



PROMOTION P27

2019-2020

# **Les marchés publics en opération extérieure : entre réglementation et contraintes**

CRC2 Valérie Pasquier

Sous la direction de

Lieutenant-colonel Jérôme Cario

Session 2019-2020

## Synthèse

Les marchés publics constituent un formidable outil dont disposent les armées. Les services de soutien, pour parvenir à la proposition d'externalisation, suivent un processus de choix qui prend en compte de nombreux critères tels que le capacitaire, budgétaire et logistique.

La mise en œuvre de la réglementation de la commande publique, bien que comportant des spécificités applicables aux opérations extérieures, semble parfois difficilement compatible avec les contraintes de la réalité du terrain.

Ces éléments qui entravent la mise en œuvre des marchés publics sont notamment d'ordre sécuritaire, économique, climatique ou encore culturel. Ces particularités liées aux zones de stationnement représentent des éléments significatifs qui ne peuvent être ignorés sans conséquences sur la mise en œuvre de la commande publique localement. Des axes d'évolution à différents niveaux sont envisageables.

Toutefois, ces évolutions nécessiteraient la modification de la réglementation européenne et l'obtention d'un large consensus. Ce long processus pourrait dans l'immédiat faire place à des évolutions touchant les consignes données directement sur les théâtres d'opération par les responsables opérationnels.

## Sommaire

Introduction

PARTIE 1 : Le recours aux marchés publics en opération extérieure

Chapitre 1 : La réglementation de la commande publique

Section 1 : Le code de la commande publique

Section 2 : Les grands principes de la commande publique

Chapitre 2 : Les facteurs de choix de l'externalisation

Section 1 : Les contraintes internes capacitaires

Section 2 : Les contraintes internes logistiques, budgétaires et financière

PARTIE 2 : Des adaptations indispensables et des perspectives d'évolution

Chapitre 1 : Un besoin soumis à de fortes contraintes externes

Section 1 : Les contraintes sécuritaires.

Section 2 : Les contraintes économiques, climatiques et culturelles

Chapitre 2 : Des évolutions nécessaires.

Section 1 : Des adaptations « terrain » indispensables

Section 2 : Des axes d'évolution réglementaire.

Conclusion

Acronymes et bibliographie

Annexe 1 : Implantation des sites militaires au Mali

Annexe 2 : Climat et infrastructure au Mali

## Introduction

BARKHANE, CHAMMAL, DAMAN...la France a fait le choix de s'engager dans de nombreuses zones de conflits pour garantir sa sécurité et celle de ses ressortissants, sur demande de pays alliés ou de la communauté internationale.

Environ 5 500 militaires sont actuellement projetés en opérations extérieures, sur des théâtres très variés qui mettent à rude épreuve hommes et matériels de toutes armées et de toutes spécialités.

Positionner ses forces dans des pays en crise nécessite, pour tenir dans la durée un soutien, notamment matériel, considérable. Si les forces disposent de moyens logistiques en nombre, force est de constater que les moyens locaux sont souvent sollicités.

Ce soutien couvre des domaines très divers allant du fonctionnement courant d'un camp ou d'une base militaire, des transports par voie routière ou aérienne à la construction d'infrastructures de tout type.

La Cour des comptes dans son rapport sur les opérations extérieures de 2012 à 2015 donne une définition du soutien issue de la doctrine des armées. Ainsi « *Le soutien consiste à assurer la combinaison et l'ordonnancement des différentes activités mises en place au profit des forces engagées afin de leur permettre de se déployer, de vivre, d'agir, de combattre, de soigner, de se remettre en condition et de durer* ». La Cour d'ajouter que le soutien représente une « *fonction opérationnelle majeure, qui conditionne l'efficacité des forces sur le théâtre* ».

Dans le cadre de ce soutien aux forces armées déployées, l'un des outils juridiques les plus utilisés par la France est la passation d'un marché public. Il s'agit d'un contrat passé, à titre onéreux, par une personne publique avec une autre personne morale de droit public ou privé. Cette réponse est qualifiée d'externalisation puisqu'elle aboutit en pratique à confier à une entité extérieure, notamment à une entreprise privée, la réalisation d'une prestation ou l'acquisition de matériels au profit des armées pour répondre à un besoin exprimé.

Toutefois, cette décision d'externaliser doit se conformer à tout un corpus de règles applicables en droit français. Réglementation elle-même directement issue du droit européen.

Cette réglementation n'ignore pas les particularités de l'action militaire et le contexte dans lequel opèrent les forces armées françaises. Soumis aux contraintes tant internes qu'externes, les pouvoirs adjudicateurs ont la responsabilité de décider des moyens à mettre en œuvre pour répondre aux besoins exprimés. Ces choix révèlent les difficultés rencontrées sur le terrain parfois difficilement compatibles avec les obligations réglementaires. Une réalité de terrain qui nécessiterait certainement des évolutions et axes d'amélioration futurs. Le droit de la commande publique et ses principes en guise de réponse adaptée aux besoins exprimés par les armées (Partie I) atteignent toutefois leurs limites de mise en œuvre, sources d'axe d'amélioration, au regard des contraintes locales rencontrées par les pouvoirs adjudicateurs (Partie II).

## **Partie 1 : Le recours aux marchés publics en opération extérieure**

La réglementation de la commande publique (chapitre I) offre une réponse aux décideurs, soumis à des contraintes fortes, qui orientent leur choix en termes d'externalisation (chapitre II).

### ***Chapitre 1 : La réglementation de la commande publique***

Au-delà des dispositions réglementaires du code, spécifiques aux marchés de défense ou de sécurité, (section 1) les principes de la commande publique s'imposent (section 2).

#### *Section 1 : Le code de la commande publique*

Le récent code français de la commande publique (CCP), entré en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> avril 2019, reprend les dispositions antérieures en matière de commande publique. Cette réglementation présente un corpus de règles communes à l'ensemble des contrats de la commande publique et des dispositions (spécifiques ou dérogatoires) relatives au domaine de la défense ou de la sécurité.

La réglementation des marchés publics découle directement des directives et règlements européens. En

effet, ce domaine de compétence relève de l'Union Européenne (UE) et représente un socle commun à l'ensemble des Etats de l'UE. Les principaux règlements et directives européennes en matière de commande publique sont les suivants :

- directive 2004/17/UE du 24 février 2014 sur la passation des marchés publics ;
- règlement d'application n°1986/2015 de la Commission européenne du 11 novembre 2015 relatif à l'établissement des formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics ;
- règlement (UE) n°1336/2013 de la Commission du 13 décembre 2013 relatif aux seuils d'application pour les procédures de passation des marchés ;
- 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 ;
- 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.

Cependant, conformément au fonctionnement de la réglementation européenne, pour pouvoir s'intégrer aux normes de chacun des Etats, ces derniers doivent transposer les directives émises par le parlement et le Conseil de l'Union européenne. En effet, si les règlements sont d'application directe, il n'en est pas de même pour les directives. Celles-ci ne peuvent produire leurs effets qu'une fois transposées en droit national. Cela signifie qu'il est nécessaire pour les Etats d'émettre des textes nationaux qui reprennent les dispositions de la directive considérée.

La France ne faisant pas exception, des textes législatifs et réglementaires sont ainsi régulièrement émis pour transposer les textes européens et leurs évolutions dans le domaine de la commande publique. Cela s'est traduit ces dernières années notamment par le décret 2004-16 du 7 janvier 2004 dit « décret spécifique défense » abrogé par l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 modifiée relative aux marchés publics et son décret d'application n° 2016-361 du 25 mars 2016 également modifié relatif aux marchés de défense /ou de sécurité.

L'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative et le décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, reprennent les apports des textes cités ci-dessus.

L'article L 1113.1 du CCP précise les domaines dans lesquels, par destination, les marchés publics peuvent être soumis à cette réglementation spécifique des marchés de défense ou de sécurité : « *Un marché de défense ou de sécurité est un marché conclu par l'Etat ou l'un de ses établissements publics et ayant pour objet : [...] 4° Des travaux et des services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégées ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale* ».

Cette réglementation spécifique a pour but de prendre en compte les particularités et la complexité des marchés publics dans le domaine de la défense notamment.

Elle présente des dispositions spécifiques dans la phase de passation, dont les suivantes :

- Le représentant du pouvoir adjudicateur a le choix de passer un marché en appel d'offre restreint (avec un filtre au niveau des candidatures) ou bien

un marché négocié avec ou sans publicité préalable ou mise en concurrence en fonction de l'intérêt de l'acheteur public (cf. articles L 2320-1 à 2324-4 du CCP). La sensibilité de l'objet ou les questions de secret peuvent effectivement justifier de limiter le principe de mise en concurrence ainsi que l'obligation de publier les avis d'appel public à la concurrence (AAPC).

- L'article L2353-1 prévoit que « *la décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité* ». Cette disposition permet au pouvoir adjudicateur d'imposer des critères de sélection quant aux opérateurs économiques autorisés à répondre à l'AAPC.
- La passation en lots séparés (allotissement), qui est une obligation pour les marchés dit de droit commun, n'est qu'une possibilité pour les marchés de défense ou de sécurité (cf. article

L2313-5 du CCP). Cette souplesse permet notamment d'optimiser les procédures de passation en mutualisant celles-ci et en réduisant de ce fait la charge de travail induite.

- De même, les communications et échanges sous forme numérique, obligatoires pour les marchés dit de droit commun, ne sont qu'une possibilité pour les marchés de défense ou de sécurité (cf. article L 2332-2). Le domaine considéré nécessite souvent de ne pas fragiliser les données transmises en les faisant transiter par la voie électronique.

Le CCP présente également des dispositions spécifiques en exécution, dont certaines sont listées ci-dessous :

- Les marchés de défense ou de sécurité ont des particularités qui nécessitent plus de souplesse notamment dans la définition du besoin initial. Un besoin qui est fortement susceptible d'évoluer rapidement en fonction des la survenance d'évènement soudain. Ainsi le CCP autorise, en son article R 2372-19 et 20, que le pouvoir adjudicateur puisse prévoir, à cet effet, une part provisionnelle qui ne dépasse pas 15% du montant total du marché. Cette possibilité est fort utile pour pallier des aléas techniques importants. Elle

permet à l'acheteur public de réagir sans perte de temps à une nécessité, non prévue initialement, indispensable pour répondre au besoin exprimé.

- En termes d'acomptes (cf. article L. 2391-4), les titulaires de marchés ont droit « *aux versements à titre d'acomptes, dans les conditions prévues par voie réglementaires, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées* ». Pour les marchés de défense ou de sécurité ce droit est plus favorable au pouvoir adjudicateur. En effet, l'article R 2391-17 prévoit une périodicité de versement de six mois au maximum au lieu de trois pour les marchés industriels toutefois, ce droit à acompte des titulaires prend en compte les petites et moyennes entreprises (PME) ou les artisans, comme en droit commun. Ces dispositions ramènent la périodicité à trois mois voire un mois pour les marchés de travaux ou sur demande du titulaire pour les marchés de service ou de fournitures.
- Les avances octroyées en début d'exécution d'un marché sont, elles aussi, adaptées. Celles-ci peuvent être plus importantes pour les marchés de défense ou de sécurité. Cette particularité s'explique notamment du fait que les besoins

financiers et l'effort demandé au titulaire en début de marché peuvent être très conséquents et incapacitants sans ces dispositions.

- Les nécessités de confidentialité sont prises en compte en article L 2332-1 notamment par le fait de donner la possibilité aux acheteurs publics de *« pouvoir imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation d'un marché »*. Cette disposition est indispensable dans le cas d'informations (produites dans le cadre du marché ou qui résultent de l'exécution de celui-ci) ayant des niveaux de protection tels que *« diffusion restreinte »*, *« secret défense »* ou encore *« très secret défense »*.

Le titre II de la deuxième partie du CCP prévoit notamment en son article L 2515-1 des cas spécifiques qui impliquent de se voir appliquer un régime dérogatoire. Les exceptions citées ci-dessous sont particulièrement appropriées en opération extérieure :

- Le domaine du renseignement (article L 2515-1 7° du CCP) : marchés *« Destinés aux activités de renseignement »*.

- Les marchés « *Portant sur des services financiers, à l'exception des services d'assurance* » (article L 2515-1-2°).
- Les marchés relatifs aux forces stationnées à l'étranger et les achats locaux (article L 2515-1 9° du CCP) : marchés « *Y compris pour des achats civils passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations* ».

Le CCP précise que ces spécificités listées à cet article n'ont pas de caractère obligatoire. Le pouvoir adjudicateur aura ainsi la possibilité d'appliquer ou non, dans la mise en œuvre de ces marchés, les dispositions dérogatoires. Le milieu de la défense ou de la sécurité nécessite parfois une plus grande marge de manœuvre. Toutefois il peut aussi s'accorder, dans le domaine visé par l'exception et selon les circonstances, au panel de possibilités déjà offert par la réglementation de droit commun.

Dans le cadre de ces domaines d'activités, si l'acheteur public souhaite appliquer ce régime dérogatoire au droit

commun, il devra justifier des conditions énoncées par la réglementation.

Une fois ces conditions remplies et la décision prise du pouvoir adjudicateur d'appliquer cette particularité du CCP, restef la question des règles applicables. Si le responsable ne souhaite pas appliquer le droit commun des marchés publics, existe-t-il des règles auxquelles les contrats ainsi passés vont devoir se conformer ?

Les règles de la commande publique ne seront pas obligatoirement, dans leur grande majorité, applicables aux contrats passés dans ces domaines. Toutefois ces contrats demeurent des marchés publics, ce qui implique le respect, a minima, de règles dont les grands principes de la commande publique.

### *Section 2 : Les grands principes de la commande publique*

Le CCP indique que pour les marchés qui entrent dans un des domaines particuliers et selon les conditions énoncées, les règles du code de la commande publique ne leur sont pas applicables. Les marchés de défense ou de sécurité qui relèvent des exceptions citées ci-dessus en font partie.

Les marchés issus des exceptions précédemment énoncées, ne sont pas entièrement exempt d'obligations. Le CCP prévoit dans ses articles L2521-1 à 5, que les



dispositions relatives au délai de paiement, à la sous-traitance, à la possibilité de résilier le marché ou encore de régler les litiges de manière amiable, leurs sont applicables moyennant parfois quelques adaptations. Toutefois, ces dispositions sont très restreintes par rapport à l'ensemble de la réglementation applicable aux marchés dit de droit commun.

Au-delà de ces quelques dispositions, le CCP prévoit une obligation générale applicable à l'ensemble des marchés publics et qui s'impose de ce fait à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs. Cette obligation n'est pas spécifique au titre II qui énonce notamment les exceptions de l'article L2515 précédemment citées.

Cette obligation est l'application de principes communs à l'ensemble des marchés publics. Nommés « grands principes de la commande publique », ceux-ci sont mentionnés au CCP en son article L3 (partie législative).

Ces principes découlent de la jurisprudence et ont été officiellement repris dans les textes (ordonnance de 2015 et les textes antérieurs) qui ont été codifiés dans le CCP récemment paru. En effet, les cas d'espèces ont permis au juge de dégager plusieurs principes applicables à tous les cas de figure.

Ces principes sont venus combler un vide juridique. Ils permettent également de sécuriser le domaine dérogatoire de la commande publique.

Le Conseil constitutionnel leur a donné une valeur juridique, une valeur constitutionnelle. La haute juridiction les a érigés en principes fondamentaux de la commande publique, ce qu'elle rappelle au considérant n°10 de sa décision n°2003-473 du 26 juin 2003.

Cela signifie qu'ils sont placés au-dessus des règles législatives et réglementaires puisque ces principes se situent au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Au même niveau que la constitution.

Le conseil d'Etat (CE), institution suprême de l'ordre des juridictions administratives, s'est prononcé à plusieurs reprises pour rappeler l'application de ces principes fondamentaux. L'arrêt CE du 30 janvier 2009, n°290236, Agence nationale pour l'emploi (ANPE) c/ Association PACTE, précise que les principes à valeur constitutionnelle de la commande publique s'appliquent à l'ensemble des marchés publics.

L'article L3 est ainsi rédigé : *« Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. »*.

Ces principes découlent du principe de concurrence qui constitue une base commune au niveau national mais aussi au niveau du droit européen.

Ce principe correspond à la liberté de commerce et d'industrie au sein de l'Union européenne.

L'acheteur public, en tant que l'un des acteurs majeurs de ce système économique, a forcément un rôle à jouer. Ce rôle est celui de modèle, dans le respect des principes qui en découlent.

Un souci particulier devra ainsi être porté sur les dérives de ce principe. L'acheteur public doit participer à la lutte contre les pratiques anti-concurrentielles. Celles-ci peuvent se traduire en concurrence déloyale, abus de position dominante ou encore en ententes illicites. Les pouvoirs adjudicateurs militaires ne font pas exception et doivent également être soucieux du respect de ce principe.

Les principes qui sont liés à celui de libre concurrence sont, dans le domaine des marchés publics, ceux cités par le CCP :

#### Le principe d'égalité de traitement des candidats

Ce principe a été posé de longue date par la jurisprudence. En effet, le Conseil d'Etat (CE) le mentionne dans son arrêt du 25 juillet 1939, n°64734. Il consiste à traiter de

manière identique l'ensemble des candidats potentiels et des candidats ayant remis un pli. Ainsi l'acheteur public doit veiller à imposer les mêmes règles à l'ensemble des candidats sans distinction. Que ce soit avant, au lancement de la procédure ou lors de son déroulement.

Le Conseil d'Etat dans un arrêt CE du 11 septembre 2006 a précisé que le cahier des charges, qui correspond à la détermination du besoin, doit être rédigé de manière neutre. C'est-à-dire que les spécifications techniques ne doivent pas être écrites de manière orientée vers le produit d'un candidat en particulier. S'il est nécessaire de citer une marque, il conviendra d'ajouter la mention « ou équivalent ».

De nombreux comportements et actions interdites découlent de ce principe d'égalité de traitement. Ces comportements malheureux peuvent notamment se traduire pénalement en délits. Le délit de favoritisme en est un exemple.

#### Le principe de liberté d'accès à la commande publique

Ce principe consiste à ne pas limiter a priori l'accès aux appels d'offres aux opérateurs économiques potentiels. Les critères doivent donc permettre aux entreprises l'accès aux procédures de marchés publics et de ce fait obtenir une très large concurrence. Toutefois, ce principe n'est pas un

frein à ce que l'acheteur public fixe comme critères de sélection, des compétences techniques ou des capacités strictement nécessaires aux besoins exprimés.

Le Conseil d'Etat rappelle dans le considérant n°20 de son arrêt CE du 5 février 2018 CNES, n° 414846, que le principe de liberté d'accès à la commande publique se traduit par l'information des candidats sur les critères d'attribution du marché.

#### Le principe de transparence des procédures

Ce principe a pour but d'obliger l'acheteur public à diffuser les « règles du jeu » à l'ensemble des candidats potentiels ou candidats (en fonction du stade de la procédure). Cela permet à l'ensemble des opérateurs économiques de prendre une décision. Ce choix qui leur est offert porte sur le fait de remettre ou non une candidature ou une offre. La remise d'une offre engage le candidat vis-à-vis de l'acheteur public. Il ne peut se rétracter avant la fin de validité de celle-ci. Les conséquences potentielles sont, de ce fait, importantes pour l'entreprise. Elles sont d'ordre budgétaire et de volume de la charge de travail.

Les documents qui permettent cette transparence sont l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) et le règlement de la consultation (RC). L'ensemble des

communications entre le pouvoir adjudicateur et les candidats doivent également mettre en œuvre ce principe.

Celui-ci rappelé par le conseil d'Etat dans son arrêt CE du 7 novembre 2012 Polynésie française, n° 360252. Comme évoqué précédemment, l'acheteur public doit informer les candidats des critères de sélection au nom du principe de liberté d'accès. Il doit également, au nom du principe de transparence, les informer sur la mise en œuvre de ces critères.

Ce principe est lié à celui d'impartialité de l'acheteur public vis-à-vis des candidats à un marché public.

L'ensemble de ces principes permet d'« *assurer l'efficacité de la commande publique* » comme le précise également l'article L3 du CCP.

Pour préciser la mise en œuvre de la réglementation de la commande publique et des principes cités ci-dessus, viennent s'ajouter des directives, instructions d'entités impliquées ou expertes dans le domaine de la commande publique. Ces directives relèvent de la Direction des affaires Juridiques (DAJ), du CIJ (Centre Interarmées de soutien Juridique) ainsi que du Centre Interarmées d'Administration des Opérations (CIAO).

La DAJ a émis une instruction n°117016435/DEF/SGA/DAJ/D2P/CMP du 24 mai 2017,

portant sur la procédure relative aux achats effectués par les forces françaises à l'étranger. Cette instruction a notamment pour but de rappeler la réglementation applicable pour les achats locaux. Il est précisé que les principes fondamentaux de la commande publique sont applicables en dehors du territoire français. C'est ce que le Conseil d'Etat, dans un arrêt CE du 29 juin 2012 Sté Pro 2C, reconnaît comme l'extraterritorialité des principes généraux de la commande publique.

De même, dans un souci de sécurisation des procédures et engagement pris par le ministère des armées, la DAJ donne pour directive à ce que « *Dans tous les contrats écrits, les services veilleront, si possible, à introduire une clause prévoyant l'application du droit français et la compétence du juge français en cas de litiges nés de l'exécution du contrat.* ». Ainsi, l'application de ces dispositions, relatives au droit applicable au contrat et à la désignation du juge compétent, doit toujours être recherchée par les pouvoirs adjudicateurs qui passent des marchés à l'étranger. L'extraterritorialité est un élément qui est susceptible de fragiliser le marché dans son exécution. Un marché dont l'exécution pourrait être jugée selon une loi étrangère amène une incertitude quant à l'issue et les conséquences de ce jugement.

Sur certains théâtres d'opération, sont également applicables les directives du J8 (Soutien en opération selon

l'organisation de l'OTAN) de la Direction du Commissariat (DIRCOM) quand un Poste de Commandement Interarmées de Théâtre (PCIAT) est constitué. Ce soutien recouvre les domaines des marchés publics/achats, financier, logistique. L'opération Barkhane est organisée ainsi. Ces directives ont pour but de poser les modes de fonctionnement organisationnels. En matière d'achats, elles décrivent notamment la répartition des compétences entre les entités et pouvoirs adjudicateurs délégués. Elles décrivent également le rôle du pouvoir adjudicateur par rapport à d'autres entités génératrices de marchés publics, comme peut l'être l'antenne infrastructure.

Les marchés publics ne constituent qu'un outil pour arriver à l'acte d'achat en réponse à un besoin exprimé. Une fois qu'a été fait le choix d'y avoir recours, la réglementation s'applique sans dérogations autres que celles prévues par le CCP.



## ***Chapitre 2 : Les facteurs de choix de l'externalisation***

Le choix de l'externalisation est le fruit d'une analyse prenant en compte les contraintes internes capacitaires (Section 1) mais également les limites imposées au niveau logistique et budgétaire (Section 2).

### *Section 1 : Les contraintes internes capacitaires*

Les marchés publics, tels que la réglementation le prévoit, sont des outils à la disposition du pouvoir adjudicateur. Cet outil permet de répondre à un besoin exprimé.

En son article L2, le code de la commande précise que *« Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique »*. Dès lors, la détermination du besoin et les conséquences de l'éventail des réponses vont guider le choix des décideurs.

Un élément primordial à prendre en compte : le besoin exprimé par les forces armées françaises.

Le besoin constitue l'objet même de la mission des services de soutien en opération.

Le besoin est déterminé, dans le cadre du soutien en opération, notamment sous le prisme des questions

capacitaires. En effet, la passation des marchés, que ce soit au niveau national ou local, peut se concevoir actuellement comme une manière de pallier un manque capacitaire.

Les forces françaises stationnées sur les théâtres d'opérations extérieures ont besoin d'une logistique importante pour fonctionner. Un stationnement de longue durée ou qui s'éternise dans le temps nécessitera des dispositions particulières pour des infrastructures moins rustiques voire d'amélioration du confort.

Les sites militaires sont à l'image de petites agglomérations. Les domaines couverts sont vastes. Ils vont de l'achat de fournitures de bureaux à des prestations de service d'assainissement (par exemple, l'enlèvement des déchets et des eaux usées).

Ces besoins demandent parfois une réelle expertise dans le domaine visé. Il en est ainsi des sollicitations pour les besoins en infrastructures (construction de logements ou d'une centrale électrique), des travaux de couture (réparation, confection) ou encore de menuiserie.

L'autonomie complète des forces armées sur un théâtre d'opération extérieur est toujours recherchée par les décideurs. Être autonome c'est ne dépendre de personne pour ses besoins. Toutefois ce cas de figure ne se présente que rarement pour des opérations d'envergure. Ces opérations nécessitent des moyens importants qui ne sont

pas tous détenus en propre par les forces françaises déployées sur le théâtre d'opération.

La capacité en propre dont dispose la force est dimensionnée en fonction de facteurs multiples. Ceux-ci sont notamment liés aux ressources. Ces moyens sont d'ordre matériel ou humain.

Les ressources matérielles représentent un enjeu majeur pour l'organisation des opérations mais également celle de la base arrière.

### **Les ressources matérielles**

Le nombre de matériels en dotation est dimensionné en fonction des besoins de l'opération et du type de mission. Les armes, munitions et matériels de guerre ne sont pas les seuls équipements indispensables à la mission. L'ensemble des moyens nécessaires au maintien en condition opérationnel, à la vie des forces armées sur le territoire de l'Etat hôte au sein des sites militaires participe aussi à la réussite des opérations qui sont menées par les forces françaises.

Les matériels se répartissent en deux catégories. Le type de moyens dit « vert » et ceux qui n'entrent pas dans cette catégorie. Les premiers sont ceux spécifiquement militaires ou militarisés, en dotation dans les armées. Quant aux autres, ce sont ceux dit « civils », soit détenus par les armées au sein de leurs stocks sur le territoire

national, soit disponibles « sur étagères » dans le secteur civil.

Si l'on considère, par exemple, l'opération Barkhane au Mali, à l'image d'autres opérations extérieures, les forces armées possèdent, outre les équipements ayant un pouvoir offensif, de tout un arsenal d'équipements « vert ». Ces équipements spécifiques sont des chariots élévateurs, une grue, des véhicules de transports de troupe (type GBC), engins du génie pour les travaux de type BTP (Bâtiment Travaux Public), P4. Ces matériels font partie intégrante de la capacité des armées sur le lieu de stationnement malien.

Néanmoins, ces matériels ont une capacité d'emploi et un taux de disponibilité qui constituent une contrainte forte pour l'opération Barkhane.

La multiplicité des missions et l'augmentation des sites de déploiement des forces françaises sollicitent grandement ces équipements qui, de ce fait, ne peuvent accomplir l'entièreté des missions de soutien. Les besoins exprimés par les forces deviennent supérieurs à leur capacité matérielle au niveau local.

Actuellement, pour toute l'opération Barkhane, le ministère des armées affiche un nombre de 360 véhicules logistiques au profit des 4500 militaires déployés sur les trois pays de stationnement. Vu la diversité des moyens

logistiques et le nombre de sites répartis sur l'ensemble de la zone d'action de l'opération, la quantité allouée est peu importante.

Les matériels sont également soumis aux conditions parfois extrêmes du lieu géographique. Dans les zones désertiques ou à forte hygrométrie, le taux d'usure des matériels sera nettement supérieur à celui constaté en France métropolitaine. Selon le rapport « Les opérations extérieures de la France 2012-2016 » de la Cour des comptes, 80% des 17% des matériels de l'armée de terre rapatriés en France pour élimination, le sont pour des raisons d'usure accélérée et de vétusté. En sachant que les matériels les plus impactés sont les véhicules logistiques (38%).

Le taux de véhicules endommagés est également très important. Deux principales causes en sont à l'origine : d'une part, les casses lors de l'utilisation des moyens, d'autre part, il convient d'ajouter les dégâts causés par les opérations de combat (impacts de tirs) ou les actes de malveillance (explosion d'un Engin Explosif Improvisé dit EEI). Plus les opérations ou la menace s'intensifient, plus les matériels seront sollicités. Les moyens très fortement blindés seront donc réservés uniquement, autant que faire se peut, aux opérations de combat. Les forces armées chercheront à trouver d'autres solutions en termes de moyens (notamment en véhicules peu ou pas blindés).

Les demandes en moyens seront guidées par la répartition, la disponibilité et le haut niveau de sollicitation des ressources matérielles. La qualité du matériel sera également recherchée et fera partie du besoin exprimé par les forces armées françaises stationnées.

A noter que le facteur capacitaire touche non seulement les matériels mais également le personnel.

### **Les ressources en personnel**

A l'instar des ressources matérielles, les ressources en personnel sont limitées.

Le contingentement des militaires envoyés en opérations respecte le principe du juste nécessaire. Les équipes qui assurent le soutien des opérations sont ainsi dimensionnées sans marge. Le personnel projeté est ponctionné sur les militaires en service ou parmi les réservistes volontaires pour partir en opération. Les militaires restés en France demeurent une ressource essentielle pour le bon fonctionnement des Groupements de Soutien des Bases de Défense (GSBdD) ou des autres organismes du Service du Commissariat des Armées (SCA).

De ce fait, il convient de trouver un équilibre entre le nombre de militaires envoyés en opérations et les services qui voient leur effectif baisser (et non remplacé pendant la période considérée) afin que les missions en métropole et hors métropole continuent d'être remplies.

Si l'on prend en exemple l'opération Barkhane au Mali, plusieurs ressources en personnel sont à considérer.

- Le personnel de restauration, du génie ainsi que les interprètes mais aussi le personnel dédié à des prestations de service comme les vendeurs qui œuvrent au sein des points de vente.
- Le personnel du SCA et de l'Antenne Infrastructure (AI) pour la passation des marchés.

L'augmentation du nombre de missions et de lieux de stationnement ne s'accompagne pas forcément d'une augmentation des effectifs projetés déjà très contraints. La charge de travail demandée et la disponibilité en personnel sont donc des facteurs clés dans la détermination du besoin exprimé par les armées.

Ce besoin aura pour objectif de pallier le manque de militaires qui œuvrent directement à la réalisation des prestations.

Ainsi, au Mali, les interprètes seront recrutés localement par le biais d'un contrat passé avec une agence d'intérim. A l'identique, les personnels qui travaillent aux points de vente du foyer ou encore dans les deux mess en opérations

seront pour leur grande majorité des travailleurs recrutés localement par le biais également d'un contrat passé avec une agence d'interim. Ces personnes sont dénommées PCI (Personnel Civil Intérimaire).

D'autres opérations, telle CHAMMAL, font régulièrement appel à des travailleurs locaux bien que le mode de recrutement diffère puisque dénommés PCRL (Personnel Civil Recruté Localement). Ce personnel est directement recruté par les forces armées françaises qui ont le statut d'employeur.

Une autre ressource comptée est le personnel militaire projeté qui a la charge de répondre au besoin exprimé par les forces armées françaises stationnées sur le théâtre d'opération.

En ce qui concerne le Mali, le personnel militaire du J8/SCA est réparti entre l'antenne de la DIRCOM (DIREction du COMmissariat) basée à Gao et la DIRCOM située au Tchad (N'Djamena).

Le personnel en charge des achats et des marchés formalisés est de l'ordre de deux sur le site de Gao, complété par une équipe un peu plus importante, de quatre à cinq militaires, au Tchad. Mais la répartition de la charge de travail, entre la « centrale » et l'antenne, est en fonction du seuil de compétence pour la signature des marchés et du ou des pays concernés par l'acte d'achat. Par exemple, un marché concernant à la fois les forces stationnées au



Mali et au Niger sera, en règle générale, passé par la portion centrale de la DIRCOM basée au Tchad.

Une grande majorité des actes d'achat est donc réalisée en local, au sein de l'antenne DIRCOM du seul pays concerné.

L'antenne infrastructure dispose également de conducteurs de travaux (de l'ordre de quatre) qui sont en charge, outre leur fonction de suivi de la réalisation des travaux, de conduire la procédure de passation des marchés dans le domaine des infrastructures. Ces militaires ont la compétence technique en matière de conduite des travaux mais ne sont pas, en règle générale, des acheteurs de formation. L'ensemble de la procédure sera supervisé par l'antenne DIRCOM. Antenne qui signera, dans la limite de sa compétence, les marchés ainsi produits.

En conséquence, en fonction du bilan qui sera effectué en termes de ressources tant matérielles qu'humain, il sera envisagé d'externaliser la réponse à certains besoins exprimés localement par les forces.

Mais cette contrainte n'est pas la seule à orienter les choix des décideurs militaires. Il convient de surcroît de prendre en compte les aspects logistiques et la dimension budgétaire.

## *Section 2 : Les contraintes internes logistique, budgétaire et financière*

Les contraintes capacitaires ne sont pas les seuls éléments à prendre en compte pour s'orienter vers le choix de l'externalisation par le biais des marchés publics. Les forces françaises doivent également composer avec les contraintes logistique et budgétaire.

### **Logistique :**

L'acquisition de produits locaux demande une logistique particulière qui revêt des aspects différents dans leur mise en œuvre et leurs conséquences.

Les moyens d'acheminement sont soit source de solution pour pallier un manque local soit source de problématique qu'il convient de pallier localement. Ces deux aspects de la logistique guideront les décideurs vers une solution interne aux armées ou une solution externalisée notamment localement.

Le taux de disponibilité du matériel militaire sur le théâtre d'opération est un facteur souvent décisif quant au choix opéré. En effet, la dotation dans les armées de moyens de transports qu'ils soient aériens, maritimes ou routiers sera un facteur déterminant de l'externalisation.

Le niveau d'utilisation des moyens lors des opérations est élevé. Par exemple, « les chiffres 2019 de l'armée de l'air » mentionnent :

Opération CHAMMAL (Syrie-Irak) : 839 missions aériennes (tous vecteurs confondus).

Opération BARKHANE (Mauritanie-Mali-Burkina Faso-Niger-Tchad) : 4130 missions aériennes (tous vecteurs confondus).

Le vecteur aérien est un moyen très employé sur les théâtres d'opération pour l'acheminement des moyens nécessaires aux produits de première nécessité ou d'amélioration de la qualité de vie sur un site militaire. Les vecteurs utilisés n'ont souvent pas vocation à être employés pour une finalité unique. Ainsi, un aéronef se verra assigner en fonction des besoins, des missions de combat ou de soutien logistique (dont l'EVASAN).

Le soutien doit également composer avec cette disponibilité. Ainsi, les services de soutien devront répondre aux demandes émises par les forces armées en prenant en compte la disponibilité de ces moyens de transport. Il conviendra également de prendre en compte la capacité des moyens de transport. De plus, si les conditions de capacité et de disponibilité sont remplies, ces moyens sont priorisés et non forcément alloués au soutien pour une demande donnée.

De ce fait, il est parfois nécessaire de trouver d'autres solutions notamment locales ou extérieures.

Ainsi, quand les services de soutien n'ont pas l'assurance de pouvoir répondre dans les délais aux besoins exprimés,

par les moyens logistiques militaires, ils se tourneront vers l'option locale.

Toutefois, la logistique locale peut elle aussi être contrainte. L'acheminement des biens par des opérateurs économiques locaux peut s'avérer difficile.

Des contraintes équivalentes à celles évoquées ci-avant, concernant les forces armées stationnées, s'appliquent de manière similaire aux acteurs économiques locaux. Ces contraintes sont d'ordre sécuritaire, capacitaire, financier ou encore au niveau des infrastructures.

### **Budgétaire et financier :**

Le critère financier participe grandement aux choix d'externalisation de la réponse au besoin. En effet, lorsque l'ensemble des conditions capacitaires, de disponibilité, d'absence ou de priorité par rapport à la demande de moyen logistique, est favorable alors le critère financier sera à étudier.

L'achat de produit ou la contractualisation d'une prestation de service en provenance de la France métropolitaine aura un prix et un coût qui peuvent être exorbitants. Alors que l'achat de provenance locale, aura parfois des fonctionnalités dégradées mais des conditions financières plus avantageuses.

Entre également, dans les critères financiers, l'application de la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA) et des taxes

éventuelles locales. Certains accords comme les Status Of Force Agreement (SOFA) traitent de ces questions. Les SOFA sont négociés avec l'Etat sur le territoire duquel les forces armées sont stationnées pour les besoins des opérations extérieures. Malgré ces accords, les situations peuvent parfois évoluer.

L'équation menant au choix devra, avec le client final (l'utilisateur), mettre en balance l'ensemble de ces critères, contraintes vues précédemment.

Le budget alloué aux armées pour les besoins des opérations extérieures est prévu dans la loi organique portant loi de finances.

Ces fonds servent dans le cadre du soutien au stationnement des forces déployées sur les théâtres d'opération. Bien que l'enveloppe, c'est-à-dire le volume alloué, soit conséquente, les directives données aux pouvoirs adjudicateurs sont d'utiliser ces deniers avec la plus grande rigueur. Les directives respectent le principe de « bonne utilisation des deniers publics ».

Ce principe est mentionné en article 3 du code de la commande publique. En conséquence de la bonne application des principes fondamentaux précédemment exposés, la bonne utilisation des deniers publics représentera un garde-fou contre des choix qui iraient à l'encontre de l'intérêt général. Ce principe induit que les services de soutien doivent justifier les prix par rapport aux

biens et service acquis. Le juste prix doit, de ce fait, toujours être recherché par les responsables militaires du soutien. La notion de juste prix est notamment évoquée par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et des finances, dans une publication nommée « Le prix dans les marchés publics, guide et recommandations » d'avril 2013. Le juste prix est ainsi déterminé par le biais d'une combinaison d'éléments. Les prix pratiqués dans le secteur économique, le jeu de la concurrence, la valeur de la prestation à laquelle vient s'ajouter un bénéfice raisonnable pour le titulaire qui seront autant de facteurs déterminants.

Ce qui signifie qu'un prix trop élevé par rapport à l'enveloppe budgétaire ne pourra être accepté. De même une offre dont le prix est anormalement bas ne pourra pas être acceptée. Ainsi le Conseil d'Etat, dans un arrêt CE du 1<sup>er</sup> mars 2012, n°354159, Département de la Corse du sud, a considéré que ne pas reconnaître que le prix d'une offre était anormalement bas, était constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le prix proposé est communément issu du jeu de la concurrence. En droit français, c'est l'article L410-2 du code de commerce qui pose la règle. Cet article précise que *« Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1987 de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la*

*concurrence* ». L'ordonnance de 1945 citée a depuis été abrogée par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 mais ne change pas le fait que la concurrence est primordiale pour la détermination des prix. Ce principe de base posé par le code du commerce rejoint celui de concurrence du droit de la commande publique.

Les marchés publics passés dans le cadre des opérations extérieures ne dérogent pas à ces règles financières et budgétaires. La notion de juste prix leur sera également applicable, en prenant en compte les contraintes locales qui influent sur le prix. Que ce soit pour des prestations de biens ou de service.

La Direction des Affaires Juridiques du ministère des armées évoque dans son instruction n°117016435/DEF/SGA/DAJ/D2P/CMP du 24 mai 2017, portant sur la procédure relative aux achats effectués par les forces françaises à l'étranger, la soumission des marchés publics aux règles budgétaires et comptables :

*« En tant qu'actes engageant financièrement l'État, les contrats passés et exécutés à l'étranger relèvent du périmètre du contrôle budgétaire défini par le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique et sont donc soumis à l'avis ou au visa du contrôleur budgétaire et comptable*

*ministériel prévu par l'article 105 de ce décret et par l'article 18 de son arrêté d'application de référence j).* ».

Ainsi, les marchés publics font très régulièrement l'objet de contrôles. Ceux-ci sont notamment du ressort de la Cour des comptes et du Bureau de Liaison de la Trésorerie aux Armées (BLTA).

La Cour des comptes a parmi ses missions celle d'informer les citoyens sur l'utilisation des deniers publics par le biais de rapports publics. L'ensemble des administrations, dont celles du ministère des armées, peuvent faire l'objet d'audit ayant cette finalité. Le but recherché est de surcroît, l'amélioration de l'utilisation des fonds publics et in fine l'efficacité des services publics. En 2019, la Cour a rendu son rapport public annuel. Celui-ci comporte des mesures concrètes (amélioration du suivi budgétaire des coûts, etc.).

En ce qui concerne le BLTA, il est mentionné dans l'instruction n°596/DEF/DCSCA/SD-REJ/BREG du 22 avril 2016 relative aux attributions, à l'organisation et au fonctionnement des organismes extérieurs du service du commissariat des armées. Ce bureau travaille notamment en lien avec le Centre Interarmées d'Administration des Opérations (CIAO). Il est régi par le décret 2016-938 du 7 juillet 2016 relatif au service de la trésorerie aux armées dont il est une composante (article D5222-2 du code de la défense).



Un arrêté du 11 juillet 2016 vient compléter ces textes et préciser en article 2.III.3 sa mission impactant les marchés publics en opérations extérieures et les finances qui en découlent. Il est question du « *droit d'évocation des écritures et des pièces justificatives des trésoreries militaires rattachées aux ordonnateurs dont le payeur général aux armées est assignataire* ».

Les conséquences de ces contrôles sont multiples. Ils donnent souvent lieu à des rapports officiels, des rectifications, des préconisations et recommandations de la part des entités de contrôle.

Le BLTA a d'ailleurs rappelé début 2019, lors d'un contrôle effectué sur la trésorerie militaire de l'antenne DIRCOM de Gao, la nécessité d'accompagner systématiquement les dossiers de marchés publics passés en opération extérieure par une fiche de suivi. Cette fiche a pour but d'apporter, en un regard, une visibilité sur l'avancée de l'exécution du contrat public considéré.

En parallèle de ces contrôles d'organismes extérieurs, il existe au sein du SCA (Service du Commissariat des Armées) des contrôles internes réguliers de supervision ou de niveau deux.

Le contrôle de supervision est opéré par le supérieur hiérarchique alors que celui de niveau deux est effectué par un auditeur spécialisé relevant du niveau central.

Un autre organisme est susceptible d'intervenir. Il s'agit de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), autorité indépendante créée en 1948. Cette entité est chargée de réprimer les infractions commises liées aux finances publiques. La CDBF peut imposer des amendes pour infractions à l'ordre public financier si le délit commis entraîne un préjudice pour le Trésor public. Les personnes, dont les actions en cause relèvent de cette cour, sont notamment les fonctionnaires civils et militaires, les ordonnateurs, les gestionnaires des organes du ressort du contrôle de la Cour des comptes.

Pareillement, les infractions et délits pénaux liés au non-respect des aspects financiers dans le cadre des marchés publics seront susceptibles d'être réprimandés. Les agissements condamnables sont notamment le délit de favoritisme et le délit d'octroi d'avantage injustifié. Fort heureusement ces cas sont extrêmement rares du fait de la conscience professionnelle des acteurs militaires de la commande publique et des règles de déontologie en matière d'achat au SCA.

## **PARTIE 2 : Des adaptations indispensables et des perspectives d'évolution**

La mise en œuvre du droit de la commande publique doit faire face à des contraintes extérieures aux armées françaises déployées (chapitre 1) qui impliquent des adaptations sur le terrain, source de perspectives d'évolution (chapitre 2).

### ***Chapitre 1 : Un besoin soumis à de fortes contraintes externes***

L'externalisation en réponse à un besoin émis par les utilisateurs se confronte, une fois le choix fait, à des contraintes extérieures importantes que sont les aspects sécuritaires (Section 1) mais aussi économique, climatique et culturel (section 2).

#### *Section 1 : Les contraintes sécuritaires.*

Les conditions sécuritaires dans la zone d'action influencent grandement la mise en œuvre des procédures d'acquisition et l'exécution des prestations. La préparation et la mise en œuvre des marchés publics se confrontent de ce fait aux aspects sécuritaires.

De même, l'éventail des acteurs économiques, qui sont en capacité de répondre au niveau de sollicitation de cette externalisation, sera fortement impacté.

L'aspect sécuritaire s'applique également au produit ou à la prestation en elle-même.

La notion de sécurité peut ainsi se décliner de la manière suivante :

- Sécurité des forces françaises déployées dans la zone du lieu de stationnement.
- Sécurité des candidats potentiels et des titulaires locaux des marchés publics.
- Sécurité des matériels (niveau de sécurité d'utilisation des matériels).

#### **Sécurité des sites militaires sur le théâtre d'opération :**

Le positionnement des forces françaises sur le territoire d'une zone de conflit implique d'importants enjeux de sécurité. Élément accru du fait, pour certains théâtres d'opération, de la multiplicité et de la diversité des sites militaires.

Les sites militaires sont soumis à de nombreuses menaces. Parmi celles-ci, figurent les menaces liées aux personnes extérieures actrices du soutien du site. Les principales sont les suivantes :

- L'intrusion de personnes malintentionnées au sein du site militaire.

Solliciter des personnes extérieures au camp implique de potentiellement s'exposer à des menaces particulières. L'usurpation d'identité par exemple. Les fournisseurs réguliers ont, en règle générale, l'autorisation d'entrer sur le camp avec le port d'un badge apparent. Le port de ce badge par une autre personne que celle pour laquelle il a été octroyé représente une réelle menace.

De même, un fournisseur régulier qui possède une autorisation officielle pourrait être malintentionné. S'il ne l'est pas à l'origine, toute personne extérieure au camp peut devenir une menace future. De manière volontaire, du fait d'un changement d'opinions sur le conflit ou de manière forcée du fait par exemple de menaces sur sa famille.

- Les personnes qui recueillent des informations sur le camp militaire.

L'accès à un site militaire est toujours considéré comme sensible. En effet, avoir accès aux infrastructures ou constater les habitudes des militaires qui vivent sur le camp est source de renseignements. Ceux-ci peuvent révéler des faiblesses potentielles qui pourraient être

exploitées par un ennemi. Les titulaires de marchés qui ont un accès régulier au site, du fait des prestations de soutien dont ils ont la charge, représentent une menace potentielle.

- Les produits défectueux ou nocifs fournis par les fournisseurs locaux.

La vie d'un site militaire, qui s'installe dans la durée, nécessite de nombreuses acquisitions. Nécessaires à la vie courante ou aux missions, ces matériels représentent des volumes importants. Certains matériels pourraient représenter une menace s'ils sont de mauvaise facture ou d'une résistance douteuse. Les pouvoirs adjudicateurs se doivent ainsi de veiller particulièrement au bon fonctionnement des produits acquis. Ces biens sont de ce fait vérifiés par les utilisateurs, souvent auteurs de l'expression du besoin. Cela se traduira notamment par une attestation de service fait.

En ce qui concerne, par exemple, la situation de l'opération Barkhane et plus particulièrement le territoire du nord Mali, il est constaté que le soutien s'exerce sur six sites militaires avec des élongations assez significatives : Tessalit, Kidal, Tombouctou, Gao, Menaka et Gossi (cf. annexe 2).

Chaque site présente, du fait de sa localisation et de son importance, des problématiques sécuritaires qui diffèrent. Certains sites sont implantés dans des zones très éloignées et difficiles à approvisionner alors que d'autres sont situés sur un grand axe routier. Certains sites sont importants du fait du nombre de militaires et d'équipements présents alors que d'autres auront des volumes bien moins conséquents.

Les sites de Gossi et de Menaka, récemment sortis de terre et situés au cœur des zones de conflit, présentent un intérêt opérationnel pour les forces françaises. De ce fait, ces camps seront des cibles particulièrement recherchées par les groupes armés terroristes bien que l'un d'eux soit situé sur un axe majeur qui le relie à la capitale (Bamako) et que l'autre sur un axe le reliant directement à la ville de Gao (Site militaire principal français au Mali).

Si le besoin est avéré et exprimé par la Force, la réponse externalisée n'est pas dénuée de risque.

Ainsi les prestations externalisées qui nécessitent d'avoir accès à l'intérieur de ces sites seront plus difficiles à mettre en œuvre. En effet, une entreprise locale, en charge par exemple des prestations d'assainissement du camp, doit normalement, du fait même de l'objet de la prestation demandée, avoir accès à l'entrée du camp mais également à l'ensemble des différentes parties de celui-ci. Un équilibre devra être trouvé entre le niveau de menace

accepté et l'exécution de la prestation. Celle-ci sera en partie exécutée par les militaires du site qui auront à prendre en compte ces tâches dans l'exécution de leurs missions. En parallèle, les marchés comporteront des dispositions très strictes sur l'aspect sécuritaire et l'exécution de la prestation au sein du site concerné.

### **Sécurité des candidats et des titulaires aux marchés publics :**

Les fournisseurs ou prestataires locaux font également l'objet de menaces. En effet, l'ensemble des personnes de l'Etat hôte qui travaille au profit des forces françaises déployées doit composer avec, potentiellement, une importante menace pour leur vie et leurs biens.

Les fournisseurs qui répondent aux sollicitations des pouvoirs adjudicateurs militaires français sont souvent considérés comme des traîtres par les groupes armés terroristes ou plus généralement par ceux qui sont opposés à la présence française sur le territoire considéré.

Par exemple l'opération extérieure en Afghanistan a utilisé les services de nombre d'interprètes pour pouvoir communiquer avec l'armée afghane, la population locale ou avec les prisonniers. Certaines de ces personnes civiles recrutées localement (PCRL) ont vu leur vie menacée du fait même de travailler pour les forces françaises. Elles ont



dû faire l'objet d'une attention particulière voire d'une protection accrue par la suite.

### **Sécurité des matériels :**

Les matériels qui sont disponibles localement ne sont pas forcément soumis aux mêmes règles de sécurité que celles imposées par la réglementation européenne.

Ainsi, l'acquisition en local suppose une vérification accrue ou une définition du besoin comprenant ces règles de sécurité. A noter que les matériels importés d'Europe sont souvent plus onéreux que ceux produits localement.

Cet élément peut dimensionner le choix d'un achat sur le territoire de déploiement ou préférer une acquisition en provenance de France métropolitaine.

Pour des raisons de sécurité évidentes, telles qu'évoquées ci-dessus, la réponse au besoin, externalisée, sera nécessairement modulée voire limitée.

L'aspect sécuritaire n'est pas le seul à venir déstabiliser la mise en œuvre de l'externalisation face aux besoins exprimés par les armées sur le terrain.

## *Section 2 : Les contraintes économiques, climatiques et culturelles*

Au-delà des aspects sécuritaires qui viennent limiter le champ des possibles, il convient de prendre en compte des contraintes locales notamment liées aux zones de stationnement et d'action des troupes.

Les décideurs qui ont la responsabilité de mettre en œuvre une réponse adaptée aux besoins exprimés, se retrouvent face à trois contraintes extérieures, particulièrement saillantes, que sont :

- Le climat ;
- l'économie locale et les infrastructures ;
- les traditions culturelles.

Les théâtres d'opérations extérieures sur lesquels la France s'est engagée sont très variés. Les lieux de stationnements divergent sur beaucoup d'aspects. Ces différences tiennent à la géographie, au positionnement sur la planète de la zone considérée et à l'état de développement du pays. De ce fait les infrastructures de chacune des zones diffèrent potentiellement de manière importante. A ces éléments, viennent s'ajouter les différences culturelles, parfois intimement liées à la crise elle-même.

### **Climat :**

Les données géographiques d'un lieu sont essentielles pour comprendre les éventuelles difficultés

auxquelles vont être confrontées les troupes ainsi que les actions de soutien aux forces armées.

Dès lors que les zones considérées sont situées dans une partie du globe soumise à des climats extrêmes, des difficultés accrues sont à envisager et à anticiper au mieux.

Chaud, froid, hygrométrie élevée, sécheresse extrême, pénurie de ressources à proximité sont autant de défis à relever en matière d'action sur le terrain. Les responsables du soutien doivent également composer avec ces contraintes fortes.

Le climat amène des difficultés supplémentaires par rapport à une mission déjà complexe. En effet, approvisionner en eau un site militaire alors que le pays ne possède que très peu de cette richesse peut devenir une difficulté majeure pour le stationnement même des troupes.

Les conséquences sont, par exemple, la limitation de la consommation d'une ressource donnée ou encore une modification du planning des actions prévues.

Deux exemples maliens d'impact du climat sur les actions de soutien (cf. annexe 3) :

- La chaleur extrême : plus les sites militaires sont situés dans des zones désertiques, dans le nord du pays, plus la pénibilité du travail augmente. Cela a notamment pour conséquence des horaires de travail réduits en journée et décalés ;
- la pluviométrie : les précipitations en zone désertique sont peu courantes. Toutefois, il existe

une saison des pluies qui voit, sur une courte période et lors d'évènements de courte durée, l'apparition de fortes précipitations. Cette pluviométrie élevée est difficile à gérer pour des sols extrêmement secs et non à même d'intégrer, en si peu de temps, une telle quantité d'eau.

Les évènements soudains et de très courtes durées comme les tempêtes de sable sont également des évènements météorologiques qui sont à même d'entraver l'organisation ou les activités des sites militaires.

Le service en charge de répondre aux besoins de soutien exprimés par les armées ne peut nier ces éléments dans sa gestion et les réponses données sous peine de voir la réponse inadaptée.

### **Economie locale, infrastructures et moyens :**

A la différence d'autres nations et en conséquence des raisons évoquées ci-avant, la France fait souvent le choix de faire appel aux opérateurs économiques locaux sur les théâtres d'opération. Les forces déployées sont amenées à avoir un impact sur certains secteurs économiques de la zone de déploiement (bâtiment, menuiserie, confection, restauration, interprétariat...). Cet impact varie en fonction du type de besoin exprimé et de l'importance des sites militaires (volume à traiter, nombre des demandes...).

Les zones de stationnement sont parfois situées dans des régions dont l'économie n'est pas forcément très développée. L'impact économique est, de ce fait, susceptible de modifier grandement la structure des acteurs et les enjeux locaux. A noter que cette augmentation de l'activité économique n'est qu'éphémère puisqu'elle ne durera que le temps de stationnement des forces déployées.

C'est d'ailleurs la situation au nord Mali. Dans la zone de la ville de Gao, depuis la stabilisation du déploiement des forces françaises, un nombre croissant d'entreprises s'est créé. Le niveau de concurrence est devenu extrêmement élevé. Les enjeux financiers ont augmenté, allant de pair avec un durcissement de la concurrence.

En parallèle de cette évolution de l'état des secteurs économiques, il convient de prendre en compte les infrastructures dont disposent les opérateurs économiques pour répondre aux demandes exprimées par les forces.

Ces infrastructures et moyens sont très disparates. L'état des moyens va conditionner également le type et la qualité de réponse que les armées pourront attendre.

Au niveau des infrastructures, les voies de communication seront un élément primordial. Les voies routières revêtent une importance toute particulière dans des zones dites reculées où elles constituent souvent les seules voies de communication pour l'acheminement des produits.

Si l'on considère par exemple l'opération Barkhane et notamment le Mali, les voies de communication sont

essentiellement routières (cf. annexe 3). Elles sont d'autant plus rares plus elles s'éloignent du sud du pays. Il est évident que le nord, zone désertique et moins attractive pour l'implantation d'entreprises, est le moins desservi. Cet élément sera prépondérant pour répondre à certains besoins exprimés par les forces armées comme peut l'être l'acheminement d'eau destinée à la consommation humaine.

En ce qui concernent les moyens détenus par l'opérateur économique, ceux-ci sont dans la majorité des cas très disparates. Si certaines entreprises détiennent des moyens très importants (grue, moyens de transports type camion) d'autres disposent de moyens très rudimentaires (main d'œuvre non assistée par des machines).

### **Traditions culturelles et conflits ethniques dans la zone d'action :**

En parallèle des actions de combat et des actions civilo-militaires, les activités économiques des armées pour le besoin du soutien sont en interaction directe avec la population locale.

Les marchés publics passés pour les besoins des forces armées stationnées dans un pays tiers entrent dans ce cadre.

La population, de la zone d'action ou de stationnement des forces déployées, est ancrée dans une culture propre au pays considéré.

Ainsi, les traditions culturelles et les conflits ethniques ne peuvent être ignorés par les pouvoirs adjudicateurs

militaires qui œuvrent localement. Ne pas les considérer comme un élément important de l'équation pourrait potentiellement envenimer des conflits locaux sous-jacents.

Certains Etats ont un modèle administratif similaire à celui de la France alors que d'autres différeront largement. Historiquement, les anciennes colonies françaises ont eu comme héritage de cette période une organisation administrative et un droit applicable qui avoisinent le droit français. Cet élément peut constituer de fait une facilité de travail.

Par exemple, au Mali, le code du travail présentera des dispositions identiques ou comparables dans leur forme et leur rédaction à celles contenues dans la législation française.

Toutefois, cette réglementation vient se confronter aux us et coutumes locales. Celles-ci seront plus prégnantes lorsque les régions considérées sont éloignées des grandes agglomérations (éloignement des entités de contrôle notamment).

L'opération Barkhane, installée parfois dans des zones reculées de la bande sahélo-saharienne doit composer avec ces éléments culturels. L'une de ces particularités coutumières est l'oralité. Un proverbe malien exprime cette différence culturelle, avec une grande importance de la parole donnée : « On est maître de ses paroles, mais on en devient esclave une fois qu'elles sont dites ». Les écrits sont donc en concurrence directe avec la parole.

A ces différences culturelles, viennent s'adjoindre les différences intraétatiques. Ainsi, dans une même zone de déploiement, les appartenances ethniques peuvent représenter un élément notable. La composition ethnique d'une région est souvent multiple. Elle est potentiellement source de tensions quand le nombre d'ethnies et leurs différences sont très marqués. Un proverbe malien l'exprime d'ailleurs en ces mots : « A chacun son ethnies ». Ces tensions sont susceptibles d'interférer dans les relations économiques entre les décideurs militaires et les opérateurs économiques locaux. Elles sont parfois l'un des éléments du conflit.

Actuellement les décideurs, faces à ces contraintes multiples, disposent de la réglementation de la commande publique et des directives des entités spécialisées du ministère des armées. Ainsi les représentants du pouvoir adjudicateur militaire, une fois le choix effectué de passer un marché public, auront deux possibilités. Celle de mettre en œuvre, en opérations extérieures, les règles du code de la commande publique ou bien, sous certaines conditions, d'appliquer les grands principes de la commande publique comme précédemment évoqués.

## ***Chapitre 2 : Des évolutions nécessaires.***

L'intégration des différentes contraintes internes et externes qui conduit le représentant du pouvoir adjudicateur à passer un marché public approprié (section



1) pose la question d'une évolution souhaitée de la réglementation (section 2).

*Section 1 : Des adaptations « terrain »  
indispensables*

Une fois le choix opéré de l'apport d'une réponse locale au besoin de soutien exprimé, la mise en œuvre requiert toute l'attention des pouvoirs adjudicateurs.

**En « fond d'écran » :**

La volonté de la France de s'inscrire dans une approche globale ainsi que le contexte culturel et économique amènent les responsables militaires du soutien à ne pas se tenir à l'écart.

La pratique enseigne que ces actions sont nécessaires. Elles permettent de mieux intégrer la force déployée au sein de la population locale sous le prisme économique.

Les agissements des pouvoirs adjudicateurs militaires participent également, aux côtés de actions civilo-militaires, à l'apaisement des tensions dans la zone de stationnement. En effet, elles permettent en conséquence de développer l'économie locale.

Ces agissements des responsables militaires de la commande publique ne doivent toutefois pas ignorer les principes qui régissent ce droit. Les actions entreprises dans les secteurs économiques locaux ne doivent pas conduire à la création d'entente ou favoriser un abus de

position dominante au sein des opérateurs économiques locaux.

En pratique, les responsables pourront par exemple accepter les invitations aux palabres relatifs à un secteur économique donné. Des secteurs qui correspondent souvent à des volumes financiers importants tel que le BTP.

Les demandes de dialogue par les acteurs économiques locaux sont, particulièrement importantes au Mali. Cet Etat possède une culture de l'oralité très ancrée dans les relations commerciales.

Cependant, ces dialogues, en dehors de toute procédure de marché, ne doivent pas être un frein ni une contrainte aux lancements de procédures futures.

Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs doivent avoir le souci, toujours plus grand, de ne pas prendre à l'oral, des engagements dimensionnants. De surcroît, ils doivent veiller à ce que la réglementation applicable en matière de commande publique ne soit pas mise à mal par ces discussions.

Lors de l'élaboration et de la conduite des marchés publics, plusieurs phases sont à identifier. Ces étapes nécessitent une attention particulière de la part des pouvoirs adjudicateurs militaires et parfois des adaptations.

### **La conduite de la procédure :**

La réglementation de la commande publique présente, comme précédemment mentionné, de nombreuses possibilités en matière de choix de procédures. Parmi les contraintes évoquées plus avant, celle de la charge de travail ne devrait pas, en théorie, être considérée comme devant impacter les choix opérés.

En effet, les ressources humaines disponibles sur les théâtres d'opération sont comptées. Point déjà évoqué précédemment, cela signifie que la ressource est contingentée au plus juste. Ainsi, un seul officier « marchés », responsable de la conduite des procédures est prévu pour une antenne DIRCOM. Cet officier peut parfois cumuler ses fonctions avec le poste d'adjoint au chef d'antenne. Cet officier est de surcroît chargé de la rédaction de l'ensemble des documents de procédure et du marché (hors marchés de l'AI pour lesquels il n'a qu'un rôle de contrôle et de conseil). La charge de travail induite cumulée peut être considérable sur un mandat, c'est-à-dire sur une période communément de quatre à six mois.

Cette contrainte interne vient se confronter aux impératifs de délais imposés par les demandeurs (client final).

Le choix de limiter les offres des opérateurs économiques à analyser devient une nécessité absolue quand les ressources humaines qui peuvent traiter la préparation et la conduite de la procédure sont restreintes.

Les contraintes sécuritaires sont parfois aussi à l'origine de la réduction du nombre de concurrents et de l'absence de publicité préalable. En effet, les candidats potentiels

doivent faire l'objet d'enquête de sécurité pour s'assurer qu'ils ne représentent pas une menace pour les sites militaires sur lesquels ils seront potentiellement amenés à pénétrer, s'ils remportent le marché. Les ressources allouées à ces enquêtes et les difficultés pour s'assurer de la fiabilité d'un opérateur économique amènent les pouvoirs adjudicateurs à travailler avec un nombre restreint d'entreprises en fonction des secteurs économiques concernés.

Cette pratique, guidée par l'intérêt général, pourrait entrer en contradiction avec le principe de libre accès à la commande publique. De même, le développement de l'économie locale et l'augmentation du nombre d'opérateurs économiques ne facilitent pas cette solution. Les nouveaux entrants souhaitent remporter eux aussi les procédures de marchés et ne comprennent pas les limites dues aux différentes contraintes qui s'imposent aux responsables militaires dans leurs choix. De leur côté, les opérateurs économiques initiaux souhaitent maintenir leur lien avec les forces déployées. Ces entreprises mettent en avant le fait d'avoir servi les intérêts de la France sans faille depuis des années parfois et sous une menace constante.

Toutefois, il serait risqué que les pouvoirs adjudicateurs militaires se positionnent en chef d'orchestre d'un secteur économique du seul fait que les marchés passés par les forces armées stationnées représentent des montants très élevés pour la région. Ou bien encore créer des situations préjudiciables à l'image de ce qui est interdit en droit français. Une réponse du ministère de la justice à un

sénateur, publié au journal officiel du sénat le 7 mai 1987, évoque les limites de la liberté de la concurrence et les délits qui y sont associés. Ce sont les délits d'entente, d'abus de position dominante ou encore d'abus d'état de dépendance économique.

### **L'élaboration du marché public :**

Une fois l'expression de besoin bien évaluée et cernée par les pouvoirs adjudicateurs militaires en lien avec les clients finaux, il convient de s'attacher à rédiger un marché qui réponde au besoin.

La rédaction des dispositions du marché aura le souci de tenir comptes de l'ensemble des contraintes précédemment évoquées. Les clauses du contrat doivent, dans une certaine mesure, pallier les aléas nombreux qui pourraient survenir en cours d'exécution. Ces événements imprévus sont d'ordre sécuritaires, d'évolution du besoin voire même sa disparition. L'anticipation de ces événements obligent les pouvoirs adjudicateurs à intégrer dans les contrats des dispositions exorbitantes de droit commun.

En 2014, le Tribunal des conflits a défini ce type de disposition comme la clause qui « *implique dans l'intérêt général qu'il (le contrat) relève du régime exorbitant des contrats administratif* ». Ces dispositions, pour les besoins de l'intérêt général, vont au-delà de ce qui peut être librement consenti dans le cadre des lois civiles et commerciales (droit ou obligation en faveur de la personne publique).

Ces dispositions exorbitantes se traduisent par exemple par des clauses de résiliation unilatérale du marché sur initiative de la personne publique. Ces clauses sont couramment prévues dans les contrats passés en opération extérieure.

Toutefois, malgré l'intérêt général, ces dispositions trouvent leurs limites dans les principes fondamentaux de la commande publique.

De plus, l'intérêt général, pourrait justifier que le marché ne soit pas simplement résilié. En effet, son exécution a une utilité majeure pour les besoins de la force stationnée. Passer un nouveau marché, en considération des délais nécessaires, mêmes en application des procédures d'urgence, s'avèrerait être incompatible avec l'immédiateté des besoins exprimés par les forces armées. Au-delà des dispositions exorbitantes du droit commun, certaines couramment appliquées dans les contrats publics sont sources de blocage et de difficultés pour les marchés passés dans des zones économiquement moins développées que le territoire européen. Ainsi, imposer, de manière automatique, les dispositions du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG/FCS), issu de l'arrêté du 19 janvier 2009, peut être inadapté. Ce cahier prévoit des dispositions qui complètent les dispositions couramment prévues dans les Cahiers de Clauses Administratives Particulières (CCAP). Il forme un corpus de droits et obligations qui permet de sécuriser les marchés publics. Les représentants étatiques et les opérateurs économiques se conforment ainsi à des règles certes

nombreuses mais connues. Celles-ci encadrent l'action des pouvoirs adjudicateurs et limitent les devoirs des titulaires. Ce corpus prévoit notamment, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de faire exécuter le marché par un autre prestataire en lieu et place du titulaire défaillant et aux frais de celui-ci. Cette disposition serait difficilement acceptable pour la majorité des titulaires locaux en opération extérieure.

Toutefois, face à des titulaires peu habitués à l'ampleur de ces règles et des conséquences en termes de procédure et charge de travail, il peut s'avérer judicieux de prévoir des dispositions simplifiées.

Il convient de ce fait de prendre en compte les évolutions et parfois de se positionner aux limites de ce qui est acceptable pour la réglementation de la commande publique et des principes évoqués ci-avant.

#### **L'exécution du marché public :**

Une fois le marché signé par les parties puis notifié (remise officielle du marché au titulaire), il entre en vigueur. La vie du marché peut se dérouler. En opération extérieure, les aléas auxquels sont soumis les activités des forces armées peuvent être nombreux. Ils ont des conséquences sur l'exécution des marchés passés dans le cadre du soutien en opération.

Les taxes ou leur exonération sur le territoire hôte peuvent par exemple évoluer en cours de marché. Ainsi, les bases financières, qui ont participé au choix d'externaliser

localement une acquisition ou une prestation, peuvent être remises en cause. Les conséquences sur le marché peuvent être considérables alors que les pouvoirs adjudicateurs se sont déjà engagés vis-à-vis du client final à répondre dans un délai contraint au besoin exprimé. La résiliation du marché, pouvoir exorbitant légal de l'administration, ne constitue pourtant pas forcément la solution en raison de l'intérêt général. De plus, ces modifications sont extérieures à la volonté des entreprises locales qui subissent ces variations décidées par le pays de stationnement.

Il en est de même lorsque les prix sont très volatiles dans un secteur économique sans pouvoir prédire leur évolution. La réglementation des prix, à l'image de ce qui se fait en France et en Europe, est parfois inexistante dans certains Etats. Les mercuriales en matière de denrées alimentaires par exemple, qui encadrent les prix, garde-fou pour l'acheteur public, en sont un exemple.

Une des règles en matière de commande publique est de ne pas pouvoir négocier de nouveau les prix en cours d'exécution du marché. Cette règle, de l'intangibilité du prix, permet de mieux maîtriser la dépense publique mais aussi de garantir le titulaire du marché contre une réduction de la rémunération de la prestation ou de la fourniture pour laquelle il s'est engagé.

Le maintien des conditions du marché face à un opérateur économique qui souhaite appliquer les nouveaux prix est extrêmement difficile. En effet, engager une procédure devant les tribunaux contre un acteur local ne constitue pas un gage d'apaisement et de stabilité localement.



Notamment si cet acteur économique ne peut faire autrement pour être en mesure de continuer à être compétitif sur le secteur de marché considéré.

Les achats se situent dans un Etat non régi par le droit français bien que le marché relève, s'il le prévoit, du droit français. Les solutions du code du commerce et notamment de son article L 410-2 ne peuvent pas être mises en œuvre. Cet article prévoit que « *le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois.* ». Cette disposition qui reste certes exceptionnelle ne trouve pas lieu de s'appliquer à l'étranger. Les variations dues à des situations de crise ou de conflit doivent de ce fait trouver une solution autre.

Les aléas sécuritaires viennent également perturber l'exécution des marchés. Parfois les défaillances d'un titulaire de marché n'ont pas pour origine sa volonté ou sa malveillance. Les forces armées sont déployées au cœur des zones de conflit, ce qui explique les difficultés rencontrées par les titulaires. Un titulaire qui s'est engagé à tenir des prix, des délais et une qualité de fourniture à un instant donné peut voir les conditions changer fortement du fait d'événements d'ordre sécuritaire.

Si l'on prend l'exemple du Mali, on constate qu'il n'y a qu'une seule route, la RN 16, qui relie la capitale au nord du pays. Lorsque cette route fait l'objet d'actes de violence de la part des groupes armés terroristes contre les usagers (les fournisseurs qui travaillent pour les forces armées notamment), l'exécution de certains marchés est très impactée. Ces événements n'ont pas la même intensité sur le long terme. Cela signifie que le marché ne trouve pas à s'appliquer selon ses conditions pendant une période indéterminée puis retrouvera une exécution nominale. Ainsi les pouvoirs adjudicateurs militaires devront gérer, dans le cadre des marchés concernés, les réponses aux besoins exprimés ayant un caractère urgent, sans pour autant résilier le marché.

Ces adaptations « terrain » deviennent d'une absolue nécessité pour permettre aux forces déployées, en zones hostiles, de poursuivre leurs missions en toute sécurité et dans des conditions acceptables. Toutefois, elles obligent les pouvoirs adjudicateurs à se situer en zone grise par rapport à la réglementation de la commande publique ou par rapport à leur pratique habituelle des marchés publics.

En effet, un nombre important de responsables du soutien sont peu ou pas habitués à utiliser les exceptions relevant de l'article L2515 du CCP (pour lesquels la majorité des règles de ce même code ne s'imposent pas). Ils privilégieront de ce fait l'application des procédures qu'ils maîtrisent du CCP (marchés de droit commun ou des marchés de défense ou de sécurité) pourtant moins

adaptées à certaines situations. Par exemple, la réduction du nombre de candidats admis à présenter une offre suppose pour les procédures de droit commun, une phase de réception et d'analyse de toutes les candidatures. Cette étape est ensuite suivie d'une phase de remise d'offre avec les seuls candidats sélectionnés et limités en nombre. Cette possibilité suppose un travail d'analyse d'un nombre potentiellement très important de candidats. Cette étape pourrait être évitée en utilisant, si les conditions sont remplies, l'une des exceptions précitées pour sélectionner dès le début un nombre restreint d'opérateurs économiques admis à présenter directement une offre bien que le montant du marché soit supérieur au seuil des procédures formalisées.

#### *Section 2 : Des axes d'évolution réglementaire.*

Les difficultés rencontrées par les pouvoirs adjudicateurs des armées sur les théâtres d'opérations guident la réflexion sur le chemin des évolutions souhaitées.

Les modifications envisagées relèvent de différents niveaux :

- Réglementaire européen et national.
- Infra-réglementaire : instructions et directives.

#### **La réglementation européenne et nationale**

Les règles et principes applicables en matière de commande publique relèvent majoritairement de la

réglementation européenne et notamment des directives, comme précédemment évoqué.

Ainsi, les opérations pourraient relever d'une spécificité à l'image de ce qui est déjà prévu par la réglementation européenne notamment dans l'article 346 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Cet article précise que « *1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après :*

*a) aucun Etat membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,*

*b) tout Etat 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; ces mesures 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.*

*2. 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. ».*

Cet article permet aux Etats de s'affranchir des règles de la commande publique sans pour autant nuire aux intérêts de l'Union européenne.

Si octroyer une dérogation identique pour les marchés publics passés localement en opération extérieure serait sûrement démesuré, s'inspirer de cet article et amener encore plus de souplesse dans le dispositif actuel serait bénéfique. La situation du stationnement de forces armées, à l'extérieur du territoire de l'Union européenne et dans une zone de conflit, présente un caractère assez spécifique pour justifier une dérogation majeure aux principes de la commande publique.

Cela nécessiterait toutefois l'obtention de l'accord des Etats membres pour réviser le traité et y inscrire cette dérogation.

Une autre règle, qui mériterait d'être modulée pour les marchés passés en opération extérieure, est celle relative aux prix. En effet, l'une des règles, fortement ancrée dans la pratique de la commande publique, est celle de la non-modification des prix en cours d'exécution du marché alors que les prestations ne sont pas modifiées. Les marchés publics de fournitures courantes ou de services, comme le mentionne le CCP dans ses articles R2112-7 (marchés de droit commun) et R 2312-8 (marchés de défense ou de sécurité), sont conclus à prix définitif et ferme. Ils n'ont pas vocation à évoluer sauf choix d'une actualisation des prix pour suivre l'évolution des hausses économiques. Il existe des prix provisoires, mais les marchés publics passés avec des titulaires locaux ne remplissent pas, en général, les conditions fixées par la réglementation.

Ces règles sont liées au principe évoqué précédemment de bonne utilisation des deniers publics et de protection du titulaire.

Les marchés passés en opération extérieure dans certaines régions sont soumis de manière brutale à des événements qui peuvent avoir des conséquences très fortes en matière d'évolution des prix. Une évolution souhaitée serait de pouvoir renégocier les prix d'un marché en cours d'exécution, de manière encadrée et conditionnée. La possibilité de revenir aux dispositions initiales devraient être la norme lorsque les conditions redeviennent « à la normale ».

Actuellement, le CCP prévoit la possibilité de modifier un marché en cours d'exécution mais il impose des limites qui sont notamment de :

- Ne pas modifier la nature globale du marché ;
- ne pas modifier substantiellement le marché ;
- ne prévoir qu'une modification de faible montant.

Le fait de pouvoir avoir plus de souplesse dans l'exécution des marchés seraient une facilité non négligeable dans les possibilités de réponse apportée à tout instant par les services de soutien au stationnement.

Au niveau national, pour envisager de déroger aux principes fondamentaux de la commande publique, il conviendrait de procéder par un revirement de jurisprudence de la part du Conseil constitutionnel. En effet, dans sa décision n°2003-473 du 26 juin 2003, cette haute juridiction est venue préciser dans un des considérants : « 10. *Considérant, en troisième lieu, que les*

*dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, 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 nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : «Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - 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 »».*

Pour être réglementairement acceptée, cette dérogation devrait être consacrée officiellement et ne pas résulter d'une pratique nécessaire mais potentiellement attaquable devant les tribunaux.

Une autre piste d'évolution serait de s'inspirer de l'arrêt du Conseil d'Etat, CE 4 juillet 2008, Société Colas Djibouti. Ce jugement est relatif à un contrat passé par une ambassade, signé et exécuté en dehors du territoire français. Le Conseil d'Etat précise que ce marché dont les dispositions ne mentionnent pas que le droit français lui

est applicable, n'est pas soumis aux règles du code des marchés publics. Il serait de ce fait intéressant d'étudier la possibilité de prévoir un régime similaire pour les marchés passés localement pour les besoins des forces stationnées à l'étranger. Toutefois, ce régime intermédiaire ne devrait pas trop s'écarter du droit français pour ne pas perdre en sécurité juridique. Le contrat ainsi passé pourrait disposer d'un régime qui tendrait plus vers un contrat relevant du droit privé (règles internationales privées) mais qui garderait les principes de la commande publique dans la mesure du possible. Ce contrat d'un nouveau genre mentionnerait sa soumission au droit français pour lequel les tribunaux français seraient de ce fait compétents, sans toutefois avoir toutes les contraintes d'un marché public.

Ces évolutions concernent des cas très restreints de marchés passés à l'étranger dans des zones de conflits. Cet aspect pourrait faciliter, pour les pouvoirs publics, les Etats membres de l'Union européenne, le fait d'accepter l'introduction de dérogations supplémentaires aux dispositions qui régissent les marchés publics.

#### **Les consignes infra-réglementaires : les directives « théâtres »**

Actuellement, l'instruction émise par la DAJ précise la réglementation applicable pour ces marchés qui sont passés localement pour les besoins de forces armées déployées en opération extérieure. Cela permet



effectivement aux pouvoirs adjudicateurs des armées de connaître le cadre juridique dans lequel ils évoluent dans leurs fonctions en matière de commande publique.

Au côté de cette instruction, les particularités de chaque théâtre d'opération nécessitent des écrits plus spécifiques qui se traduisent déjà par des directives de la DIRCOM ou du CIAO. Ces directives sont propres à chaque opération extérieure et à chaque organisation du SCA (DIRCOM, détachement mixte du commissariat (DMC)). Elles précisent les règles de délégation et de compétence, les circuits d'élaboration de vérification et de validation en fonction de l'entité qui passe le marché. Elles représentent de ce fait une aide précieuse pour les pouvoirs adjudicateurs.

Ces directives pourraient toutefois faire l'objet de plus amples précisions par rapport aux réalités de terrain rencontrées par les acteurs militaires de la commande publique.

Ainsi, pour l'opération Barkhane, ces directives pourraient inclure des recommandations quant aux sollicitations de dialogues émises par les groupes constitués d'opérateurs économiques locaux (syndicats, groupement professionnel). Cela permettrait aux responsables militaires d'accepter ou non les palabres et autres dialogues en cernant mieux leur marge de manœuvre. Ces demandes émanent de deux typologies d'acteurs. Il s'agit soit des nouveaux entrants potentiels qui recherchent une

place sur l'échiquier économique dans leur secteur, soit des opérateurs économiques initiaux qui ne souhaitent pas perdre leur part de marché actuelle.

De même, dans des zones reculées comme le site militaire de Gao (Mali), ces directives particulières pourraient conseiller de ne pas prévoir l'application du CCAG/FCS mais d'adapter, de manière plus simplifiée, ses dispositions.

La finalité recherchée, par ce complément de directive, serait la prévention des tensions au sein de la population économique locale et l'efficacité de la commande publique. Ces indications ne devraient toutefois pas méconnaître, dans la mesure du possible, les principes de la commande publique précédemment évoqués.

Les directives locales pourraient également évoquer les problématiques de mises en concurrence liées aux aspects sécuritaires. La plus grande attention est donnée par les pouvoirs adjudicateurs aux conséquences sécuritaires ou aux menaces potentielles qui pèsent sur la force et sur les titulaires de marchés. Cela implique, comme il a déjà été mentionné, d'apprécier les situations et les candidats/titulaires potentiels avec des critères très strictes. Ces critères limitent grandement la concurrence et devraient faire l'objet de recommandations spécifiques pour orienter les responsables militaires du soutien dans

leurs démarches visant à s'assurer de la fiabilité d'un titulaire.

Les situations sécuritaires sont extrêmement divergentes d'une zone de conflit à l'autre. Dans le cadre des opérations en République Centrafricaine, il est encore possible de se déplacer pour se rendre compte de la réalité d'un secteur économique, à Bangui, et vérifier les allégations des opérateurs économiques. Il en est de même pour l'opération Barkhane au Niger ou au Tchad au sein des villes de Niamey et d'N'Djamena. Alors que dans le cadre de Barkhane au Mali, il est désormais trop dangereux de fonctionner selon cette méthode. Les possibilités sont de ce fait plus restreintes et constituent une difficulté supplémentaire dans la recherche de l'application du principe de concurrence.

Un axe de réflexion serait également d'inclure des conseils quant à la pratique des marchés passés selon l'article L 2515 du CCP et les conseils de dispositions à inclure et celles dont les pouvoirs adjudicateurs peuvent s'affranchir si cela s'avère justifié.

L'aspect culturel, spécifique au pays de stationnement, pourrait trouver également sa place au sein des directives données par le théâtre d'opération. En effet, les composantes culturelles particulières qui impactent l'activité des services de soutien et des pouvoirs adjudicateurs constituent un élément à ne pas négliger.

Dans les territoires où la religion musulmane est très implantée et suivie par la population locale, la période du ramadan sera par exemple, un mois pendant lequel les activités économiques seront très ralenties. Il est de ce fait important que les responsables militaires sachent anticiper les conséquences éventuelles.

L'expérience des personnels affectés en opération extérieure ne dure que quelques mois avant qu'ils ne doivent céder leur place à leur successeur. En conséquence, les directives « théâtre » se révèlent être un outil remarquable pour ne pas perdre en qualité des marchés passés.

## **Conclusion**

Les opérations extérieures nécessitent, pour leur fonctionnement, une logistique conséquente. Ce soutien au stationnement implique, pour la force, d'acquérir des biens ou de bénéficier de prestations. Le choix français de l'externalisation se traduit notamment sous la forme de la passation de marchés publics dont les titulaires sont soit des entreprises européennes soit des fournisseurs locaux. Ces marchés publics ne peuvent faire fi d'une réglementation européenne déjà très fournie qui semble parfaitement adaptée à ce cas particulier. La mise en œuvre et la vie des contrats, notamment dans le cadre de l'opération Barkhane au Mali, démontre que les marchés publics passés par les forces françaises stationnées dans des zones très conflictuelles, se heurtent de surcroît aux contraintes locales. Ces limites sont très variées. Elles sont d'ordre sécuritaire, culturelle, économique ou encore climatique. Elles rendent parfois l'application de la réglementation extrêmement difficile.

Toutefois, les adaptations qui sont décidées localement pourraient difficilement donner lieu à l'émission d'une règle générique applicable à l'ensemble des opérations extérieures de la France ou des Etats

européens. En effet, chaque théâtre d'opération présente ses particularités. Elles sont liées à l'Etat concerné, au lieu géographique impacté et ne sont de ce fait que peu transposables. La réglementation pourrait prévoir la possibilité d'appliquer avec plus de souplesse, au-delà des exceptions déjà présentes dans les directives européennes, les principes de la commande publique. Si les faits nécessitent déjà d'agir dans ce sens, il pourrait être délicat de le graver dans le marbre.

De plus, certaines souplesses nécessaires pourraient également engendrer des conséquences proches d'agissements anticoncurrentiels sans pour autant que les pouvoirs adjudicateurs en aient eu la volonté. Les évolutions devront ainsi mettre en balance l'intérêt général et les conséquences locales pour être pleinement adoptées.

## Acronymes et bibliographie

### Acronymes :

AAPC	Avis d'Appel Public à la Concurrence
AI	Antenne Infrastructure
BLTA	Bureau de Liaison de la Trésorerie aux Armées
BTP	Bâtiment et Travaux Publics
CCAG/FCS	Cahier des Clauses Administratives Générales de Fournitures courantes et de Services
CCAP	Cahier des Clauses Administratives Particulières
CDBF	Cour de Discipline Budgétaire et Financière
CE	Conseil d'Etat
CIAO	Centre Interarmées d'Administration des Opérations
CIJ	Centre Interarmées de soutien Juridique
DAJ	Direction des Affaires Juridiques
DIRCOM	DIRection du COMmissariat
DMC	Détachement Mixte du Commissariat
DRSD	Direction du renseignement et de la Sécurité de la Défense
EVASAN	EVAcuation SANitaire
GSBDD	Groupeement de Soutien de Base De Défense

GBC	Renault GBC 180 (véhicule cargo tout-terrain)
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
P4	Peugeot P4 (véhicule léger tout-terrain)
PCI	Personnel Civil Intérimaire
PCRL	Personnel Civil de Recrutement Local
RC	Règlement de la consultation
SCA	Service du Commissariat des Armées
SOFA	Status Of Force Agreement

### Bibliographie :

1. Entretiens, formations et expérience professionnelle au sein du ministère des armées.
- Stage Q2 « Préparation Opérationnelle Métier », module achats en opération (organisé par le Service du Commissariat des Armées), octobre 2018.
  - Entretien avec la cellule marchés publics du CIAO, novembre 2018.
  - Entretien avec le CRC1 J. P., en poste en République Centrafricaine d'avril à août 2015.



- Entretien avec le CRP N.H A., adjoint et officier marchés publics à l'antenne DIRCOM de Gao (Mali) de janvier à mai 2016.
- Expérience professionnelle de l'auteur en tant qu'adjoint et officier marchés publics à l'antenne DIRCOM de Gao (Mali) de février à juin 2019.

## 2. Ouvrages

- F. Linditch, Le droit des marchés publics, 2016 éd Dalloz, 130 p.
- F. Jacquelot, Droit de l'Union européenne : en fiches pratiques, 2018 éd Bréal, 229 p
- B. Doucey (dir.), Le livre des déserts-Itinéraires scientifiques et spirituels, 2006, éd. Robert Laffont, 1233 p.
- G. Courade, *Les Afriques au défi du XXI<sup>e</sup> siècle*, 2014, éd. Belin 317 p.
- Atlas de l'Afrique -Un continent émergent, G. Magrin, A. Dubresson, O. Ninot, Paris, 2016, 95 p.
- Dictionnaire de la commande publique.

## 3. Publications

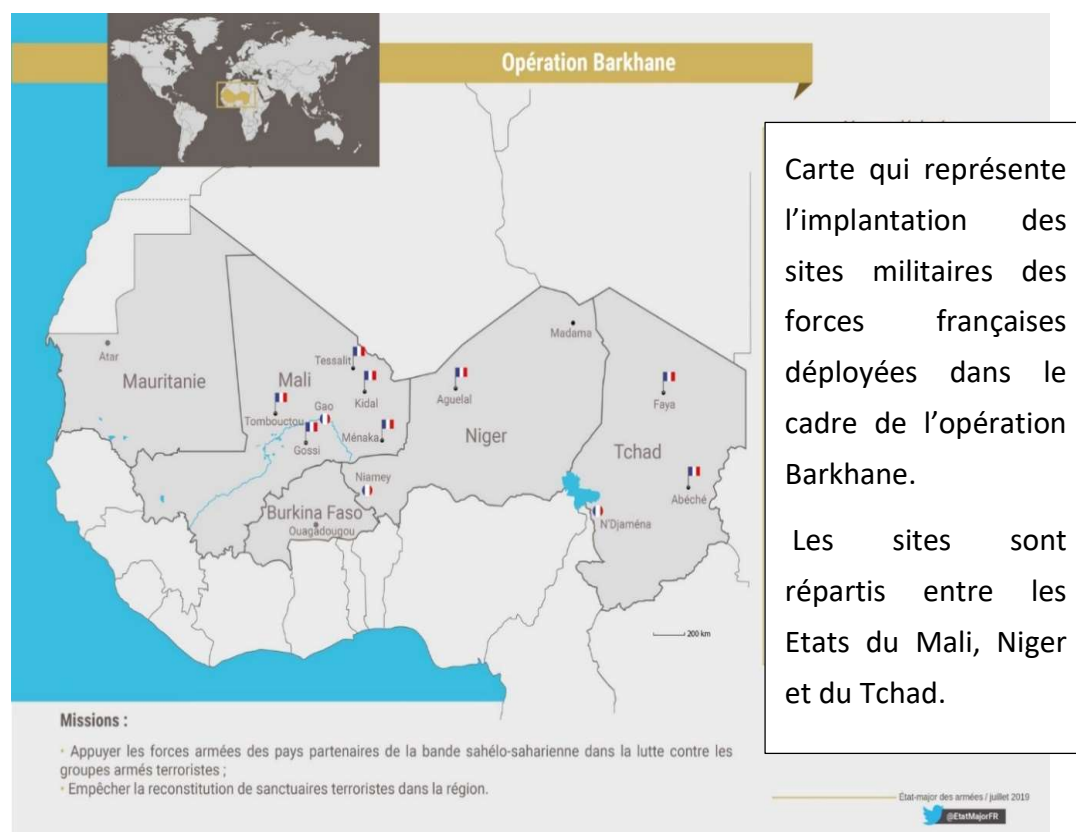
- *Livre Blanc défense et sécurité nationale*, Direction de l'information légale et administrative, PARIS, 2013, 160 p.
- *Les chiffres clés de la défense*, DICOd, éd. 2019, 28 p.

- *Rapport de la Cour des comptes « Les opérations extérieures de la France 2012-2015 » octobre 2016.*
- *Les prix dans les marchés publics, guide et recommandations*, Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'économie et des finances, avril 2013, 95 p.

#### 4. Ressources numériques

- INTRADEF (intranet du ministère des armées)
- [Legifrance.gouv.fr](http://Legifrance.gouv.fr)
- [Collectivités-locales.gouv.fr](http://Collectivités-locales.gouv.fr)
- [Acheteurs-publics.com](http://Acheteurs-publics.com)
- [Marchéspublics.fr](http://Marchéspublics.fr)
- [Economie.gouv.fr](http://Economie.gouv.fr)
- AFP.fr : Le Point international : « Mali, attaque au véhicule suicide à l'entrée de la base française de Gao, plusieurs blessés », 23 juillet 2019
- [Marchés publics-legibase.fr](http://Marchés publics-legibase.fr)
- [Un proverbe.com](http://Un proverbe.com)

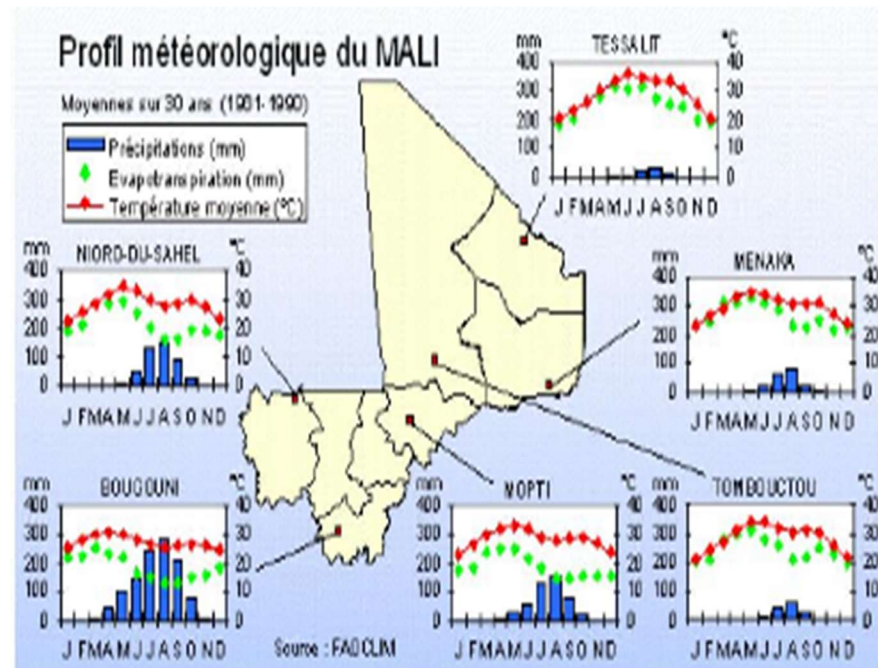
## Annexe 1 : Implantation des sites militaires au Mali



(Source : Etat-major des armées)

## Annexe 2 : Climat et infrastructure au Mali

Climat au Mali :



Les infrastructures au Mali (notamment routières) :



(Source : Encyclopédie Larousse)