d'exiger que le siège social du titulaire soit situé dans un État membre de l'Union européenne.

[1748] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, *op. cit.*

[1749] Fiche d'impact présentant le projet d'ordonnance relative aux marchés publics, p. 48.

juridiction[1750]. Ce faisant, l'article « *clarifie le fait que cette disposition est applicable à l'ensemble des acheteurs* ».

1378. La codification de l'article 38-II à l'article L. 2112-4 du code de la commande publique est remarquable à double titre. En premier lieu, le code de la commande publique lui consacre une disposition à part entière, l'autonomisant ainsi par rapport à la définition générale de condition d'exécution et de la notion de cycle de vie[1751]. En second lieu, le code de la commande publique supprime la mention « *notamment aux marchés publics de défense ou de sécurité* ». Une telle suppression confirme (s'il en était encore besoin) que la condition géographique d'exécution n'est pas le terrain des seuls MDS. Par ailleurs, la condition géographique d'exécution est ici conçue comme étant au service d'objectifs de politique publique, au premier rang desquels les considérations sociales et environnementales, ainsi que les exigences de sécurité.

1379. Or, l'achat de toute une partie des biens et services d'une BITD, du fait d'une moindre sensibilité qui les font apparaitre comme des prestations semblables voire identiques au secteur civil, ne nécessite pas l'application d'un régime spécial. Dans le même temps, cette sensibilité moindre ne signifie pas non plus la disparition de toute exigence de sécurité (par exemple dans l'approvisionnement). À cet égard, la possibilité pour tout acheteur de prendre en compte la sécurité des informations et d'approvisionnement au stade des critères de marché est particulièrement bienvenue. Elle permet d'appliquer le régime de publicité et de mise en concurrence le plus adapté. Il y a une forme de correspondance entre la variété de ces régimes et celle des éléments constitutifs d'une BITD.

[1750] CE, 14 janvier 1998, *Société Martin Fourquin*, req n° 168688, publié au *Lebon*. Le CE valide ainsi l'exigence de l'acheteur obligeant les opérateurs économiques à disposer d'une antenne locale en cas d'attribution (en revanche, il n'aurait pas pu « *légalement faire de l'existence d'une implantation préalable dans le département une condition à l'obtention du marché* »). La DAJ (« Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit.*, p. 32) précise à propos de l'article L. 2112-4 du CCP « *cette disposition nationale n'a pas été limitée au domaine des marchés de défense ou de sécurité dans le code de la commande publique afin de prendre en compte la jurisprudence du Conseil d'État qui avait, dans sa décision Société Martin Fourquin, reconnu la possibilité pour un acheteur d'imposer une localisation spécifique dès lors qu'elle était justifiée par l'objet du marché.* ».

[1751] L'article 38-I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définissait la condition d'exécution et le cycle de vie. Le code de la commande publique a divisé l'article 38 en trois : l'article L. 2112-1 définit la condition d'exécution, l'article L. 2112-3, le cycle de vie et l'article L. 2112-4, la condition géographique d'exécution. Il s'agit là d'une illustration de l'un des partis pris lors de la codification d'éviter autant que possible les alinéas dans les articles.

1380. Ainsi, la promotion des conditions d'exécution comme outil d'instrumentalisation des marchés publics se constate, tant au niveau de l'Union européenne que celui de la France. La maturité du droit de la commande publique permet au législateur de renforcer cette instrumentalisation, et de l'intégrer au cœur des règles de la passation. Dans le cas de la France, ce mouvement est allé jusqu'à la consécration légale de la condition géographique d'exécution, malgré le risque de discrimination qu'elle porte. Cette évolution offre la perspective d'une instrumentalisation des conditions d'exécution qui soit obligatoire.

B. La perspective d'une obligation d'instrumentalisation des conditions d'exécution

1381. Le mouvement d'une intégration des conditions d'exécution vers leur promotion est tel que l'obligation de leur instrumentalisation n'est pas illusoire. La question de l'intérêt d'une telle obligation peut se poser. La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021[1752] offre un exemple d'une forme d'obligation d'instrumentalisation des conditions d'exécution (1), cependant que, pour l'heure, les acheteurs dans le domaine de la sécurité ou de la défense conservent leur liberté d'instrumentalisation (2).

1. L'exemple de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021

1382. La loi du 22 août 2021[1753] dite « *Climat et Résilience* » apporte un certain nombre de modifications au code de la commande publique, dont l'entrée en vigueur aura lieu au plus tard

[1752] Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *op. cit.*

[1753] Voy. G. CLAMOUR, « Acclimatation à la commande publique responsable », *Contrats et Marchés publics*, 2021, n° 10, comm. 266 ; S. DOUTEAUD, « Une fiche technique pour se familiariser aux évolutions découlant de la loi « Climat et Résilience », *Contrats et Marchés publics*, 2021, n° 10, alerte 44 ; J.-F. LACHAUME, « Contrats de la commande publique, principes de la République, dérèglement climatique, développement durable, résilience », *Revue Complément territorial*, 2022, n° 63. À propos du décret d'application de l'article 35 de la loi « Résilience et Climats », voy. G. CLAMOUR, « Acclimatation à la commande publique : volet réglementaire », *Contrats et Marchés publics*, 2022, n° 6, comm. 159.

le 22 août 2026. Ces modifications font partie du chapitre I[er] intitulé « *Verdir l'économie* » du Titre III (« *Produire et travailler* »), et comptent parmi les mesures proposées par la convention citoyenne pour le climat (CCC)[1754]. Avec pour objectif de « *verdir* » la commande publique, la loi du 22 août 2021 a imposé deux obligations nouvelles en la matière : l'obligation pour les acheteurs de prévoir des conditions d'exécution tenant compte des considérations relatives à l'environnement, ainsi que celle de prévoir un critère lié aux caractéristiques environnementales des offres.

1383. L'étude d'impact portant sur le projet de loi relève en effet qu' « *aucune disposition du code n'impose que les préoccupations environnementales se traduisent dans les clauses du contrat ou faisant l'objet d'un critère de sélection du titulaire du marché* »[1755]. Ainsi, l'objectif de la mesure est « *de passer de la possibilité à l'obligation d'insérer des critères et des clauses environnementales* »[1756].

1384. La loi modifie l'article L. 2112-2 du code de la commande publique, pour une entrée en vigueur devant intervenir au plus tard le 22 août 2026[1757]. À compter de cette entrée en vigueur, « *les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement* ». Le futur article L. 2112-2 distingue dans sa formulation les considérations environnementales des autres objectifs de politique publique, lesquels demeurent optionnels pour l'acheteur. Pour le Conseil d'État, néanmoins, il ne faut pas y voir une quelconque hiérarchie[1758]. Les acheteurs seront ainsi contraints de prendre en compte des considérations relatives à l'environnement dans les conditions d'exécution du marché (du moins pour celles ayant un impact sur l'environnement).

[1754] La Convention citoyenne pour le climat a formulé une proposition « PT.7.1 – Renforcer les clauses environnementales dans les marchés publics ». Convention citoyenne pour le Climat, « Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat », version corrigée du 29 janvier 202, 460 p.

[1755] Étude d'impact – Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, p. 138 (disponible en ligne).

[1756] *Ibid.*, p. 140.

[1757] L'étude d'impact du projet de loi précise qu'un délai de cinq ans est nécessaire « pour permettre aux acheteurs publics d'acquérir la connaissance et la maîtrise des outils et des méthodes » (p. 146).

[1758] Conseil d'État, Avis sur un projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, séance du 4 février 2021, 401933. La Haute juridiction estime que la rédaction du futur article L. 2112-2 du CCP « *ne crée pas de hiérarchie entre ces différentes considérations ni n'instaure une prééminence de celles tirées de la protection de l'environnement sur les autres. Elle impose simplement que l'environnement soit pris en compte lors de la rédaction des clauses du marché, sans empêcher que d'autres considérations, notamment sociales ou économiques, le soient au même titre* » (page 14).

1385. Les considérations sociales ont également fait l'objet d'une évolution significative. La loi du 22 août 2021 a ainsi créé un nouvel article L. 2112-2-1 du code de la commande publique[1759]. Ce dernier dispose que **«** *l'acheteur prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées* ». Le champ d'application de cette disposition est restreint aux marchés dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens. La différence avec le futur article L. 2112-2 du code de la commande publique est subtile. Pour ce dernier, il ne s'agit pas de prendre en compte les aspects environnementaux de la prestation pour toutes *les* conditions d'exécution du marché (mais seulement dès lors que le processus d'exécution a une incidence sur l'environnement). En matière sociale, l'acheteur devra consacrer *des* conditions d'exécution prenant en compte les aspects sociaux et liés à l'emploi. Ainsi, les considérations environnementales impriment en principe l'ensemble des conditions d'exécution, tandis que les considérations sociales nécessitent une condition d'exécution spécifique parmi d'autres.

1386. Toutefois, cette obligation de prévoir des conditions d'exécution à caractère social n'est pas absolue. Dans un certain nombre de cas, l'acheteur pourra y échapper, et donc décider de ne pas prévoir de tels conditions d'exécution. Tel est le cas lorsqu'une « *telle prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du marché* »[1760]. Cette précision constitue, en réalité, une « *redite* » du régime applicable à toutes les conditions d'exécution. Ce dernier exige, en tout état de cause, un lien avec l'objet du marché (la subtilité introduite par cette formule réside, peut-être, dans le fait qu'il suffît que le lien soit « *suffisant* »). Enfin, lorsque l'acheteur décidera de ne pas prévoir des conditions d'exécution à caractère social ou liées à l'emploi, il devra se justifier en indiquant les motifs dans les documents de la passation conservés au titre de l'article L. 2184-1 du code de la commande publique.

1387. L'intérêt d'une telle obligation d'instrumentalisation ne pourra se mesurer qu'avec le temps et la pratique des acheteurs. Les contours du caractère obligatoire demeurent incertains. Si ce dispositif (s'agissant du futur article L. 2112-2 du code de la commande

[1759] Comme pour le futur article L. 2112-2 du CCP, l'article L. 2112-2-1 entrera en vigueur au plus tard à compter du 22 août 2026.
[1760] D'après le futur article L. 2112-2-1-II-2° du CCP. C'est aussi le cas lorsque « *le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible* » (1°), « *lorsqu'une telle prise en compte est susceptible de restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation* » (3°), ou, enfin, « *lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux d'une durée inférieure à six mois* ».

publique) a pu être considéré comme une « *révolution* »[1761], l'efficacité de l'obligation d'instrumentalisation à travers l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique a fait l'objet de réserves. Outre la critique de la mise en place différée de l'obligation d'instrumentalisation[1762], certains ont pu « *douter de l'atteinte de cet objectif* » par la mise en place d'un tel dispositif[1763].

2. La liberté de l'acheteur maintenue dans les marchés de défense ou de sécurité

1388. Le législateur a fait le choix de ne pas appliquer les modifications apportées par la loi du 22 août 2021 aux MDS. L'étude d'impact du projet de loi[1764] précise ainsi que « *compte-tenu de la spécificité des marchés de défense ou de sécurité* », la mesure visant à imposer aux acheteurs la prise en compte des considérations relatives à l'environnement dans les conditions d'exécution n'a pas été étendue à ces marchés. Il en va de même pour la mesure imposant aux acheteurs de prévoir un critère lié aux caractéristiques environnementales des offres.

[1761] A. d'ARGOUBET RAYBAUD, « Commande publique et droit de vivre dans un environnement sain », *AJDA*, 2021, p. 2332. L'auteur relève qu'avec la loi du 22 août 2021, « *l'environnement se retrouve ainsi associé de manière systématique à la commande publique, si bien que l'on pourrait s'interroger sur la pertinence du maintien de la condition du lien avec l'objet du contrat* (…) ».

[1762] Voy. Conseil d'État, Avis sur un projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, (*op. cit.*). La Haute juridiction « *relève la durée particulièrement longue de ce délai mais l'admet cependant, le Gouvernement faisant valoir que ces cinq ans sont en cohérence avec la durée du prochain plan national d'action pour les achats publics durables, qu'ils laissent le temps aux acheteurs publics de se former à la prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics et que, en tout état de cause, une entrée en vigueur plus précoce est permise* ».

[1763] F. LICHÈRE, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique – Lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets ? », *AJDA*, 2022, p. 142. L'auteur juge certes que « *Compte tenu de la faible part de telles clauses dans les contrats de la commande publique existants, il y a un apport certain* ». Néanmoins, s'agissant en particulier des conditions d'exécution, l'auteur relève le manque de précision du contenu de ces obligations, à la fois dans la loi et le décret d'application, Le dispositif est tel qu'une seule clause environnementale pourrait suffire à satisfaire l'obligation. Enfin, F. LICHÈRE souligne que la loi du 22 août 2021 ne remet pas en cause les « *vrais freins à la commande publique « responsable »* » (parmi les facteurs explicatifs de ces freins que l'auteur relève, peuvent notamment être citées « *la recherche du coût minimal* », *« la complexité ajoutée à l'évaluation des offres* », « *l'augmentation du risque d'infructuosité* » ou encore la « *la présence d'un risque juridique* »).

[1764] Étude d'impact – Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, *op.cit.*, p. 144.

1389. Dans son avis rendu sur le projet de loi, le Conseil d'État relève que le souhait du Gouvernement d'exclure les MDS du champ d'application des mesures de verdissement n'appelle « *pas d'objection d'ordre juridique* »[1765]. Ainsi, à terme, les MDS ne se verront plus appliquer l'ensemble des dispositions générales législatives relatives au contenu du marché. Le futur article L. 2312-1-1 du code de la commande publique reprend l'actuel article L. 2112-2 quasiment mot pour mot[1766], maintenant les conditions d'exécution d'un MDS dans l'état actuel du droit. De même, le futur article L. 2112-2-1 ne sera pas applicable aux MDS. Ainsi, les évolutions apportées par la loi du 22 août 2021 renforcent la singularité des MDS par rapport aux marchés publics civils.

1390. Cette exclusion a également pour effet de distinguer les MDS au regard des considérations notamment environnementales. Si l'état actuel du droit permet déjà à l'acheteur de prendre en compte les considérations environnementales dans les MDS, leur exclusion de l'obligation d'instrumentalisation tend à conclure que le verdissement de la commande publique ne concernerait ces marchés que dans une moindre mesure. Cependant, le choix de ne pas appliquer aux MDS les obligations d'instrumentalisation a plusieurs avantages pour l'acheteur.

1391. Cela permet de ne pas imposer à ce dernier un facteur supplémentaire de complexification au sein des MDS. L'ajout d'une obligation d'instrumentalisation, dans un domaine que les industriels de défense n'ont pas encore pleinement pris à leur compte, risquerait d'amoindrir un peu plus encore le niveau de concurrence. En effet, satisfaire à des exigences d'ordre environnemental ou social en sus des exigences de sécurité inhérentes aux MDS peut avoir pour effet pervers d'exclure des opérateurs économiques d'une compétition déjà restreinte. En d'autres termes, le maintien de la liberté de l'acheteur dans l'instrumentalisation des conditions d'exécution permet d'éviter un empilement d'exigences, néfaste à la concurrence (et, potentiellement, à la satisfaction de son besoin).

[1765] Conseil d'État, Avis sur un projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, séance du 4 février 2021, *op. cit.*, p. 14.

[1766] La rédaction n'est pas exactement la même, puisque l'actuel article L. 2112-1 dispose que les conditions d'exécution « *doivent être liées à* [l']*objet* [du marché] », tandis que le futur article L. 2312-1-1 précise que ces conditions « *sont* » liées à l'objet du marché. La formulation retenue dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 était toutefois plus explicite en ce qui concerne le lien avec l'objet du marché, comme relevé par le Sénat (en ce sens, voy. S. LE RUDULIER, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire », Sénat, n° 118, 10 novembre 2020, p. 12).

1392. Conclusion de la sous-section. Ainsi, la condition d'exécution du marché a fait l'objet d'une intégration progressive dans les directives. Il en résulte qu'elle se définit à partir de son contenu. Or, celui-ci se distingue en ce qu'il est vecteur de la réalisation des objectifs de politique publique de droit commun pour l'essentiel (principalement à travers les considérations environnementales et sociales). Une condition d'exécution du marché n'est donc pas une simple clause contractuelle, elle est intrinsèquement *politique*. C'est précisément cette nature qui explique l'intégration dans le champ du droit de la commande publique, et donc son application.

1393. La dynamique actuelle est celle d'une promotion (dans le cadre de l'instrumentalisation globale des marchés publics). L'exemple de la France dessine un futur laissant entrevoir la possibilité d'une instrumentalisation imposée aux acheteurs. L'État, à travers la législation applicable aux marchés publics, s'immisce ainsi dans les relations contractuelles entre l'acheteur et le titulaire du marché.

1394. La place des conditions d'exécution dans le droit des marchés publics démontre une double-intégration des objectifs de politique publique, dans le contrat, mais aussi dans le droit écrit des marchés publics. Les conditions d'exécution mettent en exergue le fait que l'instrumentalisation des marchés publics peut se concevoir en cercles concentriques :

- au sein d'un contrat déterminé dans lequel un acheteur oriente concrètement par ses critères de sélection, de choix ou de ses conditions d'exécution vers certains comportement vertueux ;
- dans une politique d'achat, constituée d'un ensemble de contrats d'un même acheteur ou d'un ensemble d'acheteurs qui tendent vers un résultat commun de politiques publiques ;
- et, enfin, dans la réglementation des marchés publics, qui, elle-même, tente d'influer sur la passation et l'exécution des marchés aux fins de réaliser les objectifs de politique publique qui lui sont assignés.

Sous-section 2. Les conditions d'exécution particulières dans les marchés de défense ou de sécurité

1395. Une première lecture du code de la commande publique laisse à penser que des « *conditions d'exécution particulières* » se distinguent des simples *conditions d'exécution du marché*. Le code leur consacre en effet des dispositions spéciales. En effet, l'article R. 2312-4 du code de la commande publique mentionne un certain nombre de ces conditions d'exécution particulières dans ses dispositions relatives aux MDS[1767]. La dimension « *particulière* » est manifestement ce qui différencie ces conditions d'exécution de celles applicables aux marchés publics civils.

1396. Néanmoins, sur le plan notionnel, cette dimension « *particulière* » ne parait pas avérée pour un certain nombre d'entre elles. Cela nécessite donc de revenir sur ce que recouvre exactement cette dimension. Ainsi, une distinction peut être faite entre, d'une part, les conditions d'exécution particulières qui ne se distinguent pas des conditions d'exécution dans un marché public civil (I), et, d'autre part, les conditions d'exécution particulières spécifiques aux MDS (II).

I. Les conditions d'exécution particulières non spécifiques aux marchés de défense ou de sécurité

1397. Deux « *conditions d'exécution particulières* » ne présentent pas de spécificités sur le plan notionnel : celles, en lien avec le développement durable, comportant des éléments à caractère social ou environnemental (A), et celles comportant des exigences relatives à la localisation de l'exécution (B).

[1767] Cette appellation n'existait pas dans le CMP, lequel utilisait l'expression « « *conditions d'exécution d'un marché* » à son article 194.

A. Les conditions d'exécution particulières environnementales et sociales

1398. L'article R. 2312-4-1° du code de la commande publique dispose que les conditions d'exécution particulières d'un MDS peuvent comporter « *des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social* ». Ainsi, les MDS illustrent la fonction universelle du développement durable. D'une part, l'essentiel des instruments de droit commun sont répliqués[1768], et, d'autre part, les objectifs de développement durable s'immiscent jusque dans les particularismes des MDS.

1399. Toutefois, cette condition d'exécution particulière ne semble pas se distinguer fondamentalement des conditions d'exécution du marché qui prennent en compte des considérations relatives à l'environnement et au domaine social (conformément aux dispositions générales du code de la commande publique). Le développement durable, auquel l'article L. 2112-2 (présent ou futur) du code de la commande publique ne fait pas référence, ne relève pas d'une spécificité des MDS. La prise en compte des objectifs de développement durable ne concerne pas seulement le secteur de la défense ou de la sécurité.

1400. La rédaction de l'article R. 2312-4-1° reprend, en réalité, exactement celle de l'article 14 du CMP. Cet article, consacré aux clauses sociales et environnementales, dispose en effet que ces dernières prennent en compte les objectifs de développement durable. Sous l'empire du CMP, la correspondance entre les conditions d'exécution sociales et environnementales des marchés publics civils (article 14) et les conditions d'exécution particulières environnementales et sociales dans les MDS (article 194-1°) était totale. Depuis l'adoption du code de la commande publique, les conditions d'exécution du marché ne mentionnent plus le développement durable. Ce dernier se trouve désormais au stade des principes fondamentaux de la commande publique (article 3-1 du code de la commande publique)[1769], de la définition des besoins (article L. 2111-

[1768] Cela ne signifie pas qu'ils le sont tous. Certains de ces instruments ne sont pas applicables aux MDS, tels la réservation de marchés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire, la prévision des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, ou encore l'utilisation du cycle de vie comme critère d'attribution prévue aux articles R. 2152-9 et R. 2152-10. De telles règles seraient source de complexification inutile pour ces marchés.
[1769] Cf. *supra* §239-242.

1), ainsi que des spécifications techniques (futur article L. 2111-2). En l'occurrence, les textes visent les « *objectifs* » de développement durable, ce qui est moins contraignant qu'un principe ou une obligation (à l'instar de la notion d'objectif à valeur constitutionnel). Il s'agit ici de fixer un cap, des principes directeurs, comme au stade de la définition des besoins.

1401. Cette disparition du développement durable permet d'éviter une forme d'effet « *poupée gigogne* ». En ce qui concerne les MDS, la formulation de l'article R. 2312-4-1° du code de la commande publique implique que les conditions d'exécution particulières prennent en compte des considérations sociales ou environnementales, qui, elles-mêmes, doivent intégrer d'autres objectifs de politique publique (en l'occurrence, le développement durable). Cela parait d'autant plus inutile que, désormais, la commande publique participe « *à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* » (article L. 3-1 du code de la commande publique).

1402. L'article R. 2312-4-1° du code de la commande publique est donc le fruit du maintien d'une rédaction ancienne datant du CMP. L'adoption du code de la commande publique aurait pu être l'occasion de faire coïncider les MDS avec les marchés publics civils sur ce point. La codification à droit constant n'empêchait pas le législateur de procéder à une généralisation des règles impliquant la prise en compte des objectifs de développement durable. La loi du 22 août 2021, qui a poursuivi le réagencement de la place du développement durable dans le droit de la commande publique, n'a pas entraîné de modifications de l'article R.2312-4-1° du code de la commande publique. Le maintien d'une spécificité pour les MDS est, manifestement, sans objet.

1403. En effet, il semblerait que les origines de cette spécificité remontent à la directive 2009/81/CE et sa transposition en droit interne. Dans son article 20 consacré aux *conditions d'exécution du marché*, la directive mentionne la prise en compte des considérations environnementales ou sociales. Il s'agit des seules considérations autres que les conditions d'exécution particulières spécifiques aux MDS[1770], c'est-à-dire les conditions d'exécution relatives aux exigences de sécurité des informations et d'approvisionnement, ainsi que celles relatives aux sous-contrats. Il s'agit des conditions d'exécution pour lesquelles la directive 2009/81/CE consacre des dispositions spécifiques (ce qui en fait de véritables conditions

[1770] Cf. *infra* §1441 et s.

d'exécution *particulières*[1771]) ; or, tel n'est pas le cas des considérations sociales et environnementales, qui ne sont cités qu'à titre d'exemple de condition d'exécution (comme c'est le cas dans toutes les directives relatives aux marchés publics).

1404. Par conséquent, sur le plan notionnel, rien ne permet d'affirmer que les conditions d'exécution particulières sociales et environnementales de l'article R. 2312-4-1° constituent des conditions d'exécution « particulières ». Elles ne sont pas spécifiques aux MDS, dans la mesure où rien ne les distingue des conditions d'exécution du marché de l'article L. 2112-2 (ou du futur article L. 2312-1-1).

B. La condition géographique d'exécution dans les marchés de défense ou de sécurité

1405. L'article R. 2312-4-5° du code de la commande publique dispose que les conditions d'exécution particulières d'un MDS peuvent comporter « *des exigences relatives à la localisation sur le territoire des États membres de l'Union européenne ou des parties à l'Espace économique européen du lieu d'exécution de tout ou partie des prestations ou des moyens utilisés pour exécuter tout ou partie du marché, maintenir ou moderniser les produits acquis* ». Cette disposition complète le mécanisme de préférence communautaire au stade de l'exécution du marché. S'agissant de la condition géographique d'exécution, la rédaction de l'article R. 2342-4-5° du code de la commande publique se distingue relativement peu de celle de l'article L. 2112-4[1772]. Quelques éléments les différencient toutefois.

1406. Paradoxalement, l'article R. 2342-4-5° du code de la commande publique définit une zone géographique moins restreinte que l'article L. 2112-4 (puisque le premier comprend également les parties à l'EEE). En outre, l'article R. 2312-4-5° ne lie pas la condition géographique d'exécution à la prise en compte d'objectifs de politique publique, qu'il s'agisse de considérations sociales ou environnementales, ou même des exigences de sécurité,

[1771] Nonobstant le fait que les directives relatives aux marchés publics (qu'il s'agisse des directives de 2004, de 2009 ou de 2014) ne consacrent pas la notion de « *condition d'exécution particulière* » à l'instar du code de la commande publique.
[1772] Cf. *supra* §1376 et s.

contrairement aux marchés publics civils. Pour les MDS, la condition géographique d'exécution est présentée indépendamment d'autres considérations.

1407. Certes, la localisation des moyens d'exécution et/ou du lieu de la prestation sur le territoire des États membres facilite le respect des exigences de sécurité. Les outils bilatéraux et multilatéraux propres à l'Union européenne et à ses États membres[1773] facilitent également la mise en place et le maintien de ces exigences au niveau requis par le marché. De même, la localisation sur le territoire des États membres devrait garantir une moindre incidence environnementale des MDS (notamment par une réduction de leur empreinte carbone). Néanmoins, cette condition d'exécution particulière a avant tout pour objet de compléter le mécanisme de préférence communautaire, dans le cadre de l'objectif de renforcement de la BITDE.

1408. En effet, la préférence communautaire ne peut reposer uniquement sur le principe de fermeture de la procédure de passation aux opérateurs économiques extra-européens à l'Union européenne (article L. 2353-1 du code de la commande publique). L'acheteur peut également imposer l'implantation géographique des moyens d'exécution sur le territoire de l'Union européenne, en tant que condition de participation, eu égard à ses liens avec les capacités techniques requises pour exécuter le marché (article L. 2342-2 du code de la commande publique). Cette condition de participation est consolidée par la condition d'exécution géographique propre aux MDS visée à l'article R. 2312-4-5°, laquelle permet d'éviter l'attribution du MDS à des « *faux-nez européens* »[1774], c'est-à-dire des opérateurs économiques d'un État membre qui ont recours à des moyens de production extra-européens pour exécuter le marché.

1409. La seule nationalité (européenne) d'un opérateur économique ne garantit absolument pas la localisation (européenne) de l'exécution du marché. Du point de vue de l'objectif de renforcement de la BITDE, il est d'ailleurs préférable que le marché soit attribué à un opérateur économique, certes extra-européen, mais dont les moyens d'exécution du marché ou le lieu

[1773] La signature d'accords de sécurité, le régime de protection des informations classifiées de l'Union européenne, ou bien encore les outils de collaboration des autorités de sécurité prévus par la directive 2009/81/CE, etc.
[1774] J. DE ROHAN, rapport n° 306, *op. cit.*, p. 110.

d'exécution de la prestation se situent sur le territoire des États membres. En d'autres termes, il vaut mieux un bon extra-européen qu'un « *mauvais européen* »[1775].

1410. L'objectif de la condition géographique d'exécution dans les MDS est donc, dans une très large mesure (en termes d'objet et de champ d'application), comparable à celle prévue à l'article L. 2112-4 du code de la commande publique et applicable aux marchés publics dans leur ensemble. Sur le plan notionnel, ces deux conditions d'exécution géographique se distinguent non pas tant du point de vue de leur objet que celui de leur intérêt pour l'acheteur : la prise en compte de considérations sociales et environnementales pour les marchés publics civils, et la complétude du mécanisme de préférence communautaire pour les MDS.

II. Les conditions d'exécution particulières propres aux marchés de défense ou de sécurité

1411. Certaines conditions d'exécution particulières se distinguent véritablement en ce qu'elles sont propres au secteur de la défense ou de la sécurité. La directive 2009/81/CE leur consacre d'ailleurs des dispositions spécifiques, lesquelles apportent des précisions sur leur contenu. Les conditions d'exécution relatives aux exigences de sécurité (A) et aux sous-contrats (B).

A. Les considérations d'exécution particulières relatives aux exigences de sécurité

1412. Après avoir repris les éléments classiques définissant une condition d'exécution du marché (issus de la directive 2004/18/CE), la directive 2009/81/CE se focalise « *en particulier* » sur les conditions d'exécution contenant des exigences en matière de sécurité des informations et de sécurité d'approvisionnement[1776]. Elle développe et spécialise la notion de condition

[1775] *Ibid*.
[1776] Directive 2009/81/CE, considérant 42.

d'exécution dans le contexte de la défense et de la sécurité, à travers des exemples. Là où la directive 2004/18/CE élabore la notion *via* des conditions d'exécution *sociales*, la directive 2009/81/CE donne des exemples de conditions d'exécution *sécuritaires*.

1. Typologie

1413. L'article 20 de la directive 2009/81/CE, relatif aux *Conditions d'exécution du marché*, confirme la spécialisation de ces conditions. Si sa rédaction est calquée sur celle de l'article 26 de la directive 2004/18/CE, elle s'en distingue en introduisant des dispositions spécifiques pour certaines conditions d'exécution. En effet, les dispositions relatives à la *Sécurité de l'information* (article 22) et à la *Sécurité d'approvisionnement* (article 23) sont dédiées aux conditions d'exécution propres aux MDS en la matière[1777]. Pour ces dernières, la dimension *particulière* semble prendre tout son sens. Le développement de ces conditions d'exécution particulières est inévitable au regard des enjeux de sécurité au stade de l'exécution d'un MDS.

1414. L'ensemble de la chaîne contractuelle – titulaire et sous-contractants – doivent en ce sens faire la démonstration de sa capacité à assurer cette protection. S'il est possible d'y voir là une vision relativement partielle de la sécurité d'une information[1778], cela confirme que l'enjeu de la sécurité des informations n'existe pas exclusivement au stade de la passation du marché. C'est même principalement au stade de l'exécution du marché que l'information sensible est susceptible d'être manipulée. C'est donc *via* l'établissement de conditions d'exécution dédiées à la sécurité des informations que l'acheteur peut se voir garantir le maintien de celle-ci en cours d'exécution du marché. Ainsi, dès lors que l'exécution du marché « *fait intervenir, nécessite ou comporte des informations ou supports protégés ou classifiés* »[1779], l'acheteur impose des exigences dédiées à la sécurité des informations.

[1777] L'article 21 est quant à lui consacré à une autre condition d'exécution particulière, celle relative à la *Sous-traitance* (Cf. *infra* §1540 et s.).
[1778] En effet, si les enjeux de la sécurité des informations classifiées sont, pour l'essentiel, tournés vers la confidentialité, la sécurité d'une information repose, en réalité, également sur sa disponibilité ainsi que son intégrité. L'acheteur ne doit donc pas seulement faire respecter la confidentialité des informations classifiées, mais également imposer que l'exécution du marché ne compromette, ni la disponibilité, ni l'intégrité de ces informations.
[1779] Article R. 2351-14 du CCP.

1415. La sécurité d'approvisionnement est quant à elle strictement une exigence de l'exécution. L'approvisionnement a lieu, par définition, lors de l'exécution du marché[1780] (contrairement à la sécurité des informations, qui est également « passationnelle »). La directive 2009/81/CE donne ainsi en exemple de conditions d'exécution relatives à la sécurité d'approvisionnement « *les règles internes entre filiales et société mère en matière de droit de propriété intellectuelle* » ou encore « *la fourniture de capacités critiques d'entretien et de révision afin d'assurer la maintenance des équipements achetés tout au long de leur cycle de vie* » (considérant 44).

2. Contenu

1416. Si les exigences de sécurité sont l'objet principal de la mise en place de règles spéciales de passation dans les MDS, c'est justement parce qu'elles sont au cœur de l'exécution du marché. Cela explique les règles spécifiques relatives au contenu des offres[1781], dans l'optique de garantir la satisfaction des conditions d'exécution particulières. Il est alors possible de déterminer les conditions d'exécution sécuritaires dans les MDS, notamment à partir des règles relatives à la présentation des offres.

1417. Dans le cas de la sécurité des informations, les dispositions du code de la commande publique relatives aux conditions d'exécution sont, toutefois, réduites à des considérations relativement rudimentaires. La directive renvoie aux États membres la définition des « *exigences* [relatives à la sécurité des informations] *conformément à leur législation et réglementations nationales* (…) ». Partant, les dispositions de la directive (et donc du code de la commande publique) ne peuvent être que générales, afin de créer un socle adaptable à tous les États membres.

[1780] Cela ne signifie pas que la sécurité d'approvisionnement n'a pas d'impact sur la passation. Par exemple, l'exportation par un opérateur économique extranational d'une information, pour les besoins de la présentation de son offre, peut faire l'objet d'une licence d'exportation, selon la réglementation nationale en vigueur.
[1781] Cf. *supra* §1227 et s.

1418. Ainsi, les conditions d'exécution relatives à la sécurité des informations d'un MDS prennent la forme de clauses contractuelles qui dépendent dans une large mesure des dispositions législatives, réglementaires et administratives (nationales) relatives à la protection des informations classifiées. L'article 9 du clausier DGA, consacré à la *Sécurité et protection du secret*[1782], reflète cette variété normative en matière de sécurité des informations. Ces clauses sont bâties au regard des dispositions que le titulaire déclare avoir pris connaissance, c'est-à-dire : le code pénal[1783], l'IGI 1300, l'IM 900, et l'article 6 du CAC Armement relatif à la *Discrétion, sécurité et secret*. Ces clauses sont notamment relatives à l'engagement de préserver la confidentialité des informations, aux mesures de sécurité relatives aux conditions de protection de ces informations (en conformité avec le niveau de classification), y compris en fin d'exécution (le marché peut, par exemple, contenir des clauses d'archivage, de restitution ou de destruction des informations classifiées détenues pour les besoins du marché), ou encore aux obligations relatives aux inspections, contrôles et audits en cours d'exécution[1784], etc.

1419. S'agissant des conditions d'exécution relatives à la sécurité d'approvisionnement, les règles de présentation des offres du code de la commande publique reflètent davantage la teneur des clauses contractuelles qui y ont trait, indépendamment de toute autre disposition légale. Les certificats, documents et informations de l'article R. 2351-15 dessinent ainsi les contours des conditions d'exécution particulières. Le clausier DGA affirme cette mutation quasi brute des dispositions réglementaires du code en exigences de nature contractuelle. Dans une présentation des clauses relatives aux *Obligations en matière de sécurité d'approvisionnement* (article 11.10), le clausier relève que les exigences en matière de sécurité d'approvisionnement se traduisent dans le CCAP par les clauses dudit article, lesquelles « *correspondent à une mise en œuvre contractuelle des dispositions de l'article L. 2342-1 et R. 2351-15 du code de la*

[1782] Le clausier DGA distingue les clauses applicables : aux marchés avec détention d'informations ou supports classifiés (article 9.1), aux marchés avec accès d'informations ou supports classifiés (article 9.2), aux marchés sensibles (article 9.3) et aux marchés comportant des informations d'un niveau de protection Spécial France (article 9.4). Les clauses relatives à la Lutte informatique défensive (article 9.5) sont quant à elles applicables à tous les marchés.
[1783] Notamment ses articles 413-9 à R. 413-2.
[1784] Les mesures de sécurité des informations font l'objet d'un *plan contractuel de sécurité* qui fait partie intégrante du contrat (de la commande publique), conformément aux dispositions de l'IGI 1300 (*op.cit.*, en particulier le point 4.4.2.3).

commande publique »[1785]. En ce sens, l'article 11.10 reprend dans une très large mesure l'article R. 2351-15 du code[1786].

1420. Ainsi, le contour des conditions d'exécution sécuritaires se déduisent dans une certaine mesure des articles R. 2351-14 et R. 2351-15 du code de la commande publique. La lecture du code de la commande publique permet de déterminer (avec plus ou moins de précision) les contours des clauses d'un MDS dédiées aux exigences de sécurité.

B. Les conditions d'exécution relatives aux sous-contrats

1421. L'article R. 2312-4-3° du code de la commande publique mentionne au titre des conditions d'exécution du marché « *des exigences relatives aux sous-contrats prévues au chapitre III du titre IX* », c'est-à-dire aux *Dispositions relatives aux sous-contrats*. Cette référence renseigne un élément fondamental sur ces conditions d'exécution particulières, qui les distingue parmi toutes celles prévues à l'article R. 2312-4 du code. Dès lors qu'un acheteur décide d'appliquer l'article R. 2312-4-3°, il le fait dans les conditions prévues par le code de la commande publique[1787]. Ainsi, dans leur contenu, ces conditions d'exécution particulières ne sont pas spécifiques à un MDS, contrairement aux autres conditions d'exécution qui sont adaptées en fonction du MDS en cause.

1422. En effet, ces conditions d'exécution particulières consistent à mettre en concurrence les opérateurs économiques susceptibles d'être sous-contractants (avec ou sans sous-contractance imposée)[1788]. Cette condition d'exécution est donc fondamentalement *particulière*, en ce qu'elle consiste en réalité à appliquer (volontairement) un régime de publicité et de mise en concurrence au niveau des sous-contrats. Elle est le fruit d'un mouvement contraire à la dynamique commune à toutes les autres conditions d'exécution (particulières ou non), lesquelles sont symptomatiques de l'immixtion de l'exécution dans la

[1785] Clausier DGA, *op. cit.*, p. 269. Le clausier précise par ailleurs que certaines des clauses relatives à la sécurité d'approvisionnement nécessitent des « *compléments indispensables* » dans le CCTP.
[1786] S'agissant des aspects relatifs au contrôle des exportations de l'article R. 2351-15 du CCP, le clausier DGA consacre une disposition spécifique (article 11.11 – *Autorisations administratives étrangères*).
[1787] Articles L. 2393-1 à L. 2393-6, article R. 2351-17, article R. 2393-1 à R. 2393-22 du CCP.
[1788] Cf. *infra* §1540 et s.

procédure de passation. Dans le cas de la mise en concurrence des sous-contrats, c'est la passation qui s'immisce dans l'exécution. Ainsi, la mise en concurrence au niveau des sous-contrats précède l'exécution *stricto sensu* du marché. De ce point de vue, il s'agit davantage d'une condition de passation particulière du contrat principal.

1423. La spécificité de cette condition d'exécution particulière réside également dans son rapport avec le régime applicable aux conditions d'exécution du marché. En effet, l'objet principal du régime applicable aux conditions d'exécution du marché est de garantir le respect du principe de non-discrimination. Il s'agit d'un des points communs à toutes les conditions d'exécution, particulières ou non. Or, appliquer un régime de mise en concurrence au niveau des sous-contrats non seulement respecte le principe de non-discrimination, mais il le favorise (là où ledit principe limite les autres conditions d'exécution).

1424. Cette condition d'exécution particulière confirme que la frontière entre les règles applicables à la passation du marché et celles applicables à son exécution est par définition poreuse. Si ce constat peut être fait pour les marchés publics civils, c'est particulièrement le cas des MDS, particulièrement marqués par ces « croisements » entre passation et exécution.

1425. Conclusion de la sous-section. Sur le plan notionnel, il faut constater que certaines conditions d'exécution particulières ne sont pas spécifiques aux MDS, tandis que d'autres le sont (dans la mesure où elles supposent que le marché soit un MDS). La *particularité* n'est donc pas vérifiée pour toutes les conditions d'exécution. Une requalification des conditions d'exécution liées aux impératifs de sécurité et aux sous-contractants en conditions d'exécution *spécifiques* (aux MDS), conjuguée avec le retrait de celles relatives aux considérations environnementales et sociales et à la localisation géographique, parait plus opportune sur le plan notionnel.

1426. Néanmoins, une dénomination spécifique semble, dans tous les cas, inutile. Comme les conditions d'exécution de droit commun, les conditions d'exécution spécifiques ont une dimension *politique*. Dans le cas des MDS, ces dernières ont un contenu centré vers les enjeux du secteur de la défense.

1427. Conclusion de la section. L'analyse des conditions d'exécution du marché à travers les MDS démontre que ces dernières constituent, par leur objet, une notion liée aux enjeux

politiques. Qu'elle soit particulière ou non, propre aux MDS ou non, la condition d'exécution apparait bien comme un outil d'instrumentalisation des marchés publics. Elle est née de la volonté des acheteurs d'instrumentaliser leur marché, par la mise en œuvre d'objectifs de politique publique. De ce point de vue, c'est la dimension « politiques publiques » qui semble être mise en valeur ici, symptomatique d'un droit des marchés publics qui assume sa finalité. Néanmoins, la dimension « marchés publics » ne saurait être absente. Cette finalité assumée du droit des marchés publics ne doit pas signifier un « éloignement » de sa fonction. En effet, les conditions d'exécution sont soumises à un régime encadré par le principe de concurrence.

Section 2. Le régime applicable aux conditions d'exécution

1428. Le régime applicable aux conditions d'exécution s'inspire en partie de celui des spécifications techniques, mais surtout de celui des critères de choix et de sélection. Ce n'est guère étonnant, car cette proximité de régime s'explique notamment par leur ressemblance en matière d'instrumentalisation. Cette ressemblance entre le régime des critères de choix et de sélection et celui des conditions d'exécution vient également de la soumission au droit de l'Union européenne et de la volonté de créer un marché unique, sans que les États membres ne limitent l'accès des entreprises d'autres États membres à leurs marchés. Ce régime se traduit de manière générale par l'exigence du lien avec l'objet et le principe de non-discrimination.

1429. Les conditions d'exécution se singularisent en ce qu'elles constituent une existence qui dépasse la seule passation du marché. Cette considération renvoie à leur (future) nature contractuelle. Les conditions d'exécution ne sont certes pas étrangères à la passation, notamment en cas de négociation (laquelle consiste précisément à négocier les *conditions* du marché)[1789]. Néanmoins, l'essentiel de cette existence se situe en amont de la passation (dans leur conception) et en aval (dans leur réalisation). Dès lors, l'identification du régime interroge, puisqu'il s'agit d'appliquer au stade de la passation un corpus de règles (inspirées de celles appliquées aux éléments strictement précontractuels, principalement les critères de marché) à un élément qui dépasse cette seule passation, et donc la concrétisation a lieu lors de l'exécution.

[1789] Plus globalement, les conditions d'exécution font partie d'un tout, à l'instar de la passation et de l'exécution : la bonne réalisation de l'achat public rationnel sur le plan économique.

1430. Il est donc possible d'aborder la question du régime sous l'angle du cycle de vie des conditions d'exécution. Ainsi, bien qu'elle soit antérieure à la procédure de passation proprement dite, puisqu'elle est concomitante à la définition du besoin, la conception et rédaction d'une condition d'exécution doivent tout de même respecter des règles au stade de la passation du marché. La validité d'une condition d'exécution au regard du droit de la commande publique doit respecter un régime applicable lors de la préparation du marché (Sous-section 1), mais également lors de sa passation (Sous-section 2).

Sous-section 1. Le régime applicable aux conditions d'exécution lors de la préparation du contrat

1431. Les conditions d'exécution doivent respecter deux conditions de validité. Elles trouvent toutes deux leur fondement dans le Traité, notamment dans les libertés essentielles garanties par ce dernier. En effet, les conditions d'exécution en tant que vectrices d'une instrumentalisation des marchés, sont susceptibles de reposer sur des dispositions prises par les acheteurs ou leur État, ayant pour effet de favoriser en droit ou en fait les opérateurs économiques nationaux. En somme, elles comportent le même risque que les critères de marché, notamment d'attribution.

1432. Utilisant les instruments normatifs qu'il a mis en place pour parer les effets contraires aux libertés garanties par le Traité, le droit des marchés publics applique aux conditions d'exécution le même régime que celui applicable aux critères de sélection et d'attribution. Ainsi, la rédaction d'une condition d'exécution doit être conforme à l'exigence du lien avec l'objet du marché (I). Cette exigence est un garde-fou favorisant la satisfaction de la seconde condition, le caractère non discriminatoire (II).

I. La condition d'un lien avec l'objet du marché

1433. Initialement, l'exigence du lien avec l'objet du marché n'est applicable qu'aux spécifications techniques et aux critères d'attribution[1790]. Face à l'instrumentalisation grandissante des marchés publics *via* les conditions d'exécution, elle a été étendue à ces dernières (A). Quelques cas particuliers, propres au secteur de la défense, nuancent l'exigence du lien avec l'objet du marché (B).

A. Son extension aux conditions d'exécution

1434. Le lien avec l'objet du marché a été introduit par la jurisprudence, avec des divergences sur son intensité (1). La directive 2014/24/UE a rationalisé ce lien à travers la notion de cycle de vie (2).

1. Avant la directive 2014/24/UE : entre une approche extensive et restrictive du lien avec l'objet du marché

1435. La Cour de justice a fait évoluer la notion de lien avec l'objet du marché, notamment s'agissant des conditions d'exécution, dans son arrêt *Max Havelaar*[1791] (a). Le juge administratif a lui-même modifié son appréciation du lien avec l'objet du marché, à l'image du contentieux relatif aux clauses d'interprétariat (b).

a. Les apports de la jurisprudence Max Havelaar

[1790] Voy. CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, Rec. 2002, p. 7213 et CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, Rec. 2003, p. 14527. La circonstance que les critères d'attribution puissent être fondés sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet « *ou à ses conditions d'exécution* », conformément à l'article R. 2152-7, 2° renforce d'ailleurs la confusion entre condition d'exécution et critère d'attribution. Il est à noter que cette référence aux conditions d'exécution dans l'établissement des critères d'attribution n'a pas été repris pour les MDS.
[1791] CJUE, 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, dit « *Max Havelaar* » (*op. cit.*)

1436. L'arrêt *Max Havelaar* marque un tournant majeur dans l'instrumentalisation des marchés publics *via* les critères d'attribution et les conditions d'exécution, et, donc dans la définition du lien avec l'objet du marché. Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur l'attribution d'un marché public pour la fourniture et la gestion de machines à café, lequel prévoyait des spécifications techniques prescrivant des labels spécifiques, des critères de sélection relatifs à la « *durabilité des achats et à la responsabilité sociale des entreprises* », ainsi que des critères d'attribution se référant auxdits labels. Suivant le point de vue des Pays-Bas, la Cour a requalifié notamment la spécification technique du marché se référant au label *Max Havelaar* en tant que condition d'exécution du marché (sans pour autant examiner sa régularité au regard de la directive 2004/18/CE).

1437. Quant au critère de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises, la Cour ne suit pas l'argumentation des Pays-Bas[1792], considérant que la clause litigieuse constituait un critère de sélection des candidatures, notamment parce que « *l'exigence en cause était formulée de façon générale, et non spécifiquement en rapport avec le marché litigieux* »[1793]. Ce faisant, cette dernière n'était pas liée à l'objet du marché.

1438. Les conclusions de l'avocate générale sont plus explicites que l'arrêt de la Cour de justice. En effet, dans son analyse de la référence au label *Max Havelaar*, l'avocate générale relève que l'article 26 de la directive 2004/18/CE « *ne confère pas au pouvoir adjudicateur un pouvoir illimité d'influencer la politique d'achat du futur adjudicataire* »[1794]. Se référant à la jurisprudence *Concordia Bus Finland* pour les appliquer aux conditions d'exécution, l'avocate générale précise que les exigences de l'acheteur doivent porter *concrètement* sur l'objet du marché, et qu'elles sont donc exclusives de la politique générale d'entreprise.

1439. Ainsi, le lien avec l'objet du marché suppose que la condition d'exécution soit propre au marché et à son exécution. *A contrario*, il faut considérer qu'une clause pouvant s'appliquer à n'importe quel marché n'est pas liée au marché, invalidant ainsi les clauses relatives aux

[1792] Les Pays-Bas considèrent que la clause du cahier des charges prévoyant le respect par les soumissionnaires des « *critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises* », constitue également une condition d'exécution du marché. Il s'appuie pour cela sur la considération selon laquelle l'exigence s'applique au marché litigieux, et non à la politique générale des soumissionnaires comme le soutient la Commission. En d'autres termes, pour les Pays-Bas, l'exigence serait liée à l'objet du marché.
[1793] *Ibid*., point 103.
[1794] Voy. les conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, point 88.

politiques générales des soumissionnaires. Une telle clause ne saurait être satisfaisante, dans la mesure où l'application est susceptible de varier d'un acheteur à un autre, « *sans aucune garantie de cohérence* », comportant ainsi « *un risque élevé de discrimination et d'arbitraire* »[1795].

b. Les évolutions de la jurisprudence administrative sur l'appréciation du lien avec l'objet du marché : l'exemple des clauses d'interprétariat

1440. En France, le Conseil d'État a un temps appliqué de façon plus restrictive l'exigence du lien avec l'objet du marché aux conditions d'exécutions du marché. Ainsi, la Haute juridiction a validé la condition d'exécution lorsqu'elle est rendue *nécessaire* par l'objet du marché[1796]. S'agissant d'un marché de gestion de déchetteries, le pouvoir adjudicateur a pu imposer des conditions d'exécution relatives notamment à la couleur des bennes à fournir au titre du marché, « *objectivement rendues nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser* »[1797]. Cependant, rien n'indique dans la jurisprudence de la Cour de justice que la régularité d'une condition d'exécution est conditionnée à ce que cette dernière soit rendue nécessaire par l'objet du marché. Par la suite, le Conseil d'État a lui-même assoupli sa jurisprudence relative à l'exigence du lien avec l'objet du marché[1798]. Cet assouplissement est conforté par la rédaction de l'article L. 2112-2 du code de la commande publique. Ainsi, s'agissant en particulier des conditions d'exécution, leur validité est désormais conditionnée à

[1795] Dans ses conclusions sous la décision *Ministre de l'intérieur contre Région Pays-de-la-Loire* (*op. cit.*), le rapporteur public constate que la clause d'interprétariat litigieuse « *impose une exigence qui n'est déterminée, ni quant à son contenu, ni quant à ses finalités, par l'objet particulier d'un marché donné mais pourrait figurer dans tous les marchés publics de travaux, catégorie vaste s'il en* est » (p. 6).

[1796] Voy. CE, 3 novembre 1995, *District agglomération nancéienne,* n° 152484, publié au *Lebon*. En l'espèce, le marché a pour objet le remplacement du charbon actif de filtration et affinage d'une station de traitement d'eau potable exploitée sous l'autorité du pouvoir adjudicateur. Ce dernier a formulé des spécifications techniques privilégiant un seul type de charbon actif, contestées par la société requérante. Le Conseil d'État juge que de telles spécifications doivent être « *justifiées par les nécessités propres au service public* » à la charge du pouvoir adjudicateur (rejetant ainsi la requête de celui-ci au motif qu'il n'a pas établi une telle justification).

[1797] Cette solution a été reprise par le juge administratif. Voy. CE, 31 mars 2010, *Syndicat mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, n° 333970, inédit au *Lebon*. Le Conseil d'État a tenu compte du « *nombre de déchetteries à fournir en bennes, à la durée du contrat et à l'exigence de qualité tenant à la nécessaire continuité du service public de collecte et de traitement des déchets* ».

[1798] Pour un assouplissement du lien avec l'objet du marché à propos d'une exigence de capacité technique, voy. CE, 7 mai 2013, *Société Segex et Société Aximum*, n° 365706, tables du *Lebon*. Le CE juge ainsi que ladite exigence « *n'était pas manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ni manifestement disproportionnée* ».

un « *lien suffisant avec l'objet du marché* » (nous soulignons), depuis la décision *Ministre de l'Intérieur contre Région Pays-de-la-Loire*[1799].

1441. Cette jurisprudence est relative au contentieux de la « *clause d'interprétariat* », laquelle se distingue de la clause « *Molière* »[1800], censurée par le juge administratif[1801]. En l'espèce, un acheteur avait établi deux clauses d'interprétariat. La première prévoyait « *l'intervention d'un interprète qualifié* (…) *afin que la personne publique responsable puisse s'assurer que les personnels présents sur le chantier et ne maîtrisant pas suffisamment la langue française, quelle que soit leur nationalité, comprennent effectivement le socle minimal de normes sociales qui* (…) *s'appliquent à leur situation* ». La seconde clause d'interprétariat prévoyait quant à elle la formation de l'ensemble des personnels affectés à l'exécution de tâches présentant un risque pour la sécurité des personnes et des biens ; formation qui nécessitait l'intervention d'un interprète qualifié pour les personnels concernés qui ne maîtrisaient pas suffisamment la langue française. Contrairement aux conclusions du rapporteur public, le CE détermina un lien « *suffisant* » de ces clauses avec le marché[1802]. Le juge administratif a toutefois limité le recours à ces clauses à la circonstance que leur mise en œuvre par le maître d'ouvrage « *ne doit pas occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché* », et au fait que ces clauses poursuivent un objectif d'intérêt général.

1442. Pourtant, ce lien parait ici particulièrement distendu. Le juge administratif semble en effet admettre un lien *indirect* avec le marché, par l'intermédiaire d'un « *lien avec la volonté manifestée par le législateur en faveur du développement d'une commande publique soucieuse de la protection des travailleurs* », de sorte que « *devrait alors être admise toute clause visant à assurer la bonne application des dispositions du code du travail* »[1803]. La critique sur la reconnaissance du lien entre la clause d'interprétariat et l'objet du marché porte principalement sur la généralité de ladite clause[1804]. Le rapporteur public estimait en ce sens qu'une clause d'interprétariat imposait « *une exigence qui n'est déterminée, ni quant à son contenu, ni quant*

[1799] CE, 4 décembre 2017, *Ministre de l'intérieur c. Région Pays-de-la-Loire*, *op. cit*.
[1800] H. BARBIER, « De l'obligation d'usage du français dans les contrats », *RTD Civ.*, 2018, p. 385) qualifie la clause d'interprétariat comme « *la pratique d'une forme douce* » de la clause « Molière ».
[1801] Cf. *infra* §1465 et s.).
[1802] Le CE relève à propos des deux clauses d'interprétariat que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en estimant qu'elles présentaient un lien suffisant avec l'objet du marché, « *par une appréciation souveraine exempte de dénaturation* ».
[1803] R. RENEAU, « La « clause d'interprétariat » : du Tartuffe à Scapin », *AJDA*, 2018, p. 162.
[1804] Voy. notamment B. PALLI, « Les clauses d'interprétariat dans les marchés publics : une pratique protectionniste sur fond de détachement, encouragée par le Conseil d'État », *Rev. Trav*., 2018, p. 59.

à ses finalités, par l'objet particulier d'un marché donné mais pourrait figurer dans tous les marchés publics de travaux, catégorie vaste s'il en est »[1805]. À la critique de la généralité de la clause d'interprétariat s'ajoute celle d'une forme de substitution de l'acheteur au législateur s'agissant de l'encadrement des conditions de travail contribuant à la protection des salariés. En tout état de cause, le contrôle sur ce lien avec l'objet du marché apparait faible, le juge administratif étant souverain quant à l'appréciation de ce lien[1806].

1443. Le Conseil d'État a eu à se prononcer sur une autre forme de « clause Molière », dans une décision du 8 février 2019[1807]. En l'espèce, l'acheteur avait prévu dans le règlement de la consultation du marché un article selon lequel « *la langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement* ». Dans cette affaire, le CE n'a pas analysé le lien de la clause avec l'objet du marché (lequel n'est pas discuté par les parties), et s'est focalisé sur sa contrariété avec les libertés fondamentales garanties par le TFUE.

1444. En l'occurrence, ce lien, qui, à tout le moins, n'était pas manifeste, importait peu. Le Conseil d'État ne va pas regarder cette clause comme relative à l'exécution du marché. En effet, la Haute juridiction relève que les dispositions litigieuses provenaient du règlement de la consultation[1808], et « *régissent seulement les relations entre les parties au contrat et n'imposent*

[1805] *Ibid*., p. 6. Plus loin, le rapporteur public souligne qu'une telle généralité porte en elle « *un risque élevé de discrimination et d'arbitraire* » (p. 8).

[1806] H. BARBIER, *op. cit*. Voy. également B. PALLI, *op. cit*. L'autrice relève que « *la haute juridiction administrative s'abrite derrière le juge du fond pour éviter de contrôler si la clause d'interprétariat a ou non sa place dans l'appel d'offres* ».

[1807] CE, 8 février 2019, *Société Veolia Eau*, n° 420296, tables du *Lebon* ; J.-D. DREYFUS, « Le français peut être imposé comme « langue de travail » entre les parties à un marché public », *AJCT*, 2019, p. 247 ; L. ERSTEIN, « La langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution peut être le français exclusivement », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2019, n° 7, act. 105 ;

[1808] F. CAFARELLI, « La SEMOP sauvée des eaux », *AJDA*, 2019, p. 1341. L'auteur souligne que la « clause Molière » en litige figure dans le règlement de la consultation, de sorte que « *le rappel de l'appartenance de* [cette clause] *au règlement de la consultation permet de limiter sa portée aux seules relations que les parties entretiennent dans le cadre du déroulement de la procédure de passation mais pas dans celui de l'exécution du marché* ». Il rappelle en outre que le règlement de la consultation « *est un document qui est parfois qualifié, de manière très discutable, de « pièce du marché », il a pour objet essentiel de déterminer les règles applicables à la procédure de publicité et de mise en concurrence. Il organise les rapports entre l'acheteur et les candidats, détermine les critères et modalités d'évaluation des candidatures et des offres et contribue ainsi à aider l'acheteur à faire comprendre ses attentes et à comprendre les réponses apportées par les candidats. Le recours au français peut alors être demandé* » (ce que le code de la commande publique autorise par ailleurs : voy. notamment les article R. 2143-16 et R. 2151-12 pour les marchés publics civils et R. 2343-19 et R. 2351-11 pour les MDS).

pas le principe de l'usage de la langue française par les personnels de l'usine d'épuration Seine Amont ». S'appuyant sur les autres stipulations du contrat[1809], le Conseil d'État jugea que les stipulations litigieuses « *permettent le recours à des sous-traitants et des salariés de nationalité étrangère pour l'exécution des prestations objet du contrat et n'imposent pas davantage, ni directement ni indirectement, l'usage ou la maîtrise de la langue française par les travailleurs étrangers susceptibles d'intervenir* ».

1445. Cette décision n'épuise toutefois pas les doutes quant à la légalité de telles clauses. Ces dernières font souvent l'objet d'une « *rédaction évasive* » [1810] ou « *imprécise* »[1811] de sorte qu'« *en pratique, leur mise en œuvre est susceptible de conduire à des discriminations entre les sociétés fondées sur la nationalité* »[1812].

1446. Ainsi, l'assouplissement du critère du lien avec l'objet du marché, lequel présidait déjà la décision *Département de l'Isère*[1813], parait relever, dans le cadre du contentieux des (vraies ou fausses) clauses « Molière », d'une distanciation trop importante. En effet, elle neutralise d'une certaine façon le critère du lien avec l'objet du marché, ce qui n'est pas exempt de critiques. Pour que ce critère demeure pertinent, le lien avec l'objet du marché doit continuer d'imposer une spécificité relative au marché public en cause et aux conditions de son exécution. C'est pour cette raison que l'appréciation de ce lien doit demeurer nécessairement casuistique[1814]. En dehors du contentieux de la clause Molière, objet médiatique et politisé, le

[1809] Le CE souligne que le CCAP du marché autorisait le titulaire du marché de recourir aux service d'une sous-traitant étranger, et, par ailleurs, stipulait la remise d'une attestation sur l'honneur du candidat indiquant son intention « *de faire appel pour l'exécution des prestations, objet du contrat, à des salariés de nationalité étrangère* ».
[1810] M. UBAUD-BERGERON, « Retour de la « clause Molière » devant le Conseil d'État », *Contrats et Marchés publics*, 2019, n° 4, comm. 110.
[1811] B. PALLI, *op. cit.* À propos de la mesure imposant le recours à un interprète qualifié, l'autrice juge que l'expression « *interprète qualifié* » est imprécise.
[1812] M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.*
[1813] CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, *op. cit.* (cf. *supra* §319). Voy. en ce sens S. HUL, Critère « social » : une conception renouvelée du lien avec l'objet du marché, *op. cit.* L'auteur relève ainsi que « *l'évolution réside en ce que le lien exigé entre les critères de choix et l'objet du marché peut tenir aux conditions de l'exécution de celui-ci, non plus seulement quand ces conditions sont nécessaires mais également quand elles sont voulues par le pouvoir adjudicateur* ». Cependant, « *cette latitude ne doit pas conduire à la définition de critères qui ne porteraient pas sur le marché lui-même* (…) ».
[1814] *Ibid*. Le rapporteur public souligne que l'évaluation du lien avec l'objet du marché relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, en ce qu'elle est « *à la fois factuelle et dépendante de l'interprétation du contrat* » (p. 5).

juge administratif continue néanmoins d'appliquer l'exigence du lien avec l'objet du marché[1815].

1447. Par ailleurs, la directive 2014/24/UE a apporté un outil pour apprécier le lien avec l'objet du marché : le *cycle de vie*.

2. La directive 2014/24/UE : le recours à la notion de cycle de vie

1448. En effet, la directive 2014/24/UE simplifie l'appréciation du lien avec l'objet du marché. En premier lieu, la directive s'appuie sur la jurisprudence *Max Havelaar* pour étendre explicitement l'exigence du lien avec l'objet du marché aux conditions d'exécution[1816]. En second lieu, elle définit ce lien à partir de la notion de cycle de vie.

1449. À l'instar des critères d'attribution[1817], les conditions d'exécution sont réputées liées à l'objet du marché « *lorsqu'*[elles] *se rapportent aux travaux, fournitures ou services à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie* ». Les conditions d'exécution peuvent ainsi se rapporter aux « *facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation* », ou bien encore un « *processus spécifique*

[1815] CE, 25 mai 2018, *Nantes Métropole*, n° 417580, publié au *Lebon* ; voy. M. TOUZEIL-DIVINA, « Marchés publics : quand l'environnement et les questions sociales s'effacent au profit du droit de la concurrence », *JCP A*, 2018, n° 23, act. 494 ; B. CLAVAGNIER, « La RSE ne se confond pas avec les critères sociaux et environnementaux d'attribution des marchés publics », *Juris Association*, 2018, n° 581, p.3. La Haute juridiction confirme ainsi que la possibilité pour les acheteurs de mettre en œuvre des critères relatifs à des aspects sociaux ne les autorise pas à utiliser un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, « *apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause* ». En l'espèce, le CE valide l'ordonnance du juge des référés, notamment en ce que ce dernier a estimé que le critère litigieux « *porte sur l'ensemble de* [l'activité des entreprises candidates]*, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat* ». Ainsi, le critère litigieux ne présente pas un lien suffisant avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

[1816] Directive 2014/24/UE, article 70.

[1817] L'article 70 de la directive renvoie à cet égard à l'article 67, paragraphe 3 relatif au lien des critères d'attribution avec le marché. S'agissant du code de la commande publique, c'est l'inverse. L'article L. 2152-7, relatif au *Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse*, renvoie aux articles L. 2112-2 à L. 2112-4 du CCP, consacrés aux conditions d'exécution du marché, pour apprécier le lien avec l'objet du marché.

lié à un autre stade [du] *cycle de vie* »[1818] des travaux, fournitures ou services, et ce « *même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* »[1819].

1450. S'agissant des MDS, les conditions d'exécution obéissent au même principe d'exigence de lien avec l'objet du marché, se référant toutefois à une notion de cycle de vie qui lui est propre. Le législateur français a fait le choix d'appliquer et d'adapter cette innovation de la directive 2014/24/UE au secteur de la défense ou de la sécurité. L'article L. 2312-2 du code de la commande publique s'appuie sur la même notion de cycle de vie que celle concourant à la définition des travaux, fournitures et services liés à un équipement militaire ou sensible. Ainsi, les MDS bénéficient de la présomption de lien avec l'objet du marché dans la définition des conditions d'exécution, y compris dans le cadre des conditions d'exécution particulières. Néanmoins, notamment s'agissant de certaines de ces dernières, des cas particuliers existent dans l'appréciation de cette exigence, centrale dans la rédaction des conditions d'exécution.

B. Cas particuliers applicables aux marchés de défense ou de sécurité

1451. Certaines conditions d'exécution présentent des spécificités au regard de l'exigence de lien avec l'objet du marché. Dans le cas de la condition géographique d'exécution dans les MDS, la question se pose (1). Quant aux conditions d'exécution relatives aux sous-contrats, elles s'affranchissent manifestement du lien avec l'objet du marché (2).

1. La condition géographique d'exécution dans les marchés de défense ou de sécurité

1452. La condition géographique d'exécution dans les MDS est, en principe et comme tout condition d'exécution, justifiée par l'objet du marché. Néanmoins, dans le cas de la France, la fermeture de la procédure de passation aux opérateurs économiques tiers, quasi systématique,

[1818] *Ibid*. article 67, paragraphe 3.
[1819] Ou, selon l'article L. 2112-3 du CCP, « même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services ».

s'accompagne le plus souvent d'une exigence de localisation européenne. L'exigence d'une telle condition géographique d'exécution dans les MDS est, sinon la règle, à tout le moins une pratique récurrente des acheteurs publics. Dans ces circonstances, la condition du lien avec l'objet du marché semble secondaire. Deux éléments peuvent l'expliquer : l'exclusion des MDS du champ de l'AMP, ainsi que le lien privilégié existant entre la localisation géographique et les exigences de sécurité, en particulier la sécurité d'approvisionnement.

1453. En effet, l'exclusion de l'AMP laisse une marge de manœuvre aux acheteurs quant à la mise en place d'une préférence communautaire[1820], non seulement au stade de la passation, mais également au stade de l'exécution. Il résulte de la lecture de certains avis de marché que la condition géographique d'exécution n'est pas subordonnée à son lien avec l'objet du marché[1821]. À ce jour, ni la Commission européenne, ni le juge, y compris national, ne sont prononcés sur ce point.

1454. Faut-il alors considérer que la condition de la localisation géographique est en soi liée à l'objet du marché ? Il existe en effet un lien entre la localisation géographique et les exigences de sécurité d'approvisionnement et d'information. Ces dernières sont intrinsèques à tous les MDS : elles intègrent leur définition. C'est précisément parce que les travaux, fournitures et services s'accompagnent d'exigences en termes de sécurité d'approvisionnement et des informations qu'il s'agit de MDS. Dès lors, toute condition d'exécution permettant d'assurer leur respect a un lien, plus ou moins direct, avec l'objet du marché. Ce lien est comme présumé.

1455. Or, la localisation géographique est considérée (du moins par la France) comme un des moyens privilégiés de garantir la sécurité d'approvisionnement, voire celles des informations. La rédaction de l'article L. 2112-4 du code de la commande publique en atteste. C'est parce qu'il s'agit d'un marché comportant des exigences de sécurité que l'acheteur

[1820] Cf. *supra* §788 et s.

[1821] En ce sens, un MDS ayant pour objet la fabrication de sacs de combats 45 litres (avis n° 2022/S 035-091553, « France – Rambouillet : Sacs à dos », publié le 18/02/2022) exige que « *les composants tels que les tissus enduits, les sangles et la bouclerie plastique doivent être produits et réalisés sur le territoire de l'union européenne (Ue)* [*sic.*] *ou de l'espace économique européen (EEE)* ». Ainsi, « *en application de l'article R. 2342-4* » du code, que « *le candidat devra démontrer par tout moyen la provenance de ces composants d'unité de fabrication en zone UE ou sein de l'EEE* ». Il est difficile de concevoir qu'un marché ayant un tel objet exige une condition géographique d'exécution, notamment au regard des exigences de sécurité.

impose une condition géographique d'exécution. D'une certaine façon, les exigences de sécurité révèlent la nature et l'objet du contrat et induisent une condition géographique d'exécution ; dès lors, il parait inutile d'imposer une condition de lien avec l'objet du contrat pour celle-ci.

1456. Ainsi, c'est parce qu'un marché contenait « *des conditions d'exécution visant à assurer une haute sécurité d'approvisionnement et une forte sécurité des informations* », qu'un acheteur exigeait que « *les prestations suivantes soient réalisées sur le territoire des pays membres de l'Union Européenne ou des pays membres de l'EEE* »[1822]. Dès lors, l'exigence du lien avec l'objet du marché parait satisfaite sans qu'il soit besoin de recourir à une interprétation du contrat en cause, nonobstant le fait que, en principe, le lien avec l'objet du marché s'apprécie de façon casuistique. Cet assouplissement de l'exigence du lien avec l'objet du marché s'explique donc par la combinaison de l'exclusion des MDS de l'AMP ainsi que par le lien entre la localisation géographique et les exigences de sécurité.

1457. Ces éléments se confirment à la lecture des précisions apportées par la DAJ sur la portée de l'article L. 2112-4 du code de la commande publique, qu'elle présente comme étant différente selon qu'il s'agit d'un MDS ou d'un marché public civil. En effet, pour ces derniers, la possibilité d'appliquer une condition géographique d'exécution est nettement plus restrictive. Le lien avec l'objet du marché doit être apprécié dans des conditions identiques aux autres conditions d'exécution. De plus, puisqu'une condition géographique d'exécution est susceptible d'entraîner un effet discriminatoire, celle-ci « *doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis par l'acheteur en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution* »[1823]. La DAJ précise par ailleurs que, s'agissant des marchés publics civils, « *l'article L. 2112-4 ne peut pas s'interpréter comme instaurant une présomption de régularité de cette limitation géographique au regard des règles de la commande publique* »[1824] (contrairement aux MDS).

[1822] Voy. l'avis en cas de transparence *ex ante* volontaire n° 2021/S 238-628676 (« France-Paris. : Hélicoptères »). Les prestations sont relatives à la conception, au développement, et la chaîne d'assemblage des hélicoptères GUEPARD, ainsi qu'à la conception, au développement l'avionique, du système de mission, de la motorisation, des principales autres parties et du maintien en condition opérationnelle desdits hélicoptères.

[1823] DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », *op. cit*., p. 32

[1824] *Ibid.*, p. 33. La DAJ précise en outre que, pour les marchés publics civils, l'article L. 2112-4 du CCP ne fait « *pas exception à la garantie d'égal accès à la commande publique accordée par l'Union*

1458. Les conditions d'exécution particulières relatives aux sous-contrats se détachent plus encore de la question du lien avec l'objet du marché.

2. La mise en concurrence des sous-contrats

1459. La mise en concurrence des sous-contrats dans les MDS est une condition d'exécution qui se distingue de toutes les autres, notamment au regard de son lien avec l'objet du marché. Cette mise en concurrence ne concerne pas directement le cycle de vie d'un équipement, et ne peut donc pas jouir d'une présomption de lien avec l'objet du marché. De plus, elle ne se rapporte pas directement à des travaux, fournitures ou services. Elle existe avant tout en tant qu'outil mis à la disposition de l'acheteur afin de bénéficier des effets attendus d'une mise en concurrence (et, par la même, de lutter contre le faible niveau de concurrence au niveau du marché principal). En effet, le niveau de concurrence effective au niveau du marché principal est souvent trop bas, présente le risque de rendre sans objet la mise en place d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Cette condition d'exécution est donc conçue comme un levier concurrentiel. Ce mécanisme a pour intérêt d'aviver le niveau de concurrence, en s'appuyant pour cela sur le marché économique des sous-contrats. Il permet ainsi d'ouvrir la procédure de passation à l'ensemble des fournisseurs européens intéressés et davantage susceptibles de répondre aux exigences liées à la sous-contractance qu'à celles du contrat principal. Une telle condition d'exécution favorise donc l'ouverture concurrentielle des MDS.

1460. Dès lors, en toute logique, la question du lien avec l'objet du marché ne se pose pas pour la mise en concurrence des sous-contractants. Dans la mesure où cette exigence a pour effet – et objectif – d'éviter toute incidence discriminatoire, le fait que la condition d'exécution imposant la mise en concurrence des sous-contrats soit ou non liée à l'objet du marché importe peu. Un tel cadre devient presque inutile, puisque l'objet de cette condition d'exécution est d'étendre le champ des obligations de publicité et de mise en concurrence jusqu'aux sous-contrats. Cette condition d'exécution particulière n'est pas tant liée à l'objet du marché en

européenne à certains pays tiers dans le cadre d'accords commerciaux, que rappelle l'article L. 2153-1 du code de la commande publique ».

cause, mais davantage à l'état du marché économique. En effet, lorsque l'acheteur fait le choix d'imposer une mise en concurrence au stade des sous-contrats, il prend en compte « *la nature du secteur industriel concerné, notamment le niveau de concurrence prévalant dans ce secteur et les capacités techniques concernées de la base industrielle* »[1825]. Le choix et la proportion d'une mise en concurrence des sous-contrats demeurent propres à chaque MDS, selon l'état du marché économique.

1461. Les cas particuliers – condition d'exécution géographique et mise en concurrence des sous-contrats – enrichissent l'aspect « *politiques publiques* » des MDS. S'agissant de la première, elle souligne la capacité d'adaptation du droit des marchés publics, lequel constitue le moyen de garantir la dimension européenne de la BITD (du moins, telle que conçue par la France). Dans le cas de la mise en concurrence des sous-contrats, « politiques publiques » et « marchés publics » se nourrissent l'une et l'autre, ayant pour objet la recherche de la concurrence aux fins de remplir l'objectif de politique de défense.

1462. Ainsi, l'exigence du lien avec l'objet du marché ne représente pas une garantie absolue de la validité de la condition d'exécution, de même que l'absence de lien ne l'invalide pas dans tous les cas. Une seconde condition s'impose : le caractère non discriminatoire.

II. Le caractère non discriminatoire

1463. Lorsqu'il prévoit une condition d'exécution, l'acheteur doit respecter les dispositions du droit de l'Union européenne primaire. En particulier, toute condition d'exécution doit être compatible avec le principe de non-discrimination inscrit dans les traités. Cette exigence apparait dès la jurisprudence *Beentjes*[1826]. Ainsi, outre son lien avec l'objet du marché, une condition d'exécution doit être rédigée de façon non discriminatoire. Néanmoins, ce principe (A) souffre de dérogations, strictement délimitées (B).

[1825]L'article R. 2393-8 du CCP prévoit la prise en compte par l'acheteur de ces éléments sont lorsqu'il impose un fourchette en pourcentage du montant du marché faisant l'objet d'une mise en concurrence au niveau des sous-contrats. Il est à noter que ce pourcentage doit également être proportionné « *à l'objet et la valeur du marché* ». L'objet du marché est donc pris en compte parmi d'autres éléments.
[1826] Cf. *supra* §1335 et s.

A. Principe

1464. Une condition d'exécution ne doit pas avoir d'incidence discriminatoire (1), ce qui recouvre les restrictions à l'exercice des libertés fondamentales garanties par les traités (2).

1. L'absence d'incidence discriminatoire

1465. Une mesure est discriminatoire lorsqu'elle distingue ou a pour effet de distinguer défavorablement[1827] une catégorie de personnes ou d'entreprises, notamment en fonction de leur nationalité[1828]. Seules des « *circonstances objectives* » peuvent justifier de telles différences de traitement[1829]. Bien qu'elle soit transverse, cette exigence est spécifiquement rappelée par les directives à propos des conditions d'exécution, tant pour les MDS que les marchés publics civils[1830]. Une condition d'exécution n'est donc régulière que pour autant qu'elle ne soit pas directement ou indirectement discriminatoire. Deux formes de discrimination, prohibées, peuvent exister : les discriminations directes ou indirectes[1831].

1466. Une discrimination directe à raison de la nationalité est constituée par une différence de traitement qui procède « *expressément et directement d'une clause de nationalité* »[1832].

[1827] La dimension défavorable suppose que la mesure a pour effet de distinguer de manière différente des situations similaires, ou inversement, de manière identique des situations différentes.

[1828] L'article 18 TFUE interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité, « *dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient* ».

[1829] En ce sens, à propos d'une concession, voy. notamment CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/05, Rec. 2007, p. 6373 (p. 19). De manière générale, la Cour juge qu'une différence de traitement ne saurait être justifiée que si elle est fondée « *sur des circonstances objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées et proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national* » (voy. notamment CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, rec. 2003, p. 11613, point 31).

[1830] Le raisonnement adopté pour les mesures législatives, réglementaires ou administratives est applicable aux mesures contractuelles telles que les conditions d'exécution d'un marché public. Dans l'arrêt *Beentjes*, la Cour indique que l'exigence d'emploi de chômeurs de longue durée pourrait enfreindre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, « *s'il s'avérait qu'une telle condition ne pourrait être remplie que par les soumissionnaires nationaux ou bien qu'elle serait plus difficilement remplissable par des soumissionnaires provenant d'autres États membres* » (point 30).

[1831] Cette distinction revient somme toute à distinguer la discrimination de droit (discrimination directe) et la discrimination de fait (discrimination indirecte).

[1832] Selon la formule de l'avocat général Henri MAYRAS, dans ses conclusions sous l'arrêt *Sotgiu* du 12 février 1974 (aff. 152/73, Rec. 1974, p. 153), p.11. Dans cet arrêt, la Cour distingue la mesure directement discriminatoire, par leur caractère *ostensible*.

Appliquée à la condition d'exécution, cette interdiction implique qu'un acheteur ne puisse pas imposer une telle clause, en particulier lorsqu'il entend localiser les moyens d'exécution du marché. En droit interne, le juge administratif a ainsi annulé une délibération approuvant une clause dite « *Molière* » selon laquelle « *le titulaire du marché s'engage à ce que tous ses personnels, quel que soit leur niveau de responsabilité et quelle que soit la durée de leur présence sur le site, maîtrisent la langue française* »[1833]. Contrairement aux clauses d'interprétariat[1834], le juge administratif censure cette clause, considérant qu'elle méconnait les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. En effet, une telle clause a pour objectif d'exclure les travailleurs détachés des marchés publics régionaux et favoriser les entreprises régionales, et non pour assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés. Ainsi, la clause Molière litigieuse est ici directement discriminatoire en fonction de la maîtrise de ladite langue (c'est-à-dire, en dernier lieu, de la nationalité)[1835]. Dans un tel cas, le caractère discriminatoire de la condition d'exécution renvoie directement à son *contenu*.

1467. Une mesure peut être discriminatoire, alors même que son contenu ne semble pas l'être et qu'elle s'applique *a priori* à l'ensemble des candidats. Le principe de non-discrimination sanctionne également ces discriminations indirectes, c'est-à-dire « *toutes formes dissimulées de discriminations qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent au même résultat* »[1836]. La dimension discriminatoire ne résulte plus du contenu, « *apparemment neutre* »[1837], mais des *effets* d'une mesure[1838]. Dans le cadre d'un marché

[1833] TA Lyon, 13 décembre 2017, *Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, n° 1704697 ; E. MAUPIN, « La clause Molière de la région Auvergne-Rhône-Alpes annulée », *Dalloz actualité*, 15 décembre 2017 ; L. ERSTEIN, « Le français n'est pas protecteur », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2017, n° 51-52, act. 874.
[1834] Cf. *supra* §1440 et s.
[1835] La Cour de justice a validé une mesure conditionnant l'octroi d'une autorisation en vue de l'exploitation de maisons de prostitution en vitrine, « *à la condition que le prestataire de ces services soit en mesure de communiquer dans une langue comprise par les bénéficiaires desdits services* » (CJUE, 1er octobre 2015, *Trijber*, aff. C-340/14, point 77). Il en aurait été autrement si la mesure avait imposé « *l'usage exclusif d'une langue officielle de l'État membre concerné ou d'une autre langue déterminée* » (point 74) ou si elle imposait « *un degré élevé de connaissance linguistique* » (point 75).
[1836] CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu* (*op. cit.*), point 11.
[1837] C'est ainsi que la directive 2006/54/CE définit la « *discrimination indirecte* » (article 2, 1, b).
[1838] Sur la distinction entre le contenu et l'effet d'une mesure, voy. notamment R. HERNU, « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Revue Titre VII*, Conseil constitutionnel, n° 4, avril 2020 (disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel). L'auteur écrit ainsi que « *Pour être effective, l'interdiction de la discrimination doit encore concerner tant le contenu que les effets de la mesure. En d'autres termes, la Cour contrôle les discriminations de fait* », puis relève que le contentieux de la discrimination indirecte « *en fournit une bonne illustration* ».

public, une clause d'interprétariat présente les caractéristiques d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité. Cette condition d'exécution pénalise *de facto* les entreprises étrangères[1839].

1468. Plus récemment, le Conseil d'État a censuré un critère de sélection fondé sur l'implantation géographique des candidats[1840]. En l'espèce, l'acheteur avait prévu dans le règlement de la consultation un critère de sélection relatif aux frais de déplacement engendrés, pour l'acheteur, par l'exécution du marché (lequel nécessitait en effet pour les personnels d'une médiathèque de se rendre sur le site du titulaire). Dans ses conclusions, le rapporteur public rappelait la « *méfiance* » avec laquelle sont regardés les conditions d'exécution ou les critères liés à l'implantation géographique, « *dans la mesure où ils peuvent dissimuler une volonté, étrangère à l'objet du marché, de privilégier les candidats locaux* », cependant qu'ils ne sont pas interdits par principe, dès lors qu'ils sont en rapport avec l'objet du marché. Le rapporteur public releva qu'en l'espèce, la nécessité pour les personnels de la médiathèque de se rendre dans les locaux du partenaire « *fait partie des conditions d'exécu*tion » du marché, et que, par conséquent, un critère prenant en compte le coût de ces déplacements était « *en rapport avec l'objet du marché* ». En l'occurrence, c'était le « *caractère potentiellement discriminatoire* » de la combinaison de cette condition d'exécution avec ce critère de sélection qui était problématique. En effet, l'acheteur avait fondé le critère de sélection relatif aux frais de déplacement au regard de la seule distance entre l'implantation géographique des candidats et les sites de l'acheteur.

[1839] Dans ses conclusions sous la décision *Ministre de l'intérieur contre Région Pays-de-la-Loire* (*op. cit*.), le rapporteur public G. PELLISSIER relève que la clause d'interprétariat constitue une discrimination indirecte selon la nationalité, puisque « *les entreprises étrangères, qu'elles interviennent directement sur le chantier ou qu'elles détachent des travailleurs, ont beaucoup plus de chances d'être pénalisées par cette obligations* ». Ce raisonnement a été suivi par l'essentiel de la doctrine (voy. B. PALLI, *op. cit.* ; également E. MULLER, « Chronique Jurisprudence administrative intéressant le droit de l'Union européenne - Validation conditionnée d'une clause d'interprétariat dans l'exécution des marchés publics », *RTDE.*, 2018, p. 400). Le CE a néanmoins validé cette clause, relevant que cette dernière, « *s'applique indistinctement à toute entreprise quelle que soit sa nationalité* », n'est, de ce seul fait, « *pas discriminatoire* ». Un tel raisonnement laisse à penser que la Haute juridiction ne retient pas les effets (indirectement) discriminatoires.

[1840] CE, 12 septembre 2018, *Conseil départemental de la Haute-Garonne*, n° 420585, inédit au *Lebon* (M. UBAUD-BERGERON, « Critères de sélection des offres et localisation de l'entreprise », *Contrats et Marchés publics*, 2018, n° 11, comm. 243 ; A.-S. JUILLES, « De l'art de manier le critère géographique : entre régularité et discrimination, la distance est faible », AJCT, 2019, n° 1, p. 42-43 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Critère de sélection discriminant et sanctionné en référé précontractuel », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2018, n° 38-39, act. 733).

1469. Or, ainsi que le relève le rapporteur public, cette proximité géographique ne pouvait être le seul élément à prendre en compte pour évaluer le coût de déplacement, puisqu'elle conduisait à favoriser les candidats les plus proches du lieu d'exécution du marché. L'acheteur aurait dû intégrer d'autres éléments pour cette évaluation, notamment pour tenir compte du coût réel[1841]. Ainsi, la Haute juridiction a jugé illégal un tel critère, en ce qu'il « *était de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats les plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur* ».

1470. La rédaction d'une condition d'exécution est donc confrontée au principe de non-discrimination, tant du point de vue de son contenu que de ses effets. Cette seconde condition de validité s'étend aux restrictions apportées aux libertés fondamentales garanties par les traités.

2. L'absence de restrictions apportées aux libertés fondamentales

1471. En principe, une condition d'exécution ne peut apporter de restrictions aux libertés fondamentales, notamment la libre circulation des personnes (article 49 TFUE) et la libre prestation de services (article 56 TFUE), même si elle s'applique indistinctement aux prestataires ou ressortissants nationaux et à ceux des autres États membres[1842]. Selon la formule consacrée par cette jurisprudence, une restriction a pour effet de gêner ou de rendre moins attrayante l'exercice de ces libertés.

1472. Néanmoins, la Cour de justice a admis de telles restrictions sous quatre conditions[1843]. D'abord, la mesure (notamment une condition d'exécution d'un marché) ne doit

[1841] M. UBAUD-BERGERON, « Critères de sélection des offres et localisation de l'entreprise », *op. cit.* L'autrice souligne en ce sens que le critère de sélection « *aurait dû se fonder sur une méthode de notation permettant de tenir compte du coût réel des déplacements (en fonction notamment des conditions proposées par l'entreprise)* ». Dans ses conclusions, le rapporteur public relève quant à lui que ce critère doit également prendre en compte le temps de trajet, et non simplement la distance. Il met en avant l'hypothèse dans laquelle un candidat plus proche des sites de l'acheteur pourrait représenter « *un coût plus important que pour accéder aux locaux d'un candidat plus éloigné mais bénéficiant par exemple d'une bonne desserte par transports en commun ou d'un stationnement plus facile* ».
[1842] Voy. notamment CJCE, 18 juillet 2007, *Commission contre RFA*, aff. C-490/04, Rec. 2007, p. 6095 (point 63, rendu à propos de la libre prestation de services).
[1843] Selon une « *jurisprudence bien établie* ». L'arrêt CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard* (aff. C-55/94, Rec. 1995, p. 4165) synthétise pour la première fois ces quatre conditions (point 37).

pas appliquée de manière discriminatoire[1844], ce qui comprend les discriminations directes comme indirectes[1845]. Ensuite, la mesure doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général (condition de légitimité). De plus, elle doit être propre à garantir la réalisation de cet objectif (condition de nécessité). Enfin, la mesure restrictive ne doit pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (condition de proportionnalité).

1473. La première de ces conditions est remplie dès lors que la mesure s'applique indistinctement à tous les opérateurs. La condition relative à la justification de la restriction ne semble pas être la plus délicate à satisfaire. La jurisprudence de Cour témoigne du fait que cette dernière n'a pas une approche restrictive lorsqu'il s'agit de reconnaître la légitimité des *raisons impérieuses d'intérêt général*[1846]. Les conditions étant cumulatives, cette recherche de légitimité est superfétatoire, dès lors que la mesure est appliquée de façon discriminatoire[1847]. Les conditions relatives à la nécessité et à la proportionnalité de la restriction font quant à elles

[1844] Ainsi, « *seules les restrictions qui sont applicables sans discrimination tenant à la nationalité peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général* », d'après les conclusions de l'avocat général Nils WAHL (point 65), sous l'arrêt CJUE, 28 janvier 2016, *Laezza*, aff. C-375/14).

[1845] Dans l'arrêt CJCE, 27 octobre 2005, *Contse SA* (aff. C-234/03, Rec. 2005, p. 9315), la Cour rappelle que la condition d'une application non discriminatoire concerne tant les « *discriminations ostensibles* » que « *toutes formes dissimulées de discrimination* » (point 36). Cette vision n'est toutefois pas consensuelle. Dans ses conclusions sous l'arrêt CJUE, 9 septembre 2010, *Engelmann* (aff. C-64/08, Rec. 2010, p. 8219), J. MAZÁK considère quant à lui que « *les restrictions non discriminatoires et celles qui comportent une discrimination indirecte peuvent également être justifiées par des « raisons impérieuses d'intérêt général* » (point 57).

[1846] La Cour reconnaît la légitimité d'un grand nombre de raisons impérieuses d'intérêt général. Dans le cadre d'une réglementation relative aux marchés publics, la Cour a reconnu les motifs de protection sociale des travailleurs, propre à admettre la mesure restrictive imposant la traduction en allemand de documents relatifs à l'emploi des travailleurs détachés (CJCE, 18 juillet 2007, *Commission contre RFA*, aff. C-490/04, *op. cit*.).

[1847] CJUE, 22 octobre 2015, *Grupo Hospitalario Quirón* (aff. C-552/13) à propos d'une question préjudicielle relative à la validité d'une spécification technique imposant une contrainte d'exécution territoriale (qui aurait pu être analysée comme une condition géographique d'exécution). En l'espèce, le cahier des charges de deux marchés impose que les établissements hospitaliers gérés par le titulaire se situent dans une municipalité donnée. La Cour n'a pas discuté de la légitimité du motif invoqué (la nécessité d'assurer la proximité et l'accessibilité de l'établissement hospitalier dans l'intérêt des patients et du personnel médical concernés). Elle considère discriminatoire cette spécification technique, en ce qu'elle comporte une « *exclusion automatique* » (point 29) des soumissionnaires qui ne peuvent pas fournir les services en cause en respectant la localisation géographique. L'exigence litigieuse « *n'assure pas un accès égal et non discriminatoire de tous les soumissionnaires* ». Le juge n'a donc pas recherché si la restriction est légitime ou non (la première condition n'étant pas remplie). Dans ses conclusions, l'avocat général M. SZUPNAR relève la présence d'une restriction à la libre prestation de services, sans pour autant considérer explicitement que cette restriction est appliquée de manière discriminatoire. Cela impliquait donc d'analyser la justification de cette restriction au regard des quatre conditions de validité. Il conclue à l'absence de justification, la mesure étant disproportionnée (quatrième condition).

l'objet d'un contrôle rigoureux du juge. Ce dernier doit rechercher si la mesure est appropriée et s'il n'existe pas de mesures moins restrictives permettant d'atteindre le même résultat.

1474. Sur ce dernier point, la recherche de la proportionnalité est nécessairement casuistique et fait l'objet d'un examen minutieux. Ainsi, dans l'arrêt *Commission contre RFA*, la Cour a pu juger proportionnée la mesure litigieuse imposant la traduction en allemand des documents relatifs à l'emploi des travailleurs détachés, en ce qu'elle ne concernait que « *quatre documents seulement* (…) *qui ne sont pas d'une longueur excessive et pour la rédaction desquels sont généralement utilisées des formules types* ». Ce faisant, la mesure n'imposait pas aux employeurs une charge administrative ou financière lourde, la Cour considère que la mesure litigieuse « *ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection sociale poursuivi* » (point 76). Une solution inverse a été rendue à propos d'une mesure analogue, laquelle consistait à imposer la rédaction en langue néerlandaise de contrats de travail à caractère transfrontalier[1848].

1475. La validité d'une condition d'exécution est donc soumise à son caractère non discriminatoire et non restrictif au regard des libertés fondamentales. Néanmoins, les traités prévoient des dérogations ayant un impact sur cette seconde condition, en particulier en matière de conditions d'exécution dans les MDS.

B. Dérogations

1476. Contrairement aux restrictions susmentionnées, ces cas dérogatoires sont susceptibles de justifier des mesures discriminatoires (y compris directes)[1849]. Néanmoins, les

[1848] CJUE, 16 avril 2013, Las, aff. C-202/11. La Cour recherche une mesure moins contraignante, et constate ainsi qu'une mesure « qui permettrait en outre d'établir une version faisant foi de tels contrats également dans une langue connue de toutes les parties concernées » serait moins attentatoire à la libre circulation des travailleurs tout en permettant d'atteindre l'objectif de protection des travailleurs (point 32). Le juge considère que la mesure litigieuse allait au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (en l'occurrence, la protection des travailleurs), rejetant ainsi la condition de proportionnalité.

[1849] En ce sens, voy. notamment CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, aff. C-451/03, Rec. 2006, p. 2941 (point 36). La jurisprudence de la Cour n'est toutefois pas univoque sur ce point. Nous rejoignons l'opinion selon laquelle les restrictions et dérogations se distinguent en ce que les premières n'admettent aucune discrimination, sinon les discriminations indirectes, tandis que les

motifs sur la base desquels ces dérogations sont justifiées sont expressément prévus par le Traité, là où les restrictions non discriminatoires peuvent être justifiées par des *raisons impérieuses d'intérêt général* (notion prétorienne « *certainement plus ample* »[1850] que les dérogations prévues par le traité). Ainsi, dans un certain nombre de cas, les conditions d'exécution (en particulier celles d'un MDS), peuvent avoir une incidence discriminatoire, si tant est qu'elles soient justifiées au regard des dérogations des traités[1851]. Dans le cas des MDS, elles semblent traduire une résurgence de l'aspect « *politiques publiques* ». Elles répondent à des hypothèses se trouvant hors du champ d'application de la BITD *européenne*, et correspondent aux aspects de la défense ou de la sécurité qui demeurent strictement nationales. De telles conditions d'exécution, pourvu qu'elles soient licites, ont pour conséquence un effacement de l'aspect « *marchés publics* ». Il convient donc de distinguer les dérogations aux interdictions de restrictions apportées aux libertés fondamentales, admises limitativement aux articles 36,52 et 62 du TFUE (1), et le cas de l'article 346 TFUE (2).

1. Les dérogations générales : les articles 36, 52 et 62 du TFUE

1477. Le TFUE prévoit la possibilité pour les États membres de déroger à l'interdiction des restrictions aux libertés fondamentales. Le TFUE prévoie notamment des dérogations à la liberté d'établissement (article 52), ainsi qu'à la libre prestation de services (article 62). Par ailleurs, l'article 36 autorise les États membres à déroger aux interdictions de restrictions quantitative d'importation (article 34) et d'exportation (article 35). Comme toute dérogation, elles sont d'interprétation stricte[1852].

1478. Parmi ces motifs, se trouve la « *sécurité publique* », dont la pertinence dans le contexte des MDS est naturelle. Ainsi, la sécurité d'approvisionnement a pu justifier, au titre de la *sécurité publique* de l'article 36 du traité, une réglementation de l'État irlandais visant à

secondes autorisent les mesures ayant une incidence discriminatoire directe. La distinction n'aurait, autrement, aucun intérêt (de même que la distinction entre discrimination directe et indirecte).

[1850] Selon l'expression de l'avocat général J. MAZÁK dans ses conclusions précitées sous l'arrêt *Engelmann* (*op. cit*.).

[1851] À l'instar des restrictions, les dérogations font l'objet d'un triple contrôle de légitimité (au regard du motif expressément prévu par le traité), de nécessité et de proportionnalité.

[1852] Voy. notamment CJUE, 2 octobre 2008, *Commission contre Italie*, aff. C-157/06, Rec. 2008, p. 7313.

maintenir des quotas à l'importation de produits pétroliers. En effet, la Cour de justice a estimé qu' « *une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers et les risques qui en résultent pour l'existence d'un État peuvent dès lors gravement affecter sa sécurité publique que l'article 36 permet de protéger* »[1853]. Il est à noter que pour les aspects liés à la sécurité d'approvisionnement de défense *stricto sensu*, l'article 346 TFUE demeure la disposition pertinente[1854].

1479. Le TFUE désigne les dispositions législatives, réglementaires et administratives comme mesure susceptible de déroger aux interdictions de restriction. Cela comprend, notamment, l'attribution, en dehors de toute transparence, d'une concession à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur[1855]. Il y a toutefois lieu de penser que la notion de « mesure » ne se limite pas à ces dispositions, mais est susceptible de s'appliquer également aux mesures contractuelles, notamment aux conditions d'exécution[1856].

1480. S'agissant des MDS, l'article 346 TFUE demeure la disposition la plus à même de justifier une condition d'exécution ayant un effet discriminatoire.

2. La dérogation propre au secteur de la défense : l'article 346 TFUE

1481. L'article 346 TFUE, avant de servir de référence au champ d'application des MDS, est une disposition dérogatoire du traité. Elle ne s'analyse pas seulement en une clé de répartition entre les marchés soumis aux règles des directives (principalement la directive 2009/81/CE) et les marchés exemptés. L'article 346 TFUE intéresse également la rédaction des conditions d'exécution d'un MDS. En effet, un acheteur peut estimer que la protection des

[1853] CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. C-72/83, Rec. 1984, p. 2727 (point 34).
[1854] L'article 346, 1, b) couvre les exigences en matière de sécurité d'approvisionnement « *de défense* », son champ d'application étant réservé aux « *armes, aux munitions et au matériel de guerre* ». S'agissant des équipements de sécurité (non militaire), l'article 36 TFUE constitue la base pertinente (en ce sens, voy. la note d'orientation de la Commission sur la sécurité d'approvisionnement (*op. cit.*, point 52).
[1855] CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom*, aff. C-221/12, point 37. En l'espèce, la Cour qualifie cette attribution comme étant une discrimination indirecte selon la nationalité.
[1856] En ce sens, voy. les conclusions de G. PELLISSIER sous la décision *Ministre de l'intérieur contre Région Pays-de-la-Loire* (*op. cit.*). Le rapporteur public écrit à propos de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux exigences linguistiques dans les marchés publics : « *Même si cette jurisprudence porte sur des réglementations générales s'appliquant aux marchés publics, elle est parfaitement transposable à une règle d'effet équivalent imposée par le contrat lui-même* » (p. 4).

intérêts essentiels de la sécurité de son État peut nécessiter de prévoir des conditions d'exécution (particulières), spécialement relatives aux exigences de sécurité des informations et, dans une moindre mesure, de la sécurité d'approvisionnement.

1482. Dans certaines hypothèses, les conditions d'exécution particulières relatives à la sécurité des informations peuvent justifier des restrictions aux libertés fondamentales et au principe de non-discrimination. C'est notamment le cas des marchés comportant des informations de type « *national eyes only* ». Dans un tel cas, le marché (*a priori* de défense ou de sécurité) implique que les personnes ayant accès à de telles informations disposent, d'une part, de l'habilitation de sécurité adéquate, et, d'autre part, de la nationalité de l'État membre de l'acheteur. En France, l'article R. 2311-4 du code de la défense dispose en effet qu'en aucun cas des informations Spécial France[1857] ne doivent être communiquées à des personnes morales de droit étranger[1858]. L'IGI 1300 ajoute par ailleurs qu' « *aucune personne morale de droit étranger ne peut candidater ou présenter une offre lorsque l'exécution du contrat implique la détention au sein d'un établissement de la personne morale d'un système d'informations, d'informations ou supports portant la mention Spécial France* »[1859]. Or, une telle restriction est constitutive d'une mesure discriminatoire directe à raison de la nationalité, qu'il convient de justifier au regard de l'article 346[1860].

1483. La présence de telles informations dans un MDS peut influencer l'acheteur dans son choix de la procédure de passation, y compris des procédures dérogatoires[1861]. Pour autant, le droit des marchés publics offre la souplesse nécessaire pour éviter de recourir à de telles procédures, tout en respectant la mention ou classification restreignant l'accès aux nationaux. Dès lors que ladite mesure ne concerne que certains aspects de l'exécution du MDS[1862], il est

[1857] Cf. supra §1181 et s.
[1858] Voy. également IGI 1300, point 1.2.2.1 (p. 20).
[1859] IGI 1300, *op. cit*., point 4.4.1.4.f (p. 70).
[1860] Commission européenne, « Note d'orientation relative à la sécurité des informations » (*op.cit.*), point 32.
[1861] La présence d'informations *Spécial France* peut ainsi conduire l'acheteur à préférer recourir aux règles particulières des *Autres marchés*, notamment au titre des articles L. 2512-3 ou l'article L. 2515-1-4° du CCP. L'acheteur doit le justifier au titre de l'article 346 TFUE.
[1862] La note d'orientation de la Commission européenne relative à la sécurité des informations (*op. cit.*) donne en exemple des dispositifs hautement sensibles devant être intégrés dans un système plus vaste, ou des équipements devant être installés dans une zone hautement réglementée (p. 12, point 32). Ici, il s'agit de marchés ne comprenant que certains aspects *Spécial France*. Pour le premier, le système n'est pas *Spécial France* dans son ensemble ; pour le second, cela ne comprend qu'une partie de l'exécution,

envisageable d' « *isoler* » cette mesure ayant une incidence discriminatoire au niveau des conditions d'exécution du marché. Autrement dit, la dimension dérogatoire bascule du choix de la procédure de passation (privant l'opération d'une mise en concurrence) vers les conditions d'exécution particulières. La Commission européenne propose également cette solution[1863], ainsi qu'une alternative consistant à isoler les informations « *national eyes only* » dans le cadre d'un marché distinct du marché principal, ce dernier étant alors exclusif de la présence de telles informations. Ainsi, l'acheteur a la possibilité d'appliquer une procédure de passation de droit commun (éventuellement parmi les plus concurrentielles) pour le marché principal[1864].

1484. Si ces solutions permettent de nuancer l'atteinte à la concurrence, elles ont toutefois leurs limites, notamment en raison du surcoût (en termes financiers, de temps, etc.), et, plus globalement, parce qu'elles rendent plus complexes la procédure. Par ailleurs, quelle que soit la solution retenue par l'acheteur, il est nécessaire pour ce dernier qu'il dispose de l'information de la nationalité des candidats.

1485. Dans tous les cas, l'acheteur doit justifier les conditions d'exécution sur la base de l'article 346 TFUE. Or, il est plus simple pour un État de justifier une restriction limitée à une condition d'exécution d'un marché, plutôt que celle impliquant l'attribution de ce dernier. Isoler ainsi une mesure aux effets discriminatoires permet de répondre à la condition la plus délicate à remplir en matière de justification du recours à une dérogation du Traité, en l'occurrence la proportionnalité. L'acheteur prend ce faisant une mesure moins restrictive, tout en atteignant le même résultat. Du point de vue des objectifs de la directive 2009/81/CE, ces solutions sont intéressantes pour le renforcement de la BITDE. Elles permettent d'augmenter le nombre de MDS dont la passation repose sur des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, cette proportionnalité permet de sauvegarder la concurrence[1865] dans une logique de droit des marchés publics, tout en tenant compte des exigences spécifiques des MDS.

---

l'installation d'un équipement (et non pas son développement, sa production, ou son maintien en conditions opérationnelles).

[1863] La Commission européenne préconise d'appliquer une seule et même procédure de passation pour un marché comprenant des informations « *national eyes only* ». Cette construction impose toutefois au titulaire du marché une clause contractuelle spéciale. Cette dernière prévoit que l'exécution de la partie du marché concernée par lesdites informations doit être réalisée par des ressortissants nationaux, par ailleurs dotés des habilitations de sécurité appropriées.

[1864] Les deux solutions sont ainsi respectueuses des dispositions précitées du code de la défense et de l'IGI 1300.

[1865] La concurrence elle-même repose sur une logique de proportionnalité, n'étant qu'un moyen et non le but.

1486. S'agissant de la sécurité d'approvisionnement, le recours à une telle solution d'isolement semble plus délicat. Les exigences d'une sécurité d'approvisionnement ayant un effet discriminatoire nécessite davantage de recourir à des procédures dérogatoires plutôt qu'à des conditions d'exécution particulières. De telles exigences reposent par exemple sur le besoin de faire appel à un fournisseur national, pour les achats les plus stratégiques, c'est-à-dire ceux que l'État juge limités à la BITD exclusivement nationale. C'est notamment le cas lorsque l'État estime que les intérêts essentiels de sa sécurité justifient de maintenir une technologie sur le territoire national[1866].

1487. L'isolement de la mesure liée à la sécurité d'approvisionnement ayant un effet discriminatoire au niveau des conditions d'exécution du marché peut toutefois intervenir dans certains cas particuliers. Tel est le cas lorsqu'une partie de l'équipement ou des services (par exemple la maintenance ou le soutien en service) doit être réalisée par un opérateur économique national sur le territoire de cette même nationalité (notamment en raison d'une crise). Une telle exigence est manifestement discriminatoire. Une mesure moins restrictive que l'attribution du contrat en dehors des règles de la directive 2009/81/CE est néanmoins envisageable. L'acheteur pourrait ainsi passer le marché selon une procédure concurrentielle, et imposer une condition géographique d'exécution sur le territoire national pour la seule partie du contrat pour laquelle c'est indispensable (en imposant par exemple la mise en place d'une infrastructure sur le lieu d'exécution). Dans les deux cas, un opérateur économique extranational peut satisfaire à ces exigences, certes plus difficilement qu'un fournisseur national[1867], de sorte que l'exigence demeure discriminatoire. La mesure est cependant moins restrictive. Elle est donc davantage proportionnée à l'objectif, étant entendu que l'acheteur doit, là encore, justifier son recours à l'article 346 TFUE[1868].

[1866] La note d'orientation de la Commission relative à sécurité d'approvisionnement (*op. cit*., p. 19, point 53) donne des exemples de dérogation fondée sur l'article 346 TFUE. Tel le cas où l'équipement est sensible ou stratégique au point qu'il ne peut pas dépendre d'une autorisation provenant d'un autre État membre. La note ajoute que cela ne devrait concerner que les achats extrêmement sensibles : cryptologie, équipement de type NBRC (armes nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques).

[1867] Dans ses conclusions sous l'arrêt CJUE, 22 octobre 2015, *Grupo Hospitalario Quirón* (*op. cit.*), l'avocat général relève que l'obligation de disposer d'un établissement hospitalier sur le territoire d'une municipalité donnée était de nature à rendre moins attrayant de la libre prestation de services pour les candidats qui ne disposent pas au préalable d'un tel établissement, au regard des investissements nécessaires pour la création d'une telle infrastructure. Dans le cas du secteur de la défense, ces considérations se vérifient moins. Les marchés correspondent le plus souvent à des cycles de production plus longs, et nécessitent des investissements lourds, que le titulaire du marché soit national ou non.

[1868] Voire à l'article 36 TFUE en ce qui concerne les équipements ou services de sécurité non militaire.

1488. Conclusion de la sous-section. Un acheteur peut imposer des conditions d'exécution particulières, pourvu qu'elles soient liées à l'objet du marché et qu'elles soient non discriminatoires. Pour cette dernière condition, des exceptions strictement délimitées sont admises. Dans le cas des MDS, les conditions d'exécution restrictives ou dérogatoires peuvent paradoxalement préserver l'application de procédures concurrentielles. L'acheteur peut ainsi concilier ses exigences de sécurité, avec des mesures moins restrictives. Une fois ces conditions remplies, l'acheteur dispose d'une certaine liberté dans la rédaction des conditions d'exécution d'un marché. Néanmoins, il doit encore respecter des règles fondamentales au moment de leur utilisation, c'est-à-dire pendant la passation du marché.

Sous-section 2. Le régime applicable aux conditions d'exécution lors de la passation du contrat

1489. Eu égard à leur impact sur le choix du titulaire, accentué par la promotion de l'instrumentalisation par le biais des conditions d'exécution, ces dernières ont vocation à être utilisées au cours de la passation du marché. Leur objet n'est pas de concourir à sélectionner les candidatures ou à évaluer des offres. Néanmoins, un opérateur économique qui n'est pas en mesure de satisfaire aux conditions d'exécution librement déterminées par l'acheteur n'a pas vocation à se voir attribuer le marché (l'offre étant irrégulière).

1490. Ainsi, du point de vue du des opérateurs économiques, il est fondamental de connaître les intentions de l'acheteur quant à l'éventuelle présence de conditions d'exécution, afin de pouvoir saisir pleinement l'opportunité de marché. Dès lors, l'acheteur doit respecter un certain nombre de règles, à commencer par des règles de transparence lors de la passation du marché, plus ou moins comparables à celles applicables aux critères de choix des offres et aux spécifications techniques (I). Par ailleurs, un ensemble de principes s'impose à l'acheteur afin qu'il utilise correctement l'outil des conditions d'exécution lorsqu'il choisit le titulaire du marché (II).

I. La transparence des conditions d'exécution du marché

1491. L'obligation de transparence s'impose aux conditions d'exécution, à l'instar des critères de sélection et d'attribution et des spécifications techniques. Elle suppose que ces dernières soient indiquées aux candidats en amont de l'attribution du marché (A), et que les informations qui y sont relatives remplissent certaines caractéristiques (B).

A. L'indication des conditions d'exécution dans les documents de marché

1492. L'acheteur doit indiquer les conditions d'exécution dans les documents de marché (1). Cette marge de manœuvre est toutefois limitée en ce qui concerne certaines conditions d'exécution particulières dans les MDS (2).

1. La référence globale aux documents de marché

1493. L'obligation d'indiquer les conditions d'exécution dans les documents de marché a été posée initialement par la jurisprudence de la Cour en matière de conditions d'exécution. Ainsi, dans l'arrêt *Beentjes*, la Cour impose déjà que ces dernières fassent « *l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs* » (point 21). Elle relève à ce titre l'organisation par les directives d'une « *publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des États membres* », propre à apporter une connaissance suffisante des conditions dont le marché est assorti (point 22)[1869].

1495. Par la suite, les directives, pour les marchés publics civils comme les MDS, reprennent cette jurisprudence. L'obligation de transparence impose d'indiquer les conditions

[1869] La Cour précise que les informations supplémentaires concernant les marchés « *doivent figurer* (…) *dans le cahier des charges ou dans tout document équivalent* ». Elle déduit que « *s'agissant d'une condition particulière supplémentaire* [telle la condition d'emploi de chômeurs de longue durée*], elle doit être mentionnée dans l'avis afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance d'une telle condition* » (point 36).

d'exécution dans les documents de marché. En droit français, le code de la commande publique ne mentionne pas expressément l'obligation d'indiquer les conditions d'exécution dans les documents de la consultation, contrairement aux conditions de participation[1870] ou aux critères d'attribution[1871]. Néanmoins, l'avis de marché rendu obligatoire par le code de la commande publique prévoit une rubrique consacrée aux « *conditions particulières d'exécution* » (II.2.2), imposant *de facto* cette obligation aux conditions d'exécution. Si besoin était, le juge administratif a toutefois eu l'occasion de rappeler que les dispositions relatives aux conditions d'exécution « *assurent la mise en œuvre en droit national de l'article 70 de la directive 2014/24/UE* (…) ; *qu'elles doivent dès lors être interprétées à la lumière de ses dispositions* »[1872].

1496. Ainsi, les conditions d'exécution doivent être indiquées dans les documents de marché. L'obligation de transparence sera satisfaite si l'acheteur en fait la mention dans l'avis d'appel à la concurrence. Pour les informations complémentaires (notamment celles trop sensibles pour être indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence), les autres documents de marché, principalement le cahier des charges, permettent à l'acheteur de satisfaire son obligation de transparence.

1497. Selon l'arrêt *Sanresa* de la CJUE, les conditions d'exécution découlant d'une réglementation nationale font l'objet d'une forme d'exception à l'obligation d'indiquer les conditions d'exécution dans les documents de marché[1873]. En l'espèce, le marché prévoyait une condition d'exécution relative à l'obligation d'obtenir le consentement des autorités compétentes pour le transfert des déchets d'un État membre vers un autre État. La Cour, rappelant l'obligation d'indiquer les conditions d'exécution dans l'avis d'appel à la concurrence ou les documents de marché (point 58), soulignait qu'aucun document du marché n'a mentionné cette exigence. Pourtant, elle jugea que « *l'omission d'une telle mention ne saurait entacher la procédure de passation d'irrégularité* ». Cette exception ne s'applique toutefois que dans deux hypothèses. D'une part, la procédure de passation n'est pas entachée d'irrégularité lorsque les conditions découlent « *clairement* » d'une réglementation de l'Union, applicable à l'activité du

[1870] Article R. 2142-1 du CCP.
[1871] Article R. 2152-11 du CCP.
[1872] Voy. CE, 4 décembre 2017, *Ministre de l'intérieur contre Région Pays-de-la-Loire* (*op. cit*.).
[1873] CJUE, 8 juillet 2021, *Sanresa*, aff. C-295/20.

marché concerné, et, d'autre part, lorsque l'opérateur économique fait le choix de ne pas exécuter le marché sur le territoire de l'État sur lequel se trouve l'acheteur[1874].

1498. Les conditions d'exécution doivent donc faire l'objet d'une information par l'acheteur. L'exception posée par l'arrêt *Sanresa* ne remet pas tant en cause cette obligation de transparence. Cette exception relève davantage d'une approche pragmatique, favorable à l'acheteur. Elle maximise ainsi les chances de succès de la procédure de passation, et donc, en définitive, la bonne exécution du marché.

2. Le cas des conditions d'exécution particulières des marchés de défense ou de sécurité

1499. La directive 2009/81/CE reprend le régime des conditions d'exécution des marchés publics civils, de sorte que les conditions d'exécution (particulières) d'un MDS doivent être compatibles avec le droit de l'Union européenne et être indiquées dans les « *documents du marché* » (article 20). En droit français, l'obligation de transparence des conditions d'exécution se déduit des dispositions relatives à la procédure avec négociation propres aux MDS. Les conditions d'exécution doivent avoir été définies dans les « *documents de la consultation* » et ne pas être modifiées substantiellement lors de la négociation[1875].

1500. Les conditions d'exécution particulières d'un MDS se distinguent dans la mesure où certaines d'entre elles ont des dispositions dédiées, notamment au regard des mesures pour garantir leur transparence. Ainsi, lorsque l'acheteur entend prévoir des conditions d'exécution particulières relatives aux exigences de sécurité, il doit indiquer quels sont les éléments que l'offre du soumissionnaire doit comporter dans les documents de la consultation. L'acheteur est donc libre de détailler ou non leur contenu dans l'avis de marché. À tout le moins, le principe de transparence nécessite d'indiquer dans ledit avis que le marché comporte des exigences particulières. Par ailleurs, les informations que l'acheteur est susceptible de demander au titre

[1874] *Ibid.*, point 60.
[1875] L'article R. 2361-11 du CCP mentionne « *les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation* » Précision qu'apportait le CMP pour les marchés publics civils (article 66, V, alinéa 3).

des exigences relatives aux sous-contrats (notamment dans le cas d'une mise en concurrence) doivent faire l'objet d'une publicité dans l'avis d'appel à la concurrence.

1501. Ces particularismes applicables aux conditions d'exécution sécuritaires et celles relatives aux sous-contrats renvoient à la marge de manœuvre que la directive 2009/81/CE laisse dans le premier cas, et le support de publication qu'elle impose dans le second. Elle s'explique par la différence de nature de ces conditions d'exécution. Les exigences de sécurité sont susceptibles de ne pas pouvoir être rendues publiques dans l'avis d'appel à la concurrence. S'agissant de la mise en concurrence des sous-contrats, l'intérêt de cette dernière repose sur une publicité à l'échelle de l'Union européenne, l'avis de marché étant le support de publicité idoine (lui-même étant destiné à informer de la mise en concurrence au niveau du marché principal)[1876].

1502. Le droit des marchés publics adapte ainsi l'obligation d'indiquer les conditions d'exécution dans les documents de la consultation, selon les conditions en cause, et notamment celles propres aux MDS. Ces derniers sont symptomatiques de la prise en compte par le droit de la place croissante des conditions d'exécution dans les marchés publics en tant que vecteur d'instrumentalisation. Dans ce contexte, l'indication des conditions d'exécution dans les documents de la consultation est fondamentale. Elle permet en effet d'optimiser la rencontre de la demande (l'acheteur est transparent sur le fait qu'il entend instrumentaliser le marché *via* les conditions d'exécution) et l'offre (les opérateurs économiques, ainsi informés, vont bâtir leur offre en prenant en compte cette instrumentalisation). De ce point de vue, l'obligation de transparence, au cœur de la dimension « marchés publics », est un rouage fondamental de l'aspect « politiques publiques ».

1503. L'obligation de transparence ne s'arrête toutefois pas à la seule indication des conditions d'exécution dans les documents du marché, puisque ces conditions doivent par ailleurs respecter des règles relatives à leur formulation, au regard de cette obligation.

[1876] En complément et en amont de l'avis de sous-traitance (cf. *infra* §1709 et s.).

B. La formulation des conditions d'exécution du marché

1504. Les conditions d'exécution doivent être formulées avec précision par l'acheteur, tandis que les opérateurs économiques doivent faire preuve de diligence (1). En outre, les impératifs de sécurité dans les MDS constituent un exemple pertinent pour analyser une modulation de l'exigence de précision : le cas particulier des conditions d'exécution découlant d'une réglementation de l'Union (2).

1. L'exigence de précision de l'acheteur et le devoir de diligence des opérateurs économiques

1505. L'obligation de transparence nécessite que l'ensemble des « *conditions et modalités* » de la procédure de passation (ce qui comprend donc les conditions d'exécution) soient « *formulées de manière claire, précise, et univoque* »[1877]. Les *conditions et modalités* ainsi formulées dans les documents de marché doivent permettre aux soumissionnaires de comprendre la portée exacte de ces conditions, et de les interpréter de la même manière[1878]. Cette formulation claire, précise et univoque s'impose tant pour les critères de choix des offres, en particulier les critères d'attribution[1879], que les conditions d'exécution. En revanche, quelle que soit la *condition ou modalité* en cause, la précision est au cœur de ces caractéristiques, dans la mesure où la clarté et l'univocité en découlent.

1506. Ainsi, en tant qu'information fournie dans les documents de la consultation, les conditions d'exécution doivent être « *suffisamment précises* ».[1880]. Le degré suffisant de précision doit permettre aux opérateurs économiques d'apprécier en toute connaissance de

[1877] CJCE, 29 avril 2004, *Commission contre CAS Succhi di Frutta*, aff.C-496/99 P, Rec. 2004, p. 3801 (point 111).
[1878] Dans le même temps, cela permet à l'acheteur d'être « *en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause* » (*ibid.*).
[1879] Dans l'arrêt *EVN et Wienstrom* (*op. cit*.), la Cour juge que le principe de transparence signifie « *plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière* » (point 57).
[1880] Étant entendu que les informations contenues dans les documents de la consultation « *sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure.* » (article R.2132-1 du CCP).

cause leur intérêt pour le marché au regard de ses caractéristiques. La précision des conditions d'exécution est ici comparable à celle exigée notamment pour les spécifications techniques.

1507. Par ailleurs, si les exigences relatives à la formulation des conditions et modalités de la procédure d'attribution s'imposent à l'acheteur, les opérateurs économiques doivent quant à eux être « *raisonnablement informés et normalement diligents* »[1881]. De ce devoir de diligence et d'information, découle une certaine modulation de l'exigence de suffisante précision, notamment lorsqu'elle doit être appliquée aux conditions d'exécution. Cette modulation autorise l'acheteur, lorsqu'il impose des conditions d'exécution, à opérer un simple renvoi à des normes ou à des réglementations en conformité avec son obligation de transparence.

1508. Les conclusions de l'avocate générale suivies par la Cour dans l'arrêt *Max Havelaar* apportent des enseignements sur ce point. L'avocat générale valide la simple référence à un label par l'acheteur pour expliciter les conditions d'exécution sociales du marché en cause. Pour cela, elle met en perspective l'obligation de transparence des conditions du marché avec le devoir de diligence et d'information des opérateurs économiques. Après l'avoir appliqué pour les spécifications techniques[1882], elle précise que l'acheteur peut se référer à un label de commerce équitable pour expliciter les conditions sociales d'exécution du marché, « *sans énumérer en détail les critères sur lesquels ce label repose* », et sans que cela n'appelle à « *davantage de réserves de principe au regard de l'impératif de transparence* ». Le devoir de diligence et d'information suppose qu'un soumissionnaire « *connaisse les labels de commerce équitable utilisés sur le marché en cause, ou, à tout le moins s'informe auprès des organismes de certification de ces labels des critères appliqués par eux* »[1883].

1509. L'exigence de précision de l'acheteur et le devoir de diligence des opérateurs économiques démontrent que l'obligation de transparence ne pèse pas intégralement sur l'une des parties, y compris l'acheteur. L'obligation de transparence applicable aux conditions d'exécution peut être comparée avec l'information en système de libre concurrence. Le demandeur apporte des informations, exprime sa demande, tandis que l'entreprise doit faire preuve d'un minimum de diligence pour y avoir accès. De ce point de vue, les marchés publics,

[1881] CJCE, 29 avril 2004, *Commission contre CAS Succhi di Frutta*, (*op.cit.*), auquel l'arrêt *Max Havelaar* se réfère (point 109).
[1882] Conclusions de l'avocat général Juliane KOKOTT, sous l'arrêt *Max Havelaar* (point 56).
[1883] *Ibid.*, point 89.

y compris les MDS, sont des actes d'échanges économiques sur le marché, rappelant ainsi leur dimension « marchés publics ».

2. Les conditions d'exécution découlant d'une réglementation de l'Union : l'exemple des impératifs de sécurité

1510. Cette modulation de l'exigence de précision est valable par extension aux conditions d'exécution découlant clairement d'une réglementation de l'Union et applicable à l'activité concernée par le marché. Dans la mesure où de telles conditions d'exécution, nonobstant leur non-indication dans les documents de marché, n'entachent pas la procédure d'irrégularité, elles sont d'autant plus sujettes à la modulation de l'exigence de précision. Tel est notamment le cas du marché imposant en tant que condition d'exécution l'obligation de disposer du consentement des autorités compétentes des États concernés par le transfert de déchets. L'obligation de mentionner la condition d'exécution et de sa suffisante précision auraient été satisfaites, si l'acheteur avait fait référence aux dispositions de la réglementation de l'Union dont découle la condition d'exécution susmentionnée. Tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent a connaissance d'une telle règle. Le devoir de diligence oblige d'autant plus les opérateurs économiques lorsque la réglementation est d'origine communautaire.

1511. Dans le cas des MDS, un certain nombre de conditions d'exécution semblent satisfaire la double-condition de la jurisprudence *Sanresa*[1884], c'est-à-dire qu'elles découlent clairement d'une réglementation de l'Union et sont applicables à l'activité concernée par le marché.

1512. C'est notamment le cas en matière de sécurité d'approvisionnement. Dans la mesure où des soumissionnaires extranationaux sont susceptibles de présenter leur candidature au marché, ladite candidature implique un ou plusieurs transferts de produits liés à la défense. Or, de tels transferts sont soumis aux dispositions de la directive 2009/43/CE (et des dispositions nationales la transposant). De ces dispositions, découlent des conditions d'exécution particulières relatives à la sécurité d'approvisionnement, telle que l'obtention d'une licence de

[1884] CJUE, 8 juillet 2021, *Sanresa*, *op. cit.*

transfert ou d'exportation de la part de l'État concerné. La circonstance que l'acheteur omettrait d'indiquer, dans l'avis de marché ou le cahier des charges, une telle condition d'exécution ne serait pas contraire à l'obligation de transparence.

1513. S'agissant de la sécurité des informations, en revanche, l'absence d'un régime à l'échelle de l'Union relatif à la sécurité des informations impose à l'acheteur de préciser la teneur des conditions d'exécution qui y sont relatives, car elles découlent alors d'une réglementation nationale. Dans un tel cas, le devoir de diligence et d'information pesant sur les opérateurs économiques ne saurait moduler l'exigence de précision qui s'impose à l'acheteur, et ce, particulièrement vis-à-vis des opérateurs économiques extranationaux. Dès lors, l'acheteur doit au moins faire mention dans les documents de la consultation des dispositions précises de la réglementation nationale applicables au marché.

1514. En effet, pour les conditions d'exécution découlant d'une réglementation nationale, l'exigence de précision semble devoir s'accompagner d'une *accessibilité* suffisante pour les soumissionnaires potentiels, en particulier extranationaux. L'obligation de transparence parait imposer à l'acheteur de garantir à ces derniers la possibilité de déterminer sans difficulté excessive ce qu'impose la réglementation, et, par extension, la condition d'exécution qui en découle. À tout le moins, la Cour a précisé cette exigence d'accessibilité à propos d'une convention collective applicable dans un État membre[1885]. Faute d'accessibilité, l'acheteur ne respecterait pas son obligation de transparence, ni le principe de non-discrimination[1886].

1515. Ainsi, l'obligation de transparence impose à l'acheteur d'indiquer les conditions d'exécution du marché dans les documents de la consultation, avec un degré variable de précision selon les hypothèses. Si, originellement, l'obligation de transparence est la résultante

---

[1885] CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-376/99. En l'espèce, la Cour juge que le traité ne s'oppose pas à ce que la convention collective applicable dans un État membre impose aux entreprises issues d'un autre État membre de payer ses travailleurs détachés selon la rémunération minimale fixée par ladite convention collective, « *à condition que les dispositions en cause soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel employeur, des obligations qu'il devrait respecter* » (point 43). C'est sur cette jurisprudence que l'avocat général Y. BOT, dans ses conclusions sous l'arrêt CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert* (aff. C-346/06, Rec. 2008, p. 1989) s'appuie pour l'appliquer aux conditions d'exécution d'un marché relative à la rémunération minimale des travailleurs. Selon ce dernier, le principe de transparence impose que les conventions collectives litigieuses soient « *suffisamment précises et accessibles* » (point 135).

[1886] Dans le cas d'un MDS, l'accessibilité des conditions d'exécution ne signifie pas l'accès aux informations sensibles (notamment lorsqu'il s'agit d'informations classifiées), mais l'accessibilité des obligations en termes de sécurité qui s'imposent au titulaire du marché.

de la dimension « marchés publics », elle est en toute logique fondamentale dans la bonne prise en compte de la dimension « politiques publiques ». L'instrumentalisation des marchés publics doit en effet, pour être effective, bénéficier d'une rencontre optimale entre la demande et l'offre sur le marché. C'est particulièrement vrai s'agissant des conditions d'exécution, lesquelles constituent un outil d'instrumentalisation de premier plan. Les MDS n'échappent pas à ce régime de droit commun. Il convient toutefois de réserver deux hypothèses spécifiques : la mise en concurrence des sous-contrats, et les conditions d'exécution particulières relatives aux exigences de sécurité.

1516. Outre cette obligation de transparence, l'acheteur doit *utiliser* correctement les conditions d'exécution au stade de l'attribution du marché.

II. Les modalités de contrôle du respect des conditions d'exécution

1517. Les textes ne manquent pas de détailler les conditions dans lesquelles les critères de sélection et de choix des offres doivent être définis. L'acheteur doit indiquer comment et quand ils doivent être satisfaits par les opérateurs économiques. En revanche, les conditions d'exécution du marché ne bénéficient pas d'un tel encadrement. Pour les marchés publics civils, les directives se sont limitées à apporter une définition qui, si elle s'est enrichie au fil du temps, reste relativement sommaire, ainsi qu'un régime classique. La Cour, en affinant la notion et en adaptant ledit régime, a également encadré les modalités du contrôle par l'acheteur du respect des conditions d'exécution du marché par les opérateurs économiques. Il en ressort que l'acheteur ne peut réaliser ce contrôle qu'au moment de l'attribution du marché (A). Cet encadrement n'est toutefois pas sans risque pour l'exécution de ce dernier, et nécessite pour l'acheteur de recourir aux instruments offerts par le droit des marchés publics (B).

A. Le contrôle lors de l'attribution du marché

1518. Le contrôle d'une condition d'exécution ne peut donner lieu à l'obligation d'y satisfaire au moment de l'attribution du marché (1). Cette souplesse démontre ainsi que la qualification de condition d'exécution n'est pas sans impact sur la concurrence (2).

1. Principe

1519. Contrairement aux critères de sélection des candidatures, dont la satisfaction conditionne la participation à la procédure de passation, le soumissionnaire n'a pas à apporter la preuve qu'il remplit les conditions d'exécution du marché au moment du dépôt de son offre (cela ne le dispense pas, toutefois, d'apporter des informations relatives aux conditions d'exécution, lors de ce dépôt). L'acheteur ne peut donc pas exiger des opérateurs économiques qu'ils satisfassent l'ensemble desdites conditions avant l'attribution du marché. La récente jurisprudence *Sanresa*[1887] confirme ce point.

1520. Cet arrêt portait sur la question de savoir si une autorisation indispensable pour exécuter un marché public constitue ou non un élément de vérification des capacités au stade des candidatures. La Cour de justice répond par la négative. Elle qualifie cette autorisation de « *condition d'exécution* », et non un élément d'appréciation des capacités professionnelles, économiques, financières et techniques ; seuls éléments qui peuvent être vérifiés au stade de la candidature. En tant que condition d'exécution, elle n'a donc pas à être vérifiée à ce stade, mais seulement, ensuite, au stade des offres. Il en résulte que le soumissionnaire peut donc « *attendre de se voir attribuer le marché pour apporter la preuve qu'il remplit toutes les conditions d'exécution du marché* »[1888].

1521. Dans le cas contraire, cette contrainte constituerait une « *exigence excessive* », de nature à « *dissuader* » les opérateurs économiques de participer à la procédure de passation, de sorte qu'une telle exigence « *méconnait les principes de proportionnalité et de*

[1887] CJUE, 8 juillet 2021, *Sanresa*, *op. cit.*
[1888] *Ibid*., point 62.

transparence »[1889]. Ainsi, la Cour confirme que l'offre d'un soumissionnaire ne peut être rejetée « *au seul motif que celui-ci n'apporte pas la preuve, au moment du dépôt de son offre, qu'il satisfait à une condition d'exécution du marché concerné* »[1890].

1522. Dans le cas d'une condition d'exécution consistant en une autorisation imposée, le soumissionnaire y satisfait dès lors qu'il en dispose lors de l'exécution, et donc même au-delà de la phase d'offre. Il semblerait par ailleurs qu'une telle souplesse soit applicable à toute condition d'exécution.

2. L'impact de la qualification de condition d'exécution sur la concurrence

1523. La qualification de condition d'exécution a deux conséquences sur la concurrence. En effet, les conditions d'exécution ont un impact sur la délimitation du marché pertinent (a). Par ailleurs, la qualification de condition d'exécution permet aux soumissionnaires de démontrer leur capacité à la satisfaire lors de l'attribution du marché, permettant ainsi de temporiser cette démonstration (b).

a. Une qualification emportant la délimitation du marché pertinent

1524. La qualification de condition d'exécution présente certains inconvénients du point de vue de la concurrence. En effet, les conditions d'exécution sont potentiellement « dangereuses » pour cette dernière, si on la compare aux critères de choix des offres. Là où le non-respect d'une condition d'exécution par une entreprise implique l'élimination de son offre, le non-respect des critères de choix des offres ont pour conséquence un moins bon classement de l'offre, et non son élimination. Il y a là un paradoxe. Intuitivement, les critères de choix semblent avoir un impact plus important que les conditions d'exécution. En réalité, le non-respect d'une condition d'exécution place l'entreprise en dehors du marché économique de référence, l'offre ne correspondant pas à la demande (et se trouve donc éliminée). Le non-

[1889] *Ibid.*
[1890] *Ibid.*, point 63.

respect d'une critère de choix des offres ne fait « que » dévaloriser l'offre (laquelle demeure sur le marché économique, bien que moins compétitive).

1525. Pourtant, l'instrumentalisation par les conditions d'exécution est mieux acceptée que pour les critères de choix des offres. En réalité, cela peut s'expliquer par le fait que les conditions d'exécution sont déterminées au stade de la définition du besoin, donc de la définition de la demande, et, donc, de la délimitation du marché pertinent. Pour le dire autrement, si une offre ne respecte pas une condition d'exécution, celle-ci se trouve en dehors du marché de référence, et, par conséquent, « *hors concurrence* ». Les critères de choix des offres sont quant à eux utilisés plus tard, lorsque les mécanismes du marché ont été actionnés (il n'est alors pas question de les fausser). Pour les conditions d'exécution, le risque pour la concurrence est paradoxalement moins important. Par définition, le marché est délimité par ces conditions d'exécution, de sorte que tous les acteurs la respectent. Cela ne fausse donc pas la concurrence entre les offreurs sur ce marché. En revanche, s'agissant des critères de choix, le risque pour la concurrence est plus grand, car ils sont appliqués à des entreprises qui sont en concurrence sur le marché : si un critère fausse la concurrence, il y a atteinte aux mécanismes de marché.

b. Une qualification permettant de temporiser la satisfaction de la condition d'exécution

1526. Dans le même temps, la qualification en condition d'exécution présente également des avantages pour la concurrence. Ils apparaissent notamment dans le cas où une réglementation nationale applicable au marché requiert l'obtention préalable d'une autorisation de l'État membre de l'acheteur pour exécuter le marché. L'imposer en tant que critère de sélection peut s'avérer être défavorable aux entreprises extranationales. La jurisprudence *Sanresa* rend cela impossible, à moins que cette autorisation ne permette d'apprécier les capacités professionnelles, techniques, économiques ou financières. La qualification en condition d'exécution permet en revanche de reporter la satisfaction de cette exigence lors de l'attribution du marché. Elle renforce ainsi les chances pour les soumissionnaires extranationaux d'obtenir le marché, tandis que l'acheteur peut se satisfaire de l'obtention d'un engagement de respecter les conditions d'exécution du marché desdits soumissionnaires lors de la présentation de leur offre. Ce faisant, au regard des modalités de vérification de leur respect, la condition d'exécution peut apparaitre comme vecteur d'une amélioration des conditions de

la concurrence d'un marché public, tout en garantissant le respect des exigences des acheteurs, en particulier celles résultant d'une réglementation nationale[1891].

1527. Cet avantage est particulièrement intéressant en ce qui concerne le secteur de la défense et de la sécurité. L'exemple des règles relatives au contrôle des exportations est à ce titre un exemple significatif. Imposer le respect de l'exigence consistant à obtenir une autorisation d'exportation au stade de l'évaluation des offres est un désavantage pour les soumissionnaires extranationaux, les seuls à qui s'applique l'exigence. L'obtention d'une telle autorisation pourrait s'avérer être incompatible avec les délais applicables lors de la passation du marché : un opérateur économique peut ne pas avoir obtenu l'autorisation au moment de la constitution de son offre[1892].

1528. Néanmoins, si la qualification de condition d'exécution présente, de ce point de vue, un avantage pour les opérateurs économiques, elle peut s'avérer être source de difficultés pour l'acheteur. En effet, le contrôle du respect des conditions d'exécution lors de l'attribution du marché questionne la bonne exécution de ce dernier. Ces modalités de vérification présentent le risque que l'attributaire ne puisse pas finalement respecter la condition d'exécution, par exemple en n'obtenant pas une autorisation, mettant ainsi la procédure en échec. La Cour a également évalué la qualification d'une exigence en condition d'exécution à l'aune du risque d'échec de la procédure. Ainsi, dans l'arrêt *Sanresa*[1893], la Cour concède l'existence de principe

---

[1891] Les conclusions de l'avocat général sous l'arrêt *Riigi Tugiteenuste Keskus* (*op. cit.*) vont dans ce sens. Il relève que l'exigence litigieuse (l'obtention d'une autorisation) au stade de la qualification constitue un « *obstacle disproportionné* » pour les entreprises qui ne sont pas établies en Estonie (point 76). La qualification de condition d'exécution permettrait de ne pas disqualifier les entreprises extranationales dont l'habilitation professionnelle, par ailleurs, a été reconnue dans un autre État membre (respectant ainsi l'éventuel critère de sélection). En qualifiant l'exigence de condition d'exécution, l'acheteur pourrait mettre en place un système dans lequel les opérateurs économiques disposant déjà des autorisations nationales pourraient les présenter avec leur offre, tandis que les autres « *devraient s'engager à les obtenir une fois devenus adjudicataires du marché* » (point 83). L'avocat général y voit (à l'instar de la Commission) « *une mesure moins contraignante, d'une part, assure le respect du principe d'égalité et une plus grande concurrence entre soumissionnaires et, d'autre part, permet d'appliquer de manière cohérente les règles générales et les règles spécifiques impératives tout en évitant les frictions dans l'application effective du droit de l'Union* » (point 89).

[1892] Note d'orientation de la Commission sur la sécurité d'approvisionnement (*op. cit.*), point 30.

[1893] Dans ses conclusions sous l'arrêt *Riigi Tugiteenuste Keskus* (*op. cit*.), l'avocat général relève l'objection de l'État membre selon lequel « *attendre la phase d'exécution du marché expose au risque qu'il soit déclaré non avenu si l'adjudicataire ne parvient finalement pas à obtenir les autorisations ou les enregistrements* ». Il concède que celle-ci « *jouit d'un certain poids* », mais considère que « *la volonté d'éviter l'échec de la procédure ne saurait cependant primer sur les principes essentiels des marchés publics, en particulier ceux visant à garantir un accès égal aux soumissionnaires sans leur opposer d'obstacles injustifiés* » (point 84).

d'un « *risque d'inexécution du marché* » (point 54), cependant qu'elle relève des solutions et des indices à disposition de l'acheteur pour l'éviter.

B. Les outils contre le risque d'inexécution

1529. Le risque d'inexécution peut être relativisé par deux éléments. D'une part, l'acheteur a la possibilité de définir des critères de sélection visant à prévenir ce risque. D'autre part, il dispose de la faculté de demander aux soumissionnaires de produire des informations relatives aux conditions d'exécution, lors du dépôt de son offre.

1530. Dans l'arrêt *Sanresa*[1894], la Cour renvoie à l'utilisation des critères de sélection, à travers la notion d'expérience des opérateurs économiques. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut définir des critères de sélection permettant de réduire le risque d'inexécution, « *notamment en valorisant les expériences antérieures* » (en l'espèce, les expériences en matière de transfert de déchets dangereux). L'expérience fait partie des critères de sélection relatifs aux capacités techniques et professionnelles, lesquels doivent permettre à l'acheteur de prévenir le risque d'inexécution résultant de la définition de conditions d'exécution[1895].

1531. L'acheteur dispose également de la faculté de contrôler le respect des conditions d'exécution en exigeant la production d'engagements, de documents ou de certificats. La jurisprudence *RegioPost*[1896] définit la possibilité pour un acheteur (à travers une législation nationale) d'obliger les opérateurs économiques à s'engager, par une déclaration écrite jointe à leur offre, à respecter la condition d'exécution imposée par l'acheteur[1897]. La CJUE valide en

[1894] CJUE, 8 juillet 2021, *Sanresa*, *op. cit.*
[1895] De la même façon, sous l'arrêt *Riigi Tugiteenuste Keskus* (*op. cit.*), l'avocat général s'appuie sur l'expérience antérieure pour relativiser le risque d'inexécution. Il relève que « *rien n'indique qu'une entreprise exerçant à titre professionnel la manipulation de denrées alimentaires dans un autre État membre aurait des difficultés à obtenir les autorisations indispensables à l'ouverture d'un établissement en Estonie dans l'hypothèse où elle remporterait le marché* ».
[1896] CJUE, 17 novembre 2015, *RegioPost*, aff. C-115/14.
[1897] *Ibid*., point 77. En l'occurrence, cette dernière consistait à verser au personnel exécutant le marché un salaire minimal fixé par la législation nationale. L'avocat général P. MENGOZZI souligne dans ses conclusions que toutes les parties (à l'exception de RegioPost) estiment que les États membres « *sont habilités à contrôler le respect des conditions prévues à l'article 26 de la directive 2004/18, en particulier par le truchement d'un système de déclaration d'engagement au moment du dépôt de l'offre du soumissionnaire* » (point 92).

outre la faculté pour l'acheteur d'exclure de la procédure le soumissionnaire ayant refusé d'annexer à son offre l'engagement demandé, après une demande de régularisation par l'acheteur. Elle n'y voit pas là une sanction, mais la « *conséquence du manquement* » du soumissionnaire à une « *exigence formulée de manière singulièrement transparente* »[1898].

1532. Par ailleurs, la Cour s'attache à mesurer la proportionnalité de l'obligation de fournir un engagement du soumissionnaire de respecter la condition d'exécution lors du dépôt de l'offre. Elle la juge ainsi proportionnelle en relevant que la contrainte que représente pour les soumissionnaires l'obligation d'inclure un tel engagement dans leur offre est « *négligeable* »[1899]. De même, la Cour considère que l'exclusion du soumissionnaire présente un caractère approprié et proportionné, étant donné que cette mesure ne s'applique qu'après invitation du soumissionnaire à compléter son offre en ajoutant l'engagement manquant.

1533. Les exigences relatives au contenu des offres dans les MDS (en matière de sécurité des informations et de sécurité d'approvisionnement) visent précisément à prévenir ce risque d'inexécution (un enjeu crucial dans le secteur de la défense). Un tel encadrement pourrait inspirer les futures directives ou évolutions du code de la commande publique, s'agissant des conditions d'exécution dans les marchés publics civils (notamment sociales ou environnementales). Elle aurait l'avantage de « *guider* » les acheteurs dans leur volonté de prévenir le risque d'inexécution. Néanmoins, une autre difficulté, que les directives ou le code de la commande publique n'abordent pas spécifiquement, réside dans la possibilité pour l'acheteur de contrôler le respect des conditions d'exécution auxquelles s'est engagée l'entreprise attributaire. Comment faire concrètement pour vérifier que les conditions d'exécution sont bien respectées ? Il semblerait que c'est aux clauses contractuelles du marché de prévoir un tel dispositif de contrôle.

1534. Conclusion de la sous-section. Les conditions d'exécution sont donc, au stade de la procédure de passation, soumises à un régime aux contours somme toute classiques. Le principe de transparence suppose une indication des conditions d'exécution dans les documents du marché. La Cour de justice a assoupli cette exigence lorsque les conditions d'exécution

[1898] *Ibid.*, point 83.
[1899] *Ibid.*, point 86. L'avocat général souligne quant à lui que la déclaration d'engagement n'est *« pas susceptible de faire peser sur le soumissionnaire une charge supplémentaire à tel point insupportable qu'elle rendrait la procédure de passation plus gênante qu'elle ne le serait sans que la production de cette déclaration soit requise* » (point 100).

découlent clairement d'une réglementation de l'Union, applicable notamment aux conditions d'exécution liées au contrôle des exportations dans les MDS. Par ailleurs, les exigences de l'acheteur sont parfois délicates à qualifier du point de vue procédural, de sorte qu'elles peuvent tantôt constituer un critère de sélection, tantôt une condition d'exécution, malgré leur fonction distincte. Les conditions d'exécution se distinguent en définitive dans leurs modalités de vérification par l'acheteur.

1535. Conclusion de la section. Ainsi, le régime applicable aux conditions d'exécution suit dans les grandes lignes celui des critères de sélection et d'attribution et des spécifications techniques. En particulier, les règles applicables à la détermination des critères d'attribution encadrent la rédaction des conditions d'exécution. L'exigence du lien avec l'objet du marché est comme naturelle, et ne soulève pas de difficulté particulière, tandis que le caractère non discriminatoire est la résultante immédiate (et évidente) de l'application du droit de l'Union européenne (dérivé, à travers les directives, et primaire). Au stade du choix du titulaire, l'acheteur est (relativement) limité dans son utilisation des conditions d'exécution. Elles ne doivent pas concourir à la sélection des candidatures ou à l'évaluation des offres, nonobstant la distinction parfois délicate entre la condition d'exécution et les critères de marché. L'acheteur ne peut vérifier le respect des conditions d'exécution avant l'attribution du marché, ce qui reviendrait à en faire un critère de sélection. Il peut toutefois, lors de cette attribution, exiger du soumissionnaire une offre supposant que ce dernier sera à même de réaliser ces conditions. Ainsi, la dimension « marchés publics » se retrouve à travers le régime des conditions d'exécution, sans pour autant remettre en cause leur aspect politique (et donc la dimension « politiques publiques »).

1536. À cet égard, les MDS sont un cas d'école, tant les modalités de vérification des conditions d'exécution sont développées. Elles dessinent autant les contours des futures clauses contractuelles qu'elles permettent de minimiser le risque d'inexécution. Le développement des conditions d'exécution dans la commande publique pourrait conduire les directives à détailler les modalités de vérification des conditions d'exécution également pour les marchés publics civils (par exemple, dans le domaine environnemental ou social, ou encore dans celui de l'innovation).

CONCLUSION DU CHAPITRE

1537. Le développement de la place des conditions d'exécution dans le droit des marchés publics accompagne et favorise l'instrumentalisation des marchés publics. Elles semblent quasiment incontournables, et font écho à la contractualisation grandissante de l'action publique, notamment en France. Après avoir affiné cette notion éminemment politique, non sans une certaine retenue dans un premier temps, les directives assument aujourd'hui leur promotion. La souplesse de la notion contribue à faire de la condition d'exécution un objet aux contours largement déterminés par l'acheteur et ses besoins pour le marché en cause. Les MDS sont l'archétype du recours aux conditions d'exécution. Dans ces marchés, les conditions d'exécution sont indispensables, eu égard aux impératifs de sécurité. Ceux-ci font partie intégrante de la définition d'un MDS, de sorte que les conditions d'exécution sont, dans leur cas, l'aboutissement d'un continuum assuré par les règles de la passation.

1538. La « *contrepartie* » de cette promotion des conditions d'exécution réside dans l'application d'un régime visant à assurer le respect par les conditions d'exécution des principes fondamentaux de la commande publique. Le régime repose sur des mécaniques classiques du droit des marchés publics, avec une intensité comparable aux critères de choix des offres. Les exigences relatives à la rédaction des conditions d'exécution ne limitent l'acheteur qu'à la marge. En d'autres termes, l'instrumentalisation de l'exécution du marché que l'acheteur entreprend doit être contextuelle au marché et décorrélée de toute considération fondée sur la nationalité des opérateurs économiques. Dans le cas des MDS, par exemple, une condition d'exécution relative au maintien en conditions opérationnelles est *de facto* liée au marché. En outre, une condition d'exécution discriminatoire serait contraire avec l'objectif de renforcer la BITD européenne. Enfin, le droit des marchés publics offre à l'acheteur les outils adéquats pour se prémunir du risque d'inexécution en amont de l'attribution du marché.

1539. L'encadrement des conditions d'exécution, en pleine maturation, ne constitue pas une contrainte insupportable pour l'acheteur, de sorte qu'il conserve la mainmise sur ces dernières dans leur dimension contractuelle. À ce titre, les conditions d'exécution sont en lien avec la liberté contractuelle de l'acheteur : elles sont en effet fixées par le contrat, par accord des parties, à l'initiative du demandeur. Par ailleurs, cet encadrement relève de la dimension « *marchés publics* ». Le droit des marchés publics utilise cette dernière pour rendre plus efficace la réalisation de l'objectif de politique publique que l'acheteur veut (ou doit) associer au

marché. Les conditions d'exécution sont symptomatiques, en particulier s'agissant des MDS, de l'interaction entre « marchés publics » et « politiques publiques ». Celles-ci sont non seulement compatibles, mais, plus encore, elles se nourrissent entre elles. Les conditions d'exécution conservent ainsi tout leur potentiel en tant que vecteur d'instrumentalisation des marchés publics.

CHAPITRE 2. LA MISE EN CONCURRENCE DES SOUS-CONTRATS

1540. Initialement, la sous-traitance est un domaine moins encadré par le droit des marchés publics que le contrat principal. Relevant de l'organisation propre au titulaire pour les besoins de l'exécution du marché, les directives ne détaillent pas de mesures applicables aux sous-traités. En revanche, la directive 2004/18/CE prévoit un dispositif spécifique aux concessions de travaux publics, lequel consiste à imposer le recours à la sous-traitance pour un pourcentage minimal de 30% de la valeur globale des travaux[1900]. En droit interne, les dispositions relatives à la sous-traitance correspondent à la mise en œuvre de la loi du 31 décembre 1975, c'est-à-dire un régime d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement. Non lié par contrat, l'acheteur public et le sous-traitant disposent néanmoins d'un lien financier bien connu.

1541. La sous-traitance occupe une place plus importante dans la directive 2014/24/UE. Outre l'application de règles analogues à celles du droit interne, en termes de paiement direct du sous-traitant et de l'application du principe de responsabilité personnelle du titulaire du fait de ses sous-traitants, deux éléments marquent une évolution significative de l'encadrement de la sous-traitance par le droit de l'Union européenne dans le cadre des marchés publics. La directive prévoit un dispositif d'informations relatives aux sous-traitants fournies par le titulaire à l'acheteur, renforçant ainsi son contrôle sur l'entièreté de l'exécution du marché[1901]. En outre, la directive laisse aux autorités nationales le soin d'adopter les mesures appropriées pour assurer le respect des principes de la passation s'agissant de la sous-traitance[1902]. La sous-traitance dépasse donc les seules questions financières pour intégrer le champ du principe de concurrence. Néanmoins, la directive ne prévoit aucune mesure concrète, réservant ces dernières aux droits nationaux.

[1900] Article 60, point 1 de la directive 2004/18/CE.
[1901] L'article 71, 5 dispose que le titulaire doit fournir des informations relatives à l'identité du sous-traitant et à la prestation qu'il effectue, dans le cadre d'un marché de travaux ou de services dans un local placé sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur. Cette mesure ne s'applique pas aux fournisseurs (la directive 2014/24/UE distingue ici les fournisseurs parmi les sous-traitants (à l'instar de la notion de sous-traitance en droit français). La directive laisse par ailleurs le choix aux États membres d'appliquer ce dispositif aux marchés de services qui ne sont pas à fournir dans les locaux placés sous la surveillance directe du pouvoir adjudicateur, ainsi que, de manière plus significative, aux sous-traitants de rang inférieur (notamment de second rang).
[1902] Article 71, point 1 de la directive 2014/24/UE.

1542. Pourtant, il existe dans le droit européen de la commande publique un dispositif spécifique s'intéressant aux contrats passés par la suite par le titulaire d'un marché public et conduisant à l'extension du principe de concurrence. La directive 2009/81/CE apporte une innovation consistant à mettre en place un régime de publicité et de mise en concurrence au niveau des sous-contrats, dans le cadre d'un marché public[1903]. Ainsi, l'application du principe de concurrence s'applique au contrat principal (le marché public), et, par extension, aux contrats « *secondaires* » (les sous-contrats). À cet égard, la mise en concurrence des sous-contrats nuance la frontière entre passation et exécution. Elle relève d'un mécanisme de la passation, de sorte qu'il est possible de considérer que la passation du marché est un tout comprenant la passation du contrat principal et celle des contrats secondaires.

1543. Cependant, la directive 2009/81/CE comme le code de la commande publique rattachent la mise en concurrence des sous-contrats à l'exécution. Elle est en effet présentée comme étant une condition d'exécution. Une telle condition d'exécution[1904] s'insère dans la dynamique actuelle consistant en la mise en place de régimes spéciaux de mise en concurrence au niveau des sous-contrats, relevé notamment par Pierre Blanquet[1905]. L'auteur souligne deux objectifs principaux dans cette mise en place : éviter le risque de corruption et garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Dans le cas des MDS, c'est manifestement le déficit concurrentiel qui a conduit à son adoption[1906]. Le droit est à la recherche de la concurrence perdue au niveau du marché principal. De ce point de vue, il s'agit d'un mécanisme de compensation de l'absence d'atomicité de l'offre sur le marché économique du MDS (laquelle est une des conditions du bon fonctionnement de la libre concurrence). Les offreurs sur le marché économique des sous-contrats sont ainsi intégrés à la mise en concurrence afin de la dynamiser. Derrière la concentration des offres sur le marché économique du MDS, se cache potentiellement un foisonnement d'opérateurs économiques, notamment des PME et ETI sur lesquelles s'appuient les GMOI pour « assembler » l'équipement livré clé en main à l'acheteur. À cet égard, la mise en concurrence des sous-

[1903] Exemples de régimes de mise en concurrence au niveau des sous-contrats : concessions
[1904] Cf. *supra* §1421 et s. et §1459 et s.
[1905] P. BLANQUET, *Le sous-contrat. Étude de droit administratif* (*op. cit.*). L'auteur étudie le mouvement de construction de régimes spéciaux de mise en concurrence (p. 496-517).
[1906] Le risque de corruption est également une donnée importante dans les MDS. L'ONG *Transparency International* a publié en 2013 (actualisé en 2015) un *Government Defence Anti-corruption Index*. Ce dernier détaille pour 82 pays le niveau de corruption dans le secteur de la défense, avec une note allant de A à F. La France est notée C. Le recours à la mise en concurrence des sous-contrats, en ce qu'elle exige une transparence, devrait corriger en partie cette problématique.

contrats devrait profiter en premier lieu aux PME[1907], victimes des politiques de massification des contrats dans la défense en France[1908].

1544. Pour la directive 2009/81/CE, la sous-contractance est donc un levier concurrentiel permettant d'améliorer le fonctionnement des mécanismes du marché. Elle encourage « *la libre circulation et la compétitivité sur les marchés de la sous-traitance au sein de l'Union* », et préconise aux États membres d' « *informer les adjudicataires choisis sur les avantages d'une mise en concurrence ouverte et transparente et sur la diversité des fournisseurs pour les contrats de sous-traitance* »[1909]. La mise en concurrence au stade des sous-contrats a préexisté à la directive 2009/81/CE. Néanmoins, dans le cas de la France[1910], elle relevait alors d'une pratique administrative à peine mentionnée dans la législation relative aux marchés publics.

1545. La mise en concurrence au niveau des sous-contrats est paradoxale, dans la mesure où il s'agit de contrats de droit privé, qui ne sont pas des contrats de la commande publique[1911]. Dès lors, comment, dans le contexte des MDS où l'attribution du marché est un processus déjà complexe, éviter que le dispositif soit inutilement compliqué et inefficace ? De même, la mise en concurrence des sous-contrats est délicate à « placer » dans l'interaction entre « marchés publics » et « politiques publiques » : de quel aspect relève-t-elle ?

1546. La mise en concurrence des sous-contrats repose ainsi sur un champ d'application précis, notamment par la spécialisation de la notion de sous-contrat (Section 1). Seuls les sous-contrats relevant de ce champ d'application font l'objet du régime spécial de publicité et de mise en concurrence (Section 2).

[1907] S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit.*, p. 156. Pour présenter les principales caractéristiques de la directive 2009/81/CE, l'auteur distingue (outre les règles relatives à la sanctuarisation de la recherche et développement) le dispositif aménagé pour les sous-contrats, et fait le lien avec les PME, « *principales bénéficiaires de la sous-traitance* ».
[1908] A. CHASSAIGNE ET J.-P. CUBERTAFON, *op. cit.*, p. 77-78.
[1909] Directive 2009/81/CE, considérant 40.
[1910] Avec la pratique du *plan d'acquisition*, sous l'empire du Décret défense. Cf. *infra* §1657.
[1911] D'après l'article L. 1 du CCP, un contrat de la commande publique suppose que l'une des parties soit un acheteur. Le titulaire n'étant pas un acheteur soumis au code, il ne s'agit pas plus d'un marché public.

Section 1. Le champ d'application de la mise en concurrence des sous-contrats

1547. Pour être efficace, la mise en concurrence des sous-contrats doit reposer sur un champ d'application adapté à son objectif de lutte contre le déficit concurrentiel inhérent aux MDS. Elle doit s'appliquer à l'ensemble des sous-contrats qui permettent d'y parvenir, et seulement à ceux-ci. En effet, certaines hypothèses sous-contractuelles, relevant de la pratique des acheteurs et/ou des titulaires, doivent rester en dehors de ce champ d'application. Ce faisant, la mise en concurrence des sous-contrats dans les MDS devrait *a priori* remettre en cause lesdites pratiques, pour les remplacer (du moins en partie) par une attribution concurrentielle. La directive 2009/81/CE conçoit la mise en concurrence des sous-contrats comme le moyen de « *développer et diffuser les meilleures pratiques concernant la gestion de la chaîne d'approvisionnement sur les marchés de la défense et de la sécurité* »[1912].

1548. Ainsi, le champ d'application de la mise en concurrence des sous-contrats repose sur une *certaine approche* de la notion de *sous-contrat*, construite à l'occasion de la transposition de la directive 2009/81/CE en droit interne (Sous-section 1). Par ailleurs, la délimitation du champ d'application a dû prendre en compte une hypothèse sous-contractuelle typique du secteur de la défense pour mieux l'exclure : la compensation industrielle (Sous-section 2).

Sous-section 1. Champ d'application positif : le sous-contrat concurrentiel

1549. La notion de sous-contrat dans le cadre de la mise en concurrence ne correspond pas exactement au sous-contrat au sens générique du terme. Dans ce contexte, elle se spécialise, étant dédiée aux mécanismes de mise en concurrence. Le sous-contrat est réduit aux hypothèses sous-contractuelles concurrentielles. La notion est de ce point de vue affinée grâce au régime qui lui est applicable. En droit français, elle doit être mise en perspective avec celle – classique – de sous-traitance. Or, il apparait alors que la notion de sous-contrat du code de la commande

[1912] Directive 2009/81/CE, considérant 40.

publique est extensive par rapport à celle de sous-traitance (I). Cette extension est par ailleurs contrebalancée par l'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire (II).

I. Une notion plus large que celle de sous-traitance

1550. La directive 2009/81/CE applique la mise en concurrence des *sous-traitants*, tandis que le code de la commande publique l'applique aux *sous-contrats*. Cela renvoie à une divergence conceptuelle entre le droit de l'Union européenne et la France autour de la sous-traitance. La transposition de la directive 2009/81/CE en droit français a ainsi rendu nécessaire la mise en place d'une notion sur-mesure (A) dont les effets se limitent à désigner l'ensemble des opérateurs économiques sujets de la mise en concurrence (B).

A. Le besoin de créer la catégorie des sous-contrats

1551. La mise en place de la notion de « sous-contrat » est la solution adoptée par le législateur français (2) pour répondre à une problématique particulière : la divergence conceptuelle entre le droit français et le droit de l'Union européenne sur la notion de sous-traitance (1).

1. Problème : la divergence conceptuelle entre le droit français et le droit de l'Union européenne

1552. En droit français, l'article 1er de la loi du 31 décembre 1975 définit la sous-traitance comme étant « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage* »[1913]. Ainsi, le sous-traité est un sous-contrat du contrat d'entreprise, ce qui implique que

[1913] Codifié par l'article L. 2193-2 du CCP.

l'entrepreneur réalise une prestation ayant pour objet un travail spécifique et adapté aux besoins du client. Le caractère spécifique de l'opération exclut donc la simple fourniture de la notion de sous-traitance. En ce sens, le juge judiciaire[1914] distingue le « *simple fournisseur* » du sous-traitant à partir du critère de la fabrication spécifique[1915]. La loi du 31 décembre 1975 étant codifiée par le code de la commande publique, un sous-contrat est donc un contrat de sous-traitance dès lors qu'il a pour objet de répondre spécialement aux besoins de l'acheteur public. Autrement dit, le contrat réalise une part du besoin défini dans le contrat principal (le marché public) par le client (l'acheteur public).

1553. À ce titre, l'ancien code des marchés publics a d'abord circonscrit les dispositions applicables à la sous-traitance aux marchés publics « *ayant le caractère de contrat d'entreprise* »[1916]. Le CMP a ensuite précisé que la sous-traitance est possible pour les marchés publics de travaux, de services ou pour les marchés industriels. Comme les marchés publics de travaux ou de services, le marché industriel répond au critère de la fabrication spécifique, et présente donc le caractère de contrat d'entreprise. De même, l'ancien *décret défense* visait la loi du 31 décembre 1975, et prévoyait des dispositions relatives à la « *sous-traitance* » (en particulier la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de prévoir des exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants[1917]).

1554. Le code de la commande publique distingue également les marchés pouvant faire l'objet d'une sous-traitance. En lieu et place du marché industriel, le code adjoint aux marchés de travaux et aux marchés de services, les « *marchés de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation* »[1918]. Ainsi, à l'instar du juge judiciaire, le juge administratif vérifie si la prestation est spécifique au marché public et aux spécifications

[1914] Cass., com., 1er octobre 1991, n°90-10.455, publié au bulletin. La Cour de cassation juge qu'un entrepreneur est un simple fournisseur et non pas un sous-traitant lorsque la commande qu'il exécute « *ne présente aucune particularité et aucune indication spécifique concernant la forme, la consistance, les dimensions desdites machines eu égard à l'ensemble commandé par leur destinataire.* ».
[1915] Voy. la note d'A. BÉNABENT, « *Sous-traitance ou fourniture : critère de la fabrication spécifique* », *Recueil Dalloz*, 1992.112, sous l'arrêt Cass., com., 1er octobre 1991, *op. cit*.
[1916] Selon la formule de l'article 2 du CMP dans son édition de 1964 (jusqu'à l'adoption du décret n°2001-210 du 7 janvier 2001).
[1917] Décret n°2004-16 du 7 janvier 2004 (*op. cit.*), article 10.
[1918] Article L. 2193-1 du CCP. Ce type de marché de fournitures, parce qu'il comporte des travaux ou des services, ne peut être assimilé à un simple contrat de fournitures, et constitue donc un contrat d'entreprise.

techniques de l'acheteur[1919], distinguant ainsi le contrat de fournitures[1920] de la sous-traitance[1921], parfois non sans difficultés[1922].

1555. En droit de l'Union européenne, la notion de contrat d'entreprise n'existe pas, de sorte que la sous-traitance au sens de la directive 2009/81/CE ne fait pas de distinction entre fourniture et sous-traitance au sens du droit français. En effet, le contrat de sous-traitance est défini comme étant « *un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un adjudicataire d'un marché et un ou plusieurs opérateurs économiques tiers aux fins de la réalisation du marché en question et ayant pour objet des travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* »[1923]. Cette définition n'applique pas de critère de la fabrication spécifique, puisqu'elle intègre dans le champ de la sous-traitance la « *fourniture de produits* ». Cette expression désigne la fourniture *stricto sensu*, laquelle constitue un produit sur étagères, existant en dehors du marché en cause.

2. Solution : la mise en place de la catégorie de « sous-contrat »

1556. La directive 2009/81/CE consacrant des règles spéciales applicables à la sous-traitance, indifférentes à la distinction entre sous-traitant *stricto sensu* et fournisseur, le

[1919] CE, 26 septembre 2007, *Département du Gard*, n°255993, tables du *Lebon*. Le CE précise ainsi que la loi du 31 décembre 1975 « *ne concerne que les prestations relatives à l'exécution d'une part du marché et non de simples fournitures au cocontractant du maître de l'ouvrage* ».

[1920] CAA Lyon, 11 mars 2006, *Société Qualia*, n°01LY00279. Le juge administratif considère que la fourniture, la pose et le déplacement d'un échafaudage relève d'une simple location de matériels et non d'une sous-traitance du marché en cause.

[1921] CAA Nantes, 7 octobre 2011, *François X.*, n°10NT02052, inédit au *Lebon*. La cour analyse la fourniture d'un ensemble de ventilation conforme au cahier des clauses techniques particulières applicable au marché en cause, comme un sous-traité. Elle relève que « *les gaines rectangulaires et les accessoires fournis par la société Tuvaco ont été fabriqués sur mesure pour répondre aux spécificités imposées par le cahier des clauses techniques particulières* ». Dès lors, elle ne peut être regardée « *comme s'étant bornée à fournir des équipements de production courante* », de sorte que la société a participé à l'exécution d'une partie du marché, présentant ainsi la qualité de sous-traitant.

[1922] H. PIELBERG, « Sous-traitance », *Jurisclasseur Contrats et marchés publics*, Fasc. unique, 2020 (mis à jour le 26 janvier 2023), §11-12. L'auteur relève ainsi que « *la situation du fournisseur n'est pas toujours évidente* », notamment lorsque le contrat de fournitures porte sur des biens spécifiques. Le juge administratif doit alors se livrer « *à une analyse très fine des termes du contrat pour déterminer si celui-ci ne contenait pas, outre une obligation de livrer la chose commandée, une obligation de faire prenant la forme d'une participation effective à l'exécution du travail confié par le maître de l'ouvrage* ». Ainsi, un contrat de fournitures peut dissimuler dans les faits un contrat d'entreprise.

[1923] Directive 2009/81/CE, article 1er, point 22.

législateur français a dû mettre en place une nouvelle notion afin de se conformer auxdites règles : le « *sous-contrat* ». Ainsi, le code de la commande publique prévoit que le titulaire d'un MDS peut confier à un autre opérateur économique l'exécution d'une partie de son marché, « *y compris un marché de fournitures* »[1924]. Cette précision illustre le fait que la notion n'est pas circonscrite aux marchés (de défense ou de sécurité) présentant le caractère de contrat d'entreprise.

1557. L'article L. 2393-1, alinéa 2 prévoit qu'un sous-contractant est, soit « *un sous-traitant au sens de l'article L. 2393-2* » (c'est-à-dire les sous-contrats présentant le caractère de sous-traités au sens de la loi du 31 décembre 1975), soit « *un opérateur économique avec lequel le titulaire conclut en vue de la réalisation d'une partie de son marché un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise* ». L'alinéa suivant définit le contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise « *lorsqu'il a pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services qui ne sont pas réalisés spécifiquement pour répondre aux besoins de l'acheteur.* ». Ce faisant, la notion de sous-contrat n'est pas limitée au critère de la fabrication spécifique, et dépasse la sous-traitance au sens de la loi du 31 décembre 1975.

1558. Cette nouvelle catégorie, créée pour les MDS, n'est pas, de prime abord, exempte de critique. En effet, la notion de sous-contrat[1925], si elle ne se limite pas à la sous-traitance[1926], n'intègre pas, en principe, le contrat de fournitures, dès lors que le sous-contrat est une catégorie juridique qui est « *le produit de la duplication d'une prestation initiale attachée à une obligation de faire, ce que ne permet pas un simple marché de fourniture* »[1927] (lequel consiste en une obligation de donner).

[1924] Article L. 2393-1, alinéa 1 du CCP.

[1925] P. BLANQUET, *op. cit.*, p. 168. L'auteur propose une définition articulée autour d'un lien matériel et d'un lien fonctionnel. Ainsi, « *le sous-contrat est un contrat produit par la duplication d'une prestation contractuelle initiale afin qu'une des parties au premier contrat, devenant la partie intermédiaire, soit substituée matériellement par un tiers dans la charge ou le bénéfice de ladite prestation.* ».

[1926] *Ibid.* L'auteur rappelle « *que le premier article de* [la loi du 31 décembre 1975] *limite la sous-traitance aux contrats initiaux d'entreprise ou de marché public, mais que cela concerne uniquement le champ d'application de cette loi et ne concerne nullement la délimitation du champ sous-contractuel* », y voyant là « l'un des problèmes récurrents des analyses systématiques des sous-contrats », qui se « *réduisent souvent à l'étude de la sous-traitance des marchés publics ou des contrats d'entreprises et résument la forme sous-contractuelle à cette dernière.* » (p. 97).

[1927] *Ibid.*, p. 98.

1559. Ainsi, la catégorie du sous-contrat créée pour les MDS semble remettre en cause la définition classique de sous-contrat. Toutefois, en réalité, cette création est limitée à un champ d'application très précis, celui de l'ensemble des contrats confiés par le titulaire d'un MDS à des opérateurs économiques, qu'ils soient sous-traitants *stricto sensu* ou fournisseurs (c'est-à-dire l'ensemble des cocontractants du titulaire, dans le cadre de l'exécution du marché principal). Fondamentalement, cette catégorie est exclusivement fonctionnelle, de sorte que l'article L. 2393-1 du code de la commande publique n'implique pas une refonte de la notion de sous-contrat en droit français. Ainsi, les effets de la catégorie de sous-contrat sont ponctuels, propres aux MDS.

B. Les effets de la catégorie de sous-contrat

1560. Les effets de la catégorie de « sous-contrat » au sens de l'article L.2393-1 du code de la commande publique sont limités. Elle ne remet pas en cause les règles de droit commun en matière de sous-traitance (1). Sa seule vocation est d'étendre les règles spéciales applicables à l'exécution des MDS à l'ensemble des cocontractants du titulaire du marché (2).

1. L'absence de remise en cause des règles de droit commun en matière de sous-traitance

1561. La catégorie de « *sous-contrat* » au sens de l'article L. 2393-1 du code de la commande publique ne remet pas en cause l'édifice catégoriel du droit français, selon lequel une sous-traitance *stricto sensu* n'est possible que pour les contrats ayant les caractéristiques d'un contrat d'entreprise. En effet, cet article conserve le critère du contrat d'entreprise, pour distinguer selon que les sous-contrats présentent ou non le caractère d'un sous-traité. Le critère du contrat d'entreprise n'est pas remis en cause, et la notion traditionnelle de sous-traitant demeure inchangée, y compris dans le cadre des MDS : le sous-traitant *stricto sensu* demeure soumis à une obligation de faire vis-à-vis du titulaire (de l'entrepreneur), tandis que le simple fournisseur est lié par une obligation de donner.

1562. Ainsi, le sous-contrat au sens de l'article L. 2393-1 du code de la commande publique ne remet pas en cause les règles classiques applicables à la sous-traitance et spécialement les plus importantes d'entre elles, celles relatives aux modalités d'acceptation et de paiement. Ce faisant, tout sous-contrat présentant le caractère de sous-traité se voit appliquer dans une très large mesure les règles prévalant pour la sous-traitance des marchés publics civils. Les modalités d'acceptation sont sensiblement identiques[1928], de même que les conditions de paiement[1929]. En revanche, la mise en place de la notion de sous-contrat au sens de l'article L. 2393-1 du code de la commande publique n'a pas eu pour effet d'étendre les dispositions relatives aux conditions de paiement du sous-traitant aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités.

1563. Il convient de noter un rapprochement entre le sous-traitant et le fournisseur en matière d'acceptation par l'acheteur. En effet, l'article R. 2393-41 du code de la commande publique prévoit la possibilité pour l'acheteur d'imposer l'acceptation des fournisseurs, à l'instar des sous-traitants. Néanmoins, la distinction demeure, dans la mesure où l'acceptation est obligatoire dans un cas (sous-traitance), et à la discrétion de l'acheteur dans l'autre (sous-contrats ne présentant pas le caractère de sous-traités).

1564. Ainsi, la notion de sous-contrat au sens de l'article L. 2393-1 du code de la commande publique n'a pas véritablement remis en cause le critère du contrat d'entreprise (et donc de la fabrication spécifique). Les règles classiques applicables à la sous-traitance demeurent très largement applicables aux MDS. En réalité, la notion a pour objet d'appliquer un certain nombre de règles spéciales des MDS à l'ensemble des sous-contrats, qu'il s'agisse de sous-traités ou non. Ces règles spéciales forment le régime applicable aux sous-contrats.

[1928] À ceci près que, dans le cas des MDS, la notification du marché emporte acceptation du sous-traitant (article R. 2393-26 du CCP).
[1929] L'acheteur n'est toutefois pas obligé d'agréer les conditions de paiement des sous-traitants, cet agrément intervenant « *le cas échéant* » (article R. 2393-26 du CCP), c'est-à-dire lorsque l'acheteur l'impose, contrairement aux marchés publics civils où la notification du marché emporte également l'agrément des conditions de paiement (article R. 2193-2 du CCP).

2. L'extension des règles spéciales à l'ensemble des sous-contrats

1565. Le régime applicable aux sous-contrats répond à deux objectifs principaux. Il s'agit d'étendre le régime de contrôle[1930] par l'acheteur sur l'ensemble des sous-contrats (y compris les fournisseurs) (a), ainsi que le régime de mise en concurrence (b).

a. L'application du régime de contrôle sur l'ensemble des sous-contrats

1566. En premier lieu, les dispositions relatives à la sécurité des informations applicables au titulaire du MDS le sont également à l'ensemble des sous-contractants. Ainsi, s'agissant de la sécurité des informations relatives à la passation, l'article R. 2332-8 du code de la commande publique impose au titulaire de veiller à ce que les sous-contractants respectent les exigences assurant la protections des informations classifiées qu'implique la consultation. S'agissant de la sécurité des informations en tant que condition d'exécution particulière, le titulaire doit fournir l'engagement de préserver la confidentialité des informations de l'ensemble de ses sous-contractants, de même qu'il doit fournir les éléments relatifs aux capacités des sous-contractants d'assurer cette confidentialité[1931].

1567. En second lieu, les conditions dans lesquelles l'acheteur peut rejeter le sous-contractant proposé par le titulaire illustre le fait que l'acheteur dispose d'un droit de regard étendu sur les modalités d'exécution du marché. Son contrôle ne s'exerce pas seulement au niveau du marché principal, notamment à travers les critères de sélection des candidatures et de choix des offres que les candidats et soumissionnaires doivent satisfaire, mais également au niveau de l'ensemble des sous-contrats. Les sous-contractants, sous-traitants et fournisseurs, doivent, à l'instar du titulaire, satisfaire aux exigences de l'acheteur. Concrètement, l'acheteur peut refuser un opérateur économique comme sous-contractant, s'il répond à un cas d'exclusion ou s'il « *ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats*

[1930] Ces éléments expliquent la conclusion de P. BLANQUET (*op.cit.*) selon laquelle le sous-contrat au sens de l'article L. 2393-1 du CCP n'est pas une nouvelle définition du sous-contrat, « *mais la traduction de la volonté de soumettre ces contrats de fourniture passés par les fournisseurs de personnes publiques à un régime de contrôle plus strict, celui des sous-contrats précisément.* ».
[1931] Article R. 2351-14-2° et R. 2351-14-3° du CCP.

du marché public principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements »[1932].

1568. Or, ces capacités sont appréciées « *notamment au regard de la sécurité des informations, de la sécurité des approvisionnements ou de l'aptitude à exécuter le marché, à faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou à assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché lorsque l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire ou des sources d'approvisionnement dont il dispose se trouve hors du territoire de l'Union européenne.* »[1933]. Autrement dit, les sous-contractants sont susceptibles de faire l'objet de la même sélection que les candidats et soumissionnaires au niveau du marché principal[1934]. La notion de sous-contrat a ici pour effet d'étendre ce *pouvoir de contrôle* pour l'ensemble des contrats liés au marché[1935]. Une telle maîtrise révèle bien la nature spécifique des MDS. Ils sont, parmi les marchés publics, des contrats relevant du régalien, qui, bien qu'économiques, ne sont pas des commandes tout à fait comme les autres, légitimant ce contrôle accentué de l'acheteur.

b. L'application du régime de mise en concurrence sur l'ensemble des sous-contrats : le cas des PME

1569. Ensuite, l'autre objectif de la mise en place d'une notion élargie de sous-contrat réside dans la volonté d'imposer la mise en concurrence de l'ensemble des sous-contractants. Du point de vue de la directive 2009/81/CE, les règles relatives à la sous-traitance (au sens du droit de l'Union européenne) sont d'ailleurs exclusivement dédiées aux mécanismes de mise en concurrence[1936]. Les *dispositions communes aux sous-contrats* du code de la commande

[1932] Article L. 2393-8 du CCP.
[1933] Article R. 2393-1 du CCP.
[1934] Avec une certaine dose de transparence, puisque l'acheteur doit fournir au soumissionnaire ou titulaire une justification par écrit du rejet d'un sous-contractant (article R. 2393-22 du CCP).
[1935] Selon P. BLANQUET (*op. cit.*), la notion de sous-contrat relève de la volonté du législateur « *d'étendre le régime protecteur des sous-contrats à des contrats qui, matériellement n'en sont pas, mais que la loi qualifie ainsi pour justifier ledit régime. Les domaines sensibles dans lesquels ces contrats sont passés expliquent ce souci à l'égard des fournisseurs.* » (p. 98).
[1936] Directive 2009/81/CE (*op. cit.*), articles 50 à 54.

publique le sont également[1937]. Ici, la notion de sous-contrat permet de mettre en concurrence des fournisseurs du titulaire, décuplant ainsi les effets attendus de la mise en compétition des sous-contractants. L'application d'une telle mise en concurrence devrait par ailleurs profiter au premier chef à l'accès des PME au marché, faisant de cette condition d'exécution une des mesures favorables aux PME (i). De ce point de vue, la mise en concurrence des sous-contrats peut, en particulier, être comparée au dispositif de réservation prévu pour les PME les marchés globaux (ii).

i. Une condition d'exécution intégrant les mesures favorables aux PME

1570. Cette extension est particulièrement favorable à l'accès des PME et ETI aux MDS. En effet, en s'appliquant aux simples contrats de fourniture, la mise en concurrence concerne les parties du marché qui ne répondent pas spécifiquement aux exigences de l'acheteur. Cette approche permet d'intégrer dans la concurrence des PME et ETI qui ne dédient pas exclusivement (voire aucunement) leurs activités au secteur de la défense ou de la sécurité[1938]. La mise en concurrence des sous-contrats offre ainsi une possibilité d'accès à des opérateurs économiques qui n'ont pas la structure (économique, industrielle, etc.) adéquate pour présenter leur candidature au niveau du marché principal voire qui n'ont pas vocation à intégrer le marché économique de la défense ou de la sécurité, y compris au stade des sous-contrats. Sur ce dernier point, les obligations de publicité[1939] qui accompagnent la mise en concurrence au niveau des sous-contrats, sont particulièrement pertinentes en élargissant les entreprises susceptibles de répondre aux besoins spécifiques du secteur de la défense ou de la sécurité.

1571. Ainsi, la mise en concurrence des sous-contrats permet de « dimensionner » le contrat au niveau des PME. Elle « *contrebalance* » le caractère optionnel de l'allotissement dans les MDS (en pratique, quasi-inexistant). Elle remplit en effet le même rôle de dimensionnement (vis-à-vis des PME) que joue l'allotissement dans les marchés publics civils.

[1937] Article L. 2393-3 à L. 2393-9 et R. 2393-2 à R. 2393-22 du CCP. L'ensemble de ces dispositions concernent la mise en concurrence des sous-contrats, à l'exception des conditions de rejets des sous-contractants, valables sans recours aux mécanismes de mise en concurrence.
[1938] Par l'intermédiaire de la notion de sous-contrat, la mise en concurrence est susceptible d'intéresser les PME et ETI aux activités duales (civiles et militaires) ou même exclusivement civiles (pour les fournitures les plus élémentaires intégrant l'équipement, les travaux ou les services objet du MDS. C'est notamment le cas des contrats relatifs à l'intégration de produits dits *sur étagères*, etc.).
[1939] Cf. *infra* §1686.

La mise en concurrence des sous-contrats renforce la *participation à la réalisation du marché* des PME par le biais de la sous-traitance, confirmant l'intérêt de cette voie alternative pour ces structures relevé par le Conseil constitutionnel[1940]. Par ailleurs, s'il ne s'agit pas dans le cas des MDS d'un mécanisme dédié aux PME, le recours à la mise en concurrence au stade des sous-contrats est conçu comme devant leur profiter au premier chef.

1572. Ainsi, la mise en concurrence des sous-contrats intègre les règles de la sous-traitance favorables aux PME. Elle devrait se distinguer par sa plus grande efficacité par rapport aux autres règles, dont les effets sont pour le moins indirects. Tel est le cas de la communication du sous-traité, étendue au sous-contrat pour les MDS, permettant à l'acheteur d'apprécier le caractère proportionné des clauses du sous-contrat, notamment celles appliquées aux PME[1941]. Il en va de même pour l'indication par les soumissionnaires dans leur offre de la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter (ou sous-contracter s'agissant des MDS) à des PME ou artisans[1942]. Ce dispositif est purement informatif, et ne permet pas à l'acheteur de faire de la sous-traitance des PME un critère de sélection[1943]. De façon générale, de tels mécanismes relèvent davantage de l'incitation que de la contrainte vis-à-vis des soumissionnaires. Si elle ne permet pas de corriger les défauts de l'accès des PME au marché par la voie de la sous-traitance[1944], la mise en concurrence constitue quant à elle un véritable levier pour l'acheteur

[1940] CC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, *op. cit*. La possibilité de passer un marché unique portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationales a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel, au motif, notamment, que ces dispositions auraient « *pour effet de défavoriser les petites et moyennes entreprises dans l'accès à la commande publique* ». Néanmoins, le Conseil constitutionnel souligne que, outre la possibilité de présenter une offre groupée et le maintien de la possibilité d'allotir le marché, « *ne privant pas le titulaire du marché du droit de recourir à la sous-traitance,* [la loi] *permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder par cette voie à la commande publique* » (considérant 7).

[1941] Dans son instruction ministérielle relative au Plan ACTION PME (*op. cit.*), le ministère des armées entend en effet exploiter cette faculté afin de vérifier le caractère proportionnée des clauses appliquées aux PME (action 2.7).

[1942] Article R. 2151-13 du CCP pour les marchés publics civils et R. 2351-12 pour les MDS. F. ALLAIRE (*op. cit.*) relève le risque de « *confusion préjudiciable* » de cette disposition, en ce qu'elle « *laisse à penser que la sous-traitance à des PME est un motif de discrimination tacite en imposant de le renseigner alors qu'il ne pourrait constituer un critère de sélection des candidatures ou des offres* » (p. 147).

[1943] P. BLANQUET, *op. cit.*, p. 16. L'auteur souligne néanmoins le fait que les candidats pourraient « *mettre en avant une structure sous-contractuelle s'appuyant sur des PME, notamment locales* ».

[1944] Ces défauts sont notamment un moindre contrôle de l'acheteur public, des garanties financières moins élevées, ainsi que des retombées économiques et une renommée moindres par rapport à l'attribution du marché principal.

afin de favoriser l'accès des PME aux marchés. En d'autres termes, il est en mesure d'instrumentaliser le marché dans le but de réaliser un objectif de politique publique.

ii. Comparaison avec le mécanisme de réservation en faveur des PME dans les marchés globaux

1573. Par ailleurs, la mise en concurrence des sous-contrats dans les MDS peut être comparée à la part minimale d'exécution du contrat réservé aux PME prévue dans les marchés de partenariat[1945]. Cette part minimale a été fixée à 10% minimum du montant prévisionnel du marché de partenariat à des PME. Cette disposition, qui peut dans certaines hypothèses être remise en cause[1946], comprend par ailleurs un critère d'attribution relatif à « *la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des* [PME] *ou à des artisans* »[1947], permettant ainsi à l'acheteur d'« *apprécier l'effort supplémentaire consenti en faveur des PME* »[1948]. Le dispositif a par la suite été étendu aux marchés globaux[1949]. Cette extension survient dans le contexte de la crise covid-19, et dans une volonté de relance de l'économie post-épidémie[1950]. Ici, le droit des marchés publics s'adapte, non seulement au contexte économique structurel, mais également au contexte économique conjoncturel. Cette disposition s'accompagne en outre d'un critère d'attribution. Toutefois, l'extension de ce dispositif à l'ensemble des marchés globaux n'est pas applicable aux MDS, afin de tenir compte de « *la*

[1945] Article L. 2213-14 du CCP. Peut également être relevé le dispositif applicables aux concessions, lesquelles prévoient la possibilité pour l'autorité concédante d'imposer aux soumissionnaires de confier à des PME ou artisans une part minimale des travaux et services faisant l'objet de la concession (article L. 3114-9 du CCP). Cette part ne peut être inférieure à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession (article R. 3114-5 du CCP).

[1946] S'agissant du secteur civil, l'obligation de sous-traitance n'est pas applicable lorsque la structure économique du secteur économique ne le permet pas (article R. 2213-5 du CCP). Pour les marchés de partenariat de défense ou de sécurité, s'ajoute à l'exception susmentionnée celle où « *la sécurité des approvisionnements ou celles des informations ne le permettent pas* » (article R. 2373-1 du CCP).

[1947] Article L. 2222-4 du CCP.

[1948] F. LINDITCH, « La commande publique, après la loi ASAP », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2021, n°4, étude.

[1949] Ce dispositif, mis en place par l'ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique (JORF n°0149 du 18 juin 2020), a été codifié à l'article L. 2171-8 du CCP. La part de l'exécution du marché global confiée aux PME et artisans ne peut être inférieure à 10% du montant prévisionnel du marché (article R. 2171-9 du CCP). Les marchés globaux se voient également appliquer la prise en compte parmi les critères d'attribution de la part d'exécution que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME et artisans (article L. 2152-9 du CCP).

[1950] Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance souligne ainsi qu'étendre un tel critère à l'ensemble des marchés globaux « *permettrait de soutenir les PME fragilisées par cette crise en leur facilitant l'accès à ce type de contrat* ».

structure particulière des marchés d'armement. Remplir cette obligation nécessiterait de multiplier les contrats avec les sous-traitants et représenterait un coût trop important »[1951].

1574. Il s'agit du seul régime préférentiel d'attribution en faveur des PME, dans les marchés publics. F. ALLAIRE souligne l'absence de discrimination, en ce que « *le régime préférentiel procède d'une obligation qui s'impose à tous les candidats* ». Ainsi, ce régime « *ne génère de discriminations positives que par ruissellement de sorte que l'attribution du marché ou de la concession ne discrimine pas directement les opérateurs* »[1952]. Le critère d'attribution prenant en compte la part d'exécution confiée à des PME ou à des artisans soulève toutefois plus de difficultés, puisqu'il devient un critère de choix des offres qui « *contredit dans son principe la jurisprudence historique du Conseil d'État sur l'interdiction des discriminations justifiées par la taille de l'opérateur économique* » [1953]. F. ALLAIRE envisage une généralisation du dispositif, s'appuyant sur les évolutions récentes de la jurisprudence relatives à la responsabilité sociale des entreprises. Néanmoins, la circonstance que ce régime n'a pas été éprouvé par le juge, administratif ou européen, soulève la question de sa légalité, et à plus forte raison sa généralisation. Dans la positive, les PME profiteraient, à leur tour, d'une extension du *périmètre des discriminations acceptables*[1954].

1575. La réservation d'une part du marché aux PME pourrait à terme s'accompagner de l'application d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, à l'instar de la mise en concurrence des sous-contrats dans les MDS. Cela aurait l'avantage de nuancer la « *suspicion* » de discrimination[1955]. En outre, les difficultés d'application de ce mécanisme de réservation sont nombreuses. Si certaines d'entre elles ne peuvent être corrigées par une mise en concurrence – notamment le recours à la sous-traitance au détriment de la cotraitance[1956] –, d'autres peuvent être nuancées. La mise en concurrence des sous-contrats permettrait

[1951] D. DAVID, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (n° 3236), Assemblée nationale, Rapport n°3373, 19 janvier 2021, p. 25.
[1952] F. ALLAIRE, « L'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique », *op. cit.*, p. 145.
[1953] *Ibid.*
[1954] R. LE VELLY, *op. cit.*, p. 187.
[1955] Cette réserve serait supprimée si la mise en concurrence n'était pas limitée aux PME et artisans. Néanmoins, le dispositif serait *de facto* favorable à l'accès des PME au marché.
[1956] F. LINDITCH, (« La commande publique, après la loi ASAP », *op. cit*). Or, souligne l'auteur, la cotraitance est « *en principe plus favorable à la PME que la sous-traitance* ».

potentiellement d'éviter que les PME ou artisans ne se voient confier que des prestations limitées au sein des marchés globaux[1957], dans la mesure où l'acheteur peut imposer la mise en concurrence des sous-contrats sur une part plus importante du marché[1958]. De plus, le mécanisme de réservation dans les marchés globaux n'interdit pas aux grands groupes, titulaires d'un marché global, de satisfaire à leur obligation en ayant recours à leurs filiales. Dans une telle hypothèse, « *les grands groupes peuvent parfaitement ne pas ouvrir le bénéfice sur les autres PME* »[1959]. Or, dans le cas de la mise en concurrence, cette hypothèse est rendue impossible par l'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire du champ d'application de la mise en concurrence[1960].

1576. La notion de sous-contrat répond à un besoin de mise en cohérence vis-à-vis de la sous-traitance au sens de la directive 2009/81/CE, sans pour autant bouleverser les concepts juridiques français. Il s'agit d'une catégorie *ad hoc*, exclusivement opératoire pour les MDS, et répondant à des objectifs précis, notamment celui d'appliquer les règles de mise en concurrence à l'ensemble des sous-contrats. Toutefois, la notion de sous-contrat n'est pas applicable aux sous-contractants entretenant des relations d'influence avec (ou communes) le titulaire.

II. L'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire

1577. Les fournisseurs et sous-traitants ayant des relations d'influence avec le titulaire ne sont pas considérés comme étant des sous-contractants au sens de l'article L. 2393-1 du code de la commande publique. Cette exclusion repose sur un champ d'application précis (A), de sorte que la définition de l'opérateur économique lié au titulaire apparaît comme étant relativement restreinte (B).

[1957] M. AMILHAT, « Les effets de la loi ASAP sur la commande publique : entre espoir et incertitudes », *RDI*, 2021, p. 128. Outre le moindre recours à la cotraitance, l'auteur note en effet qu' « *il est probable que le recours aux PME, TPE et artisans ne concerne que des prestations limitées au sein des marchés globaux* (…) ».
[1958] Cf. *infra* §1652 et s.
[1959] F. LINDITCH, *op. cit.*
[1960] Cf. *infra* §1577 et. s.

A. Champ d'application de l'exclusion

1578. L'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire, lesquels sont limitativement énumérés par le code de la commande publique, ne vaut que dans le cadre des mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats (1). Ce champ d'application illustre par ailleurs l'artificialité de la notion de sous-contrat (2).

1. Une exclusion limitée aux mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats

1579. L'article L. 2393-3 du code de la commande publique dispose que « *les opérateurs économiques liés au titulaire ne sont pas considérés comme sous-contractants.* ». Cette exclusion du champ d'application de la notion de sous-contrat des opérateurs économiques liés au titulaire ne vaut toutefois que pour les régimes de mise en concurrence au stade des sous-contrats. Cela signifie que, pour le reste, ces opérateurs économiques demeurent des sous-contractants, de sorte qu'ils se voient appliquer le régime de contrôle (c'est-à-dire les règles relatives à la sécurité des informations, ainsi que les conditions de rejet des sous-contractants).

1580. Cette exclusion est fondée sur la volonté d'échapper à un risque de favoritisme des opérateurs économiques liés au titulaire, dans le cadre d'une mise en concurrence précisément organisée par ledit titulaire. Dans une telle situation, le titulaire se mettrait (indirectement) lui-même en concurrence. Cette situation serait d'autant plus dommageable que la mise en concurrence n'est pas un choix pour le titulaire, mais une obligation qui lui est imposée par l'acheteur.

1581. De ce risque de favoritisme découle un risque contentieux[1961]. Les opérateurs économiques peuvent estimer que, dans le cadre de la mise en concurrence organisée par le titulaire, la seule participation d'opérateurs économiques liés à ce dernier ne respecte pas le principe d'égalité de traitement des candidats (ici, les sous-contractants). Ainsi, dans

[1961] Ce risque contentieux a été relevé pour le plan d'acquisition, pour lequel le titulaire avait la possibilité de mettre en concurrence des opérateurs économiques qui lui étaient liés.

l'hypothèse où un opérateur économique lié au titulaire emporte la compétition, les autres candidats auraient la tentation de former un recours devant le juge administratif.

2. Un champ d'application illustrant l'artificialité de la notion de sous-contrat

1582. Le champ d'application de la notion de sous-contrat pour la mise en concurrence démontre une artificialité. Alors que le besoin de s'aligner sur la sous-traitance au sens de la directive 2009/81/CE a pour effet d'étendre la notion de sous-contrat aux fournisseurs, l'exclusion des opérateurs économiques liés a pour conséquence de la restreindre.

1583. Ainsi, le champ d'application du sous-contrat au sens de l'article L. 2393-1 du code de la commande publique donne lieu à une situation dans laquelle un opérateur économique, qui n'est pas un sous-contractant au sens classique du terme, l'est au sens de l'article L. 2393-1. Tel est le cas d'un simple fournisseur, pourvu qu'il ne soit pas lié au titulaire. À l'inverse, un opérateur économique qui devrait être considéré comme sous-contractant ne l'est pas dans le cadre de la mise en concurrence des sous-contrats d'un MDS : ainsi en est-il d'un sous-traitant lié au titulaire.

1584. Ce mouvement contradictoire d'extension-restriction de la notion de sous-contrat démontre que cette dernière est avant tout une catégorie fonctionnelle, qui, non seulement répond à un impératif de cohérence avec la définition de sous-traitance en droit de l'Union européenne, mais, également, repose sur une « *logique économique rationnelle* »[1962]. Le sous-contrat est ici une catégorie *ad hoc*, discutable sur le plan juridique, dessinée pour les besoins d'un mécanisme particulier applicable à un contrat de la commande publique spécial qu'est le MDS.

1585. Pour rationaliser la notion de sous-contrat dans le cadre du régime de mise en concurrence de l'article L. 2393-3 du code de la commande publique, le législateur français a

[1962] P. BLANQUET (*op. cit.*), p. 150.

opté pour une définition des opérateurs économiques liés au titulaire fondée sur une énumération.

B. Définition des opérateurs économiques liés au titulaire

1586. L'article R. 2393-2 du code de la commande publique énumère les opérateurs économiques considérés comme étant liés au titulaire. De cette liste, il est possible de déduire une classification (1). La définition des opérateurs économiques liés au titulaire emporte une série de conséquences sur le mécanisme de mise en concurrence des sous-contrats (2).

1. Classification des opérateurs économiques liés au titulaire

1587. L'article 50, §2 de la directive 2009/81/CE dispose que ne sont pas considérés comme des tiers « *les entreprises qui se sont groupées pour obtenir le marché ni les entreprises qui leur sont liés* ». Ainsi, la directive ne définit pas le lien entre le titulaire et un opérateur économique propre à disqualifier ce dernier de « *tiers* », et donc de sous-contractant. En revanche, le code de la commande publique en dit davantage sur la nature de ce lien.

1588. Pour ce faire, le code de la commande publique s'est appuyé sur la notion d' « *influence dominante* » d'un pouvoir adjudicateur sur une entreprise publique défini à l'article L. 1212-2. Dans cette configuration, le pouvoir adjudicateur correspond au titulaire, et l'entreprise publique à l'opérateur économique[1963]. Comme pour la mise en concurrence des sous-contrats, il y a ici une translation, le titulaire prenant le rôle du pouvoir adjudicateur, et le sous-contractant celui du candidat ou soumissionnaire.

1589. L'article R. 2393-2 du code de la commande publique distingue quatre opérateurs économiques dont les liens sont tels qu'ils ne sont pas considérés comme sous-contractants en

[1963] L'article L. 1212-2, alinéa 2 du CCP prévoit que l'influence d'un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs sur une entreprise publique est dominante lorsqu'ils « *directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance* ».

cas de mise en concurrence des sous-contrats. Une classification des opérateurs économiques liés au titulaire peut en être déduite. Deux catégories apparaissent selon que le lien est *horizontal* ou *vertical*.

1590. S'agissant du lien horizontal, il convient de distinguer, d'une part, « *les membres d'un même groupement les uns vis-à-vis des autres* » (article R. 2393-2-1° du code de la commande publique), et, d'autre part, « *les opérateurs économiques qui sont soumis avec le titulaire du marché à l'influence dominante* (…) *d'un même opérateur économique* » (article R. 2393-2-4°). Le premier correspond à un lien horizontal *conjoncturel*, dans la mesure où le titulaire et l'opérateur économique font partie d'un GIE constitué pour le marché en cause. Le second relève d'un lien horizontal *structurel*, dans lequel le titulaire et l'opérateur appartiennent au même groupe. Ainsi, un tel lien existe entre le titulaire d'un MDS, filiale d'une société exerçant sur lui une influence dominante, et une autre filiale de cette société, avec laquelle le titulaire souhaite sous-contracter une partie du marché.

1591. Le lien vertical résulte d'une influence dominante directe entre le titulaire et l'opérateur économique. Le lien vertical est *descendant* lorsque c'est le titulaire qui exerce sur l'opérateur économique une telle influence (article R. 2393-2-2° du code de la commande publique). C'est notamment le cas lorsque l'opérateur économique est une filiale du titulaire. *A contrario*, le lien vertical est *ascendant*, lorsque le titulaire est soumis à l'influence dominante de l'opérateur économique (article R. 2393-2-3° du code de la commande publique), notamment lorsque le premier est une filiale du second.

1592. Ainsi, la définition du code de la commande publique du lien entre le titulaire et l'opérateur économique propre à exclure la qualification de sous-contrat, fondée sur l'influence dominante, intègre toutes les hypothèses possibles (lien horizontal, conjoncturel ou structurel, et vertical, ascendant ou descendant). Or, la notion d'opérateur économique lié au titulaire emporte un certain nombre de conséquences sur la mise en concurrence des sous-contrats.

2. Conséquences de l'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire

1593. L'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire répond à une analyse subjective de la définition du tiers de la directive 2009/81/CE[1964]. Elle a pour conséquence, d'abord, que ces opérateurs économiques ne sont pas soumis aux obligations de mise en concurrence, et, ensuite, que ces derniers ne permettent pas au titulaire de respecter ses obligations relatives à la mise en concurrence des sous-contrats.

1594. La première de ces conséquences empêche le titulaire de mettre en concurrence ces derniers, tout autant que cela lui permet de ne pas le faire (et donc de faire échapper les opérateurs économiques liés au risque d'une compétition perdue)[1965]. Néanmoins, cette possibilité repose sur la circonstance que l'acheteur ne lui impose pas de mettre en concurrence tous les sous-contrats, comme l'article R. 2393-4 du code de la commande publique l'autorise à le faire[1966]. Dans une telle hypothèse, le titulaire ne pourrait pas faire appel à des opérateurs économiques qui lui sont liés.

1595. L'exclusion des opérateurs économiques liés du champ d'application des mécanismes de mise en concurrence empêche par ailleurs le titulaire de satisfaire ses obligations de sous-contractance imposées par l'acheteur. Ces opérateurs économiques ne sont pas comptabilisés dans le pourcentage de sous-contractance que l'acheteur peut lui imposer (jusqu'à 30% du montant du marché)[1967]. La part soumise à cette obligation est susceptible d'excéder celle que le titulaire souhaitait initialement confier aux opérateurs économiques qui

[1964] La directive 2009/81/CE exclue les opérateurs économiques liés au titulaire, non pas de la qualification de sous-traitant (au sens du droit de l'Union européenne), mais de celle de « *tiers* ». Sur l'analyse subjective du tiers, voy. P. BLANQUET (*op. cit.*), p. 147-150. L'auteur s'appuie notamment sur l'article L. 2393-3 dans sa présentation de l'analyse subjective dans le cadre de la définition du tiers. Ainsi, cette disposition est « *une nouvelle illustration de l'analyse subjective du lien unissant deux sociétés objectivement tierces et des possibles adaptations du régime tenant compte d'une proximité particulière* » (p.150).

[1965] C'est l'analyse que fait P. BLANQUET (*op. cit*., p. 150) de l'article L. 2393-3 du CCP, pour qui ce « *régime dérogatoire* [permet] *au titulaire de ne pas mettre en concurrence les entreprises liées auxquelles elle décidera de sous-traiter certaines prestations* ».

[1966] C'est également le cas lorsque l'acheteur impose une mise en concurrence d'une partie dépassant celle que le titulaire entendait confier à des opérateurs économiques liés, telles des filiales. Dans ce cas, certaines de ses filiales ne pourront se voir obtenir le sous-contrat, parce que soumis à une obligation de mise en concurrence.

[1967] Article R. 2393-7 et R. 2393-8 du CCP.

lui sont liés. Ainsi, cette flexibilité peut s'avérer être une contrainte pour le titulaire (dans des hypothèses certes théoriques[1968]).

1596. Ensuite, elle a pour conséquence d'exclure du champ d'application de la mise en concurrence des sous-contrats tout une partie de l'équipement, des travaux ou services. L'acheteur, dont l'objectif final demeure la satisfaction de son besoin, prêtera attention à ne pas contraindre le titulaire à bouleverser outre mesure son organisation industrielle, généralement fondée sur des partenariats préexistants voire sur le recours à des filiales[1969].

1597. Ce faisant, la procédure empêche potentiellement les effets positifs attendus de la mise en concurrence des sous-contrats. L'accès des PME et ETI au marché est notamment amoindri. Entre outre, l'optimisation de l'organisation industrielle du titulaire par le truchement d'une compétition transparente n'est plus envisageable pour les sous-ensembles, sous-systèmes ou fonctions exclus de la mise en concurrence[1970]. En effet, cette dernière, qu'elle soit au niveau du marché principal ou des sous-contrats, doit permettre d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

1598. À l'avantage juridique consistant à éviter le risque de favoritisme et de contentieux, répond l'éventualité d'un inconvénient industriel. Le rôle de l'acheteur dans l'organisation de la mise en concurrence des sous-contrats ne permettrait-il pas de se prémunir contre ce risque ? Les limites de l'immixtion de l'acheteur dans les relations entre le titulaire et ses sous-traitants (au sens de la loi du 31 décembre 1975) nuancent toutefois cette possibilité. Dans cette optique, le dialogue entre l'acheteur et le titulaire sur les contours de la mise en concurrence des sous-contrats est capital. Il doit permettre de parvenir à un équilibre entre la stabilité de l'organisation industrielle du titulaire et la remise en cause d'un découpage préétabli par le titulaire,

[1968] Les hypothèses selon lesquelles le titulaire impose une mise en concurrence de l'ensemble des sous-contrats, ou un pourcentage de sous-contractance imposée excédant la part prévue pour les opérateurs économiques liés par le titulaire, semblent peu probables. En particulier, le dialogue entre le titulaire et l'acheteur sur les contours de la mise en concurrence des sous-contrats, en amont de celle-ci, doit permettre d'éviter de faire peser une trop grosse contrainte pour le titulaire.

[1969] N. KURZ, « Les plans d'acquisition », *Contrats publics*, Dossier « Les marchés publics de la défense nationale », n°32, avril 2004, p. 49-51. Dans sa présentation du plan d'acquisition (cf. *infra* §1657), l'auteur explique notamment que celui-ci « *a abouti à des organisations industrielles sensiblement différentes de celles qui auraient pu être proposées « spontanément » par le maître d'œuvre, qui a traditionnellement recours à des fournisseurs avec lesquels il a établi un partenariat, voire à ses propres filiales* » (p. 50).

[1970] *Ibid.* L'auteur note que « *dans certains cas, le recours au plan d'acquisition a permis d'optimiser l'architecture fonctionnelle et technique du programme* ».

potentiellement néfaste aux effets attendus de la mise en concurrence (et à l'accès des PME au marché, ici le sous-contrat).

1599. Conclusion de la sous-section. La mise en place de la notion de sous-contrat a donc permis de répondre à un besoin de mise en cohérence avec la directive 2009/81/CE, cette dernière se fondant sur une définition extensive de la sous-traitance. Le sous-contrat n'a pas fondamentalement remis en cause les règles classiques du droit français en matière de sous-traitance. Toutefois, le législateur français s'est appuyé sur cette notion pour étendre le contrôle de l'acheteur sur l'exécution du marché, en l'étendant aux fournisseurs (dont l'acceptation peut être imposée par l'acheteur). Du point de vue de la directive 2009/81/CE, la notion de sous-contrat a pour fonction première de transposer fidèlement à l'ensemble des sous-contrats les règles relatives aux régimes de mise en concurrence des sous-contrats. Enfin, l'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire de cette mise en concurrence, qui n'est pas exempte de critiques, constitue une garantie d'impartialité et d'égalité de traitement des opérateurs économiques candidats au(x) sous-contrat(s) faisant l'objet d'une mise en concurrence.

1600. Le champ d'application positif de la mise en concurrence des sous-contrats est symptomatique des interactions entre les aspects de « marchés publics » et « politiques publiques ». La politique de défense s'appuie là encore sur la concurrence comme moteur de sa réalisation. De ce point de vue, la mise en place du « *sous-contractant concurrentiel* » est en lien direct avec l'objectif d'émergence du MEED. Accessoirement, la notion de « *sous-contractant concurrentiel* » est au service de l'objectif d'accès des PME, démontrant que la concurrence est elle-même une politique matricielle (vis-à-vis d'objectifs de politiques publiques).

Sous-section 2. Champ d'application négatif : l'interdiction des compensations industrielles

1601. Le champ d'application de la mise en concurrence des sous-contrats est complété par la disposition du code de la commande publique selon laquelle « *il ne peut être exigé du titulaire qu'il se comporte de façon discriminatoire à l'égard de ses sous-contractants potentiels,*

notamment en raison de leur nationalité »[1971]. Cette précision, *a priori* superfétatoire, vise en réalité une pratique courante dans le secteur de la défense, à rebours du principe de concurrence : la compensation industrielle (ou *offset*).

1602. Largement commentée[1972], la compensation industrielle a fait l'objet de nombreuses définitions[1973]. Dans le cadre d'un marché public (généralement un MDS), elle correspond principalement à l'hypothèse dans laquelle l'acheteur impose au titulaire d'attribuer tout ou partie de ses sous-contrats à des opérateurs économiques issus de la nationalité de l'acheteur (ou situés sur son territoire), dans le but de *compenser* l'attribution du marché à un titulaire d'un autre pays. Considérée parfois comme un « *mal nécessaire* » voire indispensable[1974], elle n'est pourtant, du point de vue du droit des marchés publics, pas admissible.

1603. Le recours aux compensations industrielles est tel que le droit des marchés publics doit en tenir compte dans l'encadrement de la sous-contractance. Ne pas revenir sur cette

[1971] Article L. 2393-4 du CCP.

[1972] Voy. notamment G. IANAKIEV et N. MLADENOV, « Offset policies in defence procurement: lessons for the European defence equipment market », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série « Les marchés publics de défense », 2008, p 185-194. (p. 191) ; S. OLIÉ, « Compensations industrielles et financières : les offsets, un mal nécessaire », *Revue Défense Nationale*, n°816, Janvier 2019, p. 103-106 ; F. COULOMB, « L'évolution des rapports entre États et entreprises dans l'industrie mondiale de défense », *Revue Défense Nationale*, n°832, Été 2020, p. 55-60 ; C. PECHMEZE, « Compensations industrielles et corruption : des choses que l'on peut révoquer en doute », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 03, 2023, étude 145. Voy. également la note d'orientation de la Commission européenne sur les *offsets* (« Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Guidance note – Offsets », 8 p. ; ci-après « Note d'orientation sur les offsets »).

[1973] Les définitions sont multiples et plus ou moins larges. Ainsi, l'AMP définit à son article 1er, l, l'opération de compensation comme étant « *Toute condition ou de tout engagement qui encourage le développement local ou améliore le compte de la balance des paiements d'une Partie, tel que l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour des technologies, l'investissement, les échanges compensés et les actions ou prescriptions similaires* » (article 1er, l). Les institutions ont également entreprise de définir la compensation. Ainsi, l'Assemblée nationale, dans un « Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le dispositif de soutien aux exportations d'armement » (n°2469, 17 décembre 2014, 157 p.), relève que les *compensations* « *peuvent être industrielles, commerciales ou financières et témoignent généralement de la volonté du pays client de gagner en autonomie politique, stratégique et industrielle* » (p. 100).

[1974] S. OLIÉ (*op. cit.*) constate que les « *les offsets sont des contraintes nécessaires pour les entreprises nationales qui veulent continuer à être compétitives sur les marchés de défense* » (p. 106). De même, F. COULOMB (*op. cit.*) place la compensation industrielle parmi les « *nombreux obstacles au libre jeu de la concurrence dans le secteur de la défense* », et l'analyse en *« une pratique contraire au libre-échange, mais souvent indispensable* » (p. 57). Les compensations ont pourtant des effets négatifs considérables. Ainsi, S. RODRIGUES (« Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit.*, p. 157) relève « *la pratique des offsets conduit fréquemment à une augmentation des coûts* ».

pratique aurait pour effet de neutraliser l'intérêt de la mise en concurrence des sous-contrats, et, plus globalement, l'application du principe de concurrence aux marchés publics dans le domaine de la défense ou de la sécurité. En effet, la compensation industrielle est manifestement contraire aux traités (I), et, partant, ne peut s'épanouir dans le droit des MDS (II).

I. Une pratique contraire aux traités

1604. Par principe, il existe une forme d'incompatibilité *per se*. Ainsi, par principe, une forme d'incompatibilité entre la pratique commerciale de la compensation industrielle et le Traité (A). Néanmoins, les compensations industrielles peuvent, par exception, être admises sur le fondement de l'article 346 TFUE (B).

A. Principe : l'incompatibilité des compensations avec les traités

1605. Une analyse des différents types de compensations (1) démontre sans ambiguïté le danger qu'elles représentent pour les principes et libertés garantis par les traités (2).

1. Typologie des compensations

1606. Malgré la diversité des pratiques des États (recours ponctuel à des compensations, mise en place d'une législation dédiée et d'application générale, etc.), il est possible de dresser une typologie des compensations mises en œuvre. Le triptyque classiquement utilisé[1975] pour ce faire est la résultante d'une combinaison de deux approches. Ce triptyque se fonde sur une distinction selon la relation entre la compensation et le contrat principal.

[1975] Ce triptyque est très largement utilisé. Il est notamment repris dans la note d'orientation de la Commission européenne relative aux *offsets* (*op. cit.*),

1607. En effet, une compensation peut être *directe* ou *indirecte* par rapport au contrat. Une compensation directe est liée au contrat, ayant trait à des produits ou services destinés au contrat principal. Tel est le cas lorsque l'acheteur exige de son cocontractant de produire localement tout ou partie du produit ou service. Une compensation indirecte, *a contrario*, est sans lien avec le contrat. Le titulaire du contrat s'engage à investir ou à acheter localement, dans une activité autre que celle du contrat, en contrepartie de l'obtention de celui-ci.

1608. Cette *summa divisio* directe/indirecte peut être affinée en abordant la compensation, selon une seconde approche, au regard de la nature des activités – produits et services – faisant l'objet de la compensation. Cette distinction permet d'isoler une troisième forme de compensation, la compensation *semi-directe*. Si cette dernière n'est pas liée directement au contrat, les produits ou services faisant l'objet d'une telle compensation sont similaires à ceux vendus dans le cadre du contrat (d'où la dimension semi-directe). L'acheteur peut notamment exiger de son cocontractant qu'il sous-traite certaines de ses activités (connexes à l'objet du contrat).

1609. Ainsi, dans le contexte du secteur de la défense, en compensation de l'obtention du contrat, l'acheteur peut exiger de son cocontractant trois formes d'*offsets* : la compensation directe, c'est-à-dire l'installation d'usines sur le territoire de l'acheteur pour la production de l'équipement de défense faisant l'objet du contrat[1976] ; la compensation semi-directe, consistant à sous-traiter d'autres marchés dans le domaine militaire sur le territoire de l'acheteur[1977] ; et enfin la compensation indirecte, lorsque l'obtention du marché est conditionnée à l'achat de matières premières auprès de fournisseurs nationaux[1978].

[1976] Le « *contrat du siècle* » entre Dassault Aviation et l'Inde relatif à l'acquisition de 126 avions de chasse Rafale prévoyait une compensation directe. Sur les 126 Rafale prévus, 108 devaient être produits localement. Ce contrat du siècle n'aura finalement pas lieu.

[1977] Une seconde version, plus modeste que la première, du contrat entre Dassault Aviations et l'Inde relative à l'acquisition de 36 *Rafale* prévoit des obligations de compensations semi-directes (à hauteur de 50% du montant du contrat). En effet, au titre de ces obligations de compensation, Safran, membre du consortium Rafale (pour la construction des moteurs du Rafale), a construit plusieurs usines en Inde, notamment pour la construction de pièces pour le moteur LEAP.

[1978] S. OLIÉ (*op. cit.*) introduit son analyse des compensations industrielles en relevant le trait d'humour de Patrice Caine, PDG de Thales. Lors d'un forum, celui-ci « *souligna* (…) *son étonnement* (…) *en apprenant que Thales était actionnaire du leader mondial de l'éponge naturelle dans le cadre d'offsets de marchés de défense avec la Grèce* » (p. 103).

1610. D'autres typologies[1979] existent, certaines d'entre elles consistant d'ailleurs à affiner le triptyque[1980]. Du point de vue des traités, ce dernier est adéquat, car il illustre la contrariété que présentent les compensations vis-à-vis du droit primaire de l'Union européenne. En effet, le triptyque brosse l'ensemble des hypothèses de compensations, tout en mettant en exergue une caractéristique commune à toutes les formes de compensations : le localisme national. En effet, toutes les compensations sont destinées à favoriser l'économie de l'État de l'acheteur, qu'elle soit liée au secteur du contrat ou non. Que les compensations soient directes, semi-directes ou indirectes, elles constituent ainsi toujours une violation des règles et principes de base du droit primaire[1981].

2. Les libertés fondamentales des traités mises en cause par les compensations

1611. Par leur objet, les compensations constituent une mesure discriminatoire fondée sur la nationalité, puisqu'elles défavorisent les opérateurs économiques, les biens et/ou les services d'autres États que celui de l'acheteur. Elles entrent ainsi en contradiction au premier chef avec deux grandes libertés de circulation.

1612. D'abord, les compensations industrielles peuvent être saisies sur le terrain de la libre circulation des marchandises. Cette dernière implique l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation entre États membres[1982], par ailleurs applicable à toute mesure d'effet équivalent. La Cour de justice a considéré comme une telle mesure « *toute réglementation commerciale des États membres susceptibles d'entraver directement ou*

[1979] Plusieurs présentations des compensations industrielles dans le domaine de la défense existent (voy. notamment S. MARTIN, *The Economics of Offsets: Defence Procurement and Countertrade*, Routledge, 1996, 352 pages). Les États-Unis ont les définitions les plus matures sur les '*offsets'*. Le *Title 15* ('*Commerce and Foreign Trade*') du *Code of Federal Regulations* définit ainsi une '*offset transaction*' comme pouvant inclure « *la coproduction, la production sous licence, la production en sous-traitance, l'investissement à l'étranger, le transfert de technologie, les échanges compensatoires, le troc, le contre-achat et le rachat.* » (Chap. VII, Part 701, Sec.701.2, (f)) (traduction libre). Les points (g) et (h)

[1980] Il est notamment possible de distinguer les compensations directes, selon qu'elles impliquent un transfert de technologie ou non. Voy. notamment le schéma du Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP) sur les différents types d'offsets directs de défense (https://grip.org/wp-content/uploads/2017/03/Types-d'offsets-directs-de-défense-graphique.pdf, consulté le 11/11/2022).

[1981] Commission européenne, Note d'orientation sur les offsets, p. 1.

[1982] Articles 34 à 37 du TFUE.

indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »[1983]. Dans sa note d'orientation, la Commission distingue ainsi deux types de mesures d'effet équivalent. Les premières ont pour objet d'interdire ou d'entraver la vente de biens provenant d'opérateurs économiques d'autres États membres[1984]. Les secondes consistent à obliger ou inciter les opérateurs économiques à l'achat de produits nationaux[1985]. L'une et l'autre ont pour effet d'entraver le commerce intracommunautaire. Or, une compensation industrielle correspond à une mesure discriminatoire (à l'endroit des opérateurs économiques des autres États membres)[1986]. Dans le cas d'un MDS, une compensation consistant en l'achat, imposé au titulaire par l'acheteur, de fournitures provenant d'un fabricant de l'État dudit acheteur, est une mesure restrictive affectant la libre circulation des marchandises. La circonstance que ces fournitures soient militaires ou non-militaires, liées ou non au marché, importe peu.

1613. Ensuite, les compensations entrent également en contradiction avec la libre prestation des services[1987]. Celle-ci s'oppose à toute discrimination à l'encontre du prestataire de services d'un autre État membre en raison de sa nationalité, ainsi qu'à la toute restriction « *de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit des services analogues* »[1988]. En matière de services, une compensation consiste par nature à favoriser les prestataires nationaux, par exemple en exigeant que le titulaire d'un MDS sous-traite une partie de son marché à un opérateur économique de la nationalité de l'acheteur (ou situé sur le territoire de ce dernier).

[1983] CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. C-8/74, Rec. 1974, p. 837.
[1984] La note d'orientation de la Commission sur les *offsets* (*op. cit.*) cite l'arrêt CJCE, 24 juin 1992, *Commission contre Grèce*, aff. C-137/91, Rec. 1992, p. 4023. La Cour juge contraire à l'interdiction de restrictions quantitatives à l'importation, la mesure consistant à imposer aux entreprises d'acheter exclusivement des caisses enregistreuses électroniques comprenant dans leur fabrication une valeur ajoutée Grèce au moins égale à 35% (point 8).
[1985] CJCE, 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours Italiana SpA*, aff. C-21/88, Rec. 1990, p. 889. La Cour juge que la réglementation nationale réservant aux entreprises implantées dans une région donnée, un pourcentage des marchés publics de fournitures octroyés par ladite région constitue une mesure restreignant quantitativement l'importation. En effet, ce système de préférence « *empêche les administrations et les organismes publics concernés de s'approvisionner pour une partie de leurs besoins auprès d'entreprises situées dans d'autres États membres.* » (point 11).
[1986] *Ibid.*, point 11. La Cour conclue que « *les produits originaires d'autres États membres sont discriminés par rapport aux produits fabriqués dans l'État membre en question et qu'il est ainsi fait obstacle au cours normal des échanges intracommunautaires.* ».
[1987] Articles 56 à 62 du TFUE.
[1988] CJCE, 25 juillet 1994, *Säger*, aff. C-76/90, Rec. 1991, p. 4221 (point 12).

1614. Néanmoins, une compensation industrielle est susceptible d'être admise au regard des traités, lorsqu'elles sont justifiées sur la base d'une des dérogations prévues par ceux-ci. Dans le contexte de la défense, l'article 346 TFUE est la dérogation la plus pertinente pour ce faire[1989].

B. Exception : l'hypothèse d'une dérogation fondée sur l'article 346 TFUE

1615. Il y a une double limite à l'utilisation de l'article 346 TFUE s'agissant des compensations industrielles. Cette dérogation ne joue que pour les compensations directes (1), et, eu égard à l'interprétation stricte des dérogations du Traité, seulement pour certaines d'entre elles (2).

1. Une dérogation exclusive des compensations indirectes

1616. À l'instar des autres dérogations du Traité[1990], l'article 346 TFUE ne vise pas les mesures fondées sur des motifs économiques[1991]. Son champ d'application est strictement limité à la protection des intérêts essentiels de la sécurité d'un État[1992]. Dans sa communication interprétative[1993], la Commission européenne exclue ainsi les autres intérêts, notamment industriels, économiques ou liés à l'emploi. La circonstance que ces intérêts soient « *attachés*

[1989] Il est difficile d'admettre des compensations industrielles sur la base des articles 36 (dérogation aux interdictions de restrictions quantitative d'importation et d'exportation), 52 (dérogation à la liberté d'établissement) et 62 (dérogation à la libre prestations de services).
[1990] L'ensemble des dérogations des traités sont justifiées par motifs non-économiques. En particulier, l'article 36 TFUE admet des restrictions justifiées par « *des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* », tandis que les articles 52 et 62 autorisent les restrictions justifiées par « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ».
[1991] Cf. *supra* §657 et. s.
[1992] Cf. *supra* §598 et s.
[1993] Commission européenne, « Communication interprétative sur l'application de l'article 296 du traité dans le domaine des marchés publics de la défense », COM(2006) 779 final, Bruxelles, 7 décembre 2006, 9 p.

à la production et au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre »[1994] ne justifient pas l'utilisation de l'article 346 TFUE. Dès lors, cette limitation, qui renvoie au principe d'interprétation stricte des dérogations du Traité, a pour conséquence d'exclure les compensations indirectes.

1617. Dans la mesure où elles n'ont pas d'objet militaire ou sécuritaire, et sont donc exclusives d'intérêts de sécurité (essentiels ou non), les compensations indirectes ne peuvent être admises sur le fondement de l'article 346 TFUE. De telles mesures ont des fondements exclusivement économiques. Dans son examen des conditions d'application, la Commission européenne stigmatise les compensations indirectes, considérant qu'elles ne sont pas couvertes par la dérogation[1995]. Ainsi, les États membres et les acheteurs ne peuvent pas s'appuyer sur les dispositions dérogatoires du Traité, quelles qu'elles soient, pour exiger une compensation indirecte auprès de leur cocontractant.

1618. Seules les compensations ayant un objet militaire peuvent, éventuellement, être justifiées sur la base de l'article 346 TFUE. Cela comprend donc les compensations directes et semi-directes. L'appréciation de la nature de la compensation prend ici tout son sens, tandis que le lien avec le contrat (exempté ou non) n'a pas d'incidence sur l'éligibilité de la compensation. Toutefois, la simple nature militaire de la compensation ne suffit pas à la justifier sur le fondement de l'article 346 TFUE. Ce dernier n'induit pas d'exemption automatique dans le domaine de la défense (ainsi que toute dérogation du traité applicable en cas de situations susceptibles de mettre en cause la sécurité publique[1996]). La compensation doit encore permettre de protéger les intérêts essentiels de la sécurité de l'État[1997].

1619. Or, les compensations, y compris lorsqu'elles sont directes, s'inscrivent le plus souvent dans le cadre d'objectifs stratégiques, industriels et/ou économiques[1998]. Pour les États

---

[1994] *Ibid.*, p. 7.
[1995] *Ibid.* La Commission considère en effet que « *les compensations indirectes et non militaires, qui ne servent pas d'intérêts de sécurité en particulier mais des intérêts économiques d'ordre général, ne sont pas couvertes par l'article 296* (…) ».
[1996] CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, rec. 1986, p. 1651 (point 26).
[1997] Par ailleurs, il ne doit pas exister de mesure moins contraignante (notamment au regard des conditions de la concurrence dans le marché intérieur).
[1998] Les différentes présentations des compensations industrielles renvoient à ces objectifs généraux. L'Assemblée nationale (« Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le dispositif de soutien aux exportations d'armement », *op.cit.*) souligne que les compensations « *relèvent généralement de la volonté du pays client de gagner en autonomie politique,*

pratiquant la compensation, il ne s'agit pas tant de protéger les intérêts essentiels de leur sécurité, que d'obtenir un retour sur investissement, avec en perspective l'indépendance technologique (notamment *via* un transfert de technologie) et stratégique, etc.[1999].

1620. Une compensation industrielle justifiée par l'article 346 TFUE semble donc rarement envisageable[2000], dans la mesure où elle ne parait pouvoir être une mesure nécessaire et adaptée à l'objectif de protection des intérêts essentiels de sécurité que dans des hypothèses limitées.

2. Une dérogation limitée à des compensations directes spécifiques

1621. En outre, la circonstance que le recours à l'article 346 TFUE est applicable à des cas exceptionnels et clairement définis a pour conséquence de limiter ce recours à des compensations (directes ou semi-directes) spécifiques. Le recours à l'article 346 TFUE est en effet enfermé dans des « *hypothèses exceptionnelles bien délimitées* »[2001], de sorte que toute mesure prise sur le fondement de cette disposition doit faire l'objet d'une évaluation au cas par cas (laquelle permet notamment de déterminer l'intérêt essentiel de sécurité). Cette considération a deux conséquences sur les compensations, qui se retrouvent dans le secteur de la défense.

1622. D'abord, la compensation ne doit pas être générale. L'article 346 TFUE ne peut légitimer que des mesures ponctuelles et prises dans des circonstances particulières. *A*

---

stratégique et industrielle » (p. 100). De même, S. OLIÉ (*op. cit*.) les définit comme moyen pour la plupart des pays acheteurs de « *soutenir leurs cibles économiques, industrielles et politiques* ».

[1999] Dans une présentation de l'expérience belge des compensations dans le cadre d'achat d'armes, W. STRUYS (W. STRUYS, « Offset and Weapons Procurement: The Belgium Experience », *in* S. MARTIN, *The Economics of Offsets – Defence Procurement and Countertrade*, *op. cit.*) relevait les principales caractéristiques des accords de compensations mentionnées par les décideurs belges, notamment la « *promotion de la croissance et du développement d'industries de haute technologie grâce au transfert de technologies militaires avancées* », « *la compensation des déséquilibres commerciaux créés par d'importantes ventes d'armes* », « *l'obtention d'avantages concurrentiels* », « *la promotion de l'investissement dans l'industrie locale et des programmes de valeur ajoutée locale* », ou encore « *la création d'emplois au niveau local* » (traduction libre).

[2000] L'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive (*op. cit.*, p. 49) estime à ce titre que les compensations, directes ou indirectes, militaires ou non-militaires, « *ne concernent (normalement) pas les intérêts de sécurité, mais les intérêts économiques et financiers. Quel que soit le sort réservé aux compensations par les nouvelles règles, leur impact direct sur les intérêts de la sécurité des États membres serait proche de zéro* » (traduction libre).

[2001] Voy. notamment CJCE, 11 mars 2003, *Dory*, aff. C-186/01, Rec. 2003, p. I-2479 (point 31).

contrario, cette disposition ne peut admettre des mesures générales telles que des politiques ou des législations dédiées aux compensations. Ces mesures générales, aux formes et effets variables, consistent à imposer des obligations de compensation. Une législation peut par exemple prévoir un seuil à partir duquel les compensations sont obligatoires[2002]. En raison de leur généralité, ces mesures ne peuvent être prises sur le fondement de l'article 346 TFUE, en particulier lorsqu'elles sont obligatoires, étant exclusives d'un examen au cas par cas comme l'impose la jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi, les traités interdisent l'adoption de telles mesures générales, y compris dans le secteur de la défense, l'article 346 TFUE ne couvrant pas ces dernières de ses effets[2003].

1623. Ensuite, la compensation industrielle doit être justifiée pour elle-même. Elle ne peut bénéficier de l'exemption sur la base de l'article 346 TFUE dont fait l'objet la mesure à laquelle elle se rattache. En effet, une compensation ne peut être justifiée en raison de son lien avec un contrat faisant lui-même l'objet d'une exemption fondée sur l'article 346 TFUE. Une telle compensation doit être considérée comme une mesure à part entière. Une compensation liée à un marché exempté sur la base de l'article 346 TFUE est une mesure additionnelle, le marché constituant une première mesure restrictive. Dès lors, cette compensation devra être justifiée séparément[2004]. Seule une compensation décidée sur une base *ad-hoc* et justifiée par des intérêts essentiels de la sécurité de l'État peut donc être admise. Ainsi, les compensations industrielles en tant que pratique généralisée ne peuvent prospérer dans le cadre des traités, en particulier lors de l'attribution d'un MDS.

[2002] L'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive (*op. cit.*, p. 24) relève les mesures de compensations des États membres alors applicables. Dans le cas des mesures législatives, l'étude note que les seuils de déclenchement des obligations de compensation « *varient en fonction de l'origine de l'entreprise ou du type de procédure utilisé* (…) *Les États membres fixent souvent des obligations spécifiques lies aux délais, au secteur ou à l'activité commerciale dans lesquels les compensations doivent être fournies* » (traduction libre).

[2003] Commission européenne, « Note d'orientation sur les offsets », *op. cit.*, p. 7 (point 28).

[2004] *Ibid.*, p. 7 (point 23). La note d'orientation applique cette considération aux marchés exclus dans la directive 2009/81/CE (les « autres marchés » du CCP), et en ce sens prend en exemple un marché conclu gré-à-gré et comprenant des obligations de compensation. Dans un tel cas, l'État membre acheteur devra justifier séparément les compensations qu'il exige, et démontrer leur nécessité pour la protection des intérêts essentiels de sa sécurité (p. 7, point 24).

II. Une pratique non autorisée pour les marchés de défense ou de sécurité

1624. Le choix d'adopter un instrument spécifique pour les marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité ne s'est pas fait sans un débat sur les compensations industrielles parmi les institutions de l'Union européenne et entre les États membres. La directive 2009/81/CE a finalement décidé de ne pas mentionner explicitement les compensations (A). Ce non-dit a pour conséquence d'interdire implicitement cette pratique (B).

A. L'absence de mention explicite dans la directive 2009/81/CE

1625. Au moment où la question du besoin d'un instrument spécifique dédié aux marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité s'est posée, la pratique des compensations a également fait l'objet de débats. Après une incertitude originelle sur le traitement de cette pratique dans le secteur de la défense (1), plusieurs options de traitement des compensations se sont présentées (2).

1. L'incertitude originelle : entre harmonisation et suppression des compensations

1626. Les compensations industrielles sont prises en compte dès les origines de la mise en place d'une stratégie relative à l'industrie de défense à l'échelle de l'Union européenne, au cœur des années 1990. Une « *définition des caractéristiques propres au secteur lié à la défense* », annexée à la communication de la Commission relative à la mise en œuvre de cette stratégie[2005], relève un certain nombre de considérations sur le rôle des gouvernements. Ainsi, le texte souligne que le rapport qualité-prix n'est pas le seul critère déterminant dans le cadre d'une politique d'acquisition. Parmi les autres critères, la *compensation* influence également cette

[2005] Commission européenne, « Mettre en œuvre la stratégie de l'Union en matière d'industries liées à la défense » (*op. cit*), appendice à l'Annexe I, p. 6.

politique. La volonté de mettre en place une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense[2006] à l'orée des années 2000, s'est accompagnée du pari selon lequel la création d'un MEED, reposant sur la mise en concurrence, rendrait « *inutile* » le recours aux compensations. Si les compensations sont considérées comme un élément contraire à l'émergence d'un MEED, la Commission a relevé dans le même temps le besoin d'aménager des modalités provisoires au regard des obligations contractuelles alors en vigueur[2007].

1627. Le Livre vert sur les marchés publics de la défense[2008] se montre plus défavorable encore aux compensations industrielles. Ainsi, l'utilisation du principe de juste retour dans le cadre des programmes de coopération est analysée comme un facteur de cloisonnement des marchés de défense. De même, les compensations directes et indirectes dans le cadre d'acquisition d'équipements d'armement « *sur étagère* » comptent parmi les éléments qui renforcent la complexité des programmes d'armement. Le Livre vert souligne que la pratique des compensations industrielles participe aussi à l'hétérogénéité des législations nationales en matière de marchés de défense. Ainsi, les critères de sélection des fournisseurs est variable au gré desdites législations, dans la mesure où certains États prennent en compte « *la capacité d'offrir des compensations industrielles* »[2009]. De même, il est tenu compte des compensations au stade de l'attribution des contrats.

1628. Dans les contours de la réglementation dédiée aux marchés de défense qu'il dessine, le Livre vert propose de définir les critères d'attribution du contrat. Une telle définition impliquerait « *une discussion sur l'élimination progressive de pratiques telles que les compensations directes et indirectes* »[2010]. Ce faisant, la Commission se positionne pour une suppression progressive de la pratique de la compensation, non plus seulement via les effets mécaniques de la mise en place d'un MEED.

[2006] Commission européenne, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense », *op. cit.*
[2007] *Ibid.*, p. 16.
[2008] Commission européenne, « Livre vert sur les marchés publics de la défense », *op. cit*.
[2009] *Ibid.*, p. 7.
[2010] *Ibid.*, p. 11.

1629. Lors de la consultation sur les marchés publics de la défense ouverte à la suite du Livre vert[2011], les parties prenantes ont eu une approche différente sur la question des compensations. La majorité des parties prenantes ont fondé leur avis favorable à l'adoption d'une directive spécifique sur le fait qu'elle permettrait notamment de prendre en considération les caractéristiques spécifiques des marchés de la défense. Parmi celles-ci, la directive pourrait prévoir « *des clauses d'harmonisation des pratiques de compensation* »[2012]. De même, la quasi-totalité des parties prenantes, pour ou contre l'adoption d'une directive, estiment que les marchés publics ne sont qu'un des moyens de bâtir un MEED. Des dispositions sur les pratiques de compensation en sont un autre[2013].

1630. Ainsi, dans le cadre de la mise en place d'une directive dédiée aux marchés publics de la défense, deux positions différentes émergent : la suppression des compensations pour la Commission, position à laquelle souscrit le Parlement européen[2014], et leur harmonisation pour la majorité des acteurs (États membres et industriels notamment). Les travaux liés à l'adoption de la directive 2009/81/CE vont concourir à privilégier une option intermédiaire.

2. Les options envisagées lors de l'adoption de la directive 2009/81/CE

1631. L'analyse d'impact de la Commission annexée à la proposition de directive[2015] classe les compensations parmi les pratiques et mesures contraires au principe de non-discrimination, et présente à ce titre leurs effets négatifs. La Commission relève notamment que, dans le cas de compensations militaires, le titulaire du marché est contraint de sous-traiter à des entreprises

[2011] Commission européenne, « Communication au Conseil et au Parlement européen sur les résultats de la consultation ouverte par le Livre vert sur les marchés publics de la défense et les futures initiatives de la Commission », *op. cit*.
[2012] *Ibid.,* p. 8.
[2013] *Ibid.*, p. 10
[2014] Dans une résolution du 18 juin 2006, le Parlement européen « *partage l'avis de la Commission selon lequel les politiques actuelles de « juste retour » et de compensation dans le domaine des achats de matériels militaires entraînent des distorsions de concurrence à grande échelle et des divisions artificielles du travail entre partenaires industriels et entravent fortement l'efficacité des marchés publics* » (Résolution du Parlement européen sur le Livre vert sur les marchés publics de défense, 2005/2030(INI), JO C 280E du 18 juin 2006, p. 463).
[2015] Commission européenne, « Commission staff working document accompanying document to the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of certain public works contracts, public supply contracts and public service contracts in the fields of defence and security – Impact assessment », COM(2007) 1598, 100 p.

situées dans le pays acheteur. Ce faisant, le titulaire ne peut avoir recours aux sous-traitants les plus compétitifs[2016]. L'analyse propose trois options de traitement des compensations : les autoriser, les interdire ou ne pas les mentionner.

1632. La première option se rapproche de l'approche par l'harmonisation des pratiques des États membres. La Commission prend en exemple l'intégration des compensations en tant que critère d'attribution ou condition d'exécution, dans l'optique d'une plus grande transparence de cette pratique. Néanmoins, en ce qu'elles constituent une discrimination « *par leur nature même* », entrant ainsi en contradiction directe avec le droit primaire, la Commission conclue que les règles relatives aux marchés publics ne peuvent « *ni les autoriser ni les réglementer* »[2017].

1633. De même, la deuxième option – celle de l'interdiction expresse des compensations – n'a pas été retenue. La Commission juge qu'une telle interdiction aurait un effet pervers. Elle pourrait laisser à penser que, pour les marchés exemptés des règles de publicité et de mise en concurrence au titre de l'article 346 TFUE, les compensations seraient autorisées.

1634. C'est donc la troisième option qui a triomphé : l'analyse d'impact propose de ne pas mentionner les compensations dans la nouvelle directive. Les États membres conservent ainsi l'obligation d'apprécier, pour chaque compensation projetée, sa compatibilité ou non avec le droit primaire. La Commission souligne que l'absence de mention est la meilleure des options, parce que la pratique des compensations, dépassant le cadre des marchés publics, se situe au niveau des traités[2018].

1635. La proposition de directive adopte cette troisième option, celle d'une interdiction qui ne dit pas son nom[2019], de même que la directive 2009/81/CE. Toutefois, cette dernière, si elle

---

[2016] *Ibid.*, p. 28. L'analyse d'impact relève que la sous-traitance ainsi imposée est une pratique particulièrement préjudiciable pour les PME, nonobstant le fait qu'il s'agit d'une pratique clairement contraire aux principes fondateurs du marché intérieur.
[2017] *Ibid.*, p. 49.
[2018] La Commission en conclue qu'« *attendre des règles de passation de marchés de l'Union qu'elles résolvent le problème des compensations serait donc une erreur et pourrait même mettre en danger l'initiative (étant donné la sensibilité de la question)* ».
[2019] Dans le rapport du Parlement européen sur la proposition de directive (*op. cit.*), le rapporteur de la commission des affaires étrangères du Parlement européen, relevant l'option choisie par la Commission, indique dans son avis qu'il « *accepte la démarche de la Commission européenne de ne pas étudier à ce*

ne mentionne pas expressément les compensations, a complété le dispositif relatif aux sous-contrats, désignant et interdit implicitement les compensations industrielles.

B. Une pratique implicitement interdite

1636. La directive 2009/81/CE ne mentionne pas explicitement les compensations, mais l'application du principe de non-discrimination, en tant que principe de passation des marchés, a pour effet de les exclure. En particulier, l'encadrement des critères de marché et des conditions d'exécution, par les règles de droit commun des marchés publics dont s'inspire ou qu'applique la directive aux MDS, conduit à interdire par nature les compensations industrielles (1). S'agissant des sous-contrats, la directive 2009/81/CE adoptée est plus détaillée que son projet, puisqu'elle précise explicitement que le choix des sous-contractants doit respecter le principe de non-discrimination (2).

1. Critères de marchés et conditions d'exécution : l'interdiction des compensations *via* les règles classiques

1637. Que leurs exigences de compensations soient ponctuelles ou systématiques, leur intégration dans la procédure de passation des marchés varie selon la politique d'achat de l'État. Certaines compensations constituent des conditions d'exécution du contrat (en particulier les compensations directes, qui supposent une sous-traitance à un sous-traitant sur le territoire national), quand d'autres prennent notamment la forme de critères d'attribution[2020]. Or, les règles de la directive 2009/81/CE ont pour effet d'interdire de telles pratiques.

1638. S'agissant des critères de sélection et de choix, la directive 2009/81/CE rappelle l'obligation pour l'acheteur d'utiliser des critères de sélection non discriminatoires pour

stade la question des compensations dans la directive proposée, mais estime néanmoins que cette question devra être soulevée à l'avenir au niveau européen pour mettre fin à cette pratique. » (p. 65).

[2020] L'analyse d'impact de la Commission (*op. cit*., p. 25) relève en outre que, « *après l'attribution du contrat, l'accord de compensation est, soit inclus dans le contrat principal, soit constitue un accord séparé qui entre en vigueur en même temps que le marché public* » (traduction libre).

sélectionner les opérateurs économiques[2021], ainsi que l'attribution du MDS « *sur la base de critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discriminatoire et d'égalité de traitement* »[2022]. En particulier, la circonstance que l'attribution du marché ne puisse se faire qu'à l'offre économiquement la plus avantageuse ou sur la base du critère le plus bas excluent implicitement le recours aux compensations.

1639. De même, le régime applicable aux conditions d'exécution particulières[2023] a pour conséquence d'exclure la possibilité pour les États membres d'exiger du titulaire de remplir des obligations de compensation via ces conditions. En effet, ces dernières doivent être compatibles avec le droit de l'Union[2024], principalement au regard du principe de non-discrimination. La directive relève en ce sens l'interdiction d'effet discriminatoire direct ou indirect des conditions d'exécution[2025]. *De facto*, les compensations sont donc également exclues au niveau des conditions d'exécution.

1640. Enfin, l'exigence de lien avec l'objet du contrat, transverse aux critères de sélection et d'attribution, ainsi qu'aux conditions d'exécution du marché[2026], a pour effet d'interdire tout discrimination à l'encontre des opérateurs économiques. Cette exigence s'oppose en toute hypothèse aux compensations indirectes et semi-directes. Ces dernières ne présentent par nature aucun lien avec le marché principal (voire aucun lien avec la nature du marché dans le cas des compensations indirectes).

1641. En tant que réglementation applicable aux marchés publics à l'échelle de l'Union européenne, la directive 2009/81/CE contient des dispositions ayant pour effet d'interdire par principe les compensations sous toutes leurs formes. La philosophie, et donc la mécanique des règles du droit des marchés publics, s'opposent directement au principe même des compensations. Cependant, une disposition de la directive, qui semble n'être qu'un rappel du

[2021] Directive 2009/81/CE, considérant 61.
[2022] *Ibid.*, considérant 69.
[2023] Cf. *supra* §1489 et s.
[2024] *Ibid.*, article 20.
[2025] *Ibid.*, considérant 41.
[2026] *Ibid.*, article 38§3 pour les critères de sélection ; article 47§1, a, pour les critères d'attribution ; article 20 pour les conditions d'exécution. Pour ces dernières, le considérant 45 de la directive précise par ailleurs que « *Dans tous les cas, aucune condition d'exécution du marché ne peut porter sur des exigences autres que celles liées à l'exécution du marché proprement dit.* ».

principe de non-discrimination au niveau des sous-contrats, vise en réalité directement les compensations.

2. Sous-contrats : un rappel du principe de non-discrimination visant les compensations directes

1642. Au-delà des dispositions de mise en concurrence des sous-contrats, lesquelles impliquent l'attribution de tout ou partie des sous-contrats dans la transparence et sur la base de critères objectifs, la directive 2009/81/CE « *rappelle* » qu'il ne peut pas être exigé du soumissionnaire « *qu'il se comporte de façon discriminatoire à l'égard de sous-traitants potentiels en raison de leur nationalité* »[2027]. Cette extension du principe de non-discrimination au niveau des sous-contrats ne vise en réalité rien d'autre que les compensations directes.

1643. En effet, ces dernières ont précisément pour principe d'exiger du titulaire d'un marché d'adopter un tel comportement discriminatoire, en attribuant la sous-traitance dudit marché à un opérateur économique domestique. La dimension implicite de l'interdiction des compensations dans la directive 2009/81/CE est ici nuancée. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne la France, dont le principe est de ne pas exiger de telles compensations. Ainsi, le code de la commande publique consacre à ce rappel une disposition à part entière *via* l'article L. 2393-4[2028].

1644. Par ailleurs, l'application de la préférence communautaire au stade de l'exécution s'agissant des sous-contrats[2029] a des effets comparables aux compensations industrielles, puisqu'elle contraint le titulaire dans le choix de ses sous-contractants. Néanmoins, la contrainte consiste à limiter l'attribution des sous-contrats à des opérateurs économiques localisés sur le territoire de l'Union européenne, et non à imposer au titulaire de sous-contracter sur le territoire de l'État membre de l'acheteur.

[2027] Directive 2009/81/CE, article 21§1
[2028] Au demeurant, cette précision semble superfétatoire, dans la mesure où la France fait partie des pays qui n'exigent pas d'obligations de compensation, étant opposée à cette pratique.
[2029] Les conditions de rejet d'un sous-contractant prévues à l'article R. 2393-21 du CCP induisent en effet que la préférence communautaire déploie ses effets au niveau des sous-contrats.

1645. Conclusion de la sous-section. Les compensations industrielles sont donc cernées par le respect des traités et l'interdiction implicite posée par la directive 2009/81/CE. Peu de compensations sont sujettes à application des dispositions dérogatoires du TFUE. Face à cette pratique encore très ancrée chez certains États membres, la mise en concurrence devrait être la forme privilégiée d'attribution contraignante pour le titulaire d'un marché des sous-contrats. Son utilisation par les acheteurs démontrera si la mise en concurrence des sous-contrats permettra de corriger les causes du recours aux compensations, c'est-à-dire les carences du marché des équipements de défense, caractérisé par le manque d'accès des fournisseurs étrangers potentiels aux chaînes d'approvisionnement des grands maîtres d'œuvres industriels (et donc au marché principal[2030]). Le droit des marchés publics cherche ainsi à orienter les politiques d'acquisition des États membres, dans le cadre de la concurrence, et en fonction de l'objectif de politique de défense. L'exclusion des compensations, qui constitue une contrainte pour les États y ayant recours, est notamment nuancée par la prise en compte des exigences de sécurité dans la procédure de passation, y compris au stade de la sous-contractance. De même, les États conservent en dernier ressort la possibilité de préserver leurs intérêts essentiels de sécurité, par l'intermédiaire de l'article 346 TFUE. En pratique, néanmoins, il a été relevé que la directive 2009/81CE a pour « *défaut majeur* » de ne pas mettre un terme aux pratiques des compensations industrielles : « *de nombreux États membres s'abritent derrière une interprétation extensive de l'article 346 TFUE pour réclamer* [des] *compensations industrielles* (…) »[2031].

1646. Conclusion de la section. En cherchant la concurrence là où elle existait, le droit des marchés publics a construit un champ d'application sur-mesure. Il revient à créer un sous-contrat spécial, le *sous-contrat concurrentiel*. Cette notion fonctionnelle permet de mettre en place une mise en concurrence pour les parts sous-contractées du marché qui peuvent effectivement servir de levier concurrentiel (excluant ainsi les opérateurs économiques liés au titulaire). Par ailleurs, le champ d'application exclue nécessairement les compensations industrielles. Le droit (comme la logique, dès lors que le choix a été de servir de la sous-contractance comme d'un levier concurrentiel) ne peuvent qu'être étrangers à cette pratique non-concurrentielle. La mise en concurrence est un dispositif visant à lutter contre le déficit

[2030] Voy. notamment G. IANAKIEV et N. MLADENOV, *op. cit.*, p. 191.
[2031] J.-L. LARSONNEUR et J.-L. THIÉRIOT, « Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement, par la commission de la défense nationale et des forces armées, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'industrie de défense, pourvoyeuse d'autonomie stratégique en Europe ? », Assemblée nationale, n°2625, 15 mai 2024, p. 58-69.

concurrentiel au niveau du marché principal, tandis que les *offsets* constituent précisément une distorsion de concurrence. La mise en concurrence constitue à cet égard une alternative non-discriminatoire aux compensations.

1647. La qualité de contrat de la commande publique soumis à un régime concurrentiel de passation est le moyen de mettre en œuvre une politique publique orientant les acteurs économiques vers certaines pratiques, en conformité avec l'objectif de politique de défense. Le champ d'application de la mise en concurrence des sous-contrats démontre en définitive que l'aspect « politiques publiques » ne peut se faire en dehors de l'aspect « marchés publics ». Cela est d'autant plus vrai que ce dernier est conçu comme le moteur des politiques publiques (la mise en concurrence des sous-contrats étant la meilleure illustration de cette dynamique). Le champ d'application étant mis en place, les sous-contrats concurrentiels peuvent faire l'objet d'une mise en concurrence efficiente, articulée autour d'un régime là encore inspiré du droit des marchés publics.

Section 2. Le régime de publicité et de mise en concurrence des sous-contrats

1648. Le champ d'application étant articulé autour de sous-contrats délestés de toutes les hypothèses non-concurrentielles, il reste à déterminer le régime applicable. Le régime de passation prévu pour le marché principal constitue un modèle pour ce faire, mais dans quelle mesure peut-il être reproduit au niveau des sous-contrats ?

1649. La directive 2009/81/CE est plus exigeante que la directive 2014/24/UE s'agissant du rapport entre les sous-contractants et les principes de la passation. La directive 2014/24/UE impose le respect des principes de la passation par les sous-traitants au regard des mesures prises par les États membres[2032]. Or, la directive 2009/81/CE « *s'adresse* » au soumissionnaire retenu, en lui appliquant directement les principes de la passation[2033]. Nécessairement, ce

[2032] Directive 2014/24/UE, article 71, 1.
[2033] Directive 2009/81/CE, article 51. Ce respect des principes de la passation par le soumissionnaire retenu est manifestement applicable en toute hypothèse, y compris lorsque le marché principal ne prévoit pas de mise en concurrence des sous-contrats. Si la compensation industrielle n'est pas visée par l'article

régime repose sur des obligations de publicité et de mise en concurrence. Dès lors, il convient de déterminer quelles formes prend la mise en concurrence des sous-contrats, avec l'exemple de la France (Sous-section 1). Les mécanismes, multiples, se rejoignent pour appliquer une seule et même procédure de mise en concurrence (Sous-section 2).

Sous-section 1. Les mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats

1650. Les dispositions de la directive 2009/81/CE relatives à la mise en concurrence des sous-contrats[2034] jouissent d'une certaine flexibilité dans leur transposition (comme pour la directive 2014/24/UE). La directive 2009/81/CE multiplie les modalités de mise en concurrence, alternatives ou cumulatives entre elles, facultatives ou obligatoires pour l'acheteur, distinguant plusieurs possibilités de transposition. Parmi les options de mise en concurrence des sous-contrats proposées par la directive 2009/81/CE, la France a fait le choix de les transposer en totalité.

1651. Il est ainsi possible de distinguer deux régimes de mise en concurrence (I). S'ils se distinguent dans leur principe et leurs implications sur le MDS (en particulier au stade de l'exécution), des éléments communs les rapprochent (II).

I. Deux régimes de mise en concurrence

1652. Deux hypothèses de mise en concurrence des sous-contractants existent dans le code de la commande publique, sous la forme d'obligation imposée par l'acheteur. Elles permettent de saisir l'ensemble des options proposées – ou imposées – par la directive 2009/81/CE. Ainsi, se distinguent l'obligation du titulaire de mettre en concurrence les sous-contractants, et l'obligation du titulaire de sous-contracter. La première obligation peut être qualifiée de *mise*

51, puisque l'interdiction s'adresse au soumissionnaire et non à l'acheteur, ce dernier revient à la rendre impossible.

[2034] Directive 2009/81/CE, article 21.

en concurrence simple (A), tandis que la seconde prend la forme d'une *sous-contractance imposée* (B).

A. La mise en concurrence simple

1653. Le fonctionnement de cette mise en concurrence simple (1) s'inspire, dans une large mesure, du plan d'acquisition, mécanisme préexistant à l'adoption de la directive 2009/81/CE (2).

1. Fonctionnement

1654. L'article L. 2393-3-1° du code de la commande publique prévoit la possibilité pour l'acheteur d'imposer au titulaire du marché « *de mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de les choisir comme sous-contractants* ». Parmi les options de mise en concurrence des sous-contrats prévues par la directive 2009/81/CE[2035], il s'agit de l'option la moins contraignante, tant pour l'acheteur que pour le titulaire du marché. Résultant de la combinaison des paragraphes 1 et 2 de l'article 20 de la directive, elle figure ainsi parmi les options dont la transposition s'impose aux États membres[2036]. En revanche, la directive leur laisse toute marge de manœuvre pour déterminer s'il convient d'en faire une option ou une obligation pour les acheteurs. Le code de la commande publique laisse ainsi le choix à l'acheteur d'imposer ou non cette mise en concurrence[2037]. Le mécanisme peut être qualifié de *simple*, dans la mesure où l'obligation de mise en concurrence à la charge du titulaire ne s'accompagne d'aucune autre.

1655. Le champ d'application de ce mécanisme est potentiellement vaste. En effet, l'article R. 2393-4 du code de la commande publique dispose que la décision de l'acheteur peut consister

[2035] Option B dans la note d'orientation de la Commission relative à la sous-traitance (*op. cit.*).
[2036] *Ibid.*, p. 3.
[2037] Aucun État membre n'a imposé à ses acheteurs de recourir à la mise en concurrence des sous-contrats, quel que soit le mécanisme (voy. Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la transposition de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité », COM(2012) 565 final, p.7).

à imposer la mise en concurrence « *pour tous les sous-contrats ou certains d'entre eux* »[2038]. C'est donc l'acheteur qui fait le choix des sous-contrats qui doivent être mis en concurrence, sur la base des parties du marché que le titulaire du marché prévoit de confier à des tiers[2039], qu'ils soient déjà identifiés ou non[2040]. De même, le titulaire est libre de déterminer les parties du marché qui seront sous-traitées, à l'exception des tâches essentielles identifiées par l'acheteur[2041]. Enfin, la mise en concurrence s'impose tant au stade de la passation, lorsque les sous-contractants sont choisis en amont de l'attribution, qu'à celui de l'exécution, dans le cas où le titulaire souhaite faire appel à de nouveaux sous-contractants en aval de l'attribution.

1656. La mise en concurrence des sous-contrats contraint davantage le titulaire du marché dans le choix des sous-contractants, et l'acheteur influence ce choix. Cette influence s'exerce à travers le régime de contrôle imposé par l'acheteur vis-à-vis des capacités des sous-contractants (et les élément à partir desquels il peut fonder le rejet d'un sous-contractant proposé par le titulaire). Toutefois, l'acheteur n'impose pas un sous-contractant déterminé, en particulier sur le fondement de la nationalité (via l'interdiction des compensations). Il ne s'immisce pas non plus dans les relations entre le titulaire du marché et le sous-contractant[2042].

2. Un mécanisme inspiré du plan d'acquisition

1657. La mise en concurrence au niveau des sous-contrats dans les marchés publics de défense n'est pas une innovation de la directive 2009/81/CE. Elle existe en droit français depuis

[2038] Il est donc possible de distinguer une mise en concurrence simple *partielle* et une mise en concurrence simple *totale*.
[2039] Dans sa note d'orientation sur la sous-contractance (*op.cit.*, p. 8, point 30), la Commission souligne le fait que l'acheteur doit, dans sa décision, respecter le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques visé à l'article 4 de la directive 2009/81/CE. Dans cette perspective, la désignation des sous-contrats soumis à mise en concurrence par l'acheteur peut se faire au cas par cas, mais pas de « *manière arbitraire* ». Ce dernier doit adopter une « *approche objective et non-discriminatoire et fournir le plus d'informations possibles sur les critères de* [sa] *décision* ». La Commission relève ainsi que cette décision ne peut se fonder sur la nationalité des sous-contractants choisis initialement par le titulaire.
[2040] Dans son considérant 40, la directive 2009/81/CE souligne que dans tous les cas (mise en concurrence simple ou sous-contractance imposée), « *les sous*-[contractants] *proposés à l'origine par le soumissionnaire retenu devraient être libres de participer aux mises en concurrence organisées pour l'attribution des contrats de sous*-[contractance] », à moins qu'ils ne soient des opérateurs économiques liés au titulaire.
[2041] Cf. *infra* §1677 et s.
[2042] Cf. *infra* §1680 et s.

le CMP de 2001. Son article 18-I-5, relatif aux marchés négociés pouvant être conclus à prix provisoire, fait référence à la « *la mise en concurrence de certains éléments que le titulaire envisage de sous-traiter* ». Le décret défense du 7 janvier 2004 reprend cette disposition dans son article 9, et prévoit explicitement, par son article 10, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'imposer des « *exigences en matière de mise en concurrence des sous-traitants et vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci sont choisis par le titulaire du marché* ».

1658. Dans cette perspective, la DGA a mis en place un *plan d'acquisition*, alors « *expression non consacrée par les textes* »[2043]. Cet engagement contractuel[2044] est une démarche qui répond à un double-objectif[2045], identique à celui ayant présidé à l'instauration d'une mise en concurrence des sous-contrats d'un MDS. Le plan d'acquisition doit permettre à l'État d'obtenir un prix bénéficiant des effets d'une mise en concurrence de deuxième niveau, ainsi qu'une mise en concurrence organisée avec l'objectif d'équité de traitement des opérateurs économiques candidats[2046]. En parallèle, le plan d'acquisition a été vu comme le moyen de permettre un meilleur accès des PME et ETI aux marchés de défense[2047]. Ainsi, les avantages recherchés par la DGA sont à la fois *financiers* (la réduction du coût par l'application du principe concurrentiel) et *industriels*, « *à travers l'élargissement de la base industrielle et technologique de défense, des PME – PMI en particulier* »[2048].

1659. Le champ d'application du plan d'acquisition a pu paraître incertain. Un débat sur la question de savoir à quels types de marchés[2049] cette démarche était applicable a eu initialement

---

[2043] I. DELOISON et J. ROUILLOUX, « Plan d'acquisition : les problématiques industrielles », *Contrats publics*, n°32, avril 2004, p. 52-54. L'expression existe néanmoins dans le clausier DGA (*op. cit.*, annexe V).

[2044] J.-M. OUDOT, Choix contractuels et performances: le cas des contrats d'approvisionnement de défense, *op. cit*., p. 53. L'auteur relève que la nature contractuelle du plan d'acquisition a pour conséquence qu'« *en cas de non-respect de ce plan par le titulaire, celui-ci peut voir sa responsabilité pour faute engagée. La résiliation du marché peut alors être prononcée par les juridictions administratives.* ».

[2045] *Ibid.* L'auteur identifie un troisième objectif, la promotion de « *l'innovation technologique et l'émulation technique dans le cas des études amont* ». De ce point de vue, J.-M. OUDOT identifie le plan d'acquisition comme une « *mesure de politique industrielle* ».

[2046] Clausier DGA, annexe V, p. 320.

[2047] Voy. notamment N. KURZ, « Les plans d'acquisition », *op. cit*.

[2048] J.-M. OUDOT, *op. cit*., p. 53.

[2049] Quant au type de prestations éligibles au plan d'acquisition, N. KURZ relève une forme d'universalité de principe. L'auteure souligne que le retour d'expérience des plans d'acquisition démontre alors que « *la mise en compétition au deuxième niveau peut être recherchée à toutes les étapes d'un programme d'armement ou d'une opération, des études amont au maintien en conditions opérationnelles* » (*ibid.*). L'auteure distingue toutefois les prestations selon la difficulté de mise en

lieu[2050]. Si le code de la commande publique applique la mise en concurrence des sous-contrats aux MDS (quelle que soit la procédure, y compris les MDS sans publicité ni mise en concurrence[2051]), la procédure de plan d'acquisition subsiste. En effet, le clausier DGA consacre une de ces annexes au plan d'acquisition, « *Livre V uniquement* ». Ainsi, le plan d'acquisition n'est applicable qu'aux « *autres MDS* »[2052]. Quant à la nature des contrats mis en concurrence dans le cadre d'un plan d'acquisition, ce dernier semble être réservé aux sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975, et non à l'ensemble des sous-contrats[2053].

1660. Le plan d'acquisition suit deux approches[2054]. L'approche *précontractuelle*, en amont de l'attribution du marché principal, correspond au cas où le soumissionnaire met en concurrence et choisit ses sous-traitants selon ses procédures propres. L'approche *contractuelle* donne lieu à un plan d'acquisition formalisé (faisant aujourd'hui l'objet d'une annexe V du clausier DGA). Dans le cadre de cette approche, trois phases se distinguent. Il s'agit des phases A (établissement des dossiers de consultation et de la liste des opérateurs économiques à consulter), B (réalisation de la consultation et établissement des dossiers de choix) et C (exécution des prestations sous-traitées par les opérateurs économiques retenus). Au cours dudit plan, un dialogue s'établit entre le titulaire et l'acheteur. Ensemble, ils conviennent des

---

œuvre du plan d'acquisition. Pour un contrat d'études, la démarche est plus facile et permet « *d'ouvrir la concurrence et de favoriser l'émergence de solutions technologiques innovantes* ». Pour le MCO, sa mise en œuvre est en revanche plus difficile, le titulaire maîtrisant la définition et la maintenance du système global, et souvent les sous-systèmes. Le plan d'acquisition relève alors « *des fournisseurs de rangs inférieurs* ».

[2050] I. DELOISON et J. ROUILLOUX (*op. cit.*, p. 52) relèvent l'incertitude initiale du champ d'application du plan d'acquisition. Sous l'empire du CMP de 2001, toute la question est de savoir si l'alinéa 2 de l'article 18-I-5° relatif aux exigences de mise en concurrence des sous-traitants est dissociable ou non de l'alinéa 1 circonscrit aux « *marchés passés pour les besoins de la défense sans mise en concurrence* ». Dissociable, le plan d'acquisition est applicable à tous les marchés soumis au code de 2001 ; indissociable, il serait limité aux cas où le maître d'œuvre est en situation de monopole de l'article 35-III-4°. Les auteures soulignent que l'adoption du décret défense a mis un terme à ce débat. Le plan d'acquisition est applicable aux seuls marchés publics passés pour les besoins de la défense (négociés, avec ou sans mise en concurrence).

[2051] Article R. 2393-20 du CCP.

[2052] Le clausier précise par ailleurs que « *la démarche de plan d'acquisition peut aussi s'appliquer sans recourir à l'utilisation de prix provisoires.* » (p. 320).

[2053] I. DELOISON et J. ROUILLOUX (*op. cit.*) soulignent que le plan d'acquisition est en principe limité aux sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975. Ainsi, la démarche « *ne semble donc viser ni la mise en concurrence des éléments que le titulaire du marché peut lui-même réaliser, ni celle des fournisseurs du titulaire* » (p. 53). Le plan d'acquisition n'est donc pas utilisable pour l'ensemble des sous-contrats. Le clausier DGA paraît confirmer cette lecture, et continue de distinguer les dispositions applicables aux sous-contrats et celles du plan d'acquisition dédiées aux opérateurs économiques candidats à la sous-traitance d'un Autre MDS. Ainsi, la DGA n'a semble-t-il pas profité de la mise en place de la notion de sous-contrat pour l'appliquer au plan d'acquisition.

[2054] Ces approches sont définies et détaillées dans l'Annexe V du clausier DGA.

prestations mises en concurrence. Pour cela, le titulaire identifie les prestations pour lesquelles une mise en concurrence est envisageable ou opportune (dans le contexte industriel du marché). L'acheteur veille au respect des règles de mise en concurrence, mais n'intervient pas directement dans les consultations, lesquelles demeurent la responsabilité du titulaire[2055].

1661. Ainsi, le plan d'acquisition permet d'imposer une mise en concurrence de tout ou partie des sous-traités, sur la base des prestations que le titulaire a prévu de sous-traiter. En revanche, le plan d'acquisition ne semble pas autoriser l'acheteur à imposer au titulaire de recourir à la sous-traitance, à l'instar de la sous-contractance imposée pour les MDS.

B. La sous-contractance imposée

1662. La sous-contractance imposée est autrement plus « intrusive » que la mise en concurrence simple. Elle a en effet comme conséquence pour le titulaire une modification du processus de production de l'équipement ou de la prestation en cause. Ce mécanisme fonctionne à partir de l'établissement d'une fourchette (1), et peut être d'autant plus intrusive qu'elle peut s'accompagner d'une application combinée à la mise en concurrence simple (2).

1. Un mécanisme reposant sur l'établissement d'une fourchette

1663. L'article L. 2393-3-2° du code de la commande publique permet à l'acheteur d'imposer au titulaire « *de sous-contracter une partie des marchés* ». Derrière l'apparente simplicité de cette formulation, se trouve un régime plus intrusif de mise en concurrence des sous-contrats. Dès lors que l'acheteur impose de sous-contracter, les sous-contrats faisant l'objet de cette obligation doivent être mis en concurrence. Contrairement à la mise en concurrence simple, la directive 2009/81/CE n'oblige pas les États membres à transposer le

[2055] Sur la répartition des rôles et des responsabilités de l'acheteur et du titulaire, voy. notamment N. KURZ (*op. cit.*, p. 50) et, sur la compatibilité de la démarche de plan d'acquisition avec la loi du 31 décembre 1975, voy. I. DELOISON et J. ROUILLOUX (*op. cit*., p. 53).

mécanisme de sous-contractance imposée[2056]. Dans le cas où ils font le choix de transposer ce mécanisme, les États membres demeurent libre de contraindre ou de proposer aux acheteurs d'avoir recours à la sous-contractance imposée. Comme pour la mise en concurrence simple, le code de la commande publique en a fait une option pour les acheteurs.

1664. La part du marché qui doit être sous-contractée est fixée par l'acheteur sous la forme d'une fourchette, exclusive des tâches essentielles identifiées par l'acheteur[2057]. Cette fourchette doit fixer un pourcentage minimum et un pourcentage maximum. Ce dernier ne saurait excéder 30% du montant du marché. Ce système de fourchette peut, de prime abord, sembler abstrait – ce que la Cour de justice sanctionne[2058] – et difficile à mettre en œuvre, en particulier pour des marchés complexes comme les MDS, lorsque la valeur de chaque sous-ensemble est délicate à déterminer lors de la mise en concurrence.

1665. Néanmoins, dans le cas de la sous-contractance imposée, les pourcentages minimum et maximum doivent être établies en fonction des spécificités du MDS. En outre, il ne s'agit pas d'imposer un pourcentage minimal d'exécution directe du marché par le titulaire[2059], mais, au contraire, une sous-contractance minimum. Enfin, ce mécanisme propre aux MDS repose précisément sur une mise en concurrence transparente, et est expressément prévue par la directive 2009/81/CE.

[2056] Note d'orientation sur la sous-traitance (*op. cit.*), p. 5, point 17. D'après le rapport de la Commission sur la transposition de la directive 2009/81/CE (*op. cit.*), seuls deux États membres ont fait le choix de ne pas transposer ce mécanisme (p. 8).

[2057] Cf. *infra* §1677 et s.

[2058] Or, la Cour de justice sanctionne les pourcentages minimums d'exécution par le titulaire du marché dès lors qu'ils sont abstraits. En ce sens, voy. notamment CJUE, 26 septembre 2019, *Vitali SpA c. Autostrade per l'Italia SpA*, aff. C-63/18. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice jugé contraire à la directive 2014/24/UE la législation italienne limitant la sous-traitance à 30% du montant du marché, parce qu'abstraite. La Cour relève notamment que « *l'interdiction s'applique quels que soient le secteur économique concerné par le marché en cause, la nature des travaux ou l'identité des sous-traitants* , et que, ce faisant, l'interdiction « *ne laisse pas de place à une appréciation au cas par cas* » (point 40).

[2059] Un tel mécanisme a été rejeté par la Cour de justice pour son caractère abstrait. Voy. notamment la décision CJUE, 14 juillet 2017, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, aff. C-406/14. Dans cet arrêt, la Cour a jugé incompatible avec la directive 2004/18/CE, la clause du cahier des charges d'un marché public (civil) de travaux par laquelle le pouvoir adjudicateur impose au titulaire d'exécuter directement au moins 25% desdits travaux. La Cour s'est notamment appuyée sur la dimension abstraite du pourcentage, fondée sur la valeur d'ensemble du marché (point 35), et non sur « *l'exécution de tâches bien définies* », d'après les mots de l'avocat général E. SHARPSTON dans ses conclusions présentées le 17 novembre 2015 (point 38).

1666. L'acheteur est soumis à une obligation de proportionnalité dans l'établissement de cette fourchette. Les pourcentages doivent être proportionnés « *à l'objet et à la valeur du marché, ainsi qu'à la nature du secteur industriel concerné, notamment le niveau de concurrence prévalant dans ce secteur et les capacités techniques concernées de la base industrielle* »[2060]. L'intérêt de fixer un pourcentage maximum est d'éviter d'imposer aux soumissionnaires une contrainte excessive, et de mettre en péril la bonne organisation de la chaîne d'approvisionnement du titulaire du MDS[2061]. L'acheteur doit donc mettre en balance l'intérêt d'une mise en concurrence (notamment au regard du niveau de concurrence du secteur), avec les impératifs de la chaîne d'approvisionnement du titulaire (telle que la nécessité de maintenir les compétences d'un fournisseur du titulaire préexistant au MDS en cause, ou encore la confidentialité industrielle liant le titulaire et un partenaire sous-contractant, etc.).

1667. Si la sous-contractance imposée remet en cause la liberté de recourir à la sous-contractance, laquelle contient en négatif la liberté de ne pas y recourir, le titulaire conserve, en principe, le libre choix des parties sous-contractées. L'acheteur impose le principe de la sous-traitance, le titulaire restant libre de déterminer les parties lui permettant de remplir ses obligations.

2. Hypothèse d'une combinaison des mécanismes de mise en concurrence

1668. Dans sa note d'orientation, la Commission distingue une quatrième et dernière option, la plus contraignante et « *concurrentielle* » : la combinaison de la mise en concurrence simple avec la sous-contractance imposée. Cette hypothèse concerne le cas où le titulaire prévoyait d'avoir recours à la sous-contractance dans des proportions dépassant la fourchette minimum fixée par l'acheteur. Selon cette option, l'acheteur impose également une mise en concurrence pour ces sous-contrats.

1669. Si le code de la commande publique ne consacre pas de dispositions spécifiques à ce cas de figure, il autorise l'acheteur à imposer une telle mise en concurrence. En effet, la possibilité d'imposer la mise en concurrence pour tous les sous-contrats posée par l'article R.

[2060] Article R. 2393-8, alinéa 2 du CCP.
[2061] Directive 2009/81/CE, considérant n°40.

2393-4 du code de la commande publique ne distingue pas ces derniers selon qu'il s'agit d'un sous-contrat permettant de répondre à une obligation de sous-contractance ou non. En outre, l'article R. 2393-9 du code de la commande publique permet à l'acheteur de demander au titulaire d'indiquer notamment « *les prestations qu'il envisage de sous-contracter au-delà du pourcentage minimum imposé* », laissant l'opportunité à l'acheteur d'exiger la mise en concurrence pour ces prestations.

1670. Cette éventuelle combinaison de la mise en concurrence simple avec la sous-contractance imposée illustre la proximité relative des deux mécanismes. Dans le prolongement de cette considération, ces derniers partagent par ailleurs des principes communs.

II. Les éléments communs entre les deux régimes

1671. Les mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats partagent plusieurs traits communs. Parmi eux, se distinguent la liberté relative du titulaire dans le choix des parties sous-contractées du marché (A) et la non-immixtion de l'acheteur dans la relation entre le titulaire et les sous-contractants (B).

A. Les limites du libre choix du titulaire des parties sous-contractées du marché

1672. Quel que soit le mécanisme utilisé par l'acheteur, celui-ci n'a en principe aucune influence sur le choix des parties sous-contractées du marché. Ce choix est dévolu au titulaire. Toutefois, cette liberté cède face à l'interdiction de la sous-traitance totale dans les marchés publics (applicable à l'ensemble des sous-contrats dans le cadre d'un MDS), qu'elle soit le fruit d'une approche quantitative classique (1) ou qualitative (2)[2062].

[2062] Nous reprenons la distinction entre approche quantitative et qualitative de P. DEVILLERS dans sa présentation de la possibilité donnée à l'acheteur d'exiger que certaines tâches soient exécutées directement par l'acheteur (P. DEVILLERS, « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *Contrats et Marchés publics*, Octobre 2015, p. 47-50). Cette

1. Limite quantitative : l'interdiction de sous-contractance totale

1673. L'interdiction de sous-contractance totale peut être déduite de L. 2393-1 du code de la commande publique pour les MDS, lequel prévoit la possibilité pour un titulaire de « *confier à un autre opérateur économique, dénommé sous-contractant, l'exécution d'une partie de son marché* ». En se fondant ainsi sur la notion de « sous-contractant », l'interdiction ne se limite pas aux sous-traitants, contrairement à l'article L. 2193-1 pour les marchés publics civils[2063]. Ce principe, qui résulte de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1975, a pour conséquence de contraindre le titulaire à exécuter lui-même une partie du marché, sous peine de résiliation du marché aux torts du titulaire[2064].

1674. Par ailleurs, les implications pratiques de cette interdiction sont relativement incertaines. Aucune limite n'est fixée par code de la commande publique, ni la loi du 31 décembre 1975 dont il s'inspire. L'appréciation semble, une fois de plus casuistique, et dévolue au juge[2065]. C'est là une des limites de l'approche quantitative de l'interdiction de sous-contractance totale.

1675. L'interdiction de sous-contractance totale a relativement peu d'impact sur les mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats. En premier lieu, il est improbable (notamment pour des raisons techniques) que le titulaire d'un MDS entende sous-contracter l'ensemble du marché. En second lieu, il est également improbable que l'acheteur impose une mise en concurrence de l'ensemble des sous-contrats (là encore, pour des raisons techniques, notamment au regard de l'impact sur la chaîne d'approvisionnement du titulaire). La mise en

distinction est également utilisée par P. BLANQUET (*op. cit.*) dans sa présentation de l'interdiction de duplication intégrale (p. 411-426).

[2063] D'où la reformulation de la règle d'interdiction totale de sous-traitance en « *interdiction totale de sous-contractance* ». Néanmoins, la doctrine administrative s'accorde sur le fait que l'interdiction de sous-traitance couvre l'ensemble des sous-contrats (voy. notamment M.GUÉNOU AHLIDJA, « Le sous-contrat en droit public », *RFDA*, 2018, p. 195.).

[2064] CAA Bordeaux, 15 décembre 1997, *SA Thermotique contre ville de Nîmes*, n° 94BX01637, publié au *Lebon*.

[2065] En ce sens, la fiche technique de la DAJ sur la sous-traitance (DAJ, fiche technique, « La sous-traitance », mise à jour le 01/04/2019, disponible en ligne) relève à propos de l'interdiction de sous-traitance totale que, « *dans ces conditions, il appartiendra au juge, en cas de contentieux, d'apprécier au cas par cas, au regard des conditions d'exécution du marché public, si le marché public respecte les dispositions précitées.* ». De même, P. DEVILLERS (*op. cit.*) en conclue que la loi laisse « *le juge au cas par cas si, dans les circonstances propres au marché considéré, le marché est totalement sous-traité ou non.* » (p. 48).

concurrence des sous-contrats concerne *a priori* davantage une partie de la sous-contractance envisagée ; sous-contractance elle-même limitée à une part (plus ou moins importante) du marché. Enfin, l'hypothèse d'une mise en concurrence de l'ensemble des sous-contrats d'un MDS faisant l'objet d'une sous-contractance totale reviendrait à remplacer la mise en concurrence au niveau du marché principal, à ceci près que la mise en concurrence serait fragmentée en autant de sous-ensembles de la prestation.

1676. En revanche, la seconde limite, qualitative, présente le risque d'amoindrir l'intérêt d'une mise en concurrence des sous-contrats.

2. Limite qualitative : l'interdiction de sous-contractance des tâches essentielles

1677. L'article L. 2393-7 du code de la commande publique pose l'obligation pour le titulaire d'effectuer directement certaines tâches essentielles identifiées par l'acheteur. Cette entorse à la liberté de recourir à la sous-contractance résulte de la jurisprudence de la Cour de justice, intégrée par la directive 2014/24/UE[2066]. Le code de la commande publique apporte davantage d'informations sur la détermination du caractère essentiel des tâches en matière de MDS, qu'il ne le fait pour les marchés publics civils. Pour les MDS, il précise ainsi que, ces tâches sont identifiées « *notamment pour des motifs de sécurité des approvisionnements ou des informations* ». Néanmoins, le code de la commande publique ne définit pas explicitement le caractère essentiel de ces tâches. Cette incertitude notionnelle soulève des interrogations au regard de sa subjectivité[2067]. Un risque contentieux émerge, résultant tant du « *flou conceptuel* »

[2066] CJCE, 18 mars 2004, *Siemens AG Österreich*, aff. C-314/01, Rec. 2004, p. I-2549. La Cour reconnait le droit pour le pouvoir adjudicateur d'interdire ou de restreindre le recours à la sous-traitance « *pour l'exécution de parties essentielles du marché lorsqu'*[il] (…) *n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants lors de l'examen des offres et de la sélection du soumissionnaire le mieux-disant.* » (point 45).

[2067] Voy. notamment P. DEVILLERS, *op. cit*. L'auteur souligne que la notion de tâches essentielles peut paraître « *difficile à cerner, étant empreinte d'une certaine subjectivité* ». Dès lors, « *tracer la frontière avec les prestations seulement « accessoires » peut paraitre délicat, une nette hiérarchisation entre les différentes prestations à réaliser n'étant pas, selon la nature des projets, toujours si évidente* » (p. 48). Dans son exposé sur la sous-contractance dans les MDS (« MPDS et sous-traitance », Lexis 360, Fiche pratique n°2856), E. POURCEL apporte quelques éléments de réponse, et écrit : « *Littéralement la tâche « essentielle »* (…) *est celle qui relève de l'essence même de la prestation et constitue le cœur de la prestation : a contrario, l'acheteur ne devrait pas pouvoir exiger que le titulaire réalise lui-même des*

des tâches essentielles[2068] que de celui de leur encadrement[2069] . Tout au plus, dans une fiche technique consacrée à la sous-traitance, la DAJ a-t-elle précisé que « *La notion de « tâches essentielles » dépend de l'objet du marché public et donne donc lieu à une appréciation casuistique* »[2070]. À tout le moins, l'interdiction de sous-traiter les tâches essentielles du marché ne saurait faire l'objet d'une appréciation trop large par l'acheteur, voire d'un pouvoir discrétionnaire[2071].

1678. S'agissant des MDS, la notion de tâches essentielles présente un avantage considérable du point de vue de la maîtrise de l'exécution du marché. L'acheteur peut effectivement avoir intérêt à ce que le titulaire exécute personnellement les parties du marché qu'il estime essentielles. En revanche, les tâches essentielles ont pour effet de diminuer le potentiel de levier concurrentiel que constitue la mise en concurrence des sous-contrats, y compris à l'endroit des PME[2072]. En plus de son incertitude conceptuelle, la notion réduit nécessairement le champ d'application de cette mise en concurrence[2073].

---

tâches accessoires ou périphériques sauf si celles-ci sont indissociables ou difficilement dissociables des tâches essentielles ce qui reviendrait en ce cas à admettre l'idée d'une interdiction totale de sous-traitance ou de sous-contractance. ».

[2068] B. SCHMALTZ, « Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées », *AJDA*, 2016, p. 1669. L'auteur souligne notamment que « *La question repose évidemment dans le contenu qu'il sera possible de donner à l'expression « tâches essentielles ». Surtout la question se pose de savoir si le juge effectuera un contrôle de cette interprétation et, le cas échéant, à quel degré d'exigence.* ».

[2069] P. BLANQUET, *op. cit*., p. 420. L'auteur souligne le fait que « *la règle générale n'impose nullement une précision au stade de la passation et de la définition de l'instrument contractuel* ». Il identifie une source de contentieux, résidant dans « *le risque de voir l'Administration s'opposer à une duplication en avançant l'argument de la « tâche essentielle* » (…) » (p. 420). Pour la DAJ, néanmoins, l'obligation de transparence des procédures impose à l'acheteur d'indiquer clairement dans l'avis d'appel à la concurrence ou les documents de la consultation les tâches essentielles (DAJ, fiche technique, « La sous-traitance », *op. cit*., p. 4).

[2070] DAJ, fiche technique, « La sous-traitance », mise à jour le 01/04/2019, disponible en ligne).

[2071] P. BLANQUET, *op. cit.*, p. 243.

[2072] S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 2017, p. 249. L'auteur souligne à propos de l'article L. 2193-3 du CCP que « *cette disposition dont, la compatibilité avec le droit de l'Union européenne semble, au demeurant, discutable en raison du large pouvoir discrétionnaire qu'elle reconnaît à l'acheteur, pourrait constituer un brutal coup d'arrêt pour la sous-traitance dans les marchés publics pourtant largement promue ces dernières années afin notamment de favoriser l'accès des PME à la commande publique* ».

[2073] P. DEVILLERS (*op. cit*.) identifie le risque de contentieux induit par la notion de tâches essentielles, « *critiquant une conception trop extensive susceptible de constituer un frein à la concurrence* » (p. 49), et souligne le fait que cette limitation de la sous-traitance « *peut également paraître en contradiction avec l'objectif par ailleurs affiché d'accroître la participation des PME à la commande publique.* ».

1679. Néanmoins, la nécessité pour l'acheteur d'un MDS de déterminer en amont les tâches essentielles du marché lorsqu'il entend recourir à une mise en concurrence des sous-contrats, limite le risque contentieux. Il apparaît alors peu vraisemblable que l'acheteur puisse s'opposer à la sous-contractance d'une partie du marché en se fondant sur la circonstance qu'il s'agit d'une tâche essentielle, s'il ne l'a pas qualifié comme telle dans l'avis de marché. Dans ces circonstances, le risque contentieux lié aux incertitudes relatives à l'encadrement de la notion de tâches essentielles semble faible.

B. Le maintien de l'absence de lien contractuel entre l'acheteur et les sous-contractants

1680. Comme dans les marchés publics civils vis-à-vis des sous-traitants, l'absence de lien contractuel entre l'acheteur et les sous-contractants demeure dans les MDS. Ce principe fonde la responsabilité du titulaire de l'exécution de l'ensemble du marché[2074], y compris lorsqu'il a recours à des sous-contractants. Cette responsabilité est doublement rappelée par le code de la commande publique s'agissant des MDS[2075]. Le titulaire confie à des sous-contractants l'exécution d'une partie du marché « *sous sa responsabilité* »[2076]. De même, en cas de sous-contrat, le code rappelle que le titulaire « *demeure personnellement responsable de l'ensemble de toutes les obligations résultant du marché* »[2077]. Ici, la notion de sous-contrat a pour effet d'étendre formellement la responsabilité du titulaire pour l'ensemble des sous-contrats, au-delà de la sous-traitance *stricto sensu*.

1681. Si cette responsabilité du titulaire fonde l'absence de lien contractuel, elle ne signifie pas l'inexistence de tout lien entre l'acheteur et les sous-contractants, leur relation étant à de multiples égards étroite[2078]. Cette proximité entre l'acheteur public et les sous-contractants a pu conduire à s'interroger sur l'existence de liens contractuels entre eux. Le droit au paiement

[2074] Pour une présentation du lien entre la responsabilité de la partie intermédiaire et l'absence de lien contractuel entre les parties médiates, voy. P. BLANQUET, *op. cit.*, p. 191-213.
[2075] De même que dans les marchés publics civils, ainsi que le relève P. BLANQUET (*op. cit*, p. 213).
[2076] Article L.2393-1 du CCP.
[2077] Article L. 2393-5 du CCP.
[2078] Notamment à travers les mécanismes d'acceptation et d'autorisation, qui placent le sous-contrat, en tant qu'élément d'un ensemble contractuel, dans une dépendance juridique économique (en ce sens voy. notamment M. GUÉNOU AHLIDJA, *op.cit.*).

direct a en particulier été invoqué pour soutenir cette hypothèse. Néanmoins, le Conseil d'État l'a exclu, relevant que les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sur le paiement direct « *n'ont eu ni pour objet ni pour effet de créer à la charge des sous-traitants des obligations contractuelles vis-à-vis du maître de l'ouvrage.* »[2079]. Le paiement direct crée en réalité un lien *financier* entre l'acheteur et les sous-traitants, et non contractuel. En ce sens, l'agrément des conditions de paiement n'autorise pas l'acheteur à s'immiscer dans les relations (de droit privé) entre le titulaire et les sous-traitants[2080].

1682. L'utilisation des mécanismes de mise en concurrence ne crée pas davantage de lien contractuel entre l'acheteur et le sous-contractant. En effet, la mise en concurrence simple comme la sous-contractance imposée ne rapprochent pas ces derniers sur le plan contractuel. Son influence est ailleurs. La mise en concurrence a des effets sur la passation des sous-contrats, et non sur leur exécution, faisant dépendre l'identité du sous-contractant, voire l'existence d'un sous-contrat, de ses résultats. Ainsi, les mécanismes de mise en concurrence renforcent la dépendance juridique des sous-contrats vis-à-vis du marché.

1683. Ce faisant, elle ne décharge pas le titulaire de sa responsabilité dans l'exécution de l'ensemble des obligations du marché – au contraire –, et n'autorise pas plus l'acheteur à s'immiscer dans les relations de droit privé entre l'acheteur et ses sous-contractants. La sous-contractance demeure une relation contractuelle distincte (avec toutefois une dépendance du sous-contrat). Il y a bien deux contrats : un contrat de droit public, le MDS, et un contrat de droit privé, le sous-contrat, qu'il soit ou non mis en concurrence.

1684. La mise en concurrence des sous-contrats n'a donc pas pour *objet* de remettre en cause l'absence de lien contractuel entre l'acheteur et le sous-contractant. En revanche, elle a pour *effet* de renforcer le phénomène d'influence de l'acheteur sur la relation entre le titulaire et ses sous-contractants. L'influence de l'acheteur sur les relations entre le titulaire et les sous-contractants n'est pas propre à la mise en concurrence de ces derniers. Elle apparaît déjà lors des mécanismes d'acceptation des sous-traitants et d'agrément des conditions de paiement[2081],

[2079] CE, 6 mars 1987, *OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux*, n°37731, tables du *Lebon*.
[2080] Instruction n° 12-012-M0 du 30 mai 2012 relative à la sous-traitance dans les marchés publics, p. 11.
[2081] Dans l'optique de constater si les rapports entre sous-contractant et titulaire sont équilibrés, l'acheteur peut exiger du soumissionnaire ou du titulaire la remise des sous-contrats, prévue à l'article L. 2393-6 du CCP. Ce rappel des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 (ici appliquées toutefois à

avec, en toile de fond, la volonté politique de protéger les sous-contractants. Cette dernière est particulièrement importante dans le secteur de la défense, notamment à l'endroit des PME sous-contractantes[2082].

1685. Conclusion de la sous-section. Les mécanismes de mise en concurrence des sous-contractants se distinguent dans leur principe. L'un introduit le seul principe de mise en concurrence, dans des proportions plus ou moins conséquentes ; l'autre impose en sus au titulaire de sous-contracter, dans des limites cette fois-ci encadrées. Ensemble, ils graduent le principe de mise en compétition des sous-contrats allant du régime le plus basique au régime le plus autoritaire. Les mécanismes de mise en concurrence se retrouvent et partagent des traits communs. Ils subissent les mêmes limites de recours à la sous-contractance, lesquelles constituent un frein aux effets attendus desdits mécanismes. De même, ils n'ont pas pour effet de remettre en cause la responsabilité personnelle du titulaire en créant une quelconque relation contractuelle entre l'acheteur et les sous-contractants. Néanmoins, par l'application des principes directeurs aux sous-contrats, la liberté du titulaire de contracter se trouve supplantée par la liberté du sous-contractant de « candidater ». Les mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats démontrent ainsi que le respect de l'exigence de concurrence s'étend au titulaire du marché principal. Certes, cette extension est facteur de complexification de la procédure, voire d'un risque pour la bonne exécution du marché, étant donné qu'elle peut induire une remise en cause de la chaîne d'approvisionnement préétabli du titulaire. Toutefois, l'extension du principe de concurrence se fait au service de l'objectif de politique de défense, et pourrait, à long terme et selon la pratique des États membres, contribuer à une densification de l'offre au niveau européen. Ce faisant, la mise en concurrence des sous-contrats met en exergue le fait que la concurrence est un moyen de réaliser des objectifs de politique publique.

---

l'ensemble des sous-contrats), n'existe pas dans les dispositions générales du code. De même, l'article R. 2393-23 prévoit l'application d'une pénalité journalière au titulaire qui ne communiquerait pas les sous-contrats à l'acheteur.

[2082] Dans une instruction (Instruction ministérielle n°5871/ARM/CAB du 25 avril 2022, relative au Plan ACTION PME rénové du ministère des armées en appui des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire), le ministère des armées affirme sa volonté d'exploiter les règles des MDS aux fins de contrôler les bonnes pratiques à l'égard des PME et ETI. Le *Plan ACTION PME* prévoit ainsi un examen des sous-contrats de l'ensemble des MDS pour toutes les entités d'achat du ministère (action 2.7).

Sous-section 2. La procédure de publicité et de mise en concurrence des sous-contrats

1686. Si les mécanismes de mise en concurrence des sous-contractants sont multiples, ils font l'objet d'un régime commun. Quelle que soit l'option choisie par l'acheteur, les obligations de publicité et de mise en concurrence sont identiques. La mise en concurrence des sous-contrats suit celle appliquée au marché principal. Leur lien est à la fois logique et chronologique, et forme un mouvement continu de l'application du principe de concurrence, sur l'ensemble de la chaîne contractuelle.

1687. La passation du marché principal ne peut rester hermétique à celle des sous-contrats mis en concurrence, dans la mesure où, en tant que condition d'exécution particulière du MDS, elle conditionne le choix du titulaire. Ainsi, cette dernière peut s'analyser à deux stades. D'abord, celui du marché principal, lequel correspond à la préparation de la procédure de mise en concurrence des sous-contrats (I). Ensuite, celui des sous-contrats, correspondant à l'application de la mise en concurrence des sous-contrats *stricto sensu* (II).

I. Au niveau du marché principal : la préparation de la procédure de mise en concurrence des sous-contrats

1688. Le marché principal n'est pas étranger à la mise en concurrence des sous-contractants[2083]. La procédure de passation du MDS est le temps de la préparation de la procédure de mise en concurrence dans son ensemble. Le périmètre de cette procédure se dessine, les règles applicables sont fixées. Pour ce faire, l'acheteur doit être transparent et le plus complet possible dans ses exigences y compris en matière de sous-contractance, en particulier lorsqu'il exige la mise en concurrence, *via* la publication d'un avis de marché (A). Cette complétude doit permettre au soumissionnaire de construire une offre en fonction de ces exigences (B).

[2083] Les mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats sont par ailleurs applicables à toutes les procédures, y compris la négociation.

A. L'avis de marché : l'information des exigences du titulaire relatives à la mise en concurrence des sous-contractants

1689. La transparence de la passation des sous-contrats repose, au niveau du MDS principal, sur l'avis de marché. Deux types d'exigences se distinguent : celles qui peuvent être qualifiées de *générales*, applicables notamment à la mise en concurrence des sous-contrats (1), et celles qui leur sont *spécifiques* (2).

1. Exigences générales applicables à la mise en concurrence des sous-contrats

1690. Les exigences générales sont celles qui s'appliquent indistinctement dans le cadre du régime général de contrôle de la sous-contractance et dans celui du régime spécial de mise en concurrence des sous-contrats. Toutes les exigences de l'acheteur en matière de sous-contractance doivent être contenues dans l'avis de marché[2084]. Ainsi, l'acheteur doit indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence toutes les informations que doivent comporter l'offre du soumissionnaire, et qui ont trait auxdites exigences[2085].

1691. L'avis de marché doit également indiquer les critères propres à déterminer les capacités des sous-contractants[2086] sur la base desquels l'acheteur peut refuser un opérateur économique proposé par le candidat. En particulier dans le cas d'une mise en concurrence simple, l'acheteur doit fournir des informations suffisantes sur les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il appliquera pour sélectionner les sous-contrats proposés par le titulaire[2087].

1692. La note d'orientation de la Commission européenne sur la sous-traitance renvoie à cet égard à l'obligation générale de transparence et dans un *souci de faisabilité*, afin de souligner l'importance d'informer les opérateurs économiques de manière aussi complète que possible

[2084] Directive 2009/81/CE, article 21, paragraphe 6.
[2085] Article R. 2351-17 du CCP.
[2086] Dans le formulaire standard d'avis de marché pour des MDS, les conditions de participation (III.2) intègrent les critères susceptibles d'entraîner le rejet des sous-contractants : situation propre (III.2.1), capacité économique et financière (III.2.2), capacité technique et/ou professionnelle (III.2.3).
[2087] Commission européenne, Note d'orientation sur la sous-contractance, *op. cit.*, p. 6 (point 21).

sur les exigences en matière de sous-contractance[2088]. Ce besoin de complétude concerne d'abord la mise en concurrence des sous-contractants, dans la mesure où certaine de ces exigences générales permettent de dessiner les contours de la compétition au niveau des sous-contrats, dès le stade de la passation.

1693. Cette obligation de transparence s'étend aux exigences de l'acheteur relatives à la sous-contractance pour des MDS passés sans publicité ni mise en concurrence. La circonstance que l'acheteur ne soit pas, dans un tel cas, soumis à l'obligation de publier un avis de marché n'a pas d'incidence sur l'exigence de transparence. La note d'orientation susmentionnée souligne que les exigences en matière de sous-contractance peuvent faire l'objet d'une publication dans un avis de préinformation (volontaire). En tout état de cause, les informations doivent être publiées dans l'avis d'attribution. Le code de la commande publique n'évoque pas expressément cette configuration, renvoyant les exigences relatives à la sous-contractance à l'avis d'appel à la concurrence.

2. Exigences spécifiques à la mise en concurrence des sous-contrats

1694. L'avis de marché est également le support des exigences spécifiques à la mise en concurrence des sous-contractants, permettant ainsi à l'acheteur de remplir son obligation de transparence. Certaines de ces exigences sont communes à la mise en concurrence simple et à la sous-contractance imposée, quand d'autres dépendent du mécanisme utilisé.

1695. Parmi les informations communes, l'avis de marché doit indiquer l'intention de l'acheteur public de recourir à la mise en concurrence des sous-contractants, tant pour la mise en concurrence simple[2089] que la sous-contractance imposée[2090]. En outre, l'acheteur doit avoir identifié les tâches essentielles dans l'avis de marché. Cette obligation n'est formellement mentionnée que pour les MDS, précisément parce qu'elles ont un impact sur le choix des parties sous-contractées du marché dans le contexte d'une mise en concurrence des sous-contrats. Si un doute subsiste quant aux marchés publics civils, il est certain que, s'agissant des MDS,

[2088] *Ibid.*, p. 6 (point 20).
[2089] Article R. 2393-4 du CCP
[2090] Article R. 2393-7 du CCP.

l'acheteur est soumis à une obligation d'identification des tâches essentielles en amont de l'attribution. Cette obligation se formalise par l'indication de l'information dans l'avis de marché.

1696. S'agissant de la mise en concurrence simple, l'acheteur doit indiquer son intention de mettre en concurrence l'ensemble des sous-contrats ou une partie de la part que le soumissionnaire entend sous-contracter. L'avis de marché peut ainsi renseigner les fonctions, les sous-systèmes (complets ou non), ou encore les sous-ensembles que le titulaire devra mettre en concurrence. La Commission juge que ces informations, en complément des conditions de rejet des sous-contractants, « *peuvent être d'une importance cruciale pour les candidats et les soumissionnaires potentiels* »[2091]. Enfin, le recours à la sous-contractance imposée suppose que l'acheteur indique dans l'avis de marché la part minimale du montant du marché faisant l'objet de la mise en concurrence[2092].

1697. Ainsi, l'avis de marché constitue le support de publicité permettant de préparer la mise en concurrence des sous-contractants. L'acheteur fait connaître l'ensemble de ces exigences au titulaire, qui seront alors à même de préparer et présenter une offre en conformité avec ces dernières.

B. L'offre des soumissionnaires

1698. Le recours à la mise en concurrence des sous-contractants a un impact conséquent sur la phase d'offre. La mise en concurrence étant une condition d'exécution particulière, les soumissionnaires doivent constituer leur offre en fonction notamment des informations requises par ce recours (1), tandis que l'examen des offres par l'acheteur est marqué par la vérification de la satisfaction des exigences relatives à la mise en concurrence des sous-contrats (2).

[2091] Commission européenne, Note d'orientation sur la sous-contractance, *op.cit.*, p. 6 (point 21) (traduction libre).
[2092] Article R. 2393-8 du CCP. L'avis de marché doit donc renseigner la fourchette comportant un pourcentage minimum et un pourcentage maximum n'excédant pas 30% du montant du marché (cf. *supra* §1663 et s.).

1. Contenu de l'offre

1699. En matière de sous-contractance, l'offre du soumissionnaire doit comporter un ensemble d'informations et d'engagements plus ou moins contraignants. Outre les exigences en matière de sécurité des informations et de sécurité d'approvisionnement qui sont également applicables aux sous-contractants[2093], le soumissionnaire doit répondre à des exigences qui leur sont spécifiques[2094].

1700. Ainsi, le soumissionnaire peut devoir indiquer la part du marché qu'il a l'intention de sous-contracter à des PME ou des artisans (information qui intéresse indirectement la mise en concurrence des sous-contractants)[2095]. Par ailleurs, il peut être imposé que l'offre comporte les informations relatives au périmètre de la sous-contractance envisagée par le soumissionnaire[2096]. En outre, y compris dans le cas d'une mise en concurrence de second niveau, il peut être exigé que l'offre du soumissionnaire comporte « *un engagement d'indiquer tout changement intervenu au cours de l'exécution du marché au niveau de ses sous-contractants* »[2097].

1701. D'autres éléments de l'offre sont spécifiques à la mise en concurrence des sous-contractants. Ainsi en est-il des informations prévues lorsque l'acheteur exige une mise en concurrence simple ou impose une sous-contractance[2098]. Quel que soit le mécanisme utilisé, le soumissionnaire doit indiquer dans son offre la liste exhaustive des opérateurs économiques qui lui sont liés, avec obligation de mise à jour de cette liste et information à l'acheteur de toute modification[2099], en vue de la mise en concurrence dont ces derniers sont exclus[2100].

[2093] Il faut également que l'offre du soumissionnaire contienne toutes les exigences en matière de sécurité des informations (article R. 2351-14 du CCP) et de sécurité d'approvisionnement applicables aux sous-contrats (article R. 2351-15 du CCP).
[2094] Exigences qui constituent les conditions d'exécution particulières relatives à la sous-contractance.
[2095] Article R. 2393-12 du CCP. L'objectif sous-jacent de cette disposition, l'accès des PME aux MDS, est au cœur de la mise en concurrence. L'acheteur pourrait s'appuyer sur cette information pour déterminer les sous-contrats pour lesquels il exige une mise en concurrence.
[2096] Article R. 2351-17-1° du CCP. Ces informations sont relatives aux parties du marché que le titulaire a prévu de sous-contracter, l'objet de ces sous-contrats et l'identité des sous-contractants.
[2097] Article R. 2351-17-2° du CCP. Le code de la commande publique (pas plus que la directive 2009/81/CE) ne précise pas la notion de « *changement* ».
[2098] Articles R. 2351-17-3° (mise en concurrence simple) et R. 2351-17-4° (sous-contractance imposée) du CCP.
[2099] Articles R. 2393-5° (mise en concurrence simple) et R. 2393-11° (sous-contractance imposée) du CCP.
[2100] Cf. *supra* §1577 et s.

1702. Dans le cas de la sous-contractance imposée, l'offre du soumissionnaire doit comporter, à la demande de l'acheteur, des informations supplémentaires. Elle doit ainsi contenir les informations relatives à l'éventuelle combinaison des mécanismes de mise en concurrence des sous-contractants[2101], ainsi que les modalités dans lesquelles le soumissionnaire entend respecter les exigences de l'acheteur (c'est-à-dire le pourcentage de sous-contractance ainsi que les prestations sous-contractées envisagées pour ce faire)[2102]. Enfin, l'offre du soumissionnaire doit comporter un engagement d'attribuer les sous-contrats conformément au(x) mécanisme(s) de mise en concurrence retenu(s) par l'acheteur[2103].

2. Examen des offres

1703. Lors de l'examen des offres présentées par les soumissionnaires, l'acheteur vérifie la complétude de ces dernières, notamment au regard des exigences relatives aux sous-contrats. S'il n'est prévu aucune mise en concurrence, l'acheteur vérifie directement les capacités des sous-contractants. En d'autres termes, il procède lui-même à leur sélection. Cette sélection repose sur une acceptation[2104] ou, au contraire, sur le rejet des sous-contractants proposés par le soumissionnaire.

1704. Seul le cas d'une mise en concurrence simple *totale*[2105] impose à l'acheteur d'identifier les sous-contrats au cours de la procédure d'attribution qui sont soumis à cette exigence. La mise en concurrence *totale*, qui ne nécessite pas de distinguer au cas par cas les sous-contrats comme la sous-contractance imposée, pour laquelle il appartient au soumissionnaire de déterminer les sous-contrats soumis à la mise en concurrence, ne réclament pas une telle identification. Lorsqu'elle est nécessaire, l'identification par l'acheteur des sous-contrats soumis à la mise en concurrence doit intervenir le plus en amont possible de la

[2101] Article R. 2393-9 du CCP (cf. *supra* §1668-1670).
[2102] Article R. 2393-10 du CCP.
[2103] Article R. 2351-17-5° du CCP.
[2104] En effet, l'acceptation des sous-contractants par l'acheteur dans les MDS correspond à une pseudo-sélection des candidatures.
[2105] C'est-à-dire lorsque l'ensemble des sous-contrats font l'objet d'une mise en concurrence, résultant d'une combinaison des mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats.

procédure d'attribution, « *compte tenu de ses implications pratiques et économiques pour le soumissionnaire* »[2106].

1705. À cet égard, la note d'orientation de la Commission distingue selon que le MDS est passé selon une procédure restreinte ou selon les autres procédures concurrentielles[2107]. Dans le cas d'une procédure restreinte, la Commission estime que l'acheteur devrait communiquer sa décision relative aux sous-contrats à attribuer selon une mise en concurrence immédiatement après l'examen des offres. Dans l'hypothèse d'une procédure avec négociation ou d'un dialogue compétitif, la détermination du contours de la mise en concurrence des sous-contractants (y compris l'identification des sous-contrats) intervient ultérieurement, après négociation des parties. En effet, le débat entre les parties au marché principal doit permettre la pleine information de l'acheteur sur les conséquences des « *différentes options* » de sous-contractance, « *notamment en ce qui concerne les coûts, la qualité ou les risques* »[2108].

1706. Enfin, la mise en concurrence des sous-contractants intervient le plus généralement après l'attribution du marché principal. Il semble plus opportun pour le soumissionnaire de se voir d'abord attribuer ledit marché, afin d'éviter une mise en concurrence de tout ou partie des sous-contrats qu'il projette, qui deviendrait inutile dans le cas où il ne se verrait pas attribuer le MDS. Néanmoins, la Commission européenne estime également possible pour le soumissionnaire de sélectionner les sous-contractants *via* la procédure de mise en concurrence[2109]. Dans cette hypothèse, un avant-contrat serait conclu entre le soumissionnaire et le sous-contractant retenu, assorti d'une condition suspensive : l'obtention par le titulaire du marché principal.

1707. Une fois identifiés les sous-contrats soumis éventuellement à mise en concurrence et le marché principal attribué, le titulaire de ce dernier a pour obligation d'appliquer la procédure de mise en concurrence des sous-contrats (il s'y est, par ailleurs, engagé dans son offre).

[2106] Commission européenne, Note d'orientation sur la sous-contractance, *op. cit.*, p. 8 (point 31) (traduction libre).
[2107] *Ibid.*
[2108] Directive 2009/81/CE, considérant 40 (§4).
[2109] Commission européenne, Note d'orientation sur la sous-contractance, *op. cit.*, p. 9 (point 33).

II. Sous-contrats : l'application de la procédure de mise en concurrence

1708. Les titulaires du marché qui sont eux-mêmes des acheteurs au sens de l'article L. 1210-1 du code de la commande publique ne sont pas soumis aux obligations procédurales propres à la mise en concurrence des sous-contrats : ils doivent quant à eux appliquer les mêmes règles que l'acheteur[2110]. S'agissant de la procédure de mise en concurrence *stricto sensu*, elle repose, d'une part, sur la publication d'un avis de sous-traitance[2111] (A), et, d'autre part, sur une sélection des sous-contractants (B).

A. Avis de sous-traitance

1709. L'avis de sous-traitance obéit à des règles de publication (1) et de contenu (2) somme toute comparables voire similaires à celle de l'avis de marché utilisé en matière de MDS.

1. Règles de publication

1710. Les règles de publication d'un avis de sous-traitance varient, à l'instar de celles applicables au marché principal dont elles s'inspirent, en fonction de la valeur du sous-contrat. En l'occurrence, il s'agit d'une véritable translation des règles de publication du MDS. Des seuils de procédure formalisée propres aux sous-contrats auraient pu être fixés par la Commission européenne. Néanmoins, la directive 2009/81/CE ne prévoit pas de seuils différents selon qu'il s'agit d'un marché ou d'un sous-contrat.

1711. Ainsi, lorsque l'estimation de la valeur du sous-contrat est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, le titulaire doit faire connaître son intention de passer un sous-contrat par un avis de sous-traitance publié au JOUE dans des conditions identiques à celles du

[2110] Article R. 2393-13, alinéa 2 du CCP

[2111] En droit français, devrait être un avis de sous-contractance. Néanmoins, le code de la commande publique ne le mentionne jamais comme tel, se référant simplement à « *l'avis* » (voy. notamment l'article 2393-14). Pour cette section, nous reprendrons l'expression consacrée par la directive 2009/81/CE et le nom du formulaire européen applicable, *l'avis de sous-traitance*.

marché principal[2112]. Lorsqu'elle est inférieure aux seuils de procédure, le titulaire fixe librement les modalités de publicité dudit sous-contrat dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique[2113]. Le code de la commande publique reprend la jurisprudence *Nord-Pas-de-Calais*[2114] du Conseil d'État à la publication de ces sous-contrats, puisque le titulaire détermine les modalités appropriées « *en fonction des caractéristiques l'objet* [du] *sous-contrat, de son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles le sous-contrat est passé* ». En pareille hypothèse, il s'agit d'un sous-contrat à publicité adaptée (en fonction du montant).

1712. Enfin, les règles de publication d'un avis de sous-traitance correspondent également à celle du marché principal. Ainsi, si le sous-contrat, par son montant ou son objet, remplit les conditions de recours à un MDS sans publicité ni mise en concurrence, le titulaire n'est pas tenu de publier un avis de sous-traitance[2115]. Ce dernier ne saurait être tenu à ce que l'acheteur n'est pas lui-même contraint de faire.

2. Contenu

1713. L'avis de sous-traitance doit contenir les informations de base sur le sous-contrat, lesquelles font l'objet d'une annexe de la directive 2009/81/CE[2116]. Le formulaire standard d'un avis de sous-traitance[2117] dispose d'une architecture très similaire à celle d'un avis de marché, y compris celui d'un MDS. L'avis de sous-traitance correspond par ailleurs au modèle de formulaire standard de la Commission européenne[2118].

1714. Ainsi, l'avis renseigne les *informations relatives au soumissionnaire retenu* (en lieu et place du pouvoir adjudicateur). Les rubriques relatives à l'*objet de la sous-traitance*

[2112] Article R. 2393-18 du CCP, lequel renvoie à l'article R. 2131-19 relatives aux règles de publication applicables aux avis destinés à être publiés au JOUE (tant pour les marchés publics civils que les MDS (*via* l'article R. 2331-10).
[2113] Article R. 2393-17 du CCP. La formulation rappelle celle de la définition des marchés passés selon une procédure adaptée (article L. 2123-1).
[2114] CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, *op. cit*.
[2115] Article R. 2393-20 du CCP.
[2116] Directive 2009/81/CE, Annexe V.
[2117] Le code de la commande publique vise cet « avis » à son article R. 2393-19.
[2118] Article R. 2393-19 du CCP

reprennent dans une très large mesure l'avis de marché d'un MDS[2119]. Il en va de même pour les *conditions de participation*, qui se fondent précisément sur les critères de sélection de l'acheteur. En revanche, l'avis de sous-traitance se singularise s'agissant des informations relatives à la *procédure*, où la section relative aux *critères d'attribution* est nettement plus rudimentaire que dans l'avis de marché. Ainsi, le titulaire n'a pas à renseigner la pondération desdits critères[2120].

1715. En outre, le code de la commande publique précise que le titulaire doit indiquer dans l'avis, ou dans un autre document de la consultation, l'obligation pour le sous-contractant de fournir une déclaration indiquant qu'il n'est pas placé dans l'un des cas d'exclusion prévus au niveau du marché principal[2121]. Cette déclaration couvre tous les cas d'exclusion, y compris les exclusions à l'appréciation de l'acheteur.

1716. L'avis de sous-traitance illustre la translation des obligations de publicité du marché principal vers le sous-contrat. La circonstance que le titulaire est plus libre dans la procédure de mise en concurrence *stricto sensu* explique la moindre contrainte qui s'exerce sur lui au niveau du choix du sous-contractant.

B. Choix du sous-contractant

1717. Le choix du sous-contractant par le titulaire repose sur des règles largement identiques à celles concourant au choix du titulaire (1). Les cas particuliers relatifs à ce choix partagent également, de façon plus subtile, cette inspiration des règles applicables au marché principal (2).

[2119] L'avis de sous-traitance ne contient pas l'*information sur la sous-traitance* (préparatoires à la mise en concurrence des sous-contrats, dont la publicité est précisément formalisée par l'avis de sous-traitance. Ce dernier ne contient pas non plus de rubrique dédiée aux *lots* ou aux *variantes*, ou encore d'*information sur les options* ou la *reconduction du marché* (non applicables aux sous-contrats).
[2120] De même, le formulaire d'avis de sous-traitance ne détaille pas le type de procédure, les limites concernant le nombre d'opérateurs invités à soumissionner ou à participer, la réduction de ce nombre ou encore indiquer si une enchère électronique sera effectuée.
[2121] Article R. 2393-14-1° du CCP.

1. Règles applicables à la sélection et à l'attribution des sous-contrats

1718. Les modalités de sélection et d'attribution des sous-contrats sont mécaniquement liées au marché principal (a). Par ailleurs, se pose la question de l'ingérence de l'acheteur lorsqu'il rejette des sous-contractants proposés par le titulaire (b).

a. Les modalités de sélection et d'attribution

1719. Dans le cadre de la sélection des sous-contractants, le titulaire est lié par les critères de sélection appliqués par l'acheteur. La directive 2009/81/CE impose une obligation de cohérence « *avec les critères appliqués par* [l'acheteur] *pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal* »[2122]. Le code de la commande publique prévoit que les conditions de participation applicables à la sous-contractance, ainsi que les renseignements ou documents permettant d'évaluer les capacités des sous-contractants, sont « *tels qu'exigées des candidats lors de la passation du marché principal* »[2123].

1720. Ces conditions de participation respectent également les principes qui conduisent la détermination des critères de sélection applicables au niveau du marché principal. Ainsi, lesdites conditions ne doivent pas être discriminatoires, et doivent être rendues nécessaires par l'objet du sous-contrat et la nature des prestations à réaliser[2124]. Cette exigence de proportionnalité à l'objet du marché est également applicable aux éventuels niveaux minimaux de capacité que le titulaire est en droit de fixer[2125]. Ce faisant, les conditions de participation applicables pour la sélection des sous-contractants doivent être cohérentes, à la fois avec le marché principal et l'objet du sous-contrat.

1721. L'attribution des sous-contrats est plus flexible pour le titulaire. Le code de la commande publique n'impose aucune procédure formalisée, de sorte que ce dernier détermine

[2122] Article 53, §1 de la directive 2009/81/CE. L'avis de marché préfigure la translation des conditions de participation du MDS vers les sous-contrats, dans la rubrique relative aux conditions de participation (cf. *supra* §1093).
[2123] Article R. 2393-14-2° du CCP. En outre, le titulaire doit indiquer les autres conditions, renseignements ou documents qu'il entend exiger (article R. 2393-14-3°)
[2124] Article R. 2393-14-3°, alinéa 2 du CCP
[2125] Article R. 2393-14-3°, alinéa 3 du CCP.

librement lesdits critères, sans obligation d'appliquer les règles formelles qui s'imposent à l'acheteur, notamment en matière de délais de réception des offres ou encore de pondération des critères d'attribution[2126]. Toutefois, le titulaire doit manifestement respecter les principes fondamentaux de la commande publique, étant entendu qu'il ne peut pas se comporter de façon discriminatoire à l'égard de ses sous-contractants potentiels[2127].

b. La question de l'ingérence de l'acheteur : le rejet des sous-contractants proposés par le titulaire

1722. Enfin, cette procédure d'attribution a la particularité d'être conditionnée à l'acceptation de l'acheteur pour s'achever sur l'attribution effective du sous-contrat. L'acheteur peut rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire, y compris après mise en concurrence[2128]. Si cette possibilité pour l'acheteur de rejeter les sous-contractants proposés par le titulaire (y compris, donc, après mise en concurrence) s'explique par le contrôle nécessaire de l'acheteur sur l'exécution du MDS, elle interroge sur un risque d'ingérence dans le choix des sous-contractants.

1723. Ce rejet implique en effet que le rôle de l'acheteur ne se limite pas au contrôle de la bonne application par le titulaire de la procédure de sélection. Il est d'ailleurs à noter que le code de la commande publique ne prévoit pas expressément ce contrôle (appliqué au plan d'acquisition[2129]), pourtant nécessaire au regard du respect des principes directeurs du droit des marchés publics, dont l'acheteur est le gardien. Faut-il voir dans cette faculté de rejet une forme d'« *ingérence* » ? Une telle ingérence pourrait générer un antagonisme entre les objectifs de l'acheteur et ceux du titulaire, tel que formulé par J.-M. Oudot.

[2126] Commission européenne, Note d'orientation de sur la sous-contractance, *op. cit.*, p. 9 (point 39,).
[2127] Le rappel du principe de non-discrimination à l'article L. 2393-4 du CCP, à destination de l'acheteur et de l'interdiction de la pratique de compensation, suppose une attribution respectueuse du principe de non-discrimination.
[2128] Article L. 2393-8 et R. 2393-21 du CCP.
[2129] N KURZ, *op. cit*., p. 51. « *Les objectifs de la démarche doivent uniquement se traduire pour la DGA par l'obtention d'une visibilité contractuelle sur le déroulement des consultations et des négociations menées par le titulaire. À ce titre, les services de programmes vérifient la bonne application de la procédure par le titulaire, mais n'interviennent pas dans le choix final proposé par le titulaire* ». La procédure de sélection des sous-traitants est au préalable déterminée par les titulaires et communiquée à la DGA. En effet, les titulaires doivent « *déclarer à l'avance la répartition de leur règle de sélection de leurs sous-traitants* » (notamment la répartition des critères techniques et financiers) (voy. J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 54. L'auteur observe par ailleurs qu'*« un tel contrôle n'est cependant pas toujours simple à mener* ».

1724. Cet antagonisme résulterait de l'objectif de l'acheteur (l'obtention du prix le plus bas, « *en concordance avec le principe de concurrence* »[2130]) et celui du titulaire (c'est-à-dire la satisfaction de l'acheteur « *en lui proposant un système qui corresponde bien à ses attentes, ce qui le conduit à retenir le sous-traitant qui sera capable de réaliser la tâche demandée, et non pas obligatoirement le moins coûteux* »[2131]). L'hypothèse où l'acheteur rejetterait le choix du titulaire au regard de ses propres objectifs entrainerait alors « *des retards dans l'exécution du programme, donc des surcoûts* »[2132].

1725. D'une certaine façon, en encadrant les motifs de rejet des sous-contractants, le code de la commande publique entérine tout en limitant cette ingérence de l'acheteur. Le titulaire doit déterminer les critères de sélection en fonction de ceux appliqués au niveau du marché principal, limitant ainsi le risque de contrariété entre les objectifs de l'acheteur et ceux du titulaire.

2. Cas particuliers d'attribution

1726. Deux cas particuliers se distinguent dans la procédure de mise en concurrence des sous-contrats : l'attribution des sous-contrats sur la base d'un accord-cadre et la clause d'exception.

1727. L'article R. 2393-16 du code de la commande publique autorise ainsi le titulaire à satisfaire à son obligation de mettre en concurrence tout ou partie des sous-contrats *via* un accord-cadre. Pour ce faire, le titulaire respecte les règles applicables aux accords-cadres[2133]. Le code de la commande publique ne reprend pas à son compte la précision apportée par la

[2130] J.-M. OUDOT, *op. cit.*, p. 54. Il faut relativiser le recours au critère du prix le plus bas. Si l'acheteur cherche à minimiser les coûts par l'application du principe de concurrence, son choix se porte sur l'offre économiquement la plus avantageuse après application d'une pluralité de critères non-discriminatoires qui ne se limitent pas au prix.
[2131] *Ibid*.
[2132] *Ibid*.
[2133] Article L. 2325-1-1° du CCP. L'article R.2393-16 précise que les sous-contrats basés sur un accord-cadre doivent être attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-cadre (1°), et qu'ils ne peuvent être attribués qu'aux opérateurs économiques qui étaient parties, à l'origine, de l'accord-cadre (2°).

directive 2009/81/CE sur le fait que « *les accords-cadres ne peuvent être utilisés de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence.* »[2134].

1728. L'accord-cadre est un outil pertinent pour un secteur où la remise en cause d'une chaîne d'approvisionnement (y compris par l'exigence de mise en concurrence au niveau de la sous-contractance) peut avoir des effets négatifs lourds sur l'exécution du marché (ainsi que la chaîne d'approvisionnement du titulaire). Sa durée pouvant aller jusqu'à sept ans (voire davantage, dans des cas exceptionnels dûment justifiés)[2135] est à cet égard intéressant. En ce sens, la note d'orientation de la Commission européenne considère que l'accord-cadre constitue un « *instrument important pour l'ouverture des chaînes d'approvisionnement établies* »[2136]. En effet, les accords-cadres permettent de constituer des chaînes d'approvisionnement transparentes sur un temps plus long, et offrent aux opérateurs économiques de type PME ou ETI « *l'occasion de nouer des relations commerciales transfrontalières et de faire partie de la chaîne d'approvisionnement de grands intégrateurs de systèmes d'armes d'autres États membres* »[2137].

1729. Enfin, le code de la commande publique autorise le titulaire à ne pas sous-contracter dans le cas d'une mise en concurrence infructueuse, comparable à la déclaration sans suite applicable au marché principal[2138]. Dans un tel cas, il doit apporter la preuve, « *à la satisfaction de l'acheteur* », « [qu'] *aucun des sous-contractants potentiels ou aucune des offres présentées ne satisfait aux critères figurant dans l'avis* » (article R. 2393-15 du code de la commande publique). Dans un tel cas, le titulaire est empêché de satisfaire aux exigences du MDS, pour la partie sous-contractée.

1730. Conclusion de la sous-section. La procédure de publicité et de mise en concurrence des sous-contrats est donc à la fois dépendante et inspirée de la procédure de passation du MDS. Elle en est dépendante, dans la mesure où le marché principal doit faire la publicité de la mise

[2134] Article 51, point 6, §4 de la directive 2009/81/CE.
[2135] Le dépassement de la durée peut être fondé sur la prise en compte « *de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur.* » (article L. 2325-1-1° du CCP).
[2136] Commission européenne, Note d'orientation sur la sous-contractance, *op. cit.*, p. 10 (point 37) (traduction libre).
[2137] *Ibid*.
[2138] L'article R. 2385-1 du CCP autorise l'acheteur à abandonner la procédure d'attribution *via* une déclaration sans suite, laquelle peut être notamment motivée par une procédure infructueuse.

en concurrence des sous-contractants (et donc de la procédure qu'elle suppose). De même, elle a un impact sur le contenu de l'offre du soumissionnaire, laquelle doit démontrer que ce dernier est en mesure de satisfaire cette condition d'exécution. Elle en est également inspirée, puisque les modalités de publicité et de mise en concurrence des sous-contrats sont analogues à celles du marché principal (par exemple, la reprise des seuils et la publication d'un avis dédié). Quelques subtilités demeurent toutefois, découlant essentiellement du fait que le titulaire devient, fut-ce sous la vigilance de l'acheteur, le dépositaire principal du respect des principes directeurs du droit des marchés publics. Ainsi, la procédure de publicité et de mise en concurrence des sous-contrats démontre que le droit des marchés publics adapte sa *fonction*, au service d'objectifs de politique publique. En effet, il y a « extension » de l'aspect « marchés publics » aux sous-contrats *via* la mise en place d'une procédure de mise en concurrence. Cette procédure est conçue comme devant permettre au MEED de se rapprocher d'un marché économique classique, lequel repose sur l'atomicité de l'offre.

1731. Conclusion de la section. Le régime de mise en concurrence des sous-contrats fait de cette dernière un outil pour l'acheteur. Cet outil, multiforme par la diversité des mécanismes plus ou moins autoritaires à sa disposition, permet d'appliquer un régime adapté au marché en cause, c'est-à-dire le moins contraignant possible pour la bonne exécution du marché. Dans le cas de la France, cet outil est à la disposition de l'acheteur, qui détermine librement le besoin de recourir à cette condition d'exécution particulière, au regard du niveau de concurrence du marché donné. Ainsi, il n'applique plus seulement le principe de concurrence, mais recherche activement la concurrence. Dans cette recherche, il est guidé par le droit des marchés publics, lequel le conduit vers l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence adaptées.

1732. Le droit des marchés publics a évolué de manière continue, et encore davantage avec les dernières directives et le code de la commande publique. Si la responsabilisation de l'acheteur, renforcée par les dernières directives et le code de la commande publique, n'est pas nouvelle (à l'image de sa responsabilisation dans le cadre d'une procédure à publicité adaptée), celle du titulaire, en revanche, constitue une innovation. La mise en concurrence des sous-contrats illustre cette responsabilisation des acteurs de la commande publique. Le titulaire est désormais responsable d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, et sert en quelque sorte de « *relais* » dans l'application du principe de concurrence, sous l'égide de l'acheteur. La mise en concurrence des sous-contrats témoigne également du fait que les

contrats de la commande publique assument de mieux en mieux leur nature économique et les relations marchandes entre l'acheteur et les entreprises. Ces derniers apparaissent comme des partenaires. Ils doivent faire des choix sur la base du droit des marchés publics, lequel apparaît comme une boîte à outils à leur disposition pour faire le meilleur achat possible. Ce dernier dépasse le seul approvisionnement direct, et suppose la compétitivité des entreprises, voire, dans le cas des MDS, le maintien de leurs activités[2139]. La mise en concurrence des sous-contrats y participe, diffusant une culture de la concurrence (appliquée dans le cadre de la passation d'un marché publics) et une connaissance approfondie des exigences de l'acheteur, auprès d'entreprises qui, par définition, ne sont traditionnellement pas soumises à cette concurrence.

1733. Toutefois, cette application complexifie l'offre du soumissionnaire. Si les sous-contractants font l'objet d'une sélection indépendamment de toute mise en concurrence des sous-contrats, à travers les exigences de sécurité de l'acheteur, cette dernière impose une procédure de passation simplifiée, laquelle implique inévitablement une lourdeur administrative supplémentaire. Elle a pour effet de passer d'une sous-traitance de marché public à une forme de marché public de sous-traitance. Ces considérations expliquent certainement pourquoi la pratique des États membres démontre un recours encore très limité à la mise en concurrence des sous-contrats[2140]. Les acheteurs dans les États membres devront « *jouer le jeu* » et recourir à la mise en concurrence des sous-contrats, afin que cette dernière puisse jouer son rôle de levier concurrentiel au service de la politique de défense (et, accessoirement, de l'accès des PME au marché). Le droit des marchés publics est une boîte à outils au service de politiques publiques, encore faut-il que les acteurs de la commande publique en fassent usage. Dans le même temps, le moindre recours interroge sur la pertinence de l'adjonction d'objectifs de politique publique aux marchés publics, principalement vis-à-vis de l'efficacité de l'achat. Ce faisant, le droit des marchés publics doit continuer à se perfectionner, notamment lorsqu'il intègre de tels objectifs. Parallèlement, les acteurs de la commande publique devront remettre

[2139] La mise en concurrence des sous-contrats devrait contribuer à ce maintien, dans la mesure où elle implique une plus grande ouverture des marchés publics, lesquels potentiellement permettent d'accéder à des parts de marché jusque-là réservés à la chaîne d'approvisionnement préétablie des GMOI.

[2140] Parlement européen, « Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, et de la directive 2009/43/CE relative aux transferts de produits liés à la défense », *op. cit.*, p. 7. « *Le niveau d'utilisation des dispositions relatives à la sous-traitance semble toutefois très faible (seuls 26 avis de sous-traitance ont été publiés depuis 2011), ce qui démontre que ces dispositions ne sont pas adaptées aux besoins des États membres et à la réalité du secteur industriel.* ».

en cause leur politique d'achat, par des bien des aspects encore trop nationale s'agissant du secteur de la défense ou de la sécurité. Les développements politiques des marchés publics sont un phénomène encore relativement récent. Leur efficacité nécessite une pratique sur un temps long, laquelle doit permettre aux acteurs de la commande publique d'intégrer et d'exploiter le potentiel instrumental des marchés publics.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

1734. La concurrence est donc en théorie retrouvée au niveau des sous-contrats, afin de pallier le déficit concurrentiel au niveau du marché principal. Avec la mise en concurrence des sous-contrats, le droit des marchés publics s'est propagé au-delà de son domaine, trop souvent infertile en ce qui concerne le secteur de la défense, et touche désormais la partie immergée de la chaîne contractuelle. Cette dernière parait nettement plus propice pour que le droit des marchés publics déploie ses effets attendus sur la structure du marché. La sous-contractance est le lieu de prestations moins complexes – surtout lorsque le sous-contrat porte sur de la *simple* fourniture – et volumineuses que le marché principal, et peut donc attirer des opérateurs économiques jusque-là exclus *de facto* de l'attribution d'un MDS. Ce faisant, cette condition d'exécution particulière constitue « *une manière de prôner les vertus de la concurrence, dans un secteur encore peu habitué à les décliner* »[2141].

1735. L'application d'un régime de publicité et de mise en concurrence devrait élargir le marché. Il rend publiques certaines prestations, duales ou purement civiles et permet donc d'élargir le marché à des opérateurs économiques qui, eu égard à leur activité, ne sont pas de prime abord intéressés. En outre, le titulaire ne peut plus réserver les sous-contrats à des partenaires préétablis, qui lui sont souvent liés. Parmi les nouveaux opérateurs économiques, les PME et ETI sont les candidats types, la sous-contractance correspond davantage à leur structure économique. Ainsi, la mise en concurrence des sous-contrats pallie l'une des spécificités du régime des MDS aux effets néfastes pour les PME et ETI : l'allotissement optionnel (et, dans les faits, quasi inexistant dans les MDS). Le rôle de l'acheteur est ici fondamental. Il peut notamment exiger des parties sous-contractées propices à la candidature des PME, instrumentalisant sa commande publique directement *via* la logique de concurrence. Cette condition d'exécution particulière pourrait à terme inspirer d'autres contrats de la commande publique, pour lesquels l'objet relèverait d'une activité où la concurrence est introuvable au niveau du contrat principal.

1736. Cette condition d'exécution est remarquable, dans la mesure où elle met en lumière la « collaboration » entre la dimension « marchés publics » et celle de « politiques publiques ».

[2141] S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *op. cit.*, p. 156.

Elle repose sur l'application de la logique de concurrence, relevant ainsi de l'aspect de « marchés publics ». Dans le même temps, cette condition d'exécution participe directement à la réalisation de l'objectif de politique de défense (en particulier du point de vue de l'émergence d'un véritable MEED) et de celui de l'accès des PME au marché. Elle est également un symptôme de l'aspect « *politique publique* ». La mise en concurrence relève concomitamment des deux aspects, mettant en exergue l'interaction entre les aspects « marchés publics » et « politiques publiques », lesquels se nourrissent l'un l'autre. La mise en œuvre du principe de concurrence au niveau du sous-contrat renforce en effet les deux dimensions. L'application dudit principe, qui renvoie de prime abord à la dimension de « marchés publics », doit permettre de minimiser les coûts de l'acquisition, conformément aux effets attendus de la mise en concurrence. Mais dans le même temps, elle doit aussi permettre l'élargissement de la BITDE, notamment au profit des PME révélant une dimension « politiques publiques » marquée. Loin de s'opposer, l'application de la dimension « marchés publics » renforce la dimension « politiques publiques » des MDS et de leur régime.

CONCLUSION DU TITRE 2

1737. L'exécution fait aujourd'hui partie intégrante des règles applicables aux marchés publics, en particulier dans le cas des MDS. Il s'agit là d'un symptôme de l'instrumentalisation des marchés publics en lien avec la volonté de séparer moins strictement passation et exécution. L'exécution tend à devenir le terrain privilégié de l'instrumentalisation, puisque la réalisation des objectifs de politique publique passe par celle du marché. Eu égard à son impact sur le choix du titulaire (par exemple en termes d'impératifs de sécurité s'agissant de la politique de défense), elle nécessite de faire respecter les principes directeurs du droit des marchés publics. Le cadre de la concurrence lui est donc appliqué.

1738. Le droit des marchés publics accueille désormais pleinement « l'instrumentalisation contractuelle », dans le marché lui-même, au stade de son l'exécution. Les dispositions relatives à l'exécution lui sont en grande partie dédiées. La concurrence devient alors un cadre *pour* l'instrumentalisation. Elle n'est donc pas un frein à la contractualisation de l'action publique, elle s'applique là où un cadre est nécessaire, y compris lorsqu'il s'agit d'instrumentaliser le marché.

1739. Les MDS accentuent le constat de l'influence de l'instrumentalisation par l'exécution sur le droit des marchés publics. La concurrence est le moteur affiché du renforcement de la BITDE et de l'émergence d'un MEED. Il en ressort que l'exécution se distingue parfois difficilement de la passation avec laquelle elle se confond même parfois. Le régime appliqué à l'exécution des MDS permet d'apprécier l'ensemble des échanges entre les deux blocs. Les conditions d'exécution dans les MDS mettent en exergue le mouvement d'« exécution dans la passation », tandis que la mise en concurrence des sous-contrats illustre au contraire celui de « passation dans l'exécution ».

CONCLUSION DE LA PARTIE

1740. Le régime des MDS témoigne de l'expression de la dimension écosystémique de ces marchés, dimension intégrée et exploitée par le droit des marchés publics. L'instrumentalisation des marchés publics au service des objectifs de politique publique apparaît tant au stade de la passation qu'à celui de l'exécution. Les différences quant au régime entre les marchés publics civils et les MDS sont effectivement la marque de l'instrumentalisation de ces contrats particuliers organisée par le droit.

1741. Ce sont les critères et conditions de marché, tournés vers les impératifs de sécurité qui sont au cœur de la politique de défense, qui mettent en exergue la spécificité du régime des MDS. Toutefois, cette prise en compte n'a pas d'impact significatif sur l'application des principes directeurs du droit des marchés publics, tandis que les règles détaillées n'en souffrent guère davantage. En effet, dans l'ensemble, la passation et l'exécution des MDS ne sont pas radicalement différentes de celles des marchés publics civils. Les différences entre les deux types de marché demeurent dans l'ensemble nuancées. Certaines d'entre elles sont « cosmétiques » (par exemple, les règles de délais, globalement plus souples pour l'acheteur, etc.), quand d'autres, plus nombreuses, s'appuient sur des mécanismes déjà existants (par exemple, la définition du besoin, les spécifications techniques ou le choix des procédures). Ce sont des règles classiques colorées par l'environnement technique voire politique de la défense (exigences techniques, secret de la défense, etc.). Les règles propres aux MDS ne sont pas foncièrement « dépaysantes » pour l'observateur habitué au droit des marchés publics, y compris pour les spécificités des MDS les plus remarquables. La préférence communautaire n'est en définitive qu'une limitation géographique aux obligations de publicité et de mise en concurrence. De même, la mise en concurrence des sous-contrats n'est que la translation desdites obligations depuis le marché principal vers les sous-contrats. La logique de concurrence n'est pas étrangère à ces différences, plus ou moins importantes. Elle fait même le lien entre elles, et donc, plus globalement, entre les MDS et les marchés publics civils.

1742. L'instrumentalisation des MDS par leur régime est donc organisée et assumée sans que cela conduise à affaiblir l'application de la logique de concurrence. L'expression de la dimension « politiques publiques » au stade du régime n'affaiblit pas la dimension « marchés

publics ». Bien au contraire, la première s'appuie sur la seconde, d'une part parce qu'elle le doit, et, d'autre part, parce que la concurrence est une matrice des politiques publiques. En cela, le régime des MDS illustre que leur instrumentalisation est bien le fruit d'une interaction collaboratrice entre « marchés publics » et « politiques publiques ».

CONCLUSION GENERALE

1743. Les MDS sont donc bien « entre marchés publics et politiques publiques ». L'étude a mis en exergue le fait que les achats de défense constituaient bien un écosystème qui, non seulement est propice à l'instrumentalisation, mais est encore demandeur de celle-ci.

1744. Le droit des marchés publics, sur la base de ses fondements concurrentiels – dont l'analyse a dévoilé une fonction de création des conditions du libre jeu de la concurrence et une finalité au service d'objectifs politico-économiques – a su faire sien cet écosystème. Pour cela, le droit des marchés publics s'est appuyé sur sa flexibilité afin de mettre en œuvre une notion de MDS sur mesure. Or, l'étude a démontré que cette mise en œuvre n'a pas nécessité une révolution des notions fondamentales de ce droit, bien que la notion de MDS reproduise, sur le plan juridique, les spécificités matérielles des achats de défense. Les MDS sont des marchés publics spéciaux, ce qui ne les empêche pas pour autant de constituer avant tout des marchés publics à part entière.

1745. Plus généralement, l'étude a mis en exergue que ce ne sont pas seulement les MDS qui sont spécifiques, mais, en réalité, l'ensemble des marchés publics. Ils le sont parce qu'ils sont publics. C'est précisément cette nature qui légitime l'intégration croissante d'objectifs de politique publique au sein du droit de la commande publique. Cette dynamique, qui ne se dément pas, rapproche – du moins en théorie – l'acheteur de sa fonction de satisfaction de l'intérêt général lorsqu'il choisit de s'approvisionner sur le marché. Cela traduit un droit des marchés publics qui assume davantage sa finalité, sans toutefois devoir remettre en cause sa fonction. Au contraire, la première s'appuie le plus souvent sur la seconde. Dans le cas précis de la défense, le renforcement de la BITDE (et l'émergence du MEED) a pour moteur la libre concurrence (adaptée aux spécificités du secteur). Les achats de défense ont ainsi profité de cette finalité assumée du droit des marchés publics, pour en être aujourd'hui le marché public le plus symptomatique. Le « marché de défense ou de sécurité » illustre en définitive que le point de départ de l'instrumentalisation réside dans la notion-même de marché public, flexible et universelle. Et c'est « *précisément en raison de cette flexibilité, les marchés publics peuvent*

également être utilisés pour promouvoir d'autres objectifs, tout en préservant la concurrence. »[2142].

1746. L'étude a ensuite démontré que l'instrumentalisation se concrétise au stade du régime. Davantage que dans la mise en œuvre de la notion de MDS, les spécificités de la politique de défense impriment et originalisent la passation et l'exécution des MDS. Toutefois, les différences avec les marchés publics civils demeurent globalement nuancées. Le régime des MDS, y compris dans ses éléments les plus spécifiques, repose essentiellement sur le socle du droit commun des marchés publics. Ce régime confirme en ce sens que les MDS sont avant tout des marchés publics. La soumission des achats de défense à des obligations de publicité et de mise en concurrence ne remet pas en cause la politique de défense : la passation et l'exécution du MDS tiennent compte, tout au long de la vie du contrat, des exigences techniques et des impératifs de sécurité de l'acheteur. Dans certains cas, par exemple lorsque la protection du secret ou encore la prise en compte de la coopération intergouvernementale l'exigent, la fonction du droit des marchés publics sait d'ailleurs se mettre en retrait. Elle le faisait déjà dans le cas des marchés publics civils. Cette mise en retrait est au service de la finalité du droit des marchés publics, puisque, dans de tels cas, la libre concurrence n'est pas considérée comme le moyen le plus efficace pour atteindre l'objectif politico-économique.

1747. Le régime des MDS a démontré plus généralement qu'un marché public est un continuum, depuis la définition du besoin jusqu'à la fin du marché. La frontière entre la passation et l'exécution est de plus en plus poreuse. Cette perméabilité devrait aller en s'accentuant avec la prise en compte des objectifs de politique publique dans le droit des marchés publics. En effet, la porosité entre passation et exécution s'explique en raison de l'impératif de continuité de la fonction du droits des marchés publics, laquelle se trouve d'autant plus sollicitée à mesure que la finalité du droit des marchés publics s'affirme. La logique de concurrence a vocation à poursuivre sa diffusion, et ce d'autant plus que l'instrumentalisation, qui est principalement un enjeu de l'exécution, a besoin d'un cadre pour son effectivité.

1748. L'étude des MDS a donc permis de confirmer que l'instrumentalisation de la commande publique est le fruit de l'interaction efficace entre les dimensions de « marchés

[2142] L. FOLLIOT LALLIOT et C. R. YULKINS, « Will protectionism prevail in global public procurement? », *Concurrences*, n°2, 2024.

publics » et de « politiques publiques ». Ces dernières ne s'opposent pas ; au contraire, elles se renforcent l'une et l'autre. Mais, pour que la commande publique soit correctement instrumentalisée, et donc efficace, encore faut-il que le droit qui l'encadre constitue un outil idoine. Pour ce faire, le droit des marchés publics s'est appuyé sur une approche pragmatique, fondée sur la recherche d'une synergie entre le droit et l'économie. Le droit prend en compte l'économie, avec en retour pour ambition d'influencer cette dernière. Dans le cas des MDS, le droit a d'abord dû intégrer les spécificités économiques (et politiques) de la défense, pour ensuite entreprendre de modifier, via la logique de concurrence, le marché économique de la défense, tant dans sa structure (en agissant comme levier concurrentiel) que dans ses pratiques (par exemple, la suppression des compensations).

1749. Toutefois, l'analyse des MDS a souligné que la prise en compte d'un objectif de politique publique est – plus ou moins – une source de complexification dans l'attribution d'un marché. C'est particulièrement le cas des MDS, pour lesquels intégrer les spécificités du secteur de la défense a un « coût » sur le plan procédural. Certes, ce coût est pour partie inhérent aux achats de défense. Il s'additionne cependant à la propre complexité des procédures applicables aux marchés publics[2143], de sorte que les MDS sont particulièrement *complexes*[2144]. De façon générale, l'intégration d'objectifs de politique publique, que ce soit au stade de la définition du besoin, dans les critères ou conditions d'exécution du marché, ajoute d'autres considérations que celles strictement économiques dans l'attribution du marché. Inévitablement, cela contribue à un alourdissement des règles applicables à la passation et à l'exécution du marché.

[2143] Voy. en ce sens le dernier *Baromètre de la complexité des démarches administratives vue par les entreprises* en date (Secrétariat Général pour la modernisation de l'action publique, juillet 2017, disponible en ligne). Dans un contexte où les démarches administratives sont globalement perçues comme plus simples (qu'en 2015), ce document met en exergue la complexité des démarches liées aux marchés publics. Il s'agit alors des démarches qui ont connu la plus forte augmentation de complexité perçue (14 %), faisant d'elles les deuxièmes plus complexes (74 % de complexité ressentie).

[2144] Le Parlement européen (« Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, et de la directive 2009/43/CE relative aux transferts de produits liés à la défense », *op. cit.*, p. 6) synthétise cette complexité à travers la participation des PME. Ainsi, « *Outre les obstacles habituels à l'entrée sur le marché, comme la distance géographique, les barrières linguistiques et le manque de connaissance des marchés transfrontières, les PME du secteur de la défense sont confrontées à des obstacles administratifs supplémentaires, à savoir la complexité particulière des documents liés aux marchés publics de défense, l'ampleur des appels d'offres dans ce domaine, les préoccupations liées à la sécurité de l'approvisionnement, la complexité des dispositions en matière de sous-traitance et les coûts élevés de la certification.* ».

1750. À court terme, l'intégration et la multiplication des objectifs de politique publique présente donc le risque d'être source d'inefficacité de la commande publique, et par conséquent des politiques publiques. En effet, les différentes évolutions du droit des marchés publics ont longtemps été consacrées au perfectionnement de la fonction de création des conditions du libre jeu de la concurrence, fonction arrivée aujourd'hui à une certaine maturité. Les acteurs de la procédure – au premier rang desquels les acheteurs – ont été conditionnés au strict respect du cadre concurrentiel, quitte à « renier » la dimension publique de l'achat. Les dernières évolutions du droit des marchés publics ont été consacrées principalement à sa finalité, au point de faire apparaître la directive 2014/24/UE comme un « *véritable tournant historique* »[2145], tant elle met en avant ladite finalité. Il y a donc un temps nécessaire, d'une part, au perfectionnement du cadre juridique[2146], et, d'autre part, à l'adaptation des acteurs à ce « nouveau » droit des marchés publics, pour que la commande publique puisse être l'instrument efficace des politiques publiques.

1751. Le droit des marchés publics a par ailleurs des limites. Il peut être aussi efficace et agile que possible, tout dépendra, en définitive, de la (bonne) mise en œuvre des outils qu'il offre. Dans le cas des MDS, en pratique, l'impact du droit des marchés publics sur la politique de défense est pour l'heure moindre. Or, cela ne s'explique pas tant par l'inadéquation des dispositions applicables au MDS qu'une mise en œuvre mitigée de ces dernières. Cela vaut également pour les autres objectifs de politique publique. L'acheteur doit développer sa capacité à « manier » ces objectifs, sans toutefois contrevenir à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Cela impose donc pour lui d'assumer une plus grande responsabilité, que l'acheteur n'est pas toujours enclin à porter, notamment au regard de la crainte du risque juridique[2147], notamment pénal ou encore du risque d'inexécution du marché.

1752. Ce défaut de mise en œuvre est encore plus vrai dans le contexte de la politique de défense au niveau de l'Union européenne. C'est également la conclusion du rapport du Parlement européen sur la mise en œuvre des directives 2009/81/CE et 2009/43/CE. Le

[2145] L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *op. cit*.
[2146] Par exemple, la meilleure prise en compte des contrats de gouvernement à gouvernement, lesquels sont exclus de ses règles (exclusion reproduite en droit interne à l'article L. 2515-1-10° du CCP). Or, « *ce type de contrats est particulièrement plébiscité par les États membres. La directive ne s'applique donc pas de facto aux marchés de défense les plus structurants actuellement passés par les pays européens* » (voy. J.-C. LARSONNEUR et J.-L. THIÉRIOT, *op. cit*., p 57).
[2147] A. CHASSAIGNE ET J.-P. CUBERTAFON, *op. cit.*, p. 70.

rapporteur estimait en effet qu' « *aucune révision de ces directives n'est nécessaire, étant donné que le cadre réglementaire existant doit suffire s'il est correctement mis en œuvre et utilisé* »[2148]. L'efficacité du droit des MDS et l'atteinte des objectifs qui lui sont assignés dépendent donc essentiellement de la bonne volonté des États membres dans l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence[2149].Dans son rapport d'évaluation de 2016, la Commission relevait déjà que si la directive 2009/81/CE « *a entraîné une augmentation initiale de la concurrence, de la transparence et de la non-discrimination sur le* [MEED]*, les États membres doivent l'appliquer de manière plus cohérente pour que ces objectifs soient pleinement atteints.* »[2150]. Autrement dit, il s'agit de « jouer le jeu » de l' « Europe de la défense », ce qui n'est toujours pas évident au regard la dimension encore très « nationale » des politiques de défense étatiques[2151], et donc des pratiques encore très différentes selon les industries de défense.

1753. Ainsi, la conversion de la commande publique en instrument efficace des politiques publiques nécessite une amélioration de la mise en œuvre des outils mis à disposition par le droit des marchés publics. Ce dernier serait alors un vecteur d'amélioration des politiques publiques. Un marché public ne serait plus seulement un approvisionnement isolé pour un acheteur et son besoin particulier, mais, dans le même temps, la brique d'une (ou plusieurs) politique(s) publique(s). Cette brique s'intégrerait, au côté d'autres marchés publics, dans une

---

[2148] Parlement européen, « Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, et de la directive 2009/43/CE relative aux transferts de produits liés à la défense », *op. cit.*, p. 7. Le rapporteur note toutefois que « *certains éléments* (…) *peuvent encore être améliorés, en visant par exemple une plus grande cohérence avec la directive générale sur les marchés publics* ».

[2149] Voy. cependant A. CHASSAIGNE ET J.-P. CUBERTAFON, *op. cit.*, p. 69-70. Les rapporteurs soulignent que « *la quasi-totalité de leurs interlocuteurs ont regretté une application très stricte, voire franchement maximaliste, des règles du droit de la concurrence. Le ministère des Armées, d'ailleurs, est réputé pour sa grande rigueur dans l'application du droit – ne dit-on pas que la DGA n'a jamais perdu un contentieux ?* ».

[2150] Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, conformément à l'article 73, paragraphe 2, de ladite directive », COM(2016) 762, 30 novembre 2016, p. 6.

[2151] La pratique de certains États membres en matière de MDS a d'ailleurs été stigmatisée par la Commission européenne (voy. Commission européenne, « Marchés publics de la défense : la Commission ouvre des procédures d'infraction à l'encontre de 5 États membres », communiqué de presse, 25 janvier 2018). L'Italie, la Pologne et le Portugal ont fait l'objet d'une procédure d'infraction en raison de l'attribution de marchés à des prestataires en violation de la directive 2009/81/CE. S'agissant du Danemark et des Pays-Bas, « *la Commission craint que les deux pays n'aient institué des exigences injustifiées de compensation réclamant une contrepartie de la part de fournisseurs non nationaux pour l'achat d'équipements.* ».

politique contractuelle à l'échelle d'une collectivité, qu'elle soit locale, nationale, voire supranationale.

1754. Un marché public est donc aujourd'hui un outil des politiques publiques. L'évolution du droit des marchés publics, symbolisé par les MDS, souligne la nature profonde des marchés publics, longtemps en retrait par rapport à la logique de concurrence : tout marché public est « entre marchés publics et politiques publiques ». À terme, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics pourraient recouvrir un sens différent. Un achat public efficace, qui fait une bonne utilisation des deniers publics, ne sera-t-il pas finalement celui qui met utilement en œuvre les objectifs de politique publique ? Dans le cas des achats de défense, à tout le moins, c'est indispensable, tant l'objectif de politique de défense est au cœur du droit des MDS.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages
A. Dictionnaires, encyclopédies et répertoires
B. Thèses, mémoires
C. Traités, manuels et autres ouvrages
II. Articles
A. Articles de doctrine
B. Articles d'ouvrages collectifs et de mélanges
III. Rapports, communications, guides
A. Rapports officiels
B. Communications de la Commission européenne
C. Guides

I. Ouvrages

A. Dictionnaires, encyclopédies et répertoires

F. DINTILHAC, « Bases juridiques du rapprochement des législations nationales », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, Août 2006 (actualisation novembre 2015).

P. GEOFFRON, R. KOVAR et S. POILLOT-PERUZETTO, « Politique de concurrence », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, février 2022.

S. GRANDVUILLEMIN, « Droit des marchés publics et droit de la concurrence », *in* O. GUÉZOU (dir.), *Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, Le Moniteur, 2020, chapitre III.130.

O. GUÉZOU, « Mise en concurrence et principes fondamentaux » *in* O. GUÉZOU (dir.), *Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, Le Moniteur, 2020, chapitre III.110.

S. HOUDON, « Partenariat d'innovation », *Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 65-12, 2017.

N. KADA, M. MATHIEU (dir.), *Dictionnaire d'administration publique*, PUG, coll. « Droit et action publique », 2014, 400 p.

P. LE BOUËDEC, « Publicité et information des candidats », *Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 60-30, 2018 (mis à jour le 13 décembre 2019).

F. PICOD, « Libre circulation des marchandises. – Champ d'application. – Principaux mécanismes », *JurisClasseur Europe Traité,* fasc. 530 (mis à jour le 5 septembre 2022).

H. PIELBERG, « Sous-traitance », *Jurisclasseur Contrats et marchés publics*, Fasc. unique, 2020 (mis à jour le 26 janvier 2023).

E. POURCEL « MPDS : protéger le secret », Lexis 360° Collectivités territoriales, fasc. n° 2843.

E. POURCEL, « Marchés publics de défense et de sécurité – Contexte général, notions et champ d'application », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 645-1, 21 septembre 2016 (mis à jour le 22 janvier 2020).

E. POURCEL, « Marchés publics de défense et de sécurité – Principes généraux et règles de passation », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 645-2, 21 septembre 2016 (mis à jour le 23 août 2021).

E. POURCEL, « Marchés publics de défense et de sécurité : exécution », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, fasc. 645-3, 21 septembre 2016.

C. SCHNEIDER, « Défense », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2019 (actualisation : octobre 2020).

P. VAN OMMESLAGHE et V. PIESSEVAUX, « Marché intérieur », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, décembre 1992 (actualisation novembre 2020).

M. VERPEAUX, « Contentieux constitutionnel : normes de référence », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, mars 2022.

B. Thèses, mémoires

F. AKOKA, *Contrats de la commande publique et environnement*, thèse, Université d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Droit[s] de l'environnement », 2020, 470 p.

P. BLANQUET, *Le sous-contrat : Étude de droit administratif*, thèse, Paris II, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 214, 2022, 610 p.

M.-C. BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, thèse Montpellier, 2015, 626 p.

V. BRIDOUX, *Droit de la commande publique et droit de la concurrence de l'Union européenne – Étude sur une dynamique commune*, thèse, Paris I, Concurrences, 2021, 652 p.

A. CAMOZZI, *Recherche sur les contrats de la commande publique à objet de développement durable : contribution à l'évolution du droit de la commande publique*, thèse, Université d'Aix-Marseille, 2015, 516 p.

G. CANTILLON, *Concurrence et objectifs de politiques publiques en droit des marchés publics : le droit des marchés publics et la régulation*, thèse, Paris I, 2015, 466 p.

A. CHAROULI, *Les considérations sociales et environnementales dans la passation des marchés publics*, thèse, Paris I, 2013, 402 p.

A-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, thèse, Larcier, Université de Lièges, 2006, 612 p.

H. ENGSTRÖM, *Article 346 TFEU: The point of intersection between legal ambition and political will regarding the Defence Procurement Directive (2009/81/EC) ?*', Lund University, 67 p.

S. HAMMOUD-CHOBERT, *Les partenariats d'innovation en droit de la commande publique*, thèse, 2017, Université d'Aix-Marseille, 413 p.

I. HASQUENOPH, *Contrats publics et concurrence*, thèse, Paris I, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 206.

G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique : L'évolution du droit des marchés publics*, thèse, Paris II, 2004, 764 p.

J.-M. OUDOT, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, thèse, Paris I, 2007, 372 p.

J.- B. MARIS, *La structuration du marché européen de l'armement*, thèse, Toulouse, L'Harmattan, Toulouse, 2012, 545 p.

S. MESLIN-LIÈRE, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, thèse, LGDJ, Paris II, 2022, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 326, 504 p.

G. TERRAY, Les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence, mémoire, 2017, Université de Grenoble. 90 p.

M. VERGER, *Petites et moyennes entreprises (PME) et marchés publics*, thèse, 2014, Université de Limoges, 343 p.

C. Traités, manuels et autres ouvrages

D. BAYON et T. KIRAT (dir.), *Économie et droit du contrat administratif*, La Documentation française, Paris, 2005, 315 p.

D. BAYON et T. KIRAT, *Les marchés publics de la défense – Droit du contrat public, pratique administrative et enjeux économiques*, Bruylant, 2006, 130 p.

R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, Descartes & Cie, 2004, 189 p.

R. BELLAIS, M. FOUCAULT et J.-M. OUDOT, *Économie de la défense*, La Découverte, coll. « Repères », 2014, 125 p.

S. BRACONNIER, *Précis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 2017, p. 249.

Centre de doctrine et d'enseignement du commandement, *Précis de tactique générale*, 2022, disponible en ligne, 177 p.

Centre de doctrine et d'enseignement du commandement, *Concept d'emploi des forces terrestres (CEFT) 2020-2035*, 2021, 63 p.

Centre international de formation européenne, « Défense européenne et unité politique : Les leçons de l'échec de la Communauté européenne de défense (1954) », *L'Europe en formation*, 2022, n°395.

O. CHALINE, *Les armées du Roi Le grand chantier - XVIIe-XVIIIe siècle*, Paris, Armand Colin. Coll. « Hors collection », p. 233.

C. CHARDIGNY, *Contrats et marchés publics de défense*, Bruylant, 2013, 396 p.

F. COULOMB (dir.), *Industries de la défense dans le monde*, Presses universitaires de Grenoble, coll. « Économie en + », 2017, 122 p.

B. DELAUNAY, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2e édition, 2018, 552 p.

J. DE MAILLARD et D. KÜBLER, *Analyser les politiques publiques*, PUG, coll. « Politiques en + », 2016, 260 p.

L. FAVOREU et a., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 2023, 25e édition, 1282 p.

Fondation pour la Recherche Stratégique, *Annuaire stratégique et militaire 2005*, Odile Jacob, « Hors collection », 2005, 272 p.

J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat*, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2007, 280 p.

L. GAUTIER, *La défense de la France après la guerre froide*, PUF, coll. « Major », 2009, 567 p.

O. GUÉZOU, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, 3e édition, 2023, 1034 p.

T. HALLIDAY, *Les mondes d'hier : Voyages aux origines de la Terre*, Grasset, 2022, 512 p.

P. HASSENTEUFEL (dir.), *Sociologie politique : l'action publique*, Paris, Armand Colin, coll. « Collection U », 2011, 320 p.

T. KIRAT (dir.), *Économie et droit du contrat administratif*, La Documentation française, Paris, 2005, 315 p.

F. LICHÈRE et L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ-Lextenso, coll. « Manuel », 12e édition, 2021, p.

S. MARTIN, *The Economics of Offsets: Defence Procurement and Countertrade*, Routledge, 1996, 352 p.

P. MULLER, *Les politiques publiques*, PUB, coll. « Que sais-je ? », 2018, 128 p.

OCDE, *Manuel d'Oslo 2018* : *Lignes directrices pour le recueil, la communication et l'utilisation des données sur l'innovation*, 4e édition, 2018, 283 p.

D. PESTRE (dir.), *Deux siècles de l'armement en France : De Gribeauval à la force de frappe*, CNRS Édition, coll. « CNRS Histoire », 2005, 427 p.

M. PRIEUR, *Droit de l'environnement, droit durable,* Bruylant, 2014, 1050 p.

J.-B. RACINE (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle : Notions et enjeux*, LGDJ-lextenso, coll. « Droit et économie », 726 p.

C. SCHMIDT, *Penser la guerre, penser l'économie*, Paris, Odile Jacob, hors collection, 1991, 472 p.

N. WUYLENS, *Défense nationale et brevet d'invention*, Cédat, coll. « Le droit en poche », 1999, 542 p.

Livre Blanc sur la Défense, La Documentation française, 1994. 164 p.

Livre blanc : Défense et sécurité nationale, La Documentation française, 2013, 160 p.

II. Articles

A. Articles

F. ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », *AJDA*, 2009, p. 1696.

M. AMILHAT et S. de LA ROSA, « - Les vingt ans de l'arrêt Telaustria : retour sur un « grand » arrêt malgré lui ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118, p. 3.

M. AMILHAT, « Le retour au local, le rôle de la commande publique », *Droit et ville*, 2021, n°91, p. 159-175.

M. AMILHAT, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de code de la commande publique : une copie à revoir ? », *AJDA* 2019, p. 793.

M. AMILHAT, « Les effets de la loi ASAP sur la commande publique : entre espoir et incertitudes », *RDI*, 2021, p. 128.

J. ANCELIN, « L'Union européenne et les biens à double usage : La politique commerciale commune à l'aune de la sécurité humaine », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mise en ligne le 18 octobre 2017, p. 1-19.

J.-R. BACHELET, « Il était une fois « l'ennemi conventionnel » », *Inflexions*, 2015, n°28, p. 75-81.

I. BARBE, « L'article 223 du traité de Rome ; un article controversé », *Droit & défense*, 1998, n°1, p. 19-30.

V. BARBÉ, « Les aspects sociaux et environnementaux dans les marchés publics et les contrats de partenariat », JCP A, 2008, n°48, 2274.

H. BARBIER, « De l'obligation d'usage du français dans les contrats », *RTD Civ.*, 2018, p. 385.

J. BARRE, « L'Europe de l'armement : enjeux technologiques et industriels pour la France et condition de l'affirmation géostratégique de l'UE », *Revue Défense Nationale*, 2022, n° 851, p. 64-72.

J. BARRE, I. DE SILVA, M. WIEGEL et a., « Économie de défense et droit de la concurrence », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 825, p. 62-73.

B. BARRERA, « Besoins et perspectives de l'augmentation des capacités du combattant », *Revue Défense Nationale*, 2017, Hors-série « Le soldats augmenté – Les besoins et les perspectives de l'augmentation des capacités du combattant », p. 9-16.

R. BEAUFILS, « Le contrôle des coûts à la délégation générale de l'armement », *Contrats publics*, Dossier « Les marchés publics de la défense nationale », n°32, avril 2004, p. 60-61.

J. BELIN, « Les entreprises françaises de défense : caractéristiques économiques et financières », *Revue Défense Nationale*, 2015, n°780, p. 28-33.

J. BELIN, « La R&D des entreprises de défense dans le système national d'innovation français », *Défense & Industries*, 2015, n° 3, p. 4-6.

R. BELLAIS, « Restructuration et coopération, l'avenir des industries de défense française ? », *Géoéconomie*, 2011, n° 57, p. 109-119.

R. BELLAIS et J.-M. OUDOT, « Choix contractuels et innovation : le cas de l'approvisionnement de défense », *Innovations*, 2008, n°28, p. 85-103.

P. BELLOUARD, « La coopération européenne en matière de défense, voie d'avenir », *Revue Défense Nationale*, 2013, n757, p. 67-72.

P. BELLOUARD, « Enfin l'Europe s'intéresse à sa défense : un vrai réveil », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 819, p. 64-68.

A. BÉNABENT, « *Sous-traitance ou fourniture : critère de la fabrication spécifique* », *Recueil Dalloz*, 1992, p. 112.

C. BEN LAKHDAR, « Suprématie militaire, secret défense et incitation à innover », *Revue internationale d'intelligence économique*, 2013, vol. 5, p. 39-50.

L. BÉRAUD-SUDREAU, « Un changement politisé dans la politique de défense. Le cas des ventes d'armes », *Gouvernement et action publique*, 2014, vol. 3, p. 79-103

L. BÉRAUD-SUDREAU et H. MEIJER, « Enjeux stratégiques et économiques des politiques d'exportation d'armement. Une comparaison franco-américaine », *Revue internationale de politique comparée*, 2016, vol. 23, p. 57-84.

E. BERNARD, « La communautarisation de la défense européenne dans le contexte de la guerre en Ukraine », *RTDE*, 2023, p. 325.

N. B. BERNARD, « La procédure de remplacement des F-16 : entre transparence et opacité », *Revue Belge de Droit constitutionnel*, n°2, 2019, p. 161-200.

L. BIDAULT et A. CARLE, « Exécution des contrats de la commande publique et innovation », *Contrats publics*, 2023, n°239.

L. BIDAULT et J. GAURY, « Comment déterminer le caractère innovant d'une solution ? », *Contrats publics*, 2023, n°239.

D. BOITEUX, « Le bon usage des deniers publics », *RDP*, 2011, n°5, p. 1099-1136.

J. BOUCHER et F. LENICA, « Relations entre collectivités publiques et personnes privées exerçant une mission de service public : mode d'emploi », *AJDA*, 2007, n°19.

P. BOULANGER, « Du bon usage de l'environnement par les armées : le début des stratégies nationales militaires de développement durable », *Cahiers de géographie du Québec*, 2010, vol. 54, n°152, p. 315-336.

N. BOULOUIS, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA*, 2014, p. 617.

P. BOUR, « La relation État-industrie de défense : « un mot d'ordre : l'équilibre » », *Revue Défense Nationale*, 2020, n° 832, p. 79-84.

P. BOURDON, « La production des documents sécurisés par les États membres de l'UE », *AJDA*, 2018, p. 1560.

P. BOURDON, « Le code de la commande publique : une codification à droit quasi constant », *AJDA*, 2020, p.149.

A. BOUVIER, « Économie de défense et droit de la concurrence », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 825, p. 68-73.

D. BOUVIER, « Exclusion en raison d'intérêts essentiels de sécurité nationale », *Europe*, 2023, n°11, comm. 383.

C. BRÉANT et J. GARCIA, « Les apports des technologies de défense et sécurité aux industries de défense », *Géoéconomie*, 2011, n° 57, p. 99-108.

S. BRACONNIER, « Transparence dans la passation des marchés à procédure adaptée », *RDI*, 2009, p. 242.

E. BRATANOVA, « Legal Limits of the National Defence Privilege in the European Union », *Bonn International Center for Conversion*, Paper 34, 2004, 31 p.

C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Actualité des marchés publics : synthèse », *AJDA*, 1994, p. 118.

F. BRENET, « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », *AJDA*, 2015, p. 1783.

F. BRENET, « La codification des textes « épars » du droit de la commande publique », AJDA, 2019, p. 389.

D. BRUGÈRE et D. SCHAJER, « L'approche capacitaire dans les processus d'acquisition : enjeux et perspectives », *Défense nationale et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 32-41.

J.-M. BRULEZ et M. de LANGLOIS, « La réalisation du besoin opérationnel », *Défense nationale et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 42-50.

J. BURIN DES ROZIERS, « Quel rôle pour l'État face aux enjeux de financement de la Base industrielle et technologique de défense (BITD) ? », *Revue Défense Nationale*, 2023, Hors-série n°13 p. 209-224.

C. CABANES, « Les difficultés du choix d'un cocontractant innovant », *Contrats publics*, 2023, n°239.

F. CAFARELLI, « La SEMOP sauvée des eaux », *AJDA*, 2019, p. 1341.

C. CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, p. 210.

G. CANTILLON, « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l'objet du marché », *Contrats publics*, juin 2014, n° 144.

E. CASTELLARIN et E. MULLER, « La participation des opérateurs extra-européens à la commande publique : l'apport du règlement sur les marchés publics internationaux », *RFDA*, 2022, p. 491-500.

J. CATS, « Le « paquet défense » : le marché intérieur au service de la défense européenne ? », *RMCUE*, 2009 p. 564.

C. CHARDIGNY et S. RODRIGUES, « La transposition de la directive européenne sur les marchés publics de défense. À propos de la loi n°2011-702 du 22 juin 2011 et du décret n°2011-1104 du 14 septembre 2011 », *BJCP*, 2011, n°79, p. 407-413.

J. CHEVALLIER, « L'État régulateur », *RFAP*, 2004, p. 473.

M. CHRISTELLE, « Le secret de la défense nationale : la raison d'État dans l'œil du droit », *Les Champs de Mars*, 2021, n° 36, p. 107-129.

G. CLAMOUR, « Transposition des directives européennes et principes relatifs aux marchés de la défense », *Contrats et marchés publics*, 2011, n°10, comm. 280.

G. CLAMOUR, « Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2011, n°11, comm. 313.

G. CLAMOUR, « Renforcement de la spécificité des marchés publics de défense et de sécurité », *Contrats et Marchés publics*, 2018, n°10, comm. 206.

G. CLAMOUR, » La commande publique, instrument de soutien aux entreprises fragilisées par la crise sanitaire », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°7, comm. 193.

G. CLAMOUR, « Acclimatation à la commande publique responsable », *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°10, comm. 266.

G. CLAMOUR, « Acclimatation à la commande publique : volet réglementaire », *Contrats et Marchés publics*, 2022, n°6, comm. 159.

G. CLAMOUR, « Contrôle du coût de revient des marchés de défense ou de sécurité de l'État et de ses établissements publics », *Contrats et marchés publics*, 2024, n°5, alerte 17.

B. CLAVAGNIER, « La RSE ne se confond pas avec les critères sociaux et environnementaux d'attribution des marchés publics », *Juris Association*, 2018, n°581, p. 3.

B. CLAVAGNIER, « S… comme subvention », *Juris associations*, 2021, n°427, p. 32.

M.-L. COLIN, « CCAG-MI : une confirmation du régime propre aux marchés industriels actualisé par des clauses transversales », *Contrats et marchés publics*, 2021, dossier 9.

Comité d'études de Défense Nationale, « Relancer la défense de l'Europe », *Revue Défense Nationale*, 2019, n°819.

Comité d'études de Défense Nationale, « L'Europe de la défense : quelle réalité ? », *Revue Défense Nationale*, 2020, n°830.

P. COSSALTER, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et marchés publics*, 2014, étude 10, n° 6.

D. COSTARGENT, « Vers une armée 4.0 ? », *Revue Défense Nationale*, 2018, n° 810, p. 30-34.

J.-L. COTARD, « « Le secret est nécessaire et légitime » », *Inflexions*, 2021, n° 47, p. 33-42.

F. COULOMB, « L'évolution des rapports entre États et entreprises dans l'industrie mondiale de défense », *Revue Défense Nationale*, 2020, n°832, p. 55-60.

E. DANIEL, « Intérêts essentiels de sécurité », *Europe*, 2018, n°5, comm. 190.

A. d'ARGOUBET RAYBAUD, « Commande publique et droit de vivre dans un environnement sain », *AJDA*, 2021, p. 2332.

J.-P. DARNIS, « La relance de la défense européenne et conflit en Ukraine : dynamiques et paradoxes », Notes de la Fondation pour la recherche stratégique, 2022, n°15.

P. DE BAECKE, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA*, 2007, n°28, p. 1505.

M. DEFFAIRI, « La portée constitutionnelle des dispositions de la Charte de l'environnement », *Titre VII*, 2022, n°8.

E. DELACOUR, « Reconnaissance par la Commission du critère du « mieux-disant » social », *Contrats et marchés publics*, 2001, n°12, 223.

S. DE LA ROSA, « Anatomie du level playing field pour l'accès aux contrats de la commande publique dans l'Union : à propos des règlements « IMPI » et « subventions étrangères » », *RTDE*, p. 633.

B. DELAUNAY, « Le développement durable, avenir de la commande publique ? », *Contrats publics*, 2010, n°96, p. 3.

H. DELZANGLES, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2015, vol. 40, p. 13-40.

P. DELVOLVÉ, « Les contrats de la commande publique », *RFDA*, 2016, p. 200.

P. DEMIGNÉ Philippe, P. GRISET Pascal, H. JOLY et C. LAURENT, « Entreprises et commandes militaires », *Entreprises et histoire*, 2016, n° 85, p. 119-128.

P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 2006, n°20.

A. DEPRAU, « De la nécessité d'une définition de la sécurité nationale », *Sécurité globale*, 2020, n°23, p. 17-26.

D. DESCHAUX-DUTARD, « Europe de la défense, un mirage stratégique ? », *Politique étrangère*, 2023, n°3, p. 49-60.

I. DE SILVA, « Économie de défense et droit de la concurrence », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 825, p. 63-66.

P. DEVILLERS, « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *Contrats et Marchés publics*, Octobre 2015, p. 47-50.

R. DOARÉ, « Du secret de la défense nationale », *Inflexions*, 2021, n° 47, p. 67-72.

J. DOMECQ, « Les défis de l'AED : mutations technologiques, nouvelles menaces et évolutions géostratégiques », *Revue Défense Nationale*, 2016, n° 789, p. 103-107.

S. DOUTEAUD, « Une fiche technique pour se familiariser aux évolutions découlant de la loi « Climat et Résilience », *Contrats et Marchés publics*, 2021, n°10, alerte 44.

J.-D. DREYFUS,« Les démêlés de l'UGAP avec le commissariat de la marine relèvent de la compétence du juge judiciaire », *AJDA*, 2003, p. 2323

J.-D. DREYFUS, « Marchés à procédure adaptée : liberté en trompe-l'œil pour les personnes publiques en matière de publicité », *AJDA*, 2005, p. 2128.

J.-D. DREYFUS, « Code des marchés et PME : le choix de la discrimination positive », *AJDA*, 2006, p. 1769.

J.-D. DREYFUS, « Quelle est la nature du contrat de vente du Clemenceau ? », *AJDA*, 2006, p. 45.

J.-D. DREYFUS, « Portée du délit de favoritisme : dura lex sed lex », *AJDA*, 2007, p. 853.

J.-D. DREYFUS, « Un critère de sélection des candidatures fondé sur la taille des entreprises est illégal », *RDI*, 2007, p. 423.

J.-D. DREYFUS, « Le français peut être imposé comme « langue de travail » entre les parties à un marché public », *AJCT*, 2019, p. 247.

L. DUBIN, « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », *AJDA*, 2002, p. 493.

F. DUMAS, « La construction de l'Europe de la défense : dur mais juste chemin vers l'indépendance », *Les Champs de Mars*, 2019, n° 32, p. 125-137.

A.-L. DURVIAUX et F. NAVEZ, « Marchés publics et paradigme concurrentiel : état du droit », *Cahiers de Science politique* [En ligne], Cahier n°13.

G. ECKERT, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 : *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°6, étude 4

G. ECKERT, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *Contrats et Marchés publics*, 2019, repère 1.

D. ENCAOUA, « Repenser les politiques d'innovation en France ? », *Revue française d'économie*, 2017, n°3, vol. XXXII, p. 90-135.

L. ERSTEIN, « Le français n'est pas protecteur », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2017, n° 51-52, act. 874.

L. ERSTEIN, « La langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution peut être le français exclusivement », *JCP A*, 2019, n° 7, act. 105.

C. ETRILLARD, « Commande publique et développement durable », LPA, 2007, n°49, p. 3.

E. FATÔME et A. MÉNÉMÉNIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 67.

S. B. H. FAURE, « Négocier l'armement au sein de l'Union européenne : le travail politique de la Commission européenne », *Négociations*, 2020, n° 34, p. 47-62.

S. B. H. FAURE, « La relance de la défense européenne : par les États, pour les États », *Le Rubicon*, 29 avril 2022.

P. FERLET et P. SARTRE, « Le secret de défense en France », *Études*, 2010, Tome 412, p. 165-175.

L. FOLLIOT LALLIOT, « Les juges français et européens encadrent les stipulations techniques à effet protectionniste dans la commande publique : concilier concurrence et intérêt général (CE, 4 décembre 2017, Ministre de l'Intérieur, n°413366 et CJUE, 8 juin 2017, Medisanus, aff. C-296/15) », *Concurrences*, 2018, n°1, p. 192-195.

L. FOLLIOT LALLIOT, « Commerce international : Le Parlement européen et le Conseil adoptent un nouveau règlement de politique commerciale restreignant l'accès à ses marchés publics et concessions par les opérateurs et produits en provenance de pays tiers », *Concurrences*, 2022, n°3, p.189-191.

Fondation pour la recherche stratégique, « Évolution des conflits et reconfigurations de l'industrie de l'armement : l'hypothèse des deux marchés », *Défense & Industries*, 2024, n°18, p. 28-34.

G. FONOUNI-FARDE, « Transposition de la « Directive défense » : *Abistis, dulces carice* ? », *RUE*, 2012, p. 248.

G. FONOUNI-FARDE et J. PERGER, « L'industrie de défense à venir : plaidoyer pour un retour de l' « État stratège » », *Revue Défense nationale*, 2013, n°764, p. 37-40.

O. FORCADE, S.-Y. LAURENT et B. WARUSFEL, « Archives et politiques du secret : ramener l'État à la raison démocratique », *Esprit*, juin 2021, disponible en ligne.

C. FRACKOWIAK, « Des ordonnances de transposition au code de la commande publique », *AJDA*, 2019, p. 395.

C. FRACKOWIAK, « Commande publique, préférence et réciprocité : de l'intérêt de liaisons dangereuses ? », *BJCP*, 2021, n°135, p. 83-92.

C. FRIEDRICH, « La fourniture d'armes à un service de police n'est pas un marché de défense et de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2020, n°1, act. 9.

C. FRIEDRICH, « Une illustration de la notion de marché de la défense ou de la sécurité », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2021, n°7, act. 115.

L. GAY, « La liberté d'information à l'épreuve du secret défense », *Légipresse*, 2019, p. 324.

A. GEORGOPOULOS, 'The Commission's Interpretative Communication on the Application of Article 296 EC in the Field of Defence Procurement', *Public Procurement Law Review*, 2007, Issue 3, NA 43, disponible en ligne

P. GILSDORF, « Les réserves de sécurité du traité CEE, à la lumière du traité sur l'UE », *RMCUE*, 1994, p. 17.

C. GIRARD, « Défense et sécurité : du renversement de la hiérarchie des concepts à la stratégie de sécurité nationale », *Revue Défense Nationale*, 2020, n°830, p.78-84.

J.-F. GOUJON-FISCHER, « Marge d'appréciation dans le choix de recourir à un marché global », *AJDA*, 2016, p. 1508.

B. GOSSELIN, « Actualités des travaux de la Commission centrale des marchés », *AJDA*, 2004, p. 34.

R. GRAND, « Les marchés de défense intègrent le code des marchés publics modifié à cette occasion », *AJDA*, 2011, p. 1765.

B. GRIVEAUX et J.-L. THIÉRIOT, « Mission « flash » sur la place de l'industrie de défense dans la politique de relance », Assemblée nationale, 22 juillet 2020, p. 3.

P. GROS, « Les nouveaux enjeux de l'interopérabilité », *Fondation pour la recherche stratégique*, 2020, note 13, 47 p.

G. GUARINO, « Le sourcing : instrument risqué mais nécessaire pour la définition des besoins des acheteurs publics », *La Gazette de l'Institut de droit public des affaires*, 2018, n°33, 5.

J.-M.GUÉHENNO, « La commission européenne, adversaire ou alliée de l'industrie de défense européenne ? Pour une révision de l'article 223 du traité instituant la communauté européenne », RMCUE, 1999, p. 671.

M. GUÉNOU AHLIDJA, « Le sous-contrat en droit public », RFDA 2018, p. 195.

O. GUÉZOU, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *AC-ACCP*, 2003, p. 44.

O. GUÉZOU, « Sous-traitance et droit de la concurrence », *Contrats publics*, 2005, n°46.

O. GUÉZOU, « Contrats publics et politique de concurrence », *RFDA*, 2014, p. 632.

M. GUIBAL, « À la recherche du nouveau code des marchés publics », *JCP G*, n°24, Juin 2001.

M. GUILLAUME, « La réforme du droit du secret de la défense nationale », *RFDA*, 1998, p. 1223.

L. HENNINGER, « Le climat et la guerre : une brève mise en perspective historique », *Revue Défense Nationale*, 2015, n° 783, p. 67-70.

P. HÉRAULT, « La base industrielle et technologique de défense à l'âge de la globalisation », *Revue Défense nationale*, 2015, n°784, p. 95-100.

R. HERNU, « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Revue Titre VII*, Conseil constitutionnel, n°4, avril 2020.

A. HERVÉ, « L'instrument relatif aux marchés publics internationaux, illustration du néo-unilatéralisme de l'Union européenne au nom de la loyauté des échanges », *RTDE*, 2022, p. 535.

B. HEUNINCKX, « Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », *Pyramides*, n°21, 2011, p. 139-172.

B. HEUNINCKX, 'Towards a Coherent European Defence Procurement Regime? European Defence Agency and European Commission Initiatives', Public Procurement Law Review, 2008, volume 17, Issue 1.

C. HOEFFLER, « L'émergence d'une politique industrielle de défense libérale en Europe. Appréhender le changement de la politique d'armement par ses instruments », *Gouvernement et action publique*, 2013, vol. 2, p. 641-665.

H. HOEPFFNER et P. TERNEYRE, « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA*, 2019, p. 206.

H. HOEPFFNER, « Du confinement au déconfinement : l'urgence sanitaire jusqu'à quand ? », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°7, repère 7.

H. HOEPFFNER, « Le champ d'application des principes : des principes transversaux ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118.

H. HOEPFFNER, « Dans quelle mesure des motifs de sécurité peuvent)ils justifier qu'un État attribue sans appel d'offres un marché public ? », *Contrats et marchés publics*, 2023, n°11, comm. 289.

S. HUL, « La répartition géographiques des sites objet du marché fait présumer une obligation d'allotir », *AJCT*, 2010, p. 77

IHEDN (Comité 6), « Grands contrats d'armement et relais de croissance sur des segments alternatifs », *Revue Défense nationale*, 2017, n°804, p. 48-55.

G. IANAKIEV et N. MLADENOV, « Offset policies in defence procurement: lessons for the European defence equipment market », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série « Les marchés publics de défense », 2008, p 185-194.

M. KARPENSCHIF et C. ROUX (dir.), « L'exception in house, 20 ans après l'arrêt Teckal », *JCP A*, 2020, études 2197 à 2208.

T. KIRAT, « Réglementation et performances », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 65-74.

B. KOEBEL, « Relance économique par la commande publique et assouplissement des règles », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°11, comm. 314.

B. KOEBEL, « Fournisseurs locaux et marchés publics », *Contrats et marchés publics*, 2023, n°11, comm. 316.

M. KOPECKY, « Industrie d'armement française et innovation », *Revue Défense nationale*, 2012, n°754, p. 115-122.

N. KURZ, « Les plans d'acquisition », *Contrats publics*, Dossier « Les marchés publics de la défense nationale », n°32, avril 2004, p. 49-51.

J.-F. LACHAUME, « Contrats de la commande publique, principes de la République, dérèglement climatique, développement durable, résilience », *Revue Complément territorial*, 2022, n°63.

R. LALLEMENT et V. WISNIA-WEILL, « Concurrence et innovation : quelles politiques pour favoriser le développement des entreprises ? », *Horizons stratégiques*, 2007, n° 4, p. 156-175.

B. LAPERCHE, « Les inventions, la science et la guerre : la place du secret », *Innovations*, 2005, n° 21, p. 109-143.

M.-P. LAVOILLOTTE, L'environnement dans le nouveau Code des marchés publics », AJDA, 2004, p. 2081.

C. LAVALLÉE, « Le marché européen de défense : un nouvel espace de luttes », *Études internationales*, volume 43, n°4, 2012, pp. 573–590.

J.-M. LAVIEILLE, « Les activités militaires, la protection de l'environnement et le droit international », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°4, 1992. pp. 421-452.

S. LAVRIC, « Exportations de technologies et d'équipements militaires: adoption d'une position commune », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2008.

G. LE BLANC et S. MATELLY, « Course technologique et compétitivité », *in* R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, *op. cit.*, p. 140-158.

J. LEBIED, « Quand le ministère des Armées ne signe pas nécessairement des marchés de défense ou de sécurité », *Dalloz actualité*, 16 février 2021.

H. LEMESLE, « Réglementer l'achat public en France (XVIII^{e}-XIX^{e} siècle) », *Genèses*, 2010, n° 80, p. 8-26.

N. LENOIR, « Industries et marché de l'armement contre le changement climatique », *Revue Défense nationale*, 2022, n°854, p. 33-38.

Y. LE FUSTEC, « Qu'est-ce que le sourcing ? », *Contrats Publics*, n°185, mars 2018, p. 21.

R. LE VELLY, « Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique », *Droit et société*, 2022, n°110, p. 171-188.

F. LICHÈRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats publics », *Les Petites Affiches*, 2007, n° 79, p. 29.

F. LICHÈRE, « La loi du 22 août 2021 et la commande publique – Lutte contre le réchauffement climatique ou renforcement de la résilience face à ses effets ? », *AJDA*, 2022, p. 142.

F. LINDITCH, « Le décret du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics (2e partie) – Le partenariat d'innovation, une procédure *sui generis* », *JCP A*, 2014, n°51-52, 2353.

F. LINDITCH, « Les premiers pas du coût du cycle de vie dans la commande publique. À propos de la « Notice introductive : prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation » », *Contrats et marchés publics*, 2016, alerte 29, n° 7.

F. LINDITCH, « La commande publique, après la loi ASAP », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2021, n°4, étude.

F. LLORENS, « Réforme du code des marchés publics : document d'orientation », *RDI*, 1999, p. 392.

F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Les marchés publics au secours de l'environnement », *Contrats et marchés publics*, 2001, n°10, repère.

F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Des conditions environnementales au développement durable : sur une mutation possible du droit des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, 2003, n°7, rep. 7.

F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Regards sur le Nouveau code des marchés publics », *Contrats et Marchés publics*, 2006, n°8, étude 7.

F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2014, n°6, rep. 6.

F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », *Contrats et marchés publics*, 2017, Repère 10 ;

F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Molière si tu savais ! », *Contrats et marchés publics*, 2018, repère 1, n° 1.

M. LORIOU, « L'élargissement de l'obligation d'allotissement par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *AJCT*, 2015, p. 625.

D. LOUISE, « L'industrie de défense dans le domaine terrestre », *Revue Défense Nationale*, 2016, n° 791, p. 127-132.

F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, n°64, p. 675-684.

J. MALIZARD, « L'innovation comme facteur de croissance, l'exemple de grands groupes industriels de défense français », *Revue Défense nationale*, 2015, n°780, p. 34-39.

J. MALIZARD, « L'impact économique de la défense : une approche globale », *Revue Défense nationale*, 2020, n°832, p. 43-48.

A. MAROIS, « Défense, PME, grands groupes : la fille de toutes les batailles », *Revue Défense Nationale*, 2017, n°796, p. 85-90.

J. MARTIN et G. PELLISSIER, « Une collectivité ne peut attribuer un marché de fabrication de documents d'identité sans concurrence, même pour des raisons de confidentialité », JCP A, 2019, n°7, 2046.

J. MARTIN, G. PELLISSIER et J.-B. VILA, Pas d'attribution sans procédure à une entité publique du marché de fabrication de documents officiels, *JCP A*, 2024, n°7, 2051.

F. MARTUCCI, « Level playing field : une antienne protectrice du droit de l'Union », *RTDE*, p. 605.

H. MASSON, « La politique européenne de l'armement : la méthode des « petits pas » », in Fondation pour la Recherche Stratégique, *Annuaire stratégique et militaire 2003*, Odile Jacob, « Hors collection », 2003, p. 285-344.

H. MASSON, « L'ouverture des marchés publics de défense en Europe : vers un régime intergouvernemental volontaire ? », *in* Fondation pour la Recherche Stratégique, *Annuaire stratégique et militaire 2005*, Odile Jacob, « Hors collection », 2005, p. 193-232.

H. MASSON, « Quelle industrie de défense pour quelle Europe ? », *Revue Défense Nationale*, 2020, n° 832, p. 61-66.

J.-P. MAULNY, « L'industrie d'armement, acteur et bénéficiaire de l'Europe de la défense ? », *Revue internationale et stratégique*, 2002, n° 48, p. 139-146.

E. MAUPIN, « La clause Molière de la région Auvergne-Rhône-Alpes annulée », *Dalloz actualité*, 15 décembre 2017.

S. MATELLY, « Un code de conduite européen pour sécuriser les exportations ? Le cas des exportations d'armes en Europe », *Les cahiers Irice*, 2010, n°6, p. 93-110.

F. MELLERAY et R. NOGUELLOU, « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA*, 2019, p. 381.

A. MENON, « La politique de défense européenne après le traité de Lisbonne. Beaucoup de bruit pour rien », Politique étrangère, 2011, p. 375-387.

S. MESLIN-LIÈRE, « La difficile conciliation entre les principes de la commande publique et l'innovation », *Contrats publics*, 2023, n°239.

F.-X. MEUNIER, « Évaluation du potentiel dual des systèmes technologiques », *Revue d'économie industrielle*, 2020, n°170, p. 79-110.

S. MEZZADRI, « L'ouverture des marchés de la défense : enjeux et modalités », *Institut d'études de sécurité*, publication occasionnelle n°12, 2000, 38 p.

A. MÉNÉMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120.

C. MIALOT et T. POULARD, « Le partenariat d'innovation – Retours d'expérience », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2016, n°6, dossier 49.

R. MICALEF,« L'insertion des clauses environnementales dans les contrats de la commande publique : un rendez-vous manqué », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 2023, n°14, étude.

T. MILLETT, « Les marchés publics en droit communautaire », *RMCUE*, 2001, n°452, p. 622.

S. MONNIER, « *L'accès aux archives couvertes par le secret défense dans la tourmente* », *AJDA*, 2021 p. 1993.

M. MORALES, « La valeur des principes : une hiérarchie existe-t-elle ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », Lamy de la concurrence, 2022, n°118, p. 12.

M. MORALES, « Publication de l'instrument relatif aux marchés publics internationaux : un outil offensif au service de la réciprocité », *Europe*, 2023, n°2, étude 1.

D. MOREAU, « Pour une relativisation du critère du financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 2003, p. 1418.

B. MOREL, « L'attribution d'activités de police à des personnes privées », *Revue de droit public*, 2020, n°1, p. 77.

S. MOURA, « La base industrielle et technologique de défense : identification et caractéristique », *Ecodef*, Janvier 2012, n°58, p. 1.

S. MOURA, « La dualité dans la base industrielle et technologique de défense ». *Ecodef*, Janvier 2014, n°66, p.1-6.

S. MOURA et J-M. OUDOT « Échanges internationaux et base industrielle et technologique de défense ». *Ecodef*, Avril 2014, n°67, p.1-6.

E. MULLER, « Chronique Jurisprudence administrative intéressant le droit de l'UE - Validation conditionnée d'une clause d'interprétariat dans l'exécution des marchés publics », *RTDE*, 2018, p. 400.

E. MULLER, « Les ambitions raisonnées du code de la commande publique », *Droit administratif*, 2019, n°6, étude 9.

E. MULLER, « Précision sur la définition des marchés publics de défense et de sécurité », *RTDE*, 2020, n°4, p. 965-966.

E. MULLER, « La réciprocité dans l'accès à la commande publique européenne : un enjeu de politique industrielle », *Contrats et marchés publics*, 2021, n°5, repère 5.

E. MULLER, « L'extension des principes : un enrichissement par de nouveaux principes ? », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118.

E. MULLER, « Qui est compétent pour restreindre l'accès des opérateurs extra-européens à la commande publique ? », *Contrats et marchés publics*, 2024, n°6, repère 6.

C. NICOLAS et S. ROUSSEL, « L'allotissement des marchés publics, entre ambition et réalisme », AJDA, 2018, p. 1440.

J-L. NINU, « Le contrôle budgétaire sur les marchés publics », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense », 2008, p. 209-216.

R. NOGUELLOU, « L'identification des principes : non-discrimination et transparence au fondement du droit européen des contrats », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118, p. 7.

G. O'BRIEN, « Les dispositions communautaires visant à faciliter l'accès des PME aux marchés publics », RMCUE, 1993, p. 869.

S. OLIÉ, « Compensations industrielles et financières : les offsets, un mal nécessaire », *Revue Défense Nationale*, n°816, Janvier 2019, p. 103-106.

F. OLIVIER, « Marchés de service exclus du champ de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 », *Contrats et marchés publics*, 2004, n°1, comm. 4.

F. OLIVIER, « Les nouvelles mesures en faveur des PME », *Contrats et marchés publics*, 2006, n°8-9, étude 15.

J-M. OUDOT et J. QUEMENER, « Les dépenses de R&D de la base industrielle et technologique de défense : une évaluation par le crédit impôt recherche». *Ecodef*, Novembre 2015, n°74, p.1-12.

J-M. OUDOT, « La passation des marchés publics de défense », *Défense collective et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 75-83.

C.-A. PAILLARD, « Technologies critiques et performance des programmes d'armement », *Revue Défense nationale*, 2013, n°757, p. 53-58.

C.-A. PAILLARD, « Les défis auxquels le monde doit faire face au XXIe siècle », *Revue Défense Nationale*, 2015, n° 783, p. 23-27.

B. PALLI, « Les clauses d'interprétariat dans les marchés publics : une pratique protectionniste sur fond de détachement, encouragée par le Conseil d'État », *Rev. Trav*., 2018, p. 59.

A. PANNIER, « Le « minilatéralisme » : une nouvelle forme de coopération de défense », *Politique étrangère*, 2015, n°1, p. 37-48.

R. PASSERIEUX, « Airbus A400M le chaînon manquant de la défense européenne », *RMCUE* 2003, p. 513.

J.-M. PASTOR, « Prise en compte du lieu d'exécution des prestations dans l'obligation d'allotir », *AJDA*, 2010, p. 1514.

C. PECHMEZE, « Compensations industrielles et corruption : des choses que l'on peut révoquer en doute », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 03, 2023, étude 145.

E. PEROIS et L. SERY, « Le sourcing : démarche vertueuse ou piégeuse pour les acheteurs publics ? », *Contrats et Marchés publics*, 2018, n°3, étude 3.

P. PEYRET, « Marchés publics de défense et de sécurité : l'offensive de la CJCE », *AJDA*, 2008, p. 1834.

J.-M. PEYRICAL, « Le paradoxe des marchés publics – Le marché public, repoussoir et modèle », *Droit administratif*, n°4, 2000, chron. 7.

J.-C. PIETRI, « Office du juge référé précontractuel et marché de la défense », *Contrats et Marchés publics*, 2017, n°7, comm. 200.

D. PLOUVIEZ, « L'État, la marine de guerre et les réseaux économiques en France au XVIIIe siècle », *Revista da Faculda de de Lettras da Universidade do Porto*, IV Série, n°2, 2012, p. 59-76.

H. PONGÉRAD-PAYET, « Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus », *AJDA*, 2006, p. 635.

E. POURCEL, « Marchés publics de la défense nationale : « fiat lux » sur le secret », *Contrats et Marchés publics*, juin 2006, étude 6, p. 6-13.

E. POURCEL, « Rencontre du quatrième type : les marchés industriels de la défense nationale », *Contrats et Marchés publics*, 2009, n°12, étude 12.

E. POURCEL, « Décret « Défense et sécurité » : quel impact ? », *Contrats et marchés publics*, 2012, n°2, étude 1.

E. POURCEL, « Décret « Défense et sécurité » : quel impact ? (2e partie) », *Contrats et marchés publics*, 2012, n°2, étude 2.

; E. POURCEL, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n°4, étude 5.

E. POURCEL, « Marchés publics de défense et de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2019, n°1, dossier 9.

L. POURTAU, « L'ennemi à l'âge des conflits asymétriques », *Sociétés*, 2003, n° 80, p. 73-88.

N. PORTE, « Vers l'abandon du principe de neutralité ? », *Revue du droit public*, 2014, n°5, p. 1249.

M. PRIEUR, « La charte de l'environnement : droit dur ou gadget politique ? », *Pouvoirs*, 2008, n°127, p. 49-65.

M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, avril 2014, n°43, p. 5-24.

C. RAMET, « Les déterminants économique des exportations de matériels militaires des entreprises industrielles de la BITD française », *Écodef*, n°147, 2020, 8 p.

P. REES, « Le droit de la commande publique en état d'urgence », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n°5, repère 5.

S. RÉGNIER, « Le Service d'infrastructure de la Défense dans la lutte contre le dérèglement climatique », *Revue Défense Nationale*, 2015, n°783, p. 33-38.

R. RENEAU, « La « clause d'interprétariat » : du Tartuffe à Scapin », *AJDA*, 2018, p. 162.

J.-C. RICCI, « Le contrat au service des politiques publiques – Rapport de synthèse », *RFDA*, 2014, p. 652.

D. RICHARD, « Secret défense : entre comitologie et État de droit », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 270.

L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats et Marchés publics* n°2, Février 2015, étude n°2.

F. RIEM, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil », *Revue internationale de droit économique*, 2008, n°1, vol. xxii, 1, pp. 67-91.

S. RODRIGUES, « La directive sur les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité – Ou de l'art difficile de rentrer dans le rang (du marché intérieur) », *Europe*, 2009, n° 11, étude 10.

B. ROMAN-SÉQUENSE, « Point sur le Pacte Défense PME », *Contrats et marchés publics*, 2013, n°11, comm. 300.

G. ROSSIGNOL-INFANTE, « L'acquisition de solutions innovantes dans le cadre du droit commun des marchés publics », *Contrats publics*, 2023, n°239.

D. SADEK, « De l'intelligence artificielle appliquée à la défense », *Revue Défense Nationale*, 2019, n° 820, p. 103-106.

S. SAUSSIER et J. TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, n° 22, avr. 2015.

M. SENO, « Existe-t-il une obligation de bien contracter dans les contrats publics ? », *La Gazette du Palais*, n°275.

C. SERFATI, « Quelques enjeux autour de la notion de « nationalité des firmes » », *Revue internationale et stratégique*, 2006, n°62, p. 79-92.

B. SCHMALTZ, « Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées », *AJDA*, 2016, p. 1669.

O. SCHMITT, « La commande publique et le développement durable » , *La Gazette du Palais*, 2005, n°169, p. 4.

D. SIMON, « Marché de fournitures acquises à des fins militaires », *Europe*, 2012, n°8-9, comm. 324.

D. SIMON, « Les clauses de défense de la sécurité nationale : définition autarcique par les États membres ou invocabilité sous contrôle du juge », *Europe*, 2019, n°6, repère 6.

D. SIMON, « Exceptions liées au secret défense, à la sécurité et aux intérêts essentiels de l'État », *Europe*, 2003, n°12, comm. 393.

P. SOLER-COUTEAUX, « Un marché passé pour équiper en armes des forces de police n'est pas un marché de défense ou de sécurité », *Contrats et marchés publics*, 2020, n°3, comm. 75.

J.-G. SORBARA, « Marchés publics et innovation », *Contrats et marchés publics,* n°6, juin 2014.

P. TERNEYRE, « Pour l'attribution de marchés publics, une préférence peut être accordée aux entreprises implantées localement à condition que cette implantation soit une des conditions de bonne exécution du marché », *Dalloz*, 1995, p. 245.

P. TERNEYRE, « Sur la faculté d'exclure de la commande publique les offres en provenance d'États tiers à l'Union européenne », *Contrats et marchés publics*, n°4, 2022, étude 4.

F. TERPAN, « La CJUE et les marchés publics de défense : l'encadrement des intérêts nationaux de sécurité », *RTD Eur.,* 2016, p. 495.

F. TERPAN, « La relance du projet européen de défense au-delà du contrôle des États », *Politique européenne*, 2020, n° 70, p. 40-69.

S. TORICCELI, « - Une réflexion sur le principe de concurrence dans le système italien, à partir de Teleaustria », *in* « Colloque – Les principes européens des contrats publics : les 20 ans de l'arrêt Telaustria », *Lamy de la concurrence*, 2022, n°118, p. 46.

J. TOURNIER, « La politique française de défense », *Commentaire*, 2018, n°163, p. 587-594.

M. TOUZEIL-DIVINA, « Marchés publics : quand l'environnement et les questions sociales s'effacent au profit du droit de la concurrence », *JCP A*, 2018, n°23, act. 494.

M. TOUZEIL-DIVINA, « Critère de sélection discriminant et sanctionné en référé précontractuel », *JCP A*, 2018, n° 38-39, act. 733.

A. TOUZET, « Droit et développement durable », *Revue du droit public*, 2008, n°2, p. 453.

C. TOUZOT-FADEL, « Une redéfinition des activités militaires à la lumière des enjeux environnementaux », *Revue Défense nationale*, 2019, n°820, p. 187-192.

P. TRAMIER, « Libre concurrence ou acquisition dirigée : l'exemple britannique », *Défense nationale et sécurité collective*, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 84-93.

L. TRIGEAUD, « Les exportations d'armements et de matériels de guerre dans le Code de la défense : aspects juridiques », *Les Champs de Mars*, 2021, n° 36, p. 75-90

S. TROMBETTA, « La protection des intérêts nationaux de la défense quand la défense devient européenne, *RMCUE*, 2005, p. 441.

M. TRYBUS, ‘The EC Treaty as an instrument of European defence integration’, 2020 (disponible en ligne).

M. TRYBUS, ‘Procurement for the armed forces: balancing the internal market and national security’, *European Law Review*, 2002 (disponible en ligne)

M. UBAUD-BERGERON, « Des motifs de sécurité peuvent-ils justifier qu'un État attribue sans appel d'offres un marché public portant sur l'impression de documents officiels ? », *Contrats et marchés publics*, 2018, n°6, comm. 128.

M. UBAUD-BERGERON, « Critères de sélection des offres et localisation de l’entreprise », *Contrats et Marchés publics*, 2018, n°11, comm. 243.

M. UBAUD BERGERON, « Passation et exécution. : le code de la commande publique innove-t-il ? », *RFDA*, 2019, p. 219.

M. UBAUD-BERGERON, « Retour de la « clause Molière » devant le Conseil d’État », *Contrats et Marchés publics*, 2019, n°4, comm. 110.

M. UBAUD-BERGERON, « Urgence sanitaire et droit de la commande publique : la tentation protectionniste ? », *Contrats et Marchés publics*, 2020, n° 12, repère 11.

M. UBAUD-BERGERON, « Passation des marchés de défense et de sécurité : le cas des « autres marchés » », *Contrats et marchés publics*, n°1, 2023.

J.-J. VERHAEGHE, « Bien acheter pour mieux voler : le MCO dans le milieu aéronautique de défense », Défense nationale et sécurité collective, hors-série sur les marchés publics de défense, 2008, p. 127-135.

P. VIAUD, « Où allons-nous ? Fondamentaux d’une prospective en matière de défense », *Revue Défense Nationale*, 2023, n° 858, p. 5-15.

D. VINCENTELLI-MERIA, « Vers une normalisation de l’application de l’article 296 du TCE dans le secteur des industries d’armement », *RMCUE*, 2001, p. 96.

A. WALEIJ, « Gestion des risques environnementaux et empreinte environnementale des forces armées », *Les Champs de Mars*, 2020, n° 35, p. 227-245.

E. WARINGHEM, P. KOFFI, X. FAVREAU ET P. SCHANNE, « Capacités militaires, innovation et technologies », *Revue Défense nationale*, 2013, n°761, p. 19-24.

B. WARUSFEL, « Les notions de défense et de sécurité en droit français, *Droit & Défense*, 1994, n°4, p. 11-20.

B. WARUSFEL, « Le secret défense entre les exigences de l’État et les nécessités du droit », *Cahiers de la fonction publique et de l’administration*, 2001, n° 199, 11 p.

B. WARUSFEL, « La sécurité nationale, nouveau concept du droit français », *in* V. CATTOIR-JONVILLE, *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité – Mélanges en l’honneur de Pierre-André Lecocq*, Université Lille 2, 2011, p. 461-476.

B. WARUSFEL, « Enjeux et limites de l'ouverture des données en matière de sécurité et de défense », *Revue française d'administration publique*, 2018, n°167, p. 551-564.

B. WARUSFEL, « De la défense à la sécurité nationale », *Revue Défense Nationale*, 2021, n°845, p. 11-17.

F. WILINSKI, « De l'intégration du développement durable dans les contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2011, n°12, étude 11.

W. ZIMMER, « L'incidence des considérations environnementales sur le droit des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, 2003, n°7, chron. 16.

W. ZIMMER, « Marchés de fournitures non spécifiquement militaires », *Contrats et marchés publics*, n°11, 2008, comm. 252.

W. ZIMMER, « Marchés publics dans le domaine de la défense », *Contrats et marchés publics*, n°10, 2012, comm. 273.

W. ZIMMER, « Conditions d'exécution des marchés », *Contrats et marchés publics*, 2021, n°10, comm. 271.

B. Articles d'ouvrages collectifs et de mélanges

E. AALTO, 'Interpretations of Article 296', *in* D. KEOHANE (ed.), 'Towards a European Defence Market', Cahiers de Chaillot n°113, 2008.

F. ALLAIRE, « L'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique », *in* E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018, p. 139-154.

A. BEITONE, A. CAZORLA et E. HEMDANE, « Innovation », *in* A. BEITONE, A. CAZORLA et E. HEMDANE (dir.), *Dictionnaire de science économique*, Paris, *Dunod*, « Hors collection », 2019, p. 333-357.

R. BELLAIS, « Budget d'armement et politique industrielle : pour une approche en longue période », *in* D. PESTRE, *Deux siècles de l'armement en France : De Gribeauval à la force de frappe* », CNRS Édition, coll. « CNRS Histoire », 2005, 427 p.

R. BELLAIS et S. DAFFIX, « Évolutions de l'effort public et privé de recherche-développement et capacités d'innovation des firmes », *in* R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, Descartes & Cie, 2004, p. 87-110.

C. BRUSTLEIN, « Concentration et contournement dans l'après-guerre froide », *in* R. BELLAIS (coord.), *Économie de défense – Nouvelles frontières entre États et marché*, *op. cit*., p. 23-25.

V. DE BEAUFORT, P.-O. GUY et H. MASSON, « « L'exception défense » et sa normalisation progressive », p. 119-128 *in* V. DE BEAUFORT (dir.), *Entreprises stratégiques nationales et modèles économiques européens*, Bruylant, 2012, 210 p.

F. CHARILLON, T. BALZACQ et F. RAMEL, « Chapitre 18. La diplomatie de défense », *in* F. CHARILLON, T. BALZACQ et F. RAMEL, *Manuel de diplomatie*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Relations internationales », 2018, p. 307-319.

J-P. DUNNE, *The Defense Industrial Base*, *in* K. HARTLEY et T. SANDLER (dir.), *Handbook of Defense Economics, vol. 1*, *Elsevier*, 1995, p. 399-430.

G. ECKERT, « La commande publique, un levier pour l'action publique ? Perspectives générales », *in* E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018, p. 1-14.

N. GUILLET, « Deniers publics », *in* N. KADA, M. MATHIEU (dir.), *Dictionnaire d'administration publique*, *Presses universitaires de Grenoble*, coll. *Droit et action publique*, 2014.

C. HOEFFLER, J. JOANA et F. MÉRAND, « Chapitre 7. La guerre austère : la politique de défense dans la crise », *in* C. HOEFFLER, J. JOANA et F. MÉRAND, *Les Politiques publiques dans la crise*, Paris, Presses de Sciences Po, coll . « Académique », 2021, p. 201-233.

P. IDOUX, « La commande publique au service du développement durable », *in* E. MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Paris, Dalloz, 2018, p. 107-119.

G. LEBLANC, « Dépenses militaires, restructuration de l'industrie d'armement et privatisation de la défense : analyse comparée France – États-Unis 1994-1999 », *in* D. PESTRE (dir.), *Deux siècles de l'armement en France : De Gribeauval à la force de frappe*, , CNRS Édition, coll. « CNRS Histoire », 2005, 427 p.

A. MILLET-DEVALLE, « Vers un marché européen de l'armement ? », *in* J. AUVRET-FINCK (dir.), *Vers une relance de la politique de sécurité et de défense commune ?*, Larcier, coll. « Europe(s) », 2014, 356 p.

P. REIS, « La concurrence », in J.-B. RACINE (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle : Notions et enjeux*, LGDJ-lextenso, coll. « Droit et économie », p. 133-151.

S. RODRIGUES, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », *in* N. CLINCHAMPS et P.-Y. MONJAL (dir.), *L'autonomie stratégique de l'Union européenne. Perspectives, responsabilité, ambitions et limites de la défense européenne*, Larcier, coll « Europe(s) », 2015, 304 p.

A.-L. SIBONY, « Du bon usage des notions d'efficacité et d'efficience en droit », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET, (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : Nouveau vecteur de légitimité ?*, *Bruylant*, 2012, p. 62.

J.-C. THOENIG, « Politique publique », *in* L. BOUSSAGUET, S. JACQUOT et P. RAVINET (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Références », 2019, 5e édition, p. 462.

III. Rapports, communications, guides

A. Rapports

P. ALLIZARD et M. BOUTANT, « L'industrie de défense dans l'œil du cyclone », Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Sénat, n°605, 8 juillet 2020, 38 p.

P. ALLIZARD et Y. VAUGRENARD, « Renseignement et prospective : garder un temps d'avance, conserver une industrie de défense solide et innovante », Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Sénat, n°637, 24 mai 2023, 78 p.

Assemblée nationale, Compte rendu de la Commission de la défense nationale et des forces armées, compte rendu n°65, séance du 15 juin 2021, 18 p.

P. BEAUDOUIN et Y. FROMION, Rapport fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n°1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, Tome 1, Assemblée nationale, Rapport n°1615, 8 avril 2009, 351 p.

M. BOURQUIN, Rapport d'information du Sénat fait au nom de la mission commune sur la commande publique, Assemblée nationale, Rapport n°82, Tome II, 14 octobre 2015, 190 p.

O. BECHT et T. GASSILOUD, Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les enjeux de la numérisation des armées, Assemblée nationale, Rapport n°996, 30 mai 2018, 215 p.

M. BOURQUIN, « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME », Rapport d'information du Sénat fait au nom de la mission commune sur la commande publique, Rapport n°82, Tome 1, 14 octobre 2015, 217 p.

R. BOYER et M. DIDIER, « Innovation et croissance », Conseil d'analyse économique, *La Documentation Française*, 30 septembre 1998, 198 p.

D. CAILLAUD et J. MICHEL, « Les PME et la défense », Rapport d'information déposé par la commission de la défense nationale et des forces armées, Assemblée nationale, Rapport n°3663, 13 juillet 2011, 50 p.

N. CHABANNE et Y. FOULON, Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur le dispositif de soutien aux exportations d'armement », Rapport n°2469, 17 décembre 2014, 157 p.

A. CHASSAIGNE ET J.-P. CUBERTAFON, Rapport d'information déposé par la commission de défense nationale et des forces armées sur la politique d'approvisionnement du ministère des

Armées en « petits » équipements, Assemblée nationale, Rapport n°3346, 16 septembre 2020, 132 p.

Commission européenne, « XXVIIe rapport sur la politique de concurrence », 1997, 4521 p.

Commission nationale d'évaluation des politiques publiques, « Quinze ans de politique d'innovation en France », rapport, Janvier 2016, 111 p.

Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, La Documentation Française, coll. « EDCE », 397 p.

Conseil de la concurrence, Rapport 2000

Conseil économique et sociale, « L'impact économique de la défense », 2007, 74 p.

Cour des comptes, « Le maintien en condition opérationnelle des matériels militaires », rapport, 29 septembre 2014, 110 p.

Cour des comptes, « La coopération européenne en matière d'armement : un renforcement nécessaire, soumis à des conditions exigeantes », Rapport public thématique, avril 2018, 105 p.

Cour des comptes, Rapport annuel 2019, Tome 1 : Les observations, février 2019, 504 p.

Cour des comptes, « Le soutien aux exportations de matériel militaire », Rapport public thématique, janvier 2023, 190 p.

D. DAVID, Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (n° 3236), Assemblée nationale, Rapport n°3373, 19 janvier 2021, 42 p.

D. DE LEGGE, « Rapport fait au nom de la commission des finances sur la proposition de loi relative au financement des entreprises de l'industrie de défense française », Sénat, n°364, 28 février 2024, 61 p.

J. DE ROHAN, Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité, Sénat, n°306, 15 février 2011, 202 p.

M. DESTOT, « L'innovation en France », Rapport d'information déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, Assemblée nationale, n°2364, 9 mai 2000, 337 p.

Y. FROMION, Rapport fait au nom de la commission de la défense nationale et des forces armées sur le projet de loi (n°3188), adopté par le Sénat, relatif au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité, Assemblée nationale, Rapport n°3311, 6 avril 2011, 139 p.

M. GRÉAUME et a., « Proposition de loi visant à renforcer le contrôle sur le commerce des armes et relative à la violation des embargos », Sénat, proposition n°878, 9 septembre 2022, 24 p.

D. KEOHANE, 'The EU and armaments co-operation », Centre for European Reform, 2002, 42 p.

H. KUECHLE, « The cost of non-Europe in the area of security and defence », », Bonn International Center for Conversion, étude commandée par le Parlement européen, 2006, 59 p.

J.-L. LARSONNEUR et J.-L. THIÉRIOT, « Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement, par la commission de la défense nationale et des forces armées, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'industrie de défense, pourvoyeuse d'autonomie stratégique en Europe ? », Assemblée nationale, n°2625, 15 mai 2024, 146 p.

R. LE GLEUT et H. CONWAY-MOURET, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur « Quelle boussole stratégique pour l'Union européenne » », Sénat, n°753, 7 juillet 2021, 113 p.

P. LEMOINE et M. THOMIN, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission de la défense nationale et des forces armées en conclusion des travaux d'une mission d'information, constituée le 15 novembre 2023, sur la Défense et les territoires : quels rôles pour les acteurs du territoire dans la défense nationale ?, Assemblée nationale, Rapport n°2650, 22 mai 2024, 142 p.

P. LEQUILLER et a., Rapport d'information déposé par la commission chargée des affaires européennes sur des textes soumis des textes soumis à l'Assemblée nationale en application de l'article 88-4 de la Constitution du 2 octobre 2008 au 5 novembre 2008, Assemblée nationale, n°1244, 12 novembre 2008, 242 p.

S. LE RUDULIER, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire », Sénat, n°118, 10 novembre 2020, 35 p.

J. MAIRE et M. TABAROT, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 31 octobre 2018 sur le contrôle des exportations d'armement, Assemblée nationale, Rapport n°3581, 18 novembre 2014, 156 p.

J. MICHEL et J. RIVIÈRE, Rapport d'information déposé par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les nouveaux défis de la construction de l'Europe de la défense, Assemblée nationale, n°2531, 27 septembre 2005, 71 p.

Observatoire Économique de la Défense, « Annuaire statistique de la défense - Édition 2021 », *Écodef*, 2021, n°200, 38 p.

OECP, « Recensement économique de la commande publique – Chiffres 2022 », 12 p.

V. PALOI-GAGIN, « Transformer l'essai de l'innovation : un impératif pour réindustrialiser la France », Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur le thème « Excellence de la recherche/innovation, pénurie de champions industriels : cherchez l'erreur française », Sénat, n°665, 8 juin 2022, 139 p.

C. PERRIN et J.-M. GUÉRINI, « Innovation de défense : dépasser l'effet de mode », Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, Groupe de travail sur l'innovation et la défense, Sénat, n°665, 10 juillet 2019, 132 p.

C. PERRIN et J.-M. TODESCHINI, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur : « Ukraine : un an de guerre. Quels enseignements pour la France », Sénat, n°334, 11 février 2023, 76 p.

X. PINTAT, Avis présenté au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi de finances pour 2005, adopté par l'Assemblée nationale – Tome IV – Défense – Nucléaire, espace et services communs, Sénat, n°77, 25 novembre 2004, 76 p.

J. PUERYO et Y. FROMION, Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur la relance de l'Europe de la défense, Assemblée nationale, n°911, 9 avril 2013, 142 p.

J.-C. SANDRIER, C. MARTIN et A. VEYRET, Rapport d'information déposé par la Commission de la défense nationale et des forces armées sur le contrôle des exportations d'armement, Assemblée nationale, Rapport n°2334, 25 avril 2000, 310 p.

B. SCHMITT, 'Defence procurement in the European law: The current debate', European Union Institute for Security Studies, 2005, 55 p.

S. VINÇON, Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur les perspectives en matière d'équipements militaires, Sénat, n°370, 11 juillet 2007, 50 p.

B. Communications de la Commission européenne

Commission européenne, « L'achèvement du Marché Intérieur – Livre Blanc à l'intention du Conseil européen », communication, COM(85) 310, 8 juin 1985, 34 p.

Commission européenne, « Les marchés publics dans la Communauté », communication, COM(86) 375 final, 19 juin 1986, 12 p.

Commission européenne, « Promotion de la participation des PME aux marchés publics dans la Communauté », COM(90) 166, 7 mai 1990, 15 p.

Commission européenne, « La participation des PME aux marchés publics dans la Communauté », SEC(92) 722 final, 1er juin 1992 (?)

Commission européenne, « Les défis auxquels sont confrontées les industries européennes liées à la défense – Contribution en vue d'actions au niveau européen », communication, communication, COM(96) 10 final, 24 janvier 1996, 41 p.

Commission européenne, « Livre vert – Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », communication, COM(96) 583, 27 novembre 1996, 73 p.

Commission européenne, « Mettre en œuvre la stratégie de l'Union en matière d'industries liées à la défense », communication, COM(97) 583 final, 4 décembre 1997, 6 p.

Commission européenne, « Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable », COM(2001) 264 final/2, 19 juin 2001,18 p.

Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés », COM(2001) 274, 28 novembre 2001, 15 p.

Commission européenne, « Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », COM(2001) 566, 28 novembre 2001, 15 p.

Commission européenne, « La politique industrielle dans une Europe élargie », communication, COM(2002) 714 final, 11 décembre 2002, 42 p.

Commission européenne, Communication, « Vers une politique de l'Union européenne en matière d'équipements de défense », COM(2003) 113 final, 11 mars 2003, 21 p.

Commission européenne, « Accompagner les mutations structurelles : Une politique industrielle pour l'Europe élargie », communication, COM(2004) 274 final, 20 avril 2004, 48 p.

Commission européenne, « Livre vert sur les partenariats public-privé », COM (2004) 327, 30 avril 2004, 23 p.

Commission européenne, « Les marchés publics de la défense », Livre vert, COM(2004) 608 final, 23 septembre 2004, 13 p.

Commission européenne, Communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », 2006/C 179/02, 1er août 2006, 6 p.

Commission européenne, « Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle », communication, COM(2007) 724 final, 20 novembre 2007, 17 p.

Commission européenne, « Stratégie pour une industrie européenne de la défense plus forte et plus compétitive », communication, COM(2007) 764 final, 5 décembre 2007, 12 p.

Commission européenne, « Proposition de directive Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés publics de travaux, de

fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité », COM(2007) 766 final, 5 décembre 2007, 95 p.

Commission européenne, « Europe 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », communication, COM(2010) 2020 final, 3 mars 2010, 38 p.

Commission européenne, « Vers un Acte pour le Marché unique – Pour une économie sociale de marché hautement compétitive – 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble », communication, COM (2010) 608 final, 27 octobre 2010, 52 p.

Commission européenne, « L'Acte pour le marché unique – Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance – "Ensemble pour une nouvelle croissance" », communication, COM (2011) 206 final, 13 avril 2011, 28 p.

Commission européenne, « L'Acte pour le marché unique II – Ensemble pour une nouvelle croissance », communication, COM (2012) 573 final, 3 octobre 2012.

Commission européenne, « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », communication, COM (2015) 550 final, 28 octobre 2015, 27 p.

Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, conformément à l'article 73, paragraphe 2, de ladite directive », COM(2016) 762, 130 novembre 2016, 3 p.

Commission européenne, Orientations relatives à la passation de marchés de gouvernement à gouvernement dans les domaines de la défense et de la sécurité [article 13, point f), de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil], communication, 2016/C 450/01), 2 décembre 2016, 5 p.

Commission européenne, « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », communication, COM (2017) 572 final, 3 octobre 2017, 18 p.

Commission européenne, « Un nouveau programme européen d'innovation », communication, {SWD(2022) 187 final}, 5 juillet 2022, 25 p.

Parlement européen, « Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2009/81/CE relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, et de la directive 2009/43/CE relative aux transferts de produits liés à la défense », (2019/2204(INI)), 2021, 26 p.

C. Guides, lignes directrices

Commission européenne, « Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Guidance note – Offsets », 8 p.

DAE, « Guide de l'achat public : Le sourcing », Mars 2019, 60 p.

DAE, « S'engager dans une politique d'achat public zéro déforestation », Novembre 2021, 53 p.

DAE, « Guide pratique pour des achats numériques responsables », Avril 2021, 141 p.

DAE, « Faire de son achat un outil au service de l'insertion des publics éloignés de l'emploi », Mars 2023, 60 p.

DAE, « Comment veiller au respect des droits de l'homme au travail dans les chaines d'approvisionnement », Avril 2021, 52 p.

DAJ, fiche technique, « La sous-traitance », mise à jour le 01/04/2019 (disponible en ligne)

DAJ, « Le prix dans les marchés publics – Guide et recommandations – La formation et la variation du prix dans les marchés publics : Éléments juridiques et modalités pratique » avril 2013, version 1.1, 95 p.

DAJ, « Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises – Rebondir avec les marchés publics », Mars 2021, 26 p.

DAJ, « Les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », fiche technique, mise à jour le 23 décembre 2022, 38 p.

Ministère des armées, « La direction générale de l'armement et la coopération européenne d'armement », Février 2022, 20 p.

Ministère de l'Économie et des Finances, « Solutions alternatives au plastique pour les acheteurs publics », Décembre 2021, 67 p.

Ministère de l'Économie et des Finances, « Guide de l'Achat Public – L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques », version 1.0, octobre 2016, 139 p.

Ministère de l'Économie et des Finances, « Guide pratique – Achat public innovant », version 1, mai 2019, 51 p.

OECP, « Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », version 1 de juin 2019, 45 p.

OECP, « Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », version 1, juin 2019, p. 10.

INDEX

*Les chiffres renvoient aux paragraphes. Les chiffres **en gras** renvoient au paragraphe indiqué et aux suivants (par ex. **100** renvoie aux § 100 et s.).*

– A –

Accès des PME **336**

- critère d'attribution **347**
- critère de sélection 346-347
- MDS **340**
- marchés publics civils 338-339
- sous-traitance **349**

Acheteur **704**

- défense **715**
- entité adjudicatrice **711**
- sécurité **720**

Agence européenne de défense **482**, 494-495

Allotissement **968**

- MDS **972**

Article 346 TFUE 24-25, **513**

- compensation industrielle **1615**
- condition d'exécution **1481**
- contrôle des mesures **671**
- contrôle juridictionnel **685**
- intérêts essentiels de sécurité **598**
- interprétation stricte **653**
- Liste du 15 avril 1958 **522**
- Marchés publics **682**

Article 348 TFUE **624**

Avenant 404, 941

– B –

Beentjes **1335**

Biens à double usage **573**, **627**

BITD

- BITDE **257**, **269**
- condition d'exécution 1379
- exportations **449**
- notion **265**

– C –

Commande publique

- efficacité **232**
- notion 35-36

Compensation industrielle

- condition d'exécution **1637**
- interdiction **1611**, **1636**
- notion **1602**

Concession 16

Condition d'exécution

- clause d'interprétariat **1440**
- compensation industrielle **1637**
- contrôle **1519**
- cycle de vie **1448**
- distinction avec critère de sélection **1365**

environnementale **1339**, **1361**, 1383-1384, **1398**
géographique **1376**, **1405**, **1452**
lien avec l'objet du marché **1433**
Max Havelaar **1436**, 1508
MDS **1350 1395**
notion **1328**
principe de non-discrimination **1465**
régime **1428**
risque d'inexécution **1529**
sécurité d'approvisionnement 1415 1419
sécurité des informations 1414 1417-1418
sociale **1339**, 1362-1363, 1385-1386, **1398**, **1421**
transparence **1491**

Contrats sensibles **904**

Contrôle des exportations

BITD **449**
Directive 2009/43/CE **457**, **465**
notion **448**
offre **1269**
politique **453**

Coopération (Agence européenne de défense) **482**

Coopération (OCCAr) **478**

Coopération **476**

Critère d'accessibilité **1120**, **1198**

classification **1129**
dossier d'accessibilité **1188**
sécurité d'approvisionnement 1202-1203

Critère de sélection **1146**

géographique 1468-1469
habilitation de sécurité **1161**
PME 346-347
sécurité d'approvisionnement 1147
sécurité des informations

Critère géographique **328**

Cycle de vie

marchés de défense ou de sécurité **882**
marchés publics civils **1448**

–D –

Défense

interdiction de délégation **727**
économie **6**, **10**,
et marché 2-3, **6**
PME **340**

Définition du besoin **940**

développement durable 948-949
précision
sourcing 942
spécification technique **954**

Développement durable

critère géographique **328**
définition du besoin 948-949
notion **292**, **326**
objectif de politique publique **290**
objectifs **239**, **252**, **320**

Deniers publics (bonne utilisation) **228**

– E –

Efficacité de la commande publique **232**

Égalité (principe d') 118

Équipement

cycle de vie **882**, **885**
notion **874**

travaux, fournitures et services liés **881**

Exécution (obligation générale) **173**

– H –

Habilitation de sécurité

candidats **1161**
égal accès à la commande publique **1165**
IGI 1300 1163, **1166 1258**
sous-contractants **1242 1258**

– I –

Information classifiée ou protégée

contrôle juridictionnel **864**
Diffusion restreinte **865**
notion **858**
Spécial France **867**, 1182-1183

Innovation

concurrence **375**
défense 359-360
marchés de défense ou de sécurité **365**
marchés publics civils **362**
notion juridique **370**
objectif de politique publique 354
partenariat d'innovation de défense ou de sécurité **1015**

Instrumentalisation

condition d'exécution **1354** 1394
définition du besoin **950**
obligation **1381**

Intérêts essentiels de sécurité **598**

contrôle juridictionnel **641**
définition **662**
marge d'appréciation étatique **643**

Instrumentalisation 14, 65, 74-75, **87**, **178**

Intérêt transfrontalier **140**

– L –

Libre concurrence **94**

déficit **161**
et défense **410**
objectifs **178**

– M –

Maintien en conditions opérationnelles **1303**

Marchés de défense ou de sécurité

aléa technique **943**
allotissement **972**
appel d'offres restreint **1008**
autres MDS 147-148, 476, 559, 594, 1032
avenant 404, 941
avis d'attribution **1099**
avis de marché **1089**, **1689**
avis de sous-traitance **1709**
caractère militaire **822**
caractère militaire - contrôle juridictionnel **832**
caractère militaire - définition **828**
caractère sensible **841**
caractère sensible - définition **849**
choix de la procédure de passation **996**
clauses **978**
condition d'exécution **1350**, **1395**, **1411**
contrat administratif **736**
crise 1031 **1299**
critère d'accessibilité **1120**, **1198**
critère de sélection **1146**
critère matériel **817**
critère organique **704**
définition du besoin **940**
dialogue compétitif **1012**
notion **19**, **83**, **697**
passation **923**
préparation **936**
présentation des offres **1230**
prix **986**

prix définitif **987**
prix provisoire **990**
procédure adaptée **1000**, **1075**
procédure avec négociation 1010-1011
procédures formalisées **1007**
publicité **1054**
qualification 973-974
sans publicité ni mise en concurrence **1020**
suspension de procédure **1216**
travaux et services militaires 894
travaux et services sensibles 895-896

Marché européen des équipements de défense **204, 215**

consolidation **496**
Marché intérieur **211**
Marchés publics **216**

Marché industriel **878**

Marché intérieur **181**

MEED **211, 215**
origine **184**
et politiques publiques **194**

Marchés publics

notion 38-39

Mise en concurrence des sous-contrats **1540**

PME **1569**
publicité **1688**
transparence **1690**

– N –

Négociation **399**

Neutralité du droit des marchés publics **310**

– O –

Objectifs de politique publique **178 283**

accès des PME **336**
développement durable **290**
innovation **354**
politique de défense **384**
politiques publiques de droit commun **287**

OCCAr **478**, **489**

Offre

engagement de confidentialité **1234**
mise en concurrence des sous-contrats **1698**
Offre économiquement la plus avantageuse 317
sécurité d'approvisionnement **1267**
sécurité des informations **1232**

Opérateur économique **745**

de défense européenne **809**
défense **755**
grands maîtres d'œuvre industriels **755**
neutralité statutaire **751**
tiers **796**

– P –

Passation (obligation générale) **168**

Plan d'acquisition **1657**

PME

défense **340**
mise en concurrence des sous-contrats **1569**
réservation **1573**
sous-traitance **349**

Politique de défense 5, **384**

Politiques publiques **47**
accès des PME 336
développement durable **290**
innovation **354**
notion **47**
politique de défense **384**

Préférence communautaire **788**
autorisation de participation **1122**, **1196**
BITDE **800**
condition d'exécution 1408-1409
critère d'accessibilité **1120**
et article 346 TFUE **793**
fondements juridiques **789**

Principes directeurs **96**, **137**
Directives **103**, **116**
"Autres MDS" **147**

Principes fondamentaux
CCP **128**, **143**, **225**
Constitution **107**
MDS (Droit français) **132**
MDS (Droit UE) **123**
Objectifs **227**, **243**
TUE **98**

Procédures de passation
appel d'offres restreint **1008**
dialogue compétitif **1012**
montant **164**
procédure adaptée **1000**, **1075**
procédure avec négociation 1010-1011
procédures formalisées **1007**
suspension **1215**

Publicité **1047**
avis d'attribution **1099**
avis de marché **1089**, **1689**
avis de sous-traitance **1709**

– R –

Réciprocité **764**, 805-806, 1140-1141

Règlement IMPI **777**

Restriction des offres de pays tiers **765**

– S –

Secret 3, **564**

Secret de la défense nationale **417**, **420**, 428
IGI 1300 1068-1069, **1238**, 1260

Sécurité
nationale **666**, 722, 855
non militaire **584**

Sécurité d'approvisionnement **430**
condition d'exécution 1415, 1419, 1512
contrôle des exportations **1268**
crise 1299
critère d'accessibilité 1202-1203
critère de sélection **1147**
maintien en conditions opérationnelles 1303
notion **432**
offre **1267**
sous-contractants **1566**

Sécurité des informations 416, 419
condition d'exécution 1414, 1417-1418, 1513
critère de sélection
obligation générale de confidentialité **1060**
obligation générale de protection des informations classifiées **1064**
offre **1231**
sous-contractants **1251**, **1566**
transparence **425**

Sous-contractants
accès des PME **349**
engagement de confidentialité **1241**

habilitation de sécurité **1258**
liés au titulaire **1578 1586**
rejet **1721**
sécurité des informations **1251**
acceptation 1563
avis de sous-traitance **1709**
compensation industrielle **1601**
concurrentiel **1549**
critère de sélection 1718-1719
fournisseur **1552**
interdiction de sous-contractance totale **1673**
mise en concurrence imposée **1662**
mise en concurrence simple **1653**
notion **1551**
sous-traitant **1552**
tâches essentielles **1677**

Sous-contrat

condition d'exécution **1421**
mise en concurrence **1459**, **1540**

Spécification technique **954**

– T –

Telaustria 152, **156**

Transparence **1048**

condition d'exécution **1491**
contenu 150
mise en concurrence des sous-contrats **1690**
(principe de) 119
sécurité des informations **425**

TABLE DES MATIERES

Remerciements 7
Principales abréviations 9
Sommaire 11
Introduction 13
I. Objet de la recherche 23
A. Les marchés de défense ou de sécurité 23
1. L'absence initiale de définition 23
2. La mise en place d'une définition à part entière 26
B. Marchés publics 29
1. Les « marchés publics », matériellement des commandes publiques 29
2. Les « marchés publics », juridiquement des contrats de la commande publique 30
C. Politiques publiques 32
1. Définition 32
2. Les politiques publiques en droit 34
II. Intérêts de l'étude 37
A. Intérêt théorique 37
B. Intérêt pratique 39
III. Méthode 40
IV. Problématique et plan de l'étude 43
Partie 1. La nature des marchés de défense ou de sécurité : un écosystème propice à l'instrumentalisation 49
Titre 1. Défense et achats publics : Le potentiel d'un écosystème 51
Chapitre 1. L'impact des fondements concurrentiels du droit des marchés publics 52
Section 1. Fonction du droit des marchés publics : la création des conditions du libre jeu de la concurrence 53
Sous-section 1. L'émergence des principes directeurs du droit des marchés publics 54
I. Les prémices : la consécration par la source fondamentale 55
A. Droit de l'Union européenne : le Traité 55
1. L'absence de dispositions spécifiques relatives aux marchés publics 56
2. Le Traité, base des principes directeurs des marchés publics 57
B. Droit français : la Constitution 60
1. L'introduction progressive des principes directeurs 60
2. La consécration de la valeur constitutionnelle des principes directeurs 62
II. La maturité : des principes directeurs déclinés dans le droit spécial 63
A. Droit de l'Union européenne : les principes de la passation de marchés 63
1. La construction des principes de la passation dans les marchés publics civils 64
2. L'application des principes de la passation aux marchés de défense ou de sécurité 67
B. Droit français : les principes fondamentaux de la commande publique 68
1. La confirmation des principes fondamentaux de la commande publique 68
2. L'application des principes fondamentaux aux marchés de défense ou de sécurité 71
Sous-section 2. Les modalités de mise en œuvre des principes directeurs 73
I. Des principes applicables sans texte 73

A. Les hypothèses d'application sans texte 74
1. Droit de l'Union européenne : l'application des principes du Traité en présence d'un intérêt transfrontalier certain 74
2. Droit français : l'application universelle des principes fondamentaux de la commande publique 76
a. L'application aux marchés publics civils 76
b. L'application aux marchés de défense ou de sécurité 77
B. Contenu : l'application d'obligations minimales 79
1. Des obligations déterminées par l'exigence de l'information appropriée des opérateurs économiques 79
2. Les modalités de mise en œuvre appropriées au marché 81
II. Des principes appliqués par les textes 83
A. Nécessité et déclenchement des règles procédurales 84
1. Le déficit concurrentiel, nécessitant le recours à des règles procédurales 84
2- Le montant du marché, déclencheur de principe des règles procédurales 86
B. Contenu : l'application d'obligations de publicité et de mise en concurrence 87
1. L'application au niveau de la passation du marché 87
2. L'application au niveau de l'exécution du marché 89
Section 2. Finalité du droit des marchés publics : une réglementation au service d'objectifs politico-économiques 92
Sous-section 1. Finalité du droit des marchés publics en droit de l'Union européenne : l'instrument du marché intérieur et de ses évolutions 93
I. Le droit des marchés publics, instrument du marché intérieur 93
A. Le droit des marchés publics, originellement conçu comme vecteur d'achèvement du marché intérieur 94
1. Le marché intérieur, un projet politique fondé sur le libre jeu de la concurrence 94
2. Les marchés publics, de l'obstacle au moteur du marché intérieur 95
B. Le droit des marchés publics, vecteur d'amélioration du marché intérieur et des politiques du secteur public 98
1. Évolutions du marché intérieur : un instrument au service des autres politiques 98
2. Évolutions subséquentes du droit des marchés publics 100
II. Le droit des marchés de défense ou de sécurité, pilier du marché européen des équipements de défense 103
A. Identification du marché européen des équipements de défense 103
1. Les composantes du marché européen des équipements de défense 103
2. Le marché européen des équipements de défense, une composante du marché intérieur 106
B. Le recours au droit des marchés publics pour l'établissement du marché européen des équipements de défense 107
1. Un recours reprenant la logique appliquée au secteur civil 108
2. Un recours adapté aux spécificités du secteur de la défense 109
Sous-section 2. Finalité du droit des marchés publics en droit interne 111
I. Les objectifs de droit commun 111
A. Définition des objectifs de droit commun 112
1. Les objectifs des principes fondamentaux de la commande publique 112
a. Une préoccupation historique : la bonne utilisation des deniers publics 112

b. Un objectif contemporain : l'efficacité de la commande publique 114
2. L'objectif associé à la commande publique : la participation aux objectifs de développement durable 118
B. La normativité des objectifs de droit commun 120
1. La normativité des objectifs des principes fondamentaux de la commande publique 120
a. Le rattachement progressif aux principes fondamentaux 120
b. Une normativité incertaine 122
2. La normativité des objectifs de développement durable 123
II. L'objectif propre aux marchés de défense ou de sécurité : le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne 125
A. Notion de base industrielle et technologique de défense 125
1. La mesure de l'industrie de défense 125
2. La BITD dans la commande publique de défense 128
B. Dimension européenne de la base industrielle et technologique de défense 129
1. La remise en cause du champ d'application national de la BITD 129
2. La BITDE en droit de l'Union européenne 131
a. La BITDE, un moyen de la politique de sécurité et de défense commune 131
b. La BITD, une notion liée au marché de la défense : entre une approche libérale et une approche industrielle 133
Conclusion du Chapitre 1 137
Chapitre 2. Les développements politiques du droit des marchés publics 138
Section 1. Les politiques exogènes aux marchés de défense ou de sécurité : les politiques publiques de droit commun 139
Sous-section 1. Un objectif de politique publique générale : le développement durable 140
I. La nécessaire prise en compte du développement durable dans la commande publique 141
A. Notion de développement durable 141
1. Fondements juridiques 142
2. Les fonctions conciliatrice et universelle du développement durable 143
B. Le développement durable dans le secteur de la défense : le cas particulier de l'impact environnemental des activités militaires 144
II. L'intégration du développement durable dans les marchés publics 148
A. Le développement durable à l'épreuve du principe de neutralité 148
1. Une méfiance originelle au regard du principe de neutralité de la commande publique 149
2. Le développement durable, symptôme d'une rénovation du principe de neutralité de la commande publique 150
a. Le développement durable, premier vecteur d'affaiblissement du principe de neutralité 150
b. La confirmation du dépassement du principe de neutralité : l'article L. 3-1 du code de la commande publique 153
B. Les limites imposées par la fonction du droit des marchés publics 155
1. Les limites liées au flou juridique de la notion de développement durable 156
2. Exemple d'une limitation par la fonction du droit des marchés publics : l'interdiction du critère géographique 157

Sous-section 2. Les objectifs de politique publique secondaires 159
I. La politique d'accès des PME aux marchés publics 160
A. Les enjeux de l'accès des PME aux marchés publics 160
1. L'accès des PME dans les marchés publics civils 161
2. L'accès des PME dans les marchés de défense ou de sécurité 162
B. Causes 164
1. L'accès limité au niveau du marché principal 164
2. L'accès limité au niveau de la sous-traitance 166
II. La politique d'innovation dans les marchés publics 168
A. L'innovation, un objectif secondaire naturel du point de vue de la finalité du droit des marchés publics 169
1. L'innovation, un concept économique décliné en politique publique ... 169
a. La politique d'innovation dans le secteur civil 169
b. La politique d'innovation dans le secteur de la défense 171
2. L'intégration de la politique d'innovation dans la commande publique : l'achat public innovant 173
a. Le soutien à l'innovation par les marchés publics civils 173
b. Le soutien de l'innovation par les marchés de défense ou de sécurité 174
B. L'innovation, un objectif secondaire contrarié du point de vue de la fonction du droit des marchés publics 175
1. Définition juridique de l'innovation : l'angle du droit des marchés publics 176
2. L'ambivalence du rapport entre l'innovation et la fonction du droit des marchés publics 178
Section 2. La politique endogène aux marchés de défense ou de sécurité : la politique de défense 182
Sous-section 1 : La prise en compte de la politique de défense conditionnée par l'adaptation du droit des marchés publics aux exigences de l'acheteur 182
I. L'adaptation aux exigences techniques de l'acheteur 183
A. Fondements et teneur des exigences techniques de l'acheteur 183
1. Les objectifs des exigences techniques de l'acheteur 184
a. L'excellence technologique au service de la supériorité opérationnelle des armées 184
b. La prise en compte de l'environnement de guerre 185
2. La contenu des exigences techniques de l'acheteur 186
a. La logique de système des équipements de défense 186
b. Les conditions d'emploi des équipements de défense 187
B. Conséquences des exigences techniques : le besoin de négociation 188
1. Le recours généralisé à la négociation sans mise en concurrence dans l'achat public de défense 188
a. Un recours généralisé 188
b. Un recours accompagné d'une tendance à la renégociation 190
2. Critique du recours à la négociation 190
a. Les limites de la négociation 190
b. L'alternative concurrentielle : une solution aux limites de la négociation ? 192
II. L'adaptation aux exigences de sécurité de l'acheteur 194
A. La sécurité des informations 194

1. Définition de la sécurité des informations : l'exemple du secret de la défense nationale 195
a. Les enjeux de la sécurité des informations 195
b. Les moyens de la sécurité des informations 197
2. La sécurité des informations face à la transparence des marchés publics 198
B. La sécurité d'approvisionnement 201
1. Définition de la sécurité d'approvisionnement 201
a. La sécurité d'approvisionnement, un vecteur d'autonomie stratégique 201
b. Les moyens de la sécurité d'approvisionnement 203
2. La sécurité d'approvisionnement et le droit des marchés publics : des objectifs comparables, des moyens divergents 205
Sous-section 2. Les autres voies de la politique de défense 207
I. Le contrôle des exportations 208
A. Définition du contrôle des exportations : un outil de régulation imbriqué dans les achats publics de défense 208
1. Les exportations au soutien de la BITD 208
2. La maîtrise des exportations 210
B. L'exemple de la simplification des conditions des transferts intracommunautaires de produits liés à la défense 211
1. État des lieux antérieur : une fragmentation des réglementations nationales 212
a. Des réglementations nationales éparses néfastes à la BITDE 212
b. Les premières initiatives d'une européanisation des transferts de produits liés à la défense 213
2. La directive 2009/43/CE 215
a. Champ d'application 215
b. Principes généraux 216
II. La coopération intergouvernementale 219
A. Les structures intergouvernementales de coopération en Europe 220
1. Une structure hors Union européenne : l'Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement 221
2. Une structure au sein de l'Union européenne : l'Agence européenne de défense 223
B. Les procédures de passation intergouvernementales 225
1. L'utilisation d'une méthode concurrentielle 225
a. L'OCCAR : le rapprochement avec les directives marchés publics 226
b. L'AED : l'application du droit des marchés publics 228
2. Critique de l'objectif de consolidation du marché européen de la défense 229
Conclusion du chapitre 2 233
Conclusion Titre 1 235
Titre 2. L'émergence d'une notion de marché de défense ou de sécurité intégrée aux contrats de la commande publique 236
Chapitre 1. La proto-notion de marché de défense ou de sécurité par l'instrumentalisation de l'article 346 TFUE 237
Section 1. Domaine d'application 238
Sous-section 1. L'article 346 §1, b) : les équipements militaires 240
I. L'encadrement : la liste du Conseil du 15 avril 1958 240

A. La question de la publication 241
1. L'absence de publication officielle 241
2. La question du caractère contraignant 242
B. Contenu 244
1. Un contenu générique 244
2. Un contenu non mis à jour 246
II. Les conséquences : un recours limité aux équipements destinés à des fins spécifiquement militaires 247
A. Une exemption limitée aux produits de la liste de 1958 247
B. Le critère de la destination militaire 250
1. Un critère fondé sur l'utilisation certaine : la jurisprudence *Commission contre Italie* 251
2. Les critères des destinations objective et subjective : la jurisprudence *Insinööritoimisto InsTiimi* 254
Sous-section 2. L'article 346 §1, a) : la clause générale de sauvegarde des informations liées aux intérêts essentiels de sécurité 258
I. L'application de l'article 346, §1, a) dans le domaine militaire 258
A. Le secret militaire 259
1. L'applicabilité de l'article 346, §1, a) au secret militaire 259
2. La position ambivalente de la Commission 260
B. Les biens à double usage 262
1. Définition des biens à double usage 262
2. Le bénéfice de l'article 346, §1 a) pour les biens à double usage 265
II. Un domaine d'application privilégié : la sécurité non militaire 268
A. Définition de la sécurité non militaire 268
1. La distinction délicate entre la sécurité militaire et non militaire 268
2. Le recours des États membres à l'article 346 pour la sécurité non militaire 270
B. Les marchés publics non militaires : la jurisprudence *Commission contre Autriche* 271
Section 2. La notion d'intérêts essentiels de sécurité 274
Sous-section 1. L'interprétation des intérêts essentiels de sécurité par les États membres et la Commission européenne 275
I. L'interprétation étatique de la notion d'intérêts essentiels de sécurité 276
A. Une vision convergente 277
1. L'approche souverainiste des États membres 277
2. L'interprétation extensive des intérêts essentiels de sécurité 279
B. Une utilisation divergente 280
1. Une utilisation liée aux intérêts industriels nationaux 280
2. Une utilisation vectrice de normes nationales hétérogènes 282
II. La Commission européenne : une lecture européenne des intérêts essentiels de la sécurité 284
A. La nécessaire évolution de la position de la Commission 284
1. Un contrôle de la Commission longtemps resté lettre morte 284
2. Un contrôle initialement engagé *via* le double usage : la jurisprudence *Commission contre Espagne* 286
B. L'interprétation des intérêts essentiels de sécurité par la Commission 288
1. Une définition restrictive par l'interprétation littérale de l'article 346 TFUE 289

2. Une approche extensive : le prisme européen des intérêts essentiels de sécurité 290
Sous-section 2. Le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne 292
I. L'encadrement de la marge d'appréciation étatique 292
A. La reconnaissance d'une marge d'appréciation étatique 293
B. Une marge d'appréciation rationalisée par l'application du principe d'interprétation stricte 296
1. L'absence d'exemption automatique fondée sur l'invocation des intérêts essentiels de sécurité 297
2. L'exclusion des intérêts autres que la sécurité 298
a. L'exclusion des intérêts économiques 299
b. Prospective : vers une définition des intérêts essentiels de la sécurité ? 300
II. Le contrôle des mesures prises sur le fondement des intérêts essentiels de sécurité : la démonstration de leur proportionnalité par les États membres 303
A. La charge de la preuve incombant aux États membres 303
B. La démonstration par les États membres de la proportionnalité de la mesure 305
1. Principe général 305
2. Le cas des marchés publics 307
a. La démonstration d'une impossible mise en concurrence 307
b. L'intensification du contrôle juridictionnel sur l'absence de mise en concurrence 308
Conclusion Chapitre 1 313
Chapitre 2. La mise en place d'une notion de marché de défense ou de sécurité sur mesure 315
Section 1. La qualification de marché public des marchés de défense ou de sécurité : entre banalisation et correspondance 316
Sous-section 1. L'acheteur 317
I. Définition de l'acheteur dans les MDS 317
A. Une restriction de la notion d'acheteur public 318
1. La notion d'acheteur réservée à l'État et à ses établissements publics 318
2. L'absence de distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice en droit interne 320
B. Une application divergente en fonction du secteur concerné de la restriction aux domaines de la défense et de la sécurité 321
1. L'acheteur dans le domaine de la défense 322
2. L'acheteur dans le secteur de la sécurité 324
II. Un acheteur s'adressant au marché économique pour satisfaire ses besoins par un contrat 326
A. La satisfaction d'un besoin lié à des activités régaliennes 326
1. L'absence de remise en cause de l'interdiction de déléguer les fonctions souveraines de l'État 327
2. Les marchés de défense ou de sécurité, le moyen privilégié pour l'acquisition des prestations détachables des fonctions souveraines 328
B. La conclusion d'un contrat conclu à titre onéreux 330
1. Une relation contractuelle par essence administrative 330
2. Le caractère onéreux du contrat 333
Sous-section 2. L'opérateur économique 334
I. La notion d'opérateur économique dans la directive 2009/81/CE 334

A. L'application des principes de droit commun applicables à la notion d'opérateur économique 335
1. La réplique de la définition d'opérateur économique de la directive 2004/18/CE 335
2. L'application du principe de neutralité statutaire 336
B. Application à la défense 338
1. La notion de marché concurrentiel dans le cas du secteur de la défense et de la sécurité 338
2. La prépondérance des grands maîtres d'œuvre industriels 339
II. Une spécificité française : la notion d'opérateur économique tiers 341
A. Une spécificité résultant du mécanisme de préférence communautaire 342
1. Un mécanisme distinct des dispositifs de restriction d'accès des offres de pays tiers dans les marchés publics civils 342
a. Les dispositifs du code de la commande publique 343
b. Les dispositifs applicables au niveau de l'Union européenne 347
2. Un mécanisme propre aux marchés de défense ou de sécurité 354
a. Fondements juridiques 354
b. Définition d'un opérateur économique tiers 357
B. Une spécificité illustrant une divergence des moyens de réalisation de la BITDE 358
1. L'opposition entre les visions protectionniste et libre-échangiste 358
2. L'alternative au mécanisme de préférence communautaire : l'opérateur économique de défense européenne 361
Section 2. L'identification des marchés de défense ou de sécurité au sein des marchés publics : la singularisation de l'objet 365
Sous-section 1. La nature du marché : la destination de défense ou de sécurité 366
I. Le caractère militaire 366
A. Définition du caractère militaire 367
1. Le recours initial à la liste de 1958 367
2. Le recours à une définition générale 369
B. Les critères de la définition générale 371
1. La destination militaire 371
2. La conception ou l'adaptation à des fins militaires 372
II. Le caractère sensible 374
A. Définition du caractère sensible 375
1. Les limites de la « définition-liste » 375
2. Le recours à une définition générale 377
B. Les critères de la définition générale 379
1. La destination à des fins de sécurité 379
2. L'implication d'informations classifiées ou protégées 381
a. Définition des informations classifiées ou protégées 381
b. L'interprétation stricte du critère de l'implication d'informations classifiées ou protégées par le juge administratif 383
Sous-section 2. L'objet du marché : la spécialisation du triptyque travaux, fournitures et services 386
I. Une fourniture complexe : la notion d'équipement 387
A. Le principal : la fourniture d'équipements militaires ou sensibles 387
1. Définition de l'équipement 387
2. Une notion à rapprocher du marché industriel 389

B. L'accessoire : les travaux, fournitures et services directement liés à l'équipement 390
1. Une notion fondée sur le cycle de vie de l'équipement 391
2. L'interprétation du lien avec l'équipement par le juge administratif 392
II. Les travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou sensibles 395
A. L'autonomisation des travaux et services militaires ou sensibles 395
1. Les travaux et services militaires 395
2. Les travaux et services sensibles 396
B. Cas d'usage 397
1. L'hypothèse des travaux et services liés à un MDS 397
2. Le cas des contrats sensibles 399
Conclusion Chapitre 2 403
Conclusion Titre 2 404
Conclusion Partie 1 405
Partie 2. Le régime des marchés de défense ou de sécurité : la concrétisation de l'instrumentalisation 407
Titre 1. La passation des marchés de défense ou de sécurité 409
Chapitre 1. L'organisation de la mise en concurrence des marchés de défense ou de sécurité 411
Section 1. Les procédures de passation des marchés de défense ou de sécurité 412
Sous-section 1. La préparation du marché de défense ou de sécurité 413
I. La définition du besoin dans les marchés de défense ou de sécurité 413
A. L'application des principes généraux de définition du besoin 414
1. L'exigence de précision dans les marchés de défense ou de sécurité 414
a. Une mise en œuvre délicate 414
b. L'adaptation à l'aléa technique 416
2. La prise en compte des objectifs de développement durable 417
a. Une obligation de moyens favorable aux marchés de défense ou de sécurité 417
b. La définition du besoin, première étape de l'instrumentalisation du marché 418
B. Les spécifications techniques dans les marchés de défense ou de sécurité 419
1. Contenu des spécifications techniques dans les marchés de défense ou de sécurité 419
a. L'application variable des aspects sociaux et environnementaux 419
b. La référence au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture 420
2. Formulation des spécifications techniques dans les marchés de défense ou de sécurité 421
a. Les avantages de la formulation des spécifications en termes de performances 422
b. Les normes applicables aux marchés de défense ou de sécurité 423
II. Forme et contenu du marché 424
A. Forme du marché : le cas de l'allotissement 424
1. L'allotissement par principe obligatoire dans les marchés publics civils 424
a. Principe de l'allotissement obligatoire : une mesure favorable aux PME 424
b. Les exceptions : une obligation souple 425

2. L'allotissement optionnel dans les marchés de défense ou de sécurité : la tendance au recours au marché global 426
a. Un mécanisme incompatible avec les caractéristiques du secteur de la défense 426
b. La jurisprudence Ministère des Armées contre Société OSR 427
B. Contenu du marché 428
1. Les clauses du marché de défense ou de sécurité 428
a. Un document général spécifique au secteur de la défense ou de la sécurité : le cahier des clauses administratives communes « armement » 429
b. Le recueil des clauses contractuelles types des marchés de défense ou de sécurité : le « clausier DGA » 431
2. Les formes de prix dans les marchés de défense ou de sécurité 432
a. La reprise des règles de droit commun relatives aux prix définitifs 433
b. L'extension du recours au prix provisoire 434
Sous-section 2. Le choix de la procédure 437
I. Les procédures de passation avec mise en concurrence 437
A. Les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée 437
1. Les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée en fonction du montant du marché 438
2. Les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée en fonction de l'objet du marché : le cas des marchés de service 438
B. Procédures formalisées 440
1. Le réagencement des procédures formalisées de droit commun 440
a. Le choix entre la procédure d'appel d'offres restreint et la procédure avec négociation 441
b. Le dialogue compétitif 443
2. Les procédures formalisées spéciales : le cas du partenariat d'innovation de défense ou de sécurité 444
II. Les procédures sans mise en concurrence : l'extension des marchés sans publicité ni mise en concurrence 446
A. Les marchés de défense ou de sécurité sans publicité ni mise en concurrence inspirés du secteur classique 446
1. Hypothèses appliquées au secteur de la défense ou de la sécurité 447
2. Hypothèses adaptées au secteur de la défense ou de la sécurité 448
B. Les marchés de défense ou de sécurité sans publicité ni mise en concurrence propres au secteur de la défense ou de la sécurité 449
Section 2. Les obligations de publicité dans les marchés de défense ou de sécurité 454
Sous-section 1. La publicité dans les marchés de défense ou de sécurité 455
I. L'application d'obligations de publicité rendues nécessaires par la transparence 455
A. Les obligations de publicité, une exigence universelle 455
1. Une déclinaison du principe de transparence 456
2. Les obligations de publicité, un impératif adaptable 457
B. Les obligations de publicité, une exigence applicable aux marchés de défense ou de sécurité 458
II. Des obligations de publicité concurrencées par la protection du secret : l'adaptation des règles générales applicables à la passation des marchés 460
A. L'obligation générale de confidentialité, une disposition suffisante ? 461
B. L'adoption d'un principe général de protection des informations classifiées propre aux marchés de défense ou de sécurité 463

Sous-section 2. Les modalités de publicité dans les marchés de défense ou de sécurité 465
I. Les modalités de publicité librement choisies par l'acheteur 466
A. La suppression du formalisme dans les marchés de défense ou de sécurité à procédure adaptée 466
B. L'encadrement du libre choix des modalités de publicité adaptées par l'acheteur 468
II. Les modalités de publicité formalisées : les supports de publicité dans les MDS 471
A. Publications *ex ante* : l'avis de marché de défense ou de sécurité 471
B. Publication *ex post* : l'avis d'attribution de marché de défense ou de sécurité 476
Conclusion du chapitre 479
Chapitre 2. Le choix du titulaire du marché de défense ou de sécurité 481
Section 1. La phase des candidatures 482
Sous-section 1. Les critères spécifiques 483
I. Les critères d'accessibilité 484
A. Les critères d'accessibilité, fondement de l'autorisation de participation 484
1. Une conséquence de la mise en œuvre d'une préférence communautaire de la passation 484
a. Un dispositif souple 484
b. Les interprétations sur le champ d'application de l'autorisation de participation 485
2. La décision de l'acheteur d'autoriser la participation d'opérateurs économiques tiers à la procédure de passation 486
B. L'établissement des critères d'accessibilité 487
1. Classification des critères d'accessibilité 487
a. Les critères d'accessibilité liés aux impératifs de sécurité 487
b. Les critères d'accessibilité liés aux objectifs de politique publique 488
c. Les critères d'accessibilité politico-stratégiques 489
2. Caractéristiques des critères d'accessibilité 490
II. Les critères de sélection 492
A. La sécurité d'approvisionnement dans la candidature 492
1. L'adaptation aux MDS des règles de droit commun 493
2. Les règles supplémentaires pour les marchés de défense ou de sécurité 494
B. La sécurité des informations dans la candidature 496
1. L'appréciation des capacités des candidats en termes de sécurité des informations 496
a. Les articles R. 2343-4 et R. 2343-5 du code de la commande publique : l'habilitation préalable des candidats 496
b. L'article R. 2343-13 du code de la commande publique : la détention de données protégées en cours de passation 500
2. Le cas des candidats extranationaux 501
a. La collaboration des États dans le cadre de la sécurité des informations 501
b. Les éléments relatifs à la nationalité des candidats 503
Sous-section 2. L'examen des candidatures dans les marchés de défense ou de sécurité 505
I. La vérification du dossier d'accessibilité 505

A. La vérification de la complétude du dossier d'accessibilité 506
1. Définition du dossier d'accessibilité 506
2. Transparence et déroulement de la vérification de la complétude du dossier d'accessibilité 507
B. La vérification du droit de participation à la procédure de passation 508
1. La question de l'encadrement de la vérification du droit de participation 508
2. Le critère d'accessibilité : de l'inexistence au pseudo-critère de sélection 509
II. La vérification des dossiers de candidature 512
A. L'application des règles classiques 513
1. La vérification des informations du dossier de candidature 513
2. L'élimination des candidatures irrecevables 514
B. Le cas du mécanisme de suspension de la procédure 515
1. Mise en œuvre du mécanisme de suspension 515
2. Un mécanisme illustrant la symbiose potentielle du rapport droit-économie 516
Section 2. La phase des offres 519
Sous-section 1. La sécurité des informations 521
I. L'engagement de confidentialité des parties au marché 521
A. L'engagement de confidentialité du soumissionnaire 522
1. Un engagement complétant les critères de sélection relatifs à la sécurité des informations 522
2. La référence à l'IGI 1300 : une remise en cause de l'intérêt de l'engagement de confidentialité ? 523
B. L'engagement de confidentialité des sous-contractants 524
1. L'IGI 1300 précédant l'adoption du code de la commande publique : une absence de prise en compte de la notion de sous-contrat 525
2. L'IGI 1300 suivant l'adoption du code de la commande publique : l'introduction de la notion de sous-contractant 526
II. Les informations relatives aux capacités des sous-contractants d'assurer la confidentialité des informations classifiées 527
A. Un dispositif permettant à l'acheteur d'apprécier la capacité de sécurité des informations des sous-contractants 527
1. Un dispositif d'application globale 528
2. Un dispositif assimilable à une sélection des sous-contractants 528
B. Un dispositif fondé sur l'habilitation de sécurité 530
1. Un dispositif inutile au regard de l'exigence d'habilitation préalable prévue à l'IGI 1300 530
2. Un dispositif pertinent au regard de la bonne exécution du marché 532
Sous-section 2. La sécurité d'approvisionnement 534
I. Les éléments relatifs au contrôle des exportations 535
A. La conformité de l'offre avec les obligations relatives au contrôle des exportations 535
1. La certification du respect des règles de contrôle des exportations par le soumissionnaire 535
2. L'indication de toute restriction sur la divulgation, le transfert ou l'utilisation des biens ou services 537
B. La conformité des exigences de l'acheteur avec les obligations relatives au contrôle des exportations 538

II. Les éléments relatifs à la continuité dans l'approvisionnement 540
A. L'organisation et la localisation de la chaîne d'approvisionnement des soumissionnaires 541
1. L'organisation de la chaîne d'approvisionnement préexistante au marché 541
2. Les changements dans la chaîne d'approvisionnement en cours de marché 542
B. L'évolution des besoins de l'acheteur en cours d'exécution 545
1. L'évolution des besoins en situation de de crise 545
2. Les engagements relatifs au maintien en conditions opérationnelles 546
Conclusion du chapitre 2 550
Conclusion Titre 1 552
Titre 2. L'exécution des marchés de défense ou de sécurité 553
Chapitre 1. Les conditions d'exécution dans les marchés de défense ou de sécurité 555
Section 1. La notion de condition d'exécution 556
Sous-section 1. Les conditions d'exécution du marché de droit commun 557
I. 1er temps : la validation juridique de la pratique des conditions d'exécution 557
A. Avant 2004 : une instrumentalisation actées par la jurisprudence 558
1. La jurisprudence Beentjes 558
2. Les communications interprétatives de la Commission 559
B. 2004-2014 : une instrumentalisation validée par le droit écrit 562
1. Les conditions d'exécution dans la directive 2004/18/CE 562
2. Les conditions d'exécution dans la directive 2009/81/CE 564
II. 2nd temps : la promotion de l'instrumentalisation politique des conditions d'exécution 565
A. La marque d'un rapprochement du droit des marchés publics de sa finalité 565
1. L'affirmation de la place des conditions d'exécution dans la directive 2014/24/UE 566
a. La mise en avant du potentiel instrumental des conditions d'exécution 566
b. Une distinction avec les critères de sélection demeurant délicate 569
2. L'insertion d'une condition géographique d'exécution dans le code de la commande publique 573
B. La perspective d'une obligation d'instrumentalisation des conditions d'exécution 575
1. L'exemple de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 575
2. La liberté de l'acheteur maintenue dans les marchés de défense ou de sécurité 578
Sous-section 2. Les conditions d'exécution particulières dans les marchés de défense ou de sécurité 581
I. Les conditions d'exécution particulières non spécifiques aux marchés de défense ou de sécurité 581
A. Les conditions d'exécution particulières environnementales et sociales 582
B. La condition géographique d'exécution dans les marchés de défense ou de sécurité 584
II. Les conditions d'exécution particulières propres aux marchés de défense ou de sécurité 586
A. Les considérations d'exécution particulières relatives aux exigences de sécurité 586

1. Typologie 587
2. Contenu 588
B. Les conditions d'exécution relatives aux sous-contrats 590
Section 2. Le régime applicable aux conditions d'exécution 592
Sous-section 1. Le régime applicable aux conditions d'exécution lors de la préparation du contrat 593
I. La condition d'un lien avec l'objet du marché 594
A. Son extension aux conditions d'exécution 594
1. Avant la directive 2014/24/UE : entre une approche extensive et restrictive du lien avec l'objet du marché 594
a. Les apports de la jurisprudence Max Havelaar 594
b. Les évolutions de la jurisprudence administrative sur l'appréciation du lien avec l'objet du marché : l'exemple des clauses d'interprétariat 596
2. La directive 2014/24/UE : le recours à la notion de cycle de vie 600
B. Cas particuliers applicables aux marchés de défense ou de sécurité 601
1. La condition géographique d'exécution dans les marchés de défense ou de sécurité 601
2. La mise en concurrence des sous-contrats 604
II. Le caractère non discriminatoire 605
A. Principe 606
1. L'absence d'incidence discriminatoire 606
2. L'absence de restrictions apportées aux libertés fondamentales 609
B. Dérogations 611
1. Les dérogations générales : les articles 36, 52 et 62 du TFUE 612
2. La dérogation propre au secteur de la défense : l'article 346 TFUE 613
Sous-section 2. Le régime applicable aux conditions d'exécution lors de la passation du contrat 617
I. La transparence des conditions d'exécution du marché 618
A. L'indication des conditions d'exécution dans les documents de marché 618
1. La référence globale aux documents de marché 618
2. Le cas des conditions d'exécution particulières des marchés de défense ou de sécurité 620
B. La formulation des conditions d'exécution du marché 622
1. L'exigence de précision de l'acheteur et le devoir de diligence des opérateurs économiques 622
2. Les conditions d'exécution découlant d'une réglementation de l'Union : l'exemple des impératifs de sécurité 624
II. Les modalités de contrôle du respect des conditions d'exécution 626
A. Le contrôle lors de l'attribution du marché 627
1. Principe 627
2. L'impact de la qualification de condition d'exécution sur la concurrence 628
a. Une qualification emportant la délimitation du marché pertinent 628
b. Une qualification permettant de temporiser la satisfaction de la condition d'exécution 629
B. Les outils contre le risque d'inexécution 631
Conclusion du chapitre 634
Chapitre 2. La mise en concurrence des sous-contrats 636
Section 1. Le champ d'application de la mise en concurrence des sous-contrats 639
Sous-section 1. Champ d'application positif : le sous-contrat concurrentiel 639

I. Une notion plus large que celle de sous-traitance 640
A. Le besoin de créer la catégorie des sous-contrats 640
1. Problème : la divergence conceptuelle entre le droit français et le droit de l'Union européenne 640
2. Solution : la mise en place de la catégorie de « sous-contrat » 642
B. Les effets de la catégorie de sous-contrat 644
1. L'absence de remise en cause des règles de droit commun en matière de sous-traitance 644
2. L'extension des règles spéciales à l'ensemble des sous-contrats 646
a. L'application du régime de contrôle sur l'ensemble des sous-contrats 646
b. L'application du régime de mise en concurrence sur l'ensemble des sous-contrats : le cas des PME 647
II. L'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire 652
A. Champ d'application de l'exclusion 653
1. Une exclusion limitée aux mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats 653
2. Un champ d'application illustrant l'artificialité de la notion de sous-contrat 654
B. Définition des opérateurs économiques liés au titulaire 655
1. Classification des opérateurs économiques liés au titulaire 655
2. Conséquences de l'exclusion des opérateurs économiques liés au titulaire 657
Sous-section 2. Champ d'application négatif : l'interdiction des compensations industrielles 659
I. Une pratique contraire aux traités 661
A. Principe : l'incompatibilité des compensations avec les traités 661
1. Typologie des compensations 661
2. Les libertés fondamentales des traités mises en cause par les compensations 663
B. Exception : l'hypothèse d'une dérogation fondée sur l'article 346 TFUE 665
1. Une dérogation exclusive des compensations indirectes 665
2. Une dérogation limitée à des compensations directes spécifiques 667
II. Une pratique non autorisée pour les marchés de défense ou de sécurité 669
A. L'absence de mention explicite dans la directive 2009/81/CE 669
1. L'incertitude originelle : entre harmonisation et suppression des compensations 669
2. Les options envisagées lors de l'adoption de la directive 2009/81/CE .. 671
B. Une pratique implicitement interdite 673
1. Critères de marchés et conditions d'exécution : l'interdiction des compensations *via* les règles classiques 673
2. Sous-contrats : un rappel du principe de non-discrimination visant les compensations directes 675
Section 2. Le régime de publicité et de mise en concurrence des sous-contrats 677
Sous-section 1. Les mécanismes de mise en concurrence des sous-contrats 678
I. Deux régimes de mise en concurrence 678
A. La mise en concurrence simple 679
1. Fonctionnement 679
2. Un mécanisme inspiré du plan d'acquisition 680
B. La sous-contractance imposée 683

1. Un mécanisme reposant sur l'établissement d'une fourchette 683
2. Hypothèse d'une combinaison des mécanismes de mise en concurrence 685
II. Les éléments communs entre les deux régimes 686
A. Les limites du libre choix du titulaire des parties sous-contractées du marché 686
1. Limite quantitative : l'interdiction de sous-contractance totale 687
2. Limite qualitative : l'interdiction de sous-contractance des tâches essentielles 688
B. Le maintien de l'absence de lien contractuel entre l'acheteur et les sous-contractants 690
Sous-section 2. La procédure de publicité et de mise en concurrence des sous-contrats 693
I. Au niveau du marché principal : la préparation de la procédure de mise en concurrence des sous-contrats 693
A. L'avis de marché : l'information des exigences du titulaire relatives à la mise en concurrence des sous-contractants 694
1. Exigences générales applicables à la mise en concurrence des sous-contrats 694
2. Exigences spécifiques à la mise en concurrence des sous-contrats 695
B. L'offre des soumissionnaires 696
1. Contenu de l'offre 697
2. Examen des offres 698
II. Sous-contrats : l'application de la procédure de mise en concurrence 700
A. Avis de sous-traitance 700
1. Règles de publication 700
2. Contenu 701
B. Choix du sous-contractant 702
1. Règles applicables à la sélection et à l'attribution des sous-contrats 703
a. Les modalités de sélection et d'attribution 703
b. La question de l'ingérence de l'acheteur : le rejet des sous-contractants proposés par le titulaire 704
2. Cas particuliers d'attribution 705
Conclusion du chapitre 2 710
Conclusion du titre 2 712
Conclusion de la partie 713
Conclusion générale 715
Bibliographie 721
I. Ouvrages 721
A. Dictionnaires, encyclopédies et répertoires 721
B. Thèses, mémoires 722
C. Traités, manuels et autres ouvrages 723
II. Articles 726
A. Articles 726
B. Articles d'ouvrages collectifs et de mélanges 745
III. Rapports, communications, guides 748
A. Rapports 748
B. Communications de la Commission européenne 751
C. Guides, lignes directrices 753
Index 755
Table des matières 762