

Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité

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 est paru au *Journal officiel* du 15 septembre 2011.

Il constitue le volet réglementaire de la transposition de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009¹, qui harmonise les conditions de passation des marchés publics de défense ou de sécurité. La loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre et de matériels assimilés, à la simplification des transferts des produits liés à la défense dans l'Union européenne et aux marchés de défense et de sécurité constitue le volet législatif de cette transposition.

Ce décret a pour objet principal de créer une nouvelle troisième partie du code des marchés publics² qui régit les modalités de passation et d'exécution des marchés publics de défense et de sécurité.

Le champ d'application de cette troisième partie est strictement limité aux « marchés de défense ou de sécurité », définis à l'article 179 comme :

1° la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants, ou sous assemblages ;

2° la fourniture d'équipements destinés à la sécurité et nécessitant des supports ou informations protégés ou classifiés y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous assemblages ;

3° les travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux points a) et b) pour tout ou partie de son cycle de vie ;

4° les travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et nécessitant des supports ou informations protégés ou classifiés.

En outre, ce décret :

- apporte certaines modifications à la première partie du code, telle que l'inclusion de nouveaux critères de sélection des offres à l'article 53, à savoir « *les coûts tout au long du cycle de vie, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles* » ;
- fixe le seuil de paiement direct des sous-traitants intervenant dans les marchés industriels passés par le ministère de la défense exclus du champ d'application du code des marchés publics à 10% du montant du marché ;
- abroge le 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, devenu sans objet.

¹ Directive 2009/81/CE 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

² La troisième partie, intitulée « Dispositions diverses » devient la quatrième partie, intitulée « Marchés mixtes ». La quatrième partie, intitulée « Dispositions applicables aux collectivités d'outre mer » devient la cinquième partie.

A l'exception des articles qui modifient des références devenues obsolètes, le décret s'applique aux projets de contrat pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication postérieurement à sa date d'entrée en vigueur, soit le 16 septembre 2011. Les contrats en vue desquels une consultation a été engagée avant cette même date demeurent soumis aux dispositions antérieurement applicables.

S'agissant des marchés passés sur le fondement du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret, ils demeurent régis, pour leur passation et leur exécution, par les dispositions du décret précité dans leur rédaction antérieure au décret relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité.

1. Les dispositions de la troisième partie du code des marchés publics sont applicables à l'Etat et à ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, ainsi que, s'ils le souhaitent, aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005

La troisième partie du code des marchés publics mentionne expressément, au titre de son champ d'application organique, l'Etat et ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial (article 178).

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 peuvent également choisir, au cas par cas, de recourir à la troisième partie du code des marchés publics pour passer leurs marchés de défense ou de sécurité.

2. Le nouveau dispositif organise une gradation de la publicité et de la mise en concurrence en fonction de la sensibilité du marché

Aux termes des dispositions des articles 180 à 184, certains marchés échappent à toute règle de passation en raison de leur objet. D'autres y dérogent lorsqu'ils mettent en jeu les intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat, comme dans le cas des marchés portant sur des armes, munitions ou matériels de guerre au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ces derniers étaient jusqu'à présent passés en application du décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004³, abrogé par ce décret.

Les marchés de défense ou de sécurité bénéficient de conditions de publicité et de mise en concurrence adaptées à leurs spécificités. Certains marchés bénéficient d'un régime de passation sans publicité ni mise en concurrence quel que soit leur montant (article 208).

Le seuil au-delà duquel la procédure formalisée est obligatoire est fixé pour les fournitures et les services à 387 000 euros HT et à 4 845 000 euros HT pour les marchés de travaux⁴. Au-dessus de ces seuils, l'acheteur peut notamment choisir de recourir librement à la procédure négociée après publicité et mise en concurrence (article 201).

³ 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, abrogé par le décret relatif à la passation et à l'exécution des marchés de défense ou de sécurité.

⁴ Le seuil en deçà duquel l'acheteur fixe librement, dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, les conditions de publicité et de mise en concurrence, est fixé dans première partie du code des marchés publics pour les fournitures et les services de l'Etat à 125 000 euros HT et à 4 845 000 euros HT pour les marchés de travaux.

En deçà de ces seuils, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée. Le seuil de 90 000 euros au-delà duquel une publication au bulletin officiel d'annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légal est obligatoire est maintenu pour les marchés de défense ou de sécurité.

3. Le dispositif est conçu pour protéger la sécurité des approvisionnements et la sécurité des informations

L'acheteur peut tenir compte des garanties offertes en matière de sécurité des approvisionnements par les candidats au cours du processus de sélection des candidatures ou des offres (article 53, articles 215, 220, 228), mais aussi imposer des conditions particulières au cours de l'exécution du contrat (article 194).

Il peut pour les mêmes raisons, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire (articles 278 et 283).

De la même façon, des exigences particulières garantissant la sécurité des informations peuvent être imposées tout au long de la procédure de passation (articles 207, 215, 220, 227) et au cours de l'exécution du marché (article 194).

L'acheteur peut, pour les mêmes raisons, y compris dans le cadre de marchés de fournitures, rejeter un sous-contractant proposé par le titulaire (articles 278, 283).

4. La notion de « sous-contractant » s'ajoute à celle de « sous-traitant », plus restrictive

Le décret recourt à la notion de « sous-contractant », définie à l'article 37-2 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Cette notion regroupe à la fois les sous-traitants au sens du droit français⁵, et les opérateurs économiques avec lesquels le titulaire conclut, aux fins de la réalisation du marché, un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise⁶.

Sont appelés « sous-contrats » à la fois les contrats passés entre le titulaire et le sous-traitant et ceux passés entre le titulaire et l'opérateur économique avec lequel le titulaire conclut, aux fins de la réalisation du marché, un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.

Les sous-contrats sont soumis dans le champ de la troisième partie du code à un régime particulier. Ainsi, le code prévoit la possibilité d'écarter un sous-contractant s'il fait l'objet d'une interdiction de soumissionner ou s'il ne présente pas les garanties suffisantes en termes de capacités techniques, professionnelles et financières (articles 278 et 283). En outre, l'acheteur public peut exiger du titulaire qu'il mette en concurrence ses sous-contractants (article 285) ou lui imposer de sous-contracter une partie de son marché dans la limite de 30% du montant du marché (article 286). Enfin, la troisième partie du code prévoit désormais expressément l'obligation pour le titulaire du marché de choisir ses sous-contractants de manière non discriminatoire (article 275).

Le décret prévoit cependant deux régimes distincts en fonction du type de sous-contrat :

- un régime applicable aux sous-contrats qui sont des contrats de sous-traitance au sens du droit interne. Ce régime est le même que celui prévu dans la première partie du code des marchés publics et issu de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-traitants, etc.) ;
- un régime applicable aux sous-contrats qui ne sont pas des contrats de sous-traitance. Ces contrats sont soumis à un régime plus souple que celui applicable aux contrats de sous-traitance (pas de paiement direct obligatoire, pas d'obligation de faire accepter et agréer les conditions de paiement des sous-contractants, etc.).

⁵ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁶ Un contrat est « dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise », lorsqu'il a pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de la personne publique.

5. L'allotissement des marchés de défense ou de sécurité n'est pas obligatoire

Les marchés de défense ou de sécurité peuvent donner lieu à un marché global ou à un marché alloti (article 189). L'acheteur public choisit donc librement entre ces deux modalités en fonction notamment des avantages économiques, techniques ou financiers qu'elles procurent.

6. Le dispositif législatif de préférence communautaire est mis en œuvre

L'article 215 met en œuvre le principe législatif⁷ d'exclusion des opérateurs économiques provenant d'Etats tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen des marchés de défense ou de sécurité. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois décider d'autoriser ces opérateurs à participer à la procédure de passation.

Si cette autorisation est donnée, le pouvoir adjudicateur conserve la possibilité de rejeter ces opérateurs économiques issus des pays tiers à l'Union européenne et à l'Espace économique européen préalablement à l'examen de leur candidature, sur la base de critères énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ces critères sont établis au regard, notamment, des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'État, de la nécessité de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable et des exigences de réciprocité (article 232).

7. Des dispositions d'exécution financière purement nationales ont été introduites

Le décret introduit des dispositions d'exécution financière spécifiques pour les seuls marchés de défense ou de sécurité passés par les services du ministère de la défense afin de prendre en compte la spécificité de ce type de marchés (articles 260 à 274). Pour ces marchés, afin de tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service, une décision conjointe du ministre chargé de la défense et du ministre chargé du budget peut autoriser l'insertion dans un marché d'une clause prévoyant un paiement différé (article 266). De même, à l'exception des avances octroyées aux petites et moyennes entreprises, soumises à un régime plus souple, une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché, de la tranche affermée ou du bon de commandes, est supérieur à 250 000 € HT, et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à trois mois. Enfin, le montant de la retenue de garantie qui peut être exigée du titulaire pour couvrir les réserves à la réception des fournitures, des travaux ou des services est fixé à 10% du montant du marché, contre 5% dans la première partie du code.

Pour les marchés de défense ou de sécurité comportant des aléas techniques importants, l'acheteur public peut prévoir, dans des cas dûment justifiés, l'acquisition en cours d'exécution du marché d'une part de fournitures ou de services qui n'ont pu être définis avec précision dans le marché initial pouvant aller jusqu'à 15% du montant de ce marché (article 247).

⁷ Article 5 de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 insérant un article 37-3 dans l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.