



REPUBLIQUE DU BENIN
UNIVERSITE DE PARAKOU
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
ECOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUE, POLITIQUE ET
ADMINISTRATIVE

SUJET : *Le principe d'exclusion des mesures publicitaires du processus de passation des marchés publics de défense et de sécurité dans les Etats de l'UEMOA.*

Par

Albert LIMBA IDJADE, Doctorant en Droit Public/
ED-SJPA/FDSP-UP

Djibrihina OUEDRAOGO, Maître de Conférences
Agrégé des Facultés de droit, Enseignant- Chercheur
en droit public à l'Université Thomas Sankara.



Résumé

Longtemps confondu aux marchés publics classiques, les marchés de défense et de sécurité bénéficient désormais dans les Etats de l'Afrique Occidentale Française d'un régime juridique spécial, adapté à la spécificité des approvisionnements de défense et de sécurité. Cette spécificité du régime juridique est principalement caractérisée par l'exclusion des mesures publicitaires des procédures de passation des marchés publics de défense et de sécurité. Cette exclusion se justifie par l'objet et les caractéristiques du contrat de défense et de sécurité. Cependant, le processus d'exclusion, qui semble privilégier la protection des intérêts fondamentaux des Etats n'intègre pas suffisamment les exigences de transparence, de concurrence et d'équité chères à la commande publique.

Mots clés

Exclusion, mesures publicitaires, marchés publics de défense et de sécurité.

Summary

Long confused with traditional public procurement, defense and security markets now benefit in the French West African States from a special legal regime, adapted to the specificity of defense and security supplies. This specificity of the legal regime is mainly characterized by the exclusion of advertising measures from public defense and security procurement procedures. This exclusion, which is largely justified by both the object and the characteristics of the defense and security contract, is however expected to continue in order to reassure Member States of its ability to preserve the transparency and fairness dear to the order. public than the fundamental interests of the States which governed this exclusion.

Keywords: Exclusion, advertising measures, public defense and security contracts



Sommaire

Introduction

I - Un principe institué.

A – L'institution du principe d'exclusion en droit communautaire.

1- Une exclusion annoncée.

2- Un processus inachevé.

B - L'application du principe d'exclusion en droit interne.

1- Un principe dénué de tout contenu.

2- Un principe en perte de vitesse.

II – Une exclusion nécessaire.

A – La justification du principe d'exclusion des mesures publicitaires.

1- L'objet du contrat de défense et de sécurité

2- La nécessité d'un recadrage du périmètre du contrat de défense et de sécurité

B – Les caractéristiques du contrat de défense et de sécurité.

1- La nature des équipements de défense et de sécurité.

2- Les enjeux stratégiques liés aux acquisitions de défense et de sécurité.

Conclusion



Introduction.

L'article 53 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin pose le principe de l'obligation de publicité pour tous les marchés publics comme suit : « *les marchés doivent faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public et sur le portail web national des marchés publics et le journal des marchés publics* »¹. Cette exigence légale, gage de transparence et garant d'une véritable mise en concurrence participe du respect des principes fondamentaux des marchés publics, indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics².

Les principes fondamentaux constituent donc les objectifs juridiques devant être atteints par la Personne Responsable des Marchés publics (PRMP). Ces objectifs d'efficacité représentent un objectif de résultat pour l'acheteur qui doit procéder à une ouverture suffisante de la concurrence pour justifier qu'il a eu recours à tous les moyens pour obtenir un maximum de candidatures et d'offres à son marché.

La publicité, décrite comme étant le véhicule des principes fondamentaux de la commande publique est ce que certains appréhendent en procédure comme étant « *le préalable indispensable de l'achat public* »³. Cependant, cette publicité fait l'objet de dérogation ou de restriction lorsque le marché est lié à l'acquisition d'un bien ou d'un service de défense et de sécurité.

Le marché public est un contrat conclu par une autorité publique ou, exceptionnellement, par une personne privée et dont l'objet porte sur la fourniture de marchandises, la prestation de services, la réalisation de travaux en vue de satisfaire un besoin d'intérêt général et soumis à un régime de droit public. C'est justement ce qu'explique M. Guibal qui pense notamment qu'« *avant d'être un acte économique d'achat et une opération financière mettant en œuvre des deniers publics, le marché public est, d'abord, un contrat* »⁴. Laurent Richer approuvant cette affirmation de M. Guibal ajoute que « *les marchés publics sont semblables aux contrats que concluent entre eux les particuliers* »⁵. Mais les similitudes observées entre le marché public et les autres contrats de droit privé et justifiées par l'importance de la dimension volontariste ne doit pas pousser à les confondre.

En effet, la notion de marché public renferme un caractère particulier du fait de la présence quasi systématique dans le contrat d'une personne publique et des enjeux financiers qui s'en suivent. Il constitue le fruit de la rencontre de deux volontés, à savoir celle de la personne publique et de son partenaire privé. Alors que l'objectif poursuivi par la personne publique est

¹ Cf article 53 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin

² **Julien GUEDON**, *La publicité dans les marchés publics : préalable indispensable à l'achat public ?* Mémoire pour le DESS Management du secteur public : collectivités et partenaires, Université Lumière Lyon 2, Institut d'études Publiques de Lyon, 2004, p.5.

³ *Ibid.*, p.9.

⁴ **M. GUIBAL**, « La réduction des risques juridiques par la simplification », *ACCP* Juillet- Août 2001, N°2 p.8 cité par **Cyrille EMERY**, *Passer un marché public : Principes, procédures et contentieux*, Paris, Delmas, 2001, p.173.

⁵ **Laurent RICHER**, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 8e édition, 2012, p.373.



la satisfaction des besoins d'intérêt général mis à sa charge, son partenaire privé (l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de service) est davantage préoccupé par le développement de son activité, donc de l'élargissement de sa clientèle. A cette rencontre de deux volontés, il est possible d'adjoindre les conditions⁶ de validité de tout contrat, notamment, l'exigence préalable d'un consentement exempt de vices.

La notion de vice de consentement en droit administratif est tirée de l'interprétation faite de l'article 1109 du Code civil au terme duquel « *il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ». Comme nous pouvons le constater, « *la jurisprudence administrative a transposé la théorie des vices du consentement du droit privé* »⁷.

Cette lecture de la notion de marché public n'épuise pas toutes les difficultés liées à sa définition. Elle ne permet pas au lecteur d'appréhender la valeur intrinsèque de ce type de contrat parmi la pléthore d'accords ouvert aux personnes publiques dans le cadre de leur mission d'intérêt général. Madame Martine Cliquennois semble avoir eu une réflexion poussée sur cette question. Elle estime que « *le marché public est un contrat par lequel une personne privée réalise, pour le compte d'une personne publique, des travaux, des fournitures, des services en contrepartie d'un prix payé par l'Administration* »⁸. Même si cette position est restée muette sur la forme que doit prendre un tel contrat, elle revêt un intérêt particulier dans la mesure où elle insiste sur les autres éléments déterminants de la notion de marché public à savoir son objet et les modalités de rémunération du cocontractant.

C'est dans cette logique que s'inscrit le législateur de l'Union Economique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) qui désigne par marché public tout « *contrat écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services...* »⁹. Reprenant cette définition du droit communautaire, le législateur béninois a retenu aux termes de l'article 1er du Code des marchés publics béninois, qu'un marché public est un « *contrat écrit passé, par lequel un ou plusieurs entrepreneur(s), fournisseur(s) ou prestataire (s) de service (s) s'engage envers une ou plusieurs autorité (s) contractante (s) soumis au présent code, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant rémunération* »¹⁰. Se fondant sur cette définition du législateur béninois, Aminou A. Maman conclut que le marché public est un « *contrat onéreux par lequel une personne publique désigne un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire chargé de satisfaire ses besoins en travaux, en fournitures ou en services* »¹¹. Constitue donc un marché public, tout contrat passé par une personne morale de droit public (Etat, collectivité locale, établissement

⁶ Comme tout contrat, la formation du marché public obéit aux quatre conditions énumérées à l'article 1108 du Code civil dont s'inspire le juge administratif pour juger de la validité d'un contrat de marché public. Il s'agit du consentement, de la capacité de contracter, de l'objet et de la cause du contrat. Voir sur ce point Cyrille EMERY, *Passer un marché public : Principes, procédures et contentieux*, op.cit., p.50.

⁷ Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2002, p.142, cité par Cyrille EMERY, *Passer un marché public : Principes, procédures et contentieux*, op.cit., p.51

⁸ Martine CLIQUENNOIS, *Droit public économique*, Paris, Ellipses, 2001, p.238.

⁹ Article 1er de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

¹⁰ Cf. article 1er de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin ; voir également l'article décret nigérien N° 2016-641/PRN/PM du 1er décembre 2016 portant Code des marchés publics et des délégations de service public.

¹¹ Communication du Directeur National du Contrôle des Marchés Publics sur « les reformes de la commande publique au Bénin », Aminou A. MAMAN, inédit, p.3.



public), pour se procurer des travaux, fournitures et services¹². Observons que cette manière de concevoir le marché public semble privilégier l'adjectif "onéreux" à celui du "prix". Mais, même dans ce cas, il faut retenir que le recours au concept onéreux impose à l'Autorité contractante la condition d'acquitter une charge, c'est-à-dire, des dépenses ; toute chose qui exclut des prestations gratuites, gratuites ou risquées pour le cocontractant¹³.

Cette conception qui peut être transposée dans le droit positif béninois fait ressortir deux critères, cumulatifs, indispensables à l'élaboration d'une définition satisfaisante de la notion de marché public. Il s'agit d'une part, du critère organico-formel qui met l'accent sur la forme de l'accord et la présence directe ou indirecte d'une personne publique et, d'autre part, du critère matériel qui se dédouble. Il porte en effet, sur l'objet de l'accord et sur les modalités de rémunération du cocontractant. Envisagée sous ce critère matériel, la définition du marché public passe par un double constat à savoir l'existence d'un objet qui est de satisfaire les besoins de la personne publique et la fixation des modalités financières qui ne doivent pas être risquées pour le titulaire du marché. Mais notre étude ne prend en compte que les marchés publics passés dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Les domaines de la défense et de la sécurité nationale relèvent de prérogatives régaliennes du Président de la République, chef suprême des armées et garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire¹⁴. La défense et la sécurité ont pour objet d'assurer en tout temps, en toute circonstance et contre toutes les formes d'agressions, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population¹⁵.

De la combinaison de ces définitions, nous en déduisons que, les marchés publics de défense et de sécurité désignent l'ensemble des contrats administratifs passés par les ministères de la défense et de la sécurité ainsi que leurs démembrements pour répondre à leurs besoins en moyens humains, en équipements ou en services et ainsi assurer le bon fonctionnement du service public de défense et de sécurité nationale¹⁶. La notion de marchés publics de défense et de sécurité renvoie donc à la « *fourniture d'équipements conçus spécifiquement ou adaptés à des fins militaires et destinés à être utilisés comme arme, munition ou matériel de guerre, ainsi que les travaux, fournitures ou services directement liés à un tel équipement ou acquis à des fins spécifiquement militaires. Toute acquisition d'équipement militaire est, en principe, un marché public puisqu'elle est réservée aux seules personnes publiques* »¹⁷. Ces marchés sont définis comme des contrats « *visant à satisfaire les besoins de l'Etat en matière de travaux, fournitures et de service dans le domaine de la défense et de la sécurité* »¹⁸. C'est l'idée que

¹² Pierre MALHIÈRE, *le langage des Marchés publics*, édition méthodes et stratégies, 1995, pp.70-71.

¹³ Adamou ISSOUFOU, *les mutations du droit des marchés publics au Niger et au Sénégal : contribution à l'étude de l'encadrement juridique d'une catégorie de dépense publique*, thèse de doctorat, université CHEIKH ANTA DIOP, 2015, p.16.

¹⁴ Claudine CHARDIGNY, *Contrats et marchés publics de défense*, Paris, Bruylant, Editions Bruylant, 2013, p.1.

¹⁵ Article L1111-1 du code de la défense français.

¹⁶ Florent BAUDE, Fabien VALLEE, *Droit de la défense*, Paris, Ellipses, Edition Marketing S.A., 2012, p.710.

¹⁷ Muriel ROQUES-ETIENNE, Philippe BENASSAYA, *mission « flash » sur les marchés publics européens de défense*, Assemblée Nationale française, 29 septembre 2021, p.3

¹⁸ Gaspard TERRAY, *Les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence*, mémoire Master 2, Université de Grenoble Alpes, Droit public des affaires, 2016-2017, p.5.



développe l'article 6 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin¹⁹.

Ces marchés publics aux nombreuses spécificités sont objet de pratiques très éloignées de celles des autres marchés publics. Pour cause, les marchés publics de défense et de sécurité sont au cœur des intérêts essentiels de l'Etat, de la garantie de son autonomie stratégique et de son indépendance nationale²⁰.

En effet, pour l'approvisionnement de ses besoins destinés aux forces armées, la défense a recours, en règle générale, au code des marchés publics. Mais compte tenu de la spécificité des marchés publics de défense et de sécurité, aussi bien sur le plan économique que politique, il s'est révélé nécessaire d'introduire, dans ces marchés, des clauses particulières. En pratique, toutes les obligations du code des marchés publics ne sont pas forcément compatibles avec les impératifs de défense et de sécurité²¹. Cette spécificité reconnue aux marchés de défense et de sécurité, considérée à juste titre par certains auteurs comme une dérogation²² aux marchés publics classiques, impose une parfaite maîtrise des normes juridiques les régissant et une qualité particulière des acteurs en charge de passer et d'exécuter les différents contrats. En droit communautaire UEMOA, cette spécificité est introduite par l'article 9 de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et reprise *in extenso* dans les codes réglementant les contrats de commande publique dans les Etats membres de l'UEMOA. Cette réforme a conféré aux acheteurs relevant des secteurs de la défense et de la sécurité un cadre juridique autonome de règles pour la passation et le suivi de leurs marchés publics. D'où l'importance de bien maîtriser les règles de passation et les modalités de suivi de ces marchés dans le nouveau contexte des décrets défense fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité national exigeant le secret. Le Bénin à l'instar des autres Etats membres de l'UEMOA, transposant cette directive communautaire ont opéré un profond changement des normes régissant la commande publique tout en accordant un cadre juridique autonome, adapté au caractère spécifique des marchés de défense et de sécurité²³; ceci a permis la prise de décrets spécifiques pour régir les commandes publiques de défense et de sécurité²⁴. Cette étude permettra donc d'analyser les conséquences juridiques de l'exclusion des mesures publicitaires qui caractérise le processus de passation des marchés publics de défense et de sécurité dans les Etats membres de l'UEMOA.

¹⁹ Il est expressément prévu à l'article 6 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin que sont exclu de la présente loi, tous les « *besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité* »

²⁰ Florent BAUDE- Fabien VALLEE, *Droit de la Défense*, *op.cit.*, p.713.

²¹ Claudine CHARDIGNY, *Contrats et marchés publics de défense*, *op.cit.*, p.20.

²² Florent BAUDE, Fabien VALLEE, *Droit de la Défense*, *op.cit.*, p.724.

²³ Article 9 alinéa premier de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin et l'article 7 alinéa premier du décret 2016-641/PRN/PM du 1er décembre 2016 portant code des marchés publics et des délégations de services Publics en République du Niger.

²⁴ Décret N° 2018-233 du 13 juin 2018 fixant les procédures et modalités de passation des marchés publics relatifs aux besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret au Bénin.



« *Nous vivons de plus en plus contractuellement* »²⁵ écrit Louis Josserand. S'inscrivant dans cette même logique, Frédéric Cohet affirme que, « *Le contrat est une institution essentielle de la vie économique* »²⁶. Deux assertions qui, il faut le reconnaître n'ont rien perdu de leur actualité, permettent de saisir ce phénomène qu'est « *la montée en puissance du contrat dans l'action publique* »²⁷.

L'étude des contrats de commande publique de défense et de sécurité nous permet de rentrer au cœur de la commande publique, en appréhender ses mutations successives, ses crises, ses transformations, son état actuel et son devenir. La question liée à la commande publique de défense et de sécurité représente, dans les Etats sous-développés comme le Bénin une question « *tabou* » presque interdite aux non-initiés. Cela explique largement la rareté des recherches universitaires d'envergure dans le domaine. Notre étude comblera à coup sûr ce vide et apportera des solutions au processus de passation des contrats des marchés publics de défense et sécurité.

Cette étude qui se veut prospective tente d'analyser à partir des législations nationales des Etats-membres de l'UEMOA, les lacunes que devrait combler « *la futur loi-type de l'UEMOA sur la commande publique de défense et de sécurité* ».

D'un point de vue théorique, cette recherche se trouve au cœur des mutations de la commande publique de défense et de sécurité. L'analyse des causes ainsi que des conséquences des transformations du droit de l'achat public de défense et de sécurité apportera à coup sûr des solutions qui permettront sa bonne gouvernance. Elle permet aussi de pousser les réflexions sur le phénomène de la circulation des modèles juridiques et celui de leur concurrence.

Chaque année, une bonne partie du budget national est consacré aux achats de défense et de sécurité. Selon les estimations de Henri Feltz, le portefeuille de la défense représenterait à lui seul plus des deux tiers du total des marchés publics de l'Etat et plus du quart du montant des marchés publics conclus par l'ensemble des administrations publiques²⁸. Cette importance économique des marchés publics de défense et de sécurité devrait davantage inciter le législateur UEMOA à œuvrer à l'ouverture des procédures de passation en vue de favoriser une plus grande transparence des opérations d'acquisition des équipements de défense et de sécurité. Mais chose curieuse, le droit communautaire prenant tout le monde à défaut à plutôt opté pour une exclusion des mesures publicitaires du processus de passation des marchés publics de défense et de sécurité. Assurément, plus que l'importance économique, la nature et les enjeux stratégiques des équipements de défense et de sécurité auraient lourdement pesé dans l'orientation du législateur UEMOA. Il apparaît donc que le législateur UEMOA a clairement choisi de sacrifier la transparence, principe cardinal chère à la commande publique, sur le plateau de la confidentialité pour et au nom de la grande sensibilité des équipements de défense et de sécurité. Cette approche du législateur communautaire est de nature à soulever une autre

²⁵ **Louis JOSSERAND**, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ, 1937, p.1, cité par **Seynabou SAMB**, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone. Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Fasso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, p.61.

²⁶ **Frédéric COHET**, *Le contrat*, Paris, PUG, 2è édition, 2020, 222p.

²⁷ **Seynabou SAMB**, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone. Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Fasso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, *op.cit.*, p.61.

²⁸ **Henri FELTZ**, *L'impact économique de la défense*, Avis, C.E.S., 2007, p.28.



question à savoir le poids de la souveraineté des Etats sur l'acquis communautaire. L'acte juridique adopté pour consacrer cette approche (la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine) est interpellateur de cet état de fait. Il se constate que l'intérêt communautaire est sacrifié à l'hôtel de la souveraineté ou des intérêts fondamentaux des Etats. **Cependant, rien qu'en confrontant les objectifs de transparence des marchés publics et les motifs de confidentialité avancés par les Etats, l'on se demande si cette exclusion ne mérite pas davantage d'être encadrée pour éviter une certaine dérive de l'acheteur public ?** Car, autant les questions de sécurité représentent un enjeu stratégique pour les Etats, autant les questions de transparence revêtent une importance capitale pour l'administration des deniers publics. Toute la difficulté juridique réside donc dans le savoir dosage de la transparence et du degré de protection du secret de défense et de sécurité. En effet, si la protection par le biais du secret est trop importante, le risque de corruption dans le secteur de l'armement est réel, ce qui n'est pas de nature à préserver la qualité et l'efficacité des prestations exécutées. Par contre, une volonté d'accroître la transparence engendre un risque du point de vue de la sécurité des Etats.

Cette étude s'attachera donc à démontrer que ces deux risques, sans être supprimés définitivement, peuvent toutefois être atténués et trouvent leur réponse notamment dans le droit et grâce aux dispositifs juridiques mis en place. L'étude se concentrera en particulier sur le cas du Bénin et plus généralement sur le cas des Etats de l'Afrique de l'Ouest francophone même si des comparaisons avec le droit international peuvent toutefois intervenir dans notre réflexion.

Ainsi, compte tenu de la spécificité des marchés de défense et de sécurité, aussi bien sur le plan économique que du point de vue de la défense nationale, il s'est avéré nécessaire d'instituer dans le droit interne des Etats de l'UEMOA un principe d'exclusion des mesures publicitaires pour les procédures de passation des marchés publics de défense et de sécurité (I). A l'analyse, aux vues des enjeux stratégiques des marchés de défense et de sécurité, l'on constate que cette exclusion est nécessaire (II).

I- UN PROCESSUS INSTITUE.

Telle une chanson de chorale, le son de l'exclusion des marchés publics de défense et de sécurité entonné par le législateur communautaire (UEMOA) a été repris en cœur par les Etats membres. Ce principe d'exclusion institué en droit communautaire avec l'entrée en vigueur de la directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine en son article 9 (A). Les Etats membres l'ont ensuite introduit dans leur droit interne par effet de transposition de la norme communautaire (B).

A- L'INSTITUTION DU PRINCIPE D'EXCLUSION EN DROIT COMMUNAUTAIRE.

Annoncé (1) en grande pompe en droit communautaire, le législateur UEMOA n'a pas cru devoir à ce jour préciser les termes exacts de ce principe qui exclut les marchés publics de



défense et de sécurité des codes des marchés publics, laissant le processus qu'il a entamé inachevé (2).

1- Une exclusion annoncée.

La passation des marchés publics de défense et de sécurité est au cœur des débats depuis l'adoption de la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) comme dispositif réglementant la procédure de passation des marchés publics de défense dans l'UEMOA. Tant des enjeux régaliens d'indépendance nationale ou d'autonomie stratégique que des enjeux économiques liés à la maîtrise des prix d'acquisitions irriguent la ratio legis d'une procédure de passation dérogoratoire appliquée aux marchés publics de défense et de sécurité.

Les grands principes de la commande publique solennellement énoncés à l'article 2 de la directive N°04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'union Economique et Monétaire Ouest Africaine (L'économie et l'efficacité du processus d'acquisition ; le libre accès à la commande publique ; l'égalité de traitement des candidats, la reconnaissance mutuelle ; la transparence des procédures.) restent tout de même applicables aux marchés publics de défense et de sécurité. Toutefois, l'on note que derrière cette position de principe se décline une réalité juridique tout autre retrouvée notamment dans la nouvelle posture du législateur UEMOA relative aux marchés publics de défense et de sécurité.

L'année 2005 restera sans nul doute celle des plus grandes refondations ou restructurations voire bouleversements de la commande publique en Afrique de l'Ouest francophone. En effet, dans sa politique de rénovation de la commande publique, l'instance sous régionale a opéré une profonde démarcation entre les marchés publics classiques et les marchés de défense et de sécurité. Ainsi, l'article 9 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) qui a consacré cette exclusion selon les termes suivants : « *La présente Directive ne s'applique pas aux marchés de travaux, de fournitures et de services, lorsqu'ils concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État est incompatible avec des mesures de publicité* ». La conséquence de cette exclusion est pour les Etats et les autorités contractantes « *l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence préalable pour l'attribution de ces catégories de marché* »²⁹. Cette démarche de restructuration, de modernisation et de modélisation des contrats publics, entreprise par l'UEMOA pour promouvoir la bonne gouvernance, la transparence, l'efficacité et la célérité de l'action gouvernementale³⁰ devrait en toute logique se poursuivre pour parachever l'œuvre entamée, préciser les préceptes et les concepts des marchés publics de défense et de sécurité. Mais hélas, le processus demeure inachevé.

²⁹ **Jean David DREYFUS, Florian MOKTHAR**, « l'application des nouvelles directives marchés à certains secteurs particuliers », *Revue Contrats Publics*, n°143, mais 2014, p.30.

³⁰ Note de présentation du décret n°2010-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le Décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés Publics au Sénégal.



2- Un processus inachevé.

L'UEMOA, reconnaissant et respectant la souveraineté des Etats, et consciente du fait que la défense et la sécurité relèvent de la responsabilité exclusive de chaque état membre, a laissé à chaque Etat membre, la latitude de définir les commandes publiques qui concernent les besoins de défense et de sécurité nationales, de les exclure du champ de la directive et des textes nationaux subséquents, de fixer et d'organiser les conditions et les modalités qui permettent de s'exonérer des règles de droit commun pour des raisons bien justifiées de secret- défense³¹, de sécurité nationale³² et d'intérêts fondamentaux de l'Etat³³. Mais à notre avis, il était de toute évidence, nécessaire, voir indispensable que le législateur UEMOA, instance qui chapote toutes les législations nationales des Etats membres, définisse tout au moins des normes directrices qui devraient servir de bases solides aux législations nationales. Cela aurait pu permettre à l'instance sous régionale de fixer les uns et les autres sur les préceptes et les concepts des marchés publics de défense et de sécurité. Cela aurait eu également pour avantage de faciliter l'harmonisation des textes nationaux aux textes communautaires. L'intérêt d'une telle démarche serait d'éviter qu'une interprétation erronée et une application inappropriée soit faite du principe d'exclusion des marchés publics de défense et de sécurité. Cela limiterait au mieux les cas dérivés observés à l'occasion de la passation des contrats d'équipement de défense et de sécurité. Le rapport du Bureau de Vérificateur Général (BVG) du Mali dans le cadre d'une mission de vérification de l'acquisition d'un aéronef et la fourniture de matériels d'Habillement, de Couchage, de Campement et d'Alimentation (HCCA) ainsi que de véhicules et des pièces de rechange est la parfaite illustration d'une mauvaise gouvernance financière et d'une gestion désastreuse des deniers publics en rapport avec ce principe d'exclusion. En effet, cette mission a révélé des situations particulièrement inquiétantes comme le cas d'une société privée, une SARL au capital de 3 millions de FCFA, qui se voit attribuer un contrat de 69 milliards de FCFA, exonérer de tous droits d'enregistrement et à la clé une garantie de l'acheteur. C'est aussi le cas de la conduite des autorités administratives qui a consisté à signer deux contrats portant sur le même objet et au sujet desquels le signataire d'un des contrats n'a aucun lien juridique avec la société titulaire dudit contrat. Enfin, la mission a relevé que les autorités publiques avaient irrégulièrement engagé l'état pour près de 19 milliards de FCFA pour

³¹ Par secret- défense il faut y entendre toutes informations confidentielles intéressant la défense nationale ou la sûreté de l'Etat et auxquelles ne peuvent avoir accès qu'un nombre de personnes dûment autorisées. C'est une « *information protégée pour des raisons de sécurité nationale* », voir Bernard CERQUIGLINI, Jean- Michel OLLE et all., Dictionnaire Universel, Hachette, 5^{ème} édition, 2008, p.1139.

³² La sécurité nationale vise à « *parer aux risques et aux menaces susceptibles de porter atteinte à la vie de la nation* », Voir Défense et sécurité nationale. Le livre blanc, Paris, Odile Jacob/ La documentation française, 2008. Cette notion succède progressivement à la notion de défense nationale employée en France à l'époque de la guerre froide pour implicitement désigner la résistance à l'invasion et la garde des frontières. La notion de sécurité nation fait donc suite à l'avènement de nouvelles menaces telles que la criminalité, le terrorisme, la drogue, les risques d'explosion sociales ou ethniques et qui nécessite une véritable politique globale de sécurité sociale.

³³ Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent comme l'ensemble des mesures destinées à préserver l'indépendance d'un Etat, l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et sa diplomatie aussi bien au plan national qu'international.



l'acquisition d'un aéronef sur la base d'un contrat dont aucune version française, langue officielle de la République du Mali, n'était disponible³⁴.

Cette insuffisance constatée dans l'encadrement des procédures de passation des marchés publics de défense et de sécurité est de nature à relancer les débats sur l'opportunité d'une directive communautaire réglementant la commande publique de défense et de sécurité dans l'espace UEMOA. A ce sujet, le législateur UEMOA pourrait s'inspirer de l'ordonnance française n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, modifiée par l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. Par cette ordonnance, le législateur français a entendu édifier les personnes publiques, mieux, lever toute équivoque en limitant toutes sortes d'amalgames liées aux achats publics à excludre du champ des marchés publics du fait des caractéristiques spécifiques qui les caractérisent. Ainsi, le droit français distingue donc les exclusions de types organiques de celles de types matériels considérées comme propres aux marchés publics de défense et de sécurité. En effet, cette distinction est indispensable car, la reprise des exclusions générales en droit interne des Etats membres de l'UEMOA est loin d'être neutre sur la consistance d'un paradigme concurrentiel communautaire de l'achat public militaire, il en va aussi et surtout pour la liste des exclusions propres à ce type de marché.

Les Etats membres de l'UEMOA se doivent donc, dans leurs projets d'introduction du principe d'exclusion des mesures publicitaires du processus de passation des marchés publics de défense et de sécurité dans les Etats de l'UEMOA, à l'instar du législateur français, de mieux édifier l'acheteur public sur la nature des opérations ou des contrats excluent du processus classique de passation des marchés publics.

Pour l'heure, il se constate que, ces disfonctionnements dus en partie à l'introduction hasardeuse du principe d'exclusion dans le droit interne des Etats font déjà reculer quelques Etats membres. Ces Etats préfèrent mieux réfléchir aux conditions de mise en œuvre de ce principe avant de se lancer à nouveau.

B- L'INTRODUCTION DU PRINCIPE D'EXCLUSION EN DROIT INTERNE.

L'introduction du principe d'exclusion dans le droit interne des Etats membres s'est faite par la transposition des directives communautaires en droit interne. En effet, tout porte à croire que les Etats membres de l'UEMOA se sont empressés d'introduire dans les droits nationaux un principe dénué de tout contenu (1). Après quelques années d'expansion rapide, le principe semble marquer du pied (2), du moins dans certains Etats membres.

1- Un principe dénué de tout contenu.

Le Bénin a consacré le principe d'exclusion des marchés publics de défense et de sécurité du champ d'application des marchés publics dès l'entrée en vigueur de la loi n°2009-02 du 07 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin. L'article 7 de cette loi précise que, « *Les dispositions de la présente loi ne sont pas*

³⁴ **Amadou Ousmane TOURE, Nourou LY et all.**, Bureau de Vérificateur Général, République du Mali, Ministère de défense et des anciens combattants, octobre 2014, p.37. Rapport consultable sur BVG Mali, <http://www.bvg-mali.org>.



applicables aux marchés de travaux, de fournitures, de services ou de prestations intellectuelles lorsqu'ils concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec les mesures de publicité »³⁵. Cette disposition a été reprise in extenso à l'article 9 de la loi de la loi 2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin sans toutefois lui donner un contenu. Mais l'attitude du législateur dans le projet de loi 2020-26 adoptée le 30 juillet 2020 pour offrir un nouveau cadre réglementaire aux marchés publics au Bénin témoigne de grandes leçons tirées au bout d'une décennie de gestion solitaire des marchés publics de défense et de sécurité. En réalité, cette dérogation que constitue l'introduction du principe d'exclusion des marchés publics de défense et de sécurité dans le droit interne des Etats membres de l'UEMOA a laissé pas mal de traces et d'impacts négatifs sur les finances publiques locales. Cette sorte d'indépendance de gestion accordée aux acheteurs publics de défense et de sécurité par l'exonération de contrôles rigoureux en raison du caractère confidentiel des équipements en cause a installé dans les subconscients de ceux-ci une sorte de liberté retrouvée au point en abuser. Les béninois ont encore en mémoire cette fameuse affaire de l'Aéronef du Président dont la prétendue acquisition et les supposés frais d'entretien, de réparations ou de maintenance ont coûté plusieurs milliards de francs CFA au contribuable béninois³⁶.

Ainsi donc, dans cette nouvelle loi, le législateur béninois ne s'est pas simplement contenté d'exclure les marchés de défense et de sécurité du champ d'application du Code des marchés publics, mieux, il a tenu à préciser à l'intention de l'ensemble des acteurs de la commande publique, les besoins qui peuvent être exonéré de mesures de publicités et les marchés qui ne relèvent pas du champ d'exclusion. Il est donc écrit à l'article 6 de ladite loi, « *Constituent des besoins exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts de l'Etat est incompatible avec les mesures de publicité, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers intéressant la défense, la sécurité publique et assimilées qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou qui sont tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale et dont la recherche, l'appropriation, le détournement, la reproduction, la divulgation ou la destruction constituent des infractions à la sûreté de l'Etat. Ne relèvent pas du champ d'exclusion, tous les marchés publics de travaux, de fournitures et de services concernant le fonctionnement courant de l'administration dans le domaine de la défense, de la sécurité publique et assimilées* »³⁷. Il faut signaler que cette précision visait à combattre les adjudicateurs qui faisaient passer certains contrats de fournitures, services ou travaux classiques sous le sceau du secret juste pour échapper aux contrôles des autorités en charge d'orchestrer le contrôle de la passation et de l'exécution des marchés publics en République du Bénin. D'ailleurs, certains auteurs pensent à juste titre que « *les commandes*

³⁵ Voir également le décret nigérien N° 2016-641/PRN/PM du 1er décembre 2016 portant Code des marchés publics et des délégations de service public qui dispose en son article 7-1 que « *sont exclus du champ d'application du présent Code les marchés de travaux, d'équipements de fournitures et de services lorsqu'ils concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité* ».

³⁶ Wilfrid Hervé ADOUN, François Koffi AWOUNDO, *les dossiers de la république, investigation sur des anomalies de gouvernance et pratiques corruptives au Bénin de 2006 à 2015*, dossiers classés tome 2, 2015, pp.359-372.

³⁷ Art.6 de la loi 2020-26 du 29 septembre 2020 portant code des marchés publics au Bénin



publiques sous l'angle de contrats de fournitures, de travaux et de services, qu'ils soient ordinaires ou « secrets », font partie intégrante de la gestion des finances publiques et doivent répondre aux principes de l'économie et de l'efficacité du processus d'acquisition, de la transparence des procédures et aux objectifs de la dépense publique »³⁸. Il s'ensuit que, le recours absolument injustifié au principe d'exclusion, qui indique plutôt les domaines exclus du champ d'application du code des marchés publics (CMP), relativement aux procédures de passation, d'exécution et règlement de ces exclusions, constitue un abus et une violation flagrante et manifeste des principes qui gouvernent la commande publique.

Les efforts du législateur béninois à éclairer les acteurs de la commande publique sur les modalités d'exclusion des marchés publics de défense et de sécurité du champ d'application de la commande publique ne suffisent pas encore à notre avis pour donner un réel contenu à ce principe.

A cet effet, l'application de la disposition qui exonère les marchés publics de défense et de sécurité des mesures de publicités nécessiterait à juste titre un texte encadrant le domaine de la défense et de la sécurité nationale pour justifier une présomption de restriction de l'accès à l'information. Or, il n'existe en l'état actuel des choses aucun texte qui définit les critères et les modalités d'accès aux informations classifiées « secrets » de la défense nationale. D'autre part, il faudrait un texte qui fixe les commandes publiques exclues du champ du CMP et définit les dispositions spécifiques applicables à ces commandes publiques.

Il faut donc retenir que, les marchés publics de défense et de sécurité relevant de la famille des marchés publics, les Etats gagneraient à les inclure dans les CMP. Cette inclusion aura l'avantage de conférer aux marchés de défense et de sécurité un cadre juridique adéquat et faciliterait la lecture des CMP en général et la compréhension des procédures adaptées à chaque contrat particulier. De plus, tous les pays tendent actuellement à créer un code de la commande publique, de sorte à regrouper dans le même texte juridique tous les contrats de la commande publique. Les Etats UEMOA doivent tendre vers cet idéal.

2- Un principe en perte de vitesse.

Les heures de gloire du principe d'exclusion des marchés publics de défense et de sécurité semblent terminées. L'euphorie jadis suscitée par son introduction dans l'ordonnement juridique des Etats membres de l'Union Economique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) semble faire place à un scepticisme inquiétant. L'analyse³⁹ à l'échelle communautaire des textes législatifs réglementant les marchés publics laisse en réalité entrevoir un mouvement de désintéressement ou d'abandon du principe d'exclusion. Les Etats songeraient désormais à redéfinir les conditions d'application de ce principe dans leur droit interne. Cette attitude traduit en quelque sorte une certaine prise de conscience de ces Etats qui semblent avoir compris les plaintes et les complaints de leurs populations, les récriminations des associations de société civile et même de certaines voix politiques qui réclament plus de transparence et d'équité dans l'attribution des contrats de défense et de sécurité et plus de suivi dans l'exécution de ces mêmes contrats. Ces Etats semblent enfin pris la mesure de la nécessité d'un équilibrage entre les

³⁸ Amadou Ousmane TOURE, Nourou LY, Bureau de Vérificateur Général, *op.cit.*, p.10.

³⁹ C'est l'exemple du Burkina Faso et du Sénégal dont nous traiteront plus amplement dans la suite de cette étude.



normes de transparence de la commande publique et les prérogatives de secret et de confidentialité des marchés publics de défense et de sécurité. C'est dans ce sens que se situe donc certaines restructurations des normes juridique encadrant la commande publique dans ces Etats.

Au Sénégal par exemple, alors que le décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics en son article 76 définissait les marchés publics de défense et de sécurité, le décret n°2022-2295 du 28 septembre 2022 portant code des marchés publics s'est simplement limité à exclure ces contrats particuliers dudit code sans toutefois préciser la nature des contrats à exclure⁴⁰. Cette attitude du législateur sénégalais n'est pas de nature à faire évoluer l'application du principe d'exclusion. En attendant l'intervention du législateur UEMOA pour situer les uns et les autres sur la nature des contrats à exclure du champ d'application du Code des marchés publics, l'Etat sénégalais a préféré jouer la carte de la prudence. Cette attitude de l'Etat sénégalais semble semer plus de trouble sur l'application de ce principe.

De même, à la lecture du décret n°2017- 0049/PRES/PM/MINEFIDE du 1er Février 2017 portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de services publics du Burkina Faso et contrairement aux autres Etats membres, le législateur burkinabé ne semble pas exclure les marchés de défense et de sécurité de l'application du Code des marchés publics. Ce faisant, le législateur burkinabé revient sur la disposition de l'article 11 du décret n°2008- 173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant règlementation générale des marchés publics et des délégations des services publics. Cette disposition prévoyait que les règles des marchés publics ne s'appliquent pas aux marchés qui concernent les besoins de défense et de sécurité exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels est incompatible avec les mesures de publicité. Les raisons de ces rétro-pédalages ne sont toutefois pas connues. Mais tout semble indiquer que les autorités burkinabés ne semblent pas prêtes à appliquer un principe communautaire dénué de tout contenu.

Toutefois, l'analyse profonde du principe d'exclusion des marchés publics de défense et de sécurité permet de comprendre les raisons légitimes qui ont présidées à l'introduction de ce principe dans le droit communautaire UEMOA. Il existerait ainsi plus de raisons à le promouvoir que des motifs pouvant justifier une éventuelle non application du principe d'exclusion. Il serait alors judicieux d'inviter, comme le faisait Michel Camdessus⁴¹ à l'égard des Etats épouvantés par le développement vertigineux de la mondialisation, les Etats membres de l'UEMOA et particulièrement ceux qui doutent encore de la capacité du principe d'exclusion à leur assurer, à la fois, une protection effective et suffisante de la souveraineté nationale et internationale et une utilisation judicieuse et transparente des deniers publics à ne point ni sacraliser ni diaboliser ce principe, mais tenter de la faire évoluer pour mieux l'adapter aux exigences de transparence de la commande publique et d'efficacité des finances publiques.

⁴⁰ Voir les articles 2 et 77 du décret sénégalais n°2022-2295 du 28 septembre 2022 portant code des marchés publics.

⁴¹ **Michel CAMDESSUS** pense que « *La mondialisation, parce qu'elle rapproche les peuples, peut-être une avancée vers l'unité du monde* ». Selon lui, « *Il ne faut ni la sacraliser ni la diaboliser, mais tenter de l'humaniser au nom de la dignité de la personne* », **Michel CAMDESSUS**, ancien directeur général du Fonds Monétaire International (FMI), Inédit.



II- UNE EXCLUSION NECESSAIRE.

L'euphorie autour de la récupération du principe d'exclusion s'est justifiée par sa transposition rapide dans les tous premiers codes des marchés publics des Etats- membres au lendemain de l'adoption de la directive n°04/2005⁴².

Le principe d'exclusion, malgré toutes les insuffisances qu'il peut comporter ne manque pas de motifs de justification au regard de l'objet (A) et des caractéristiques(B) du contrat de défense et de sécurité.

A- LA JUSTIFICATION DU PRINCIPE D'EXCLUSION DES MESURES PUBLICITAIRES.

Tous les marchés passés par les ministères de la défense nationale et de la sécurité publique ne sont pas des marchés de défense et de sécurité. Ces marchés diffèrent des marchés de fourniture et de services courant passés par ces ministères par leur objet (1) et leur nature (2) qui font d'eux des contrats particuliers.

1- L'objet du contrat de défense et de sécurité.

Le législateur UEMOA ne donne aucune définition de la notion de marché de défense et de sécurité, ni de précision sur les biens et services entrant dans le cadre « *des besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité* ». Il est donc revenu à chaque Etat-membre de proposer une définition à cette notion.

Au sens du législateur sénégalais, sont considérés comme des marchés de défense et de sécurité les marchés de fournitures, services et travaux passés pour assurer les besoins de la défense nationale et qui ont pour objet la conception, l'essai, l'expérimentation, la réalisation, l'acquisition, le maintien opérationnel, l'utilisation ou la destruction des armes, munitions et matériels de guerre. Font aussi parti de cette catégorie les marchés de fournitures dont l'objet est la réalisation de démonstrateurs ou de prototypes d'armes, munitions et matériels de guerre ou encore les marchés de fournitures qui ont pour objet les composants, les outillages, les consommables et les moyens d'évaluation et d'essai spécifiquement conçus pour la fabrication, l'emploi ou le maintien en condition opérationnelle des armes, munitions et matériels de guerre ou concourant à leur efficacité militaire.

En ce qui concerne les marchés de service, le législateur sénégalais désigne comme tels les marchés qui présentent un lien direct avec la stratégie militaire ou l'emploi des armes et qui ont pour objet soit les études exploratoires et les études technico opérationnelles relatives aux équipements futurs, les études biologiques, médicales, hydrographiques ou prospectives.

Dans ce même cadre, les marchés de travaux pouvant être qualifiés de marchés secrets sont ceux directement liés à la réalisation, l'emploi, le maintien en condition opérationnelle et l'évaluation des armes, munitions et matériels de guerre.

⁴² Voir les articles 2 et 77 du décret sénégalais n°2022-2295 du 28 septembre 2022 portant code des marchés publics.



Enfin, Les marchés portant sur des fournitures, services et travaux destinés à des fins de défense civile sont également des marchés secrets. Ces marchés portent sur des prestations visant à assurer l'ordre public, la protection matérielle et morale des personnes et la sauvegarde des installations et ressources d'intérêt général ainsi que l'appui au maintien ou au rétablissement de la liberté d'action des autorités militaires sur l'ensemble du territoire. Il peut également s'agir des marchés relatifs à la sécurité nationale et passés en vue de prévenir une menace, notamment terroriste, et plus généralement de prestataires qui, du fait de leurs prestations, accèdent à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'État et à son potentiel scientifique et économique ou les marchés passés en vertu d'un accord international relatif à la participation des troupes sénégalaises à des opérations de maintien de la paix⁴³. Tels sont les biens et services que le législateur exclut de l'application du code des marchés publics. Cependant, pour être considéré comme marchés de défense et de sécurité et emporter l'exclusion des mesures de publicité, leur acquisition doit exiger le secret ou comporter des intérêts incompatibles avec les mesures de publicité.

Au sens du législateur béninois « *Constituent des besoins exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts de l'Etat est incompatible avec les mesures de publicité, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers intéressant la défense, la sécurité publique et assimilées qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou qui sont tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale et dont la recherche, l'appropriation, le détournement, la reproduction, la divulgation ou la destruction constituent des infractions à la sûreté de l'Etat* »⁴⁴.

Sont donc exclus de cette catégorie, « *tous les marchés publics de travaux, de fournitures et de services concernant le fonctionnement courant de l'administration dans le domaine de la défense, de la sécurité publique et assimilées* »⁴⁵.

Par ces définitions, les législateurs sénégalais et béninois tentent de définir le champ général des marchés de défense et de sécurité. Ces définitions apportent des précisions générales sur la notion de marché de défense et de sécurité. Toutefois, elles n'éclairent pas suffisamment l'acheteur public et les entreprises quant aux critères permettant de distinguer les marchés publics de défense et de sécurité aux marchés publics classiques. Elles souffrent également de précisions concernant la nature et l'objet des prestations secrètes. Il faut tout de même reconnaître le mérite du législateur béninois qui a apporté dans la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin une précision⁴⁶ de grande valeur concernant la notion de prestation classée secret- défense. Cette précision que ne comportait pas les deux précédentes lois⁴⁷ sur les marchés publics marque une évolution significative de la réglementation des marchés publics de défense et de sécurité et une volonté

⁴³ Article 76.2 du décret 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics au Sénégal.

⁴⁴ Article 6 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Voir l'article 6 de la loi n° 2020-26 du 29 septembre 2020 portant Code des Marchés Publics en République du Bénin : « *tous les marchés publics de travaux, de fournitures et de services concernant le fonctionnement courant de l'administration dans le domaine de la défense, de la sécurité publique et assimilées* »

⁴⁷ Il s'agit de la loi N°2009-02 du 07 août 2009 portant Code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin et de la loi n°2017-04 du 19 octobre 2017 portant Code des marchés publics en République du Bénin.



des acteurs de la commande publique de lever toute équivoque sur la notion de marché public de défense et de sécurité. Le législateur aurait certainement tiré leçon de la décennie de gestion hasardeuse des marchés publics de défense et de sécurité avec tout ce qu'elle comporte comme conséquences pour les deniers publics. Par cette précision enfin, le Parlement béninois entend mettre fin à l'amalgame longtemps entretenu par les acheteurs publics de la défense et de la sécurité autour de la notion de prestation relevant de secret défense. Néanmoins, comme nous pouvons le constater, la notion de marché public de défense et de sécurité n'est pas encore à maturité au Bénin.

La question est plus amplement traitée en droit européen notamment dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

En effet, Le Traité de Rome déclare au sujet des acquisitions de défense et de sécurité que « *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 matériels de guerre, à la condition toutefois que ces mesures n'altèrent pas les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* »⁴⁸. Cette exemption permet à tout Etat membre de l'Union Européenne (UE) de prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre, mais de sorte que ces mesures n'altèrent pas les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires⁴⁹. La notion de « *fins spécifiquement militaires* » introduit dans le droit européen apporte une précision de taille sur la distinction des marchés de défense et de sécurité. Elle éclaire notamment tous les acteurs de la commande publique sur la notion d'équipement duals qui ne sont pas toujours des marchés de défense et de sécurité. Les droits communautaire et interne sont invité à réfléchir dans ce sens. Cela participe d'un recadrage conséquent du périmètre du contrat de défense et de sécurité.

2- La nécessité d'un recadrage du périmètre du contrat de défense et de sécurité.

Malgré les efforts des législateurs pour encadrer les acheteurs dans l'exploitation des exemptions au droit commun de la commande publique des marchés de défense et de sécurité, plusieurs difficultés dues au maniement de cette exemption peuvent se poser.

En effet, l'objectif est d'éclairer davantage les Etats sur la signification réelle des exemptions et ce faisant, de les empêcher de glisser dans les procédures adaptées aux marchés de défense et de sécurité, des marchés qui n'appartiendraient pas à cette catégorie.

En réalité, le législateur autorise l'acheteur public à déroger aux procédures traditionnelles des marchés publics dès lors que le besoin à acquérir exige « *le secret* » ou pour l'acquisition duquel « *la protection des intérêts essentiels de l'Etat* » est incompatible aux mesures publicitaires. A cet effet, l'acheteur public devra s'approprier l'interprétation stricte de la notion de marché public de défense et de sécurité compris comme « *la fourniture d'équipements*

⁴⁸ Voir art.346 TFUE.

⁴⁹ Affaire C- 337/05 commission v Italie, recueil 2008 I- 519, paragraphe 47 ; affaire T-26/01 Flocchi munizioni, recueil 2003 II- 3951, paragraphe 62 ; voir **Baudouin Heuninckx**, « A note on Case Commission v Italy (Case C-337/05 », Public Procurement Law Review, Volume 17, n°5, p.NA189.



conçus spécifiquement ou adaptés à des fins militaires et destinés à être utilisés comme arme, munition ou matériel de guerre, ainsi que les travaux, fournitures ou services directement liés à un tel équipement militaire »⁵⁰.

L'intérêt de cette interprétation stricte réside dans sa capacité à éclairer l'acheteur public sur la notion de « *fins spécifiquement militaires* » attachée à certains équipements dont l'acquisition fait intervenir, nécessite ou comporte des informations classifiées⁵¹. D'ailleurs, cette notion a fait l'objet de nombreux débats, notamment devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) pour tenter de limiter l'application du droit dérogatoire reconnu aux marchés de défense et de sécurité à des équipements duals, c'est-à-dire ceux ayant une finalité civile et militaire. La jurisprudence européenne est plusieurs fois intervenue pour faire la lumière sur cette question.

La première est relative à la décision du 2 octobre 2008 Commission c/ Italie⁵² qui symbolise le fondement du raisonnement du juge européen. Selon les faits, l'Etat Italien avait organisé, par un décret ministériel, un régime juridique de passation de marché de fourniture d'hélicoptère destiné aux besoins des forces de police nationale sans aucune formalité publicitaire et de mise en concurrence préalable. Cela a suscité un recours en manquement introduit par la Commission, auquel l'Italie répond en mettant en avant le fait que ses hélicoptères constituent des biens à double finalité civile et militaire. Ainsi, elle était en droit de s'affranchir des procédures de droit commun. La Cour retient d'abord que l'atteinte aux règles de concurrence ne peut être tolérée que pour des biens ou équipements dont la finalité est spécifiquement militaire. En l'espèce, les hélicoptères étaient destinés à une utilisation civile certaine avec une finalité militaire qui n'est qu'éventuelle. L'Italie est donc logiquement sanctionnée en manquement de la législation communautaire des marchés publics. En somme, la simple possibilité de finalité militaire d'un équipement civil ne suffit pas à le qualifier d'équipement de sécurité ou de défense⁵³.

La seconde est une décision rendue par la Cour du Luxembourg le 7 juin 2012 (Insinöörtoim isto InsTiim c/ Finlande). Cette décision, particulièrement étayée⁵⁴ est toujours relative à cette même interprétation stricte de la notion de marché public de défense et de sécurité. En effet, en 2008, l'armée finlandaise a lancé un appel d'offre portant sur une plateforme tournante destinée à effectuer des mesures électromagnétiques. Cette plateforme tournante devrait aussi servir à des simulations de combat. La procédure de passation s'étant donc appliquée sans respect de la publicité préalable de droit commun, la société finlandaise évincée a soutenu qu'elle a violé le droit européen dérivé, pour cause la plateforme est avant tout une innovation civile. A l'inverse, la Finlande soutient que la plateforme a été acquise à « des fins spécifiquement militaires [...] destinées à des simulations de combat ». Invitée à se prononcer sur cette affaire, la Cour a fait observer que, pour que « l'objet en cause soit destiné à des fins spécifiquement militaires non seulement cela doit découler de son application concrète, déterminé par le pouvoir adjudicateur, mais aussi de par sa conception et ses propriétés » Autrement dit, la finalité militaire ne doit

⁵⁰ **Muriel Roques- Etienne- Philippe Benassaya**, Mission « flash » sur les marchés publics européens de défense, p.1.

⁵¹ CE, 18 déc. 2019, aff. C- 431696/7 et 2, Ministère de la transition écologique et solidaire c/ Société Sunrock.

⁵² CJCE, 2 oct. 2008, aff. C-157/06, Comm. CE c/ Rép. Italienne.

⁵³ **Gaspard TERRAY**, *les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence*, op.cit., pp. 20-21.

⁵⁴ CJUE, 7 juin 2012, n° C-615/10, Insinöörtoim isto InsTiim i Oy, AJDA 2012. 1575, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci.



pas se limiter à une dimension subjective édictée par le pouvoir adjudicateur, encore faut-il qu'objectivement l'équipement soit de manière intrinsèque dans sa conception, ses propriétés, ses caractéristiques ou encore sa réalisation un équipement de défense. Partant, la Cour de Luxembourg précise la nature de l'adaptation à des fins militaires : cette-dernière doit constituer des « modifications substantielles ». En définitive, l'équipement civil doit être modifié substantiellement à des fins militaires pour emporter la qualification de marché de défense et de sécurité⁵⁵.

La dernière jurisprudence date du 18 décembre 2019 et porte la plume du Conseil d'Etat (CE) français, Ministère de la transition écologique et solidaire c/ Société Sunrock. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la direction générale des infrastructures, des transports et de la mer du ministère de la Transition écologique et solidaire a lancé le 27 mars 2019, une consultation qui porte sur la fourniture de pistolets semi-automatiques de calibre 9 x 19 mm et de leurs étuis, de porte-chargeurs et de prestations annexes. A la date limite de remise des offres, une seule candidature avait été enregistrée. La société Sunrock a demandé l'annulation de la procédure de passation de ce marché, au motif que la rédaction des « *spécifications techniques* » l'empêchait de se porter utilement candidate. Par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure de passation de ce marché au motif que l'interdiction d'une pédale de sûreté à l'arrière de la poignée constituerait une atteinte à la concurrence, non justifiée par l'objet du marché. Le ministre se pourvoit en cassation contre cette ordonnance. Soutenant qu'il s'agit là d'un marché de défense et de sécurité, le ministre estime que le juge des référés aurait violé la loi en annulant le marché. Observant que le marché contesté a été conclu pour doter le service compétent des moyens matériels destinés à l'exercice de missions de police en mer, le juge déclare qu'un tel marché ne peut être regardé comme un marché de défense. Par suite, le moyen tiré de ce que le juge du référé précontractuel aurait commis une erreur de droit en annulant la procédure, en méconnaissance des dispositions précitées des lois en vigueur, doit être écarté. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que les pistolets à fournir devaient être conformes à toutes les spécifications techniques principales. De plus, en jugeant que certaines caractéristiques techniques, comme « *l'absence de pédale de sûreté à l'arrière de la poignée* », avaient pour effet d'exclure irrégulièrement a priori certains opérateurs, dont la société Sunrock, alors qu'elles n'étaient pas justifiées par l'objet du marché, le juge du référé précontractuel a porté sur les faits qui lui étaient soumis une appréciation souveraine exempte de dénaturation par une ordonnance suffisamment motivée sur ce point. Au demeurant, la circonstance que les équipements concernés soient des armes ne suffit pas pour que le marché soit qualifié de marché de défense et de sécurité. Il faut en plus que ces équipements répondent à une finalité de défense ou de sécurité nationale. En l'espèce, rien ne justifierait la dérogation plus largement au droit commun des marchés publics pour des marchés ne poursuivant pas cette finalité.

Toutefois, malgré la profusion de jurisprudence européenne, la question des équipements à vocation duale n'a jamais été évoquée devant le juge interne ou même communautaire UEMOA et reste, par conséquent, en suspens. En faisant œuvre de prospective, le juge administratif

⁵⁵ **Gaspard TERRAY**, *les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence*, op.cit., p.21.



national ou communautaire pourrait, à l'instar de son homologue européen, contribuer à éclairer l'acheteur sur la nature et l'objet exacte des marchés de défense et de sécurité. Ils auraient ainsi contribué à éviter l'ouverture de « *la boîte de Pandore* », « *celle de l'explosion des équipements de défense à vocation duale* »⁵⁶.

Comme démontré, l'exclusion des mesures publicitaires du processus de passation des marchés publics de défense et de sécurité se justifie au regard de l'objet des prestations dues dans les secteurs de défense et de sécurité. Elle l'est également au regard des caractéristiques du contrat de défense et de sécurité.

B- LES CARACTERISTIQUES DU CONTRAT DE DEFENSE ET DE SECURITE.

Comme tous les marchés publics, la passation des marchés publics de défense et de sécurité est soumise aux principes fondamentaux de la commande publique. Toutefois, les caractéristiques des marchés de défense et de sécurité peuvent nécessiter des mesures de dispense de publicité pourtant opposables aux marchés classiques.

En effet, bien que toute acquisition d'équipement militaire soit, en principe, un marché public puisqu'elle n'est réservée qu'aux seules personnes publiques, les marchés de défense et de sécurité, marchés publics aux nombreuses spécificités, sont objet des pratiques très éloignées de celles des marchés publics classiques. Il sera examiné dans cette partie l'influence de la nature des équipements de défense et de sécurité (1) et des enjeux stratégiques liés à leur acquisition (2) sur les exemptions des mesures de publicité dans les procédures de passation des marchés publics de défense et de sécurité.

1- La nature des équipements de défense et de sécurité.

La nature des équipements influence particulièrement le processus d'approvisionnement de défense et de sécurité.

Dans ce processus, les ministères de la défense nationale et de la sécurité publique ont reçu la lourde mission d'acheter au nom et au profit de l'Etat les équipements nécessaires au fonctionnement normal des forces de défense et de sécurité. Cette mission leur confère le rôle de maître d'ouvrage.

D'une manière générale, les marchés publics peuvent être passés par toutes les personnes publiques. Mais la situation est totalement différente lorsque le marché porte sur les armes, munitions ou matériels de guerre conçus ou adaptés à des fins spécifiquement militaires. En effet, l'Etat est exclusivement le seul pouvoir adjudicateur des marchés publics de défense ou de sécurité, sauf exceptions très rares⁵⁷.

Cette position de monopsonie qu'occupe l'Etat dans le processus d'approvisionnement des équipements de défense et de sécurité se justifie par le fait que, l'acquisition d'armes, munitions ou matériels de guerre est d'ordre régalién. Les questions liées à ces équipements sont des questions de hautes portées extrêmement sensibles pour l'Etat.

⁵⁶ **Gaspard TERRAY**, les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence, op.cit., p.21.

⁵⁷ En effet, pour des raisons sécuritaires, le pouvoir adjudicateur des marchés de défense et de sécurité est exclusivement l'Etat ou l'un de ses démembrements. Toutefois, exceptionnellement, les polices municipales peuvent passer des contrats d'armes et munitions de petits calibres.



Les conséquences de cette position de monopsonne du marché de l'armement sont nombreuses. Entre autres, cette position peut mettre l'Etat dans une situation opportuniste. En effet, sa position d'unique acheteur renforce son pouvoir sur son cocontractant. L'autre conséquence réside dans le fait que l'Etat est amené à financer une grande partie, voire même la totalité, de ses acquisitions, des frais de recherche technique et technologique pour le développement des capacités industrielles propres dans le domaine de l'armement. Enfin, cette position de monopsonne crée entre l'Etat et les industriels du secteur de la défense, une relation étroite de dépendance bilatérale forte, de long terme, ce qui peut entraîner des conséquences importantes en matière contractuelle⁵⁸.

Les titulaires des contrats d'approvisionnement sont les industriels du secteur de la défense qui assurent la production et le maintien en condition des armes et équipements militaires divers. Mais pour les pays en voie de développement ou sous-développés comme le Bénin qui ne disposent pas d'industries de défense et qui sont obligés de s'approvisionner auprès de certaines grandes puissances (Etats-Unis, Russie, France, Grande-Bretagne) productrices d'armes, ils confient à certaines personnes (physique ou morale) titulaires du statut de maître d'œuvre industriel, la responsabilité partielle ou totale des actions nécessaires à l'approvisionnement de systèmes de défense pour leur compte⁵⁹. Autant il existe très peu d'entreprises d'armement dans le monde, autant il existe très peu de personnes physiques ou morales spécialistes des questions d'armement⁶⁰. A un client unique ou presque, l'Etat, acheteur unique fait face à un nombre très limité d'entreprises susceptibles de répondre à ses besoins. C'est en particulier le cas pour les armements, produits de haute technologie que seules quelques entreprises ou opérateurs nationaux ou internationaux sont capables de produire ou de fournir. Du point de vue économique, le marché de l'armement est donc caractérisé par la relation du couple oligopole (nombre limité de vendeurs) - oligopsonne⁶¹ (nombre limité d'acheteurs).

L'origine de cette situation en Europe est le mouvement important de concentration qui a eu lieu dans les années 1990. Ce mouvement de concentration qui a été en partie impulsé par les Etats européens qui ont soutenu les restructurations des industries européennes de défense dans un élan de construction d'une Europe de défense et une volonté commune d'assurer le maintien et le développement des bases industrielles et technologiques de défense nationales et européennes dans un contexte de réduction des crédits budgétaires alloués à l'approvisionnement d'armement.

La création en 1997 autour de Thomson-CSF d'un pôle d'électronique de défense a absorbé Dassault Electronique et les activités militaires d'Alcatel. En 2000, ce groupe, à son tour a fusionné avec Racal (Grande-Bretagne) et a pris le nom de Thalès.

Ce mouvement a aussi favorisé la constitution d'un pôle aéronautique en 1997 par la fusion entre Aérospatiale et Matra Hautes Technologies. Ce nouveau groupe formé s'est associé en

⁵⁸ **Jean- Michel OUDOT**, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, Thèse de doctorat, Université Paris I- Panthéon Sorbonne, 2007, pp.28-29.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ **Jean- Michel OUDOT**, *op.cit.*, p.31.

⁶¹ **Muriel Roques- Etienne- Philippe Benassaya**, Mission « flash » sur les marchés publics européens de défense, *op.cit.*, p.3.



2000 avec l'allemand DASA et l'espagnol CASA pour donner naissance à un géant de l'aéronautique : le groupe EADS.

Ces regroupements expliquent donc l'accroissement considérable des firmes de défense et la diminution remarquable de leur nombre. Par voie de conséquence, ce mouvement réduit considérablement les options de choix du fournisseur de l'Etat dans le domaine des équipements de défense et de sécurité et renforce la relation d'interdépendance entre l'Etat et ses fournisseurs.

A l'analyse, l'on serait tenté d'affirmer que la production des équipements de défense et de sécurité est la chasse gardée des grandes puissances économiques et militaires. Elle leur permet de maintenir leur domination (politique et économique) sur les Etats pauvres ou en développement. La production des armes est donc une question cruciale qui recentre la question des enjeux stratégiques liés aux questions de défense et de sécurité.

2- Les enjeux stratégiques liés aux questions de défense et de sécurité.

La production et le commerce d'armement sont intimement liés à la souveraineté de l'État et sont donc des sujets hautement symboliques et politiques⁶². Les marchés de défense et de sécurité sont également souvent utilisés comme outils pour exercer une influence politique et économique en complément de l'action de l'État dans le domaine des affaires étrangères⁶³. Les problèmes du contrat d'acquisition des avions ravitailleurs de l'Armée de l'Air américaine à Boeing ou à un consortium incluant Airbus, et dont l'attribution a été annulée par deux fois, démontrent bien cette sensibilité⁶⁴. La réglementation des marchés publics d'armement doit donc être vue dans un cadre économique, stratégique et politique.

Les marchés de défense jouent un rôle économique important au sein des Etats. En 2009, la totalité des dépenses de défense des Etats de l'UE se montait à environ 194 milliards d'euros, dont environ 41 pour l'acquisition d'équipement et la recherche et le développement, et 44 pour les opérations et l'entretien du matériel, activités qui sont dans leur quasi-totalité effectuées via des marchés publics⁶⁵. De même, dans le contexte africain, ces dernières années, les conflits internationaux (rebellions, coups d'Etat, terrorisme) ne cessent d'augmenter principalement dans les pays la zone franc CFA. Cette situation a induit une hausse significative des dépenses

⁶² **Sandra Mezzadri**, *L'ouverture des Marchés de la Défense : Enjeux et Modalités*, Occasional Paper n° 12, Paris, Institut d'Etudes de Sécurité, 2000, p. 6.

⁶³ Mawdsley J., Quille G. et al., *Equipping the Rapid Reaction Force – Options for and Constraints on a European Defence Equipment Strategy*, Paper n° 33, Bonn, BICC, 2003, p. 29, cité par Baudouin Heuinckx, «Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », *Pyramides* [En ligne], 21 | 2011, p.2.

⁶⁴ **Brothers C.**, « Boeing and Airbus Prepare (Again) for Tanker Battle », *New York Times*, 16 juin 2009, <http://www.nytimes.com/2009/06/17/business/global/17boeing.html>, consulté le 3 février 2011, cité par **Baudouin Heuinckx**, « Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », op.cit., p.2.

⁶⁵ Agence Européenne de Défense, « Defence Data 2009 », décembre 2010, <http://www.eda.europa.eu/defencefacts/>, consulté le 3 février 2011, p. 6 – ces chiffres n'incluent pas le Danemark ; Darnis J-P., et al., *Lessons Learned from European Defence Equipment Programmes*, Occasional Paper n° 69, Paris, Institut d'Etudes de Sécurité, 2007, p. 3 ; Commission Staff Working Document accompanying the Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement – Impact assessment, SEC (2006)1554, §1.1.5; Owen E. et McCall I., « Economic impact of the defence procurement directive », dans Rosenkötter A., Fritz A., Stuesson A., Owen N. et McCall I., *Briefing Notes on Defence Procurement*, Bruxelles, Parlement Européen, 2008, pp. 31-58, p. 48, cité par Baudouin Heuinckx, «Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », op.cit., p.2.



militaires pour supporter les charges liées aux recrutements de personnels militaires, à la formation des soldats, aux infrastructures militaires, à l'acquisition et à l'entretien des équipements. Sur la période 2022- 2023, les pays de l'UEMOA ont alloués la bagatelle somme de 3,29 milliards de dollars américain aux dépenses militaires. Ces dépenses placent six pays de l'UEMOA dans le classement des dix pays africains ayant consenti plus d'argent dans les dépenses militaires. En tête de ce classement l'on retrouve le Burkina Faso (793,4 milliards de dollars), suivi du Mali (727,4 milliards de dollars). La Côte d'Ivoire est 3^{ème} au classement avec un investissement de 636 millions de dollars. Le Sénégal 5^{ème}, le Niger 7^{ème}, le Togo 9^{ème} et le Bénin 11^{ème} avec respectivement un investissement de 412, 309, 256 et 131 milliards de dollars⁶⁶. Cet investissement massif des Etats de l'UEMOA renforce malheureusement leur dépendance vis-à-vis des Etats producteurs d'armement comme les USA, la Russie, La Grande-Bretagne, la France et relance à juste titre la question de la nécessité d'une Base Industrielle et Technologique de défense au sein de la zone UEMOA.

L'acquisition des armements auprès d'une entreprise ou d'un Etat revient, dans une large mesure, à en devenir dépendant. Cela justifie le fait que les relations entre l'Etat et les entreprises soient des relations de longue durée et très peu diversifiées. En particulier, pour les Etats qui ne disposent pas de base technologique et industrielle de défense (BIT) sur leur territoire et qui importent la quasi-totalité de leurs armements, le changement de partenaire technique ou d'Etat fournisseur peut avoir des conséquences dramatiques au plan diplomatique. L'on peut le constater avec les cas du Mali et du Burkina Faso et plus généralement de la tendance des pays francophone de la partie Ouest africaine, qui, dans une dynamique d'affranchissement de la tutelle de l'ancienne puissance coloniale, ont décidé de diversifier leurs sources d'approvisionnement en armements en se trouvant vers de nouveaux fournisseurs tel que la Russie⁶⁷. Ce revirement partenarial inattendu inquiète épouvantablement certaines puissances Occidentales comme la France qui n'ont pas tardé à annoncer la « *suspension de leurs actions d'aides au développement* »⁶⁸ au niveau de ces Etats dissidents. C'est également le cas de l'Ukraine dont les tendances occidentales ont fini par exaspérer la Russie voisine qui a décidé le 24 février 2022 de l'envahir par un conflit aérien, maritime et terrestre avec pour objectif de « *démilitariser et dénazifier l'Ukraine* »⁶⁹ afin de mettre un terme définitif à son désir de rejoindre l'alliance défensive occidentale, l'OTAN⁷⁰. Ainsi donc, tout Etat qui aspire à

⁶⁶ Voir Sika finance, AES : 1121 milliards FCFA de dépenses militaires consenties en 2023, Disponible sur <https://www.sikafinance.com/marches/aes-1-121-milliards-fcfa-de-depenses-militaires-consenties-en-2023-45920>, consulté le 9 juillet 2024.

⁶⁷ Selon les informations de l'AFP, rapportées par « *jeune Afrique* », cinq avions et quatre drones étaient stationnés sur le tarmac de l'aéroport de Bamako ce jeudi 16 mars 2023. Le journal précise en outre que « des livraisons d'équipement militaire russe avaient déjà eu lieu en mars et août 2022, puis en janvier 2023 », information disponible sur <https://www.jeuneafrique.com>. TV5 Monde informations précise à ce sujet que « *le partenariat avec la Russie ne cesse de se renforcer depuis la rupture avec la France* », TV5 Monde information, publication du 21/01/2023, disponible sur <https://information.tv5monde.com>, consulté le 11/09/2023.

⁶⁸ Le lundi 07 août 2023, dans la foulée du coup d'Etat nigérien ont annoncé que la France, par la voix de son ministre des affaires étrangères a annoncé la suspension « jusqu'à nouvel ordre toutes ses actions d'aide au développement et d'appui budgétaire » au Burkina Faso. Information relayée par France 24 et RFI, disponible sur <https://www.france24.com> et <https://www.rfi.fr>, dernières consultations : le 11/09/2023.

⁶⁹ BBC News Afrique, « Pourquoi Poutine a-t-il envahi l'Ukraine et que veut-il ? », disponible sur <https://www.bbc.com/afrique/monde-60431145>, dernière consultation : le 23 août 2023.

⁷⁰ OTAN : Organisation du Traité de l'Atlantique nord est une organisation politico- militaire mise en place par les pays signataires du traité de l'Atlantique Nord afin de pouvoir remplir leurs obligations de sécurité et de défense collective. Il regroupe des pays d'Europe et d'Amérique du Nord.



une totale indépendance nationale doit créer les conditions nécessaires favorables à l'installation d'une base industrielle technologique et de défense (BITD) sur son territoire. C'est une condition essentielle à toute politique d'indépendance nationale. C'est pourquoi tous les Etats qui aspirent à cette indépendance travaillent inlassablement à la construction d'une armée moderne, équipée et opérationnelle à travers une politique de long terme de construction d'une industrie de défense couvrant l'ensemble ou presque de leurs besoins en armements. C'est le pari réussi par les Etats comme les Etats- Unis d'Amérique, la Russie, la Chine, le Royaume-uni, la France, l'Allemagne...Etc. Il serait convenable que les Etats d'Afrique en général et ceux de la partie occidentale française en particuliers s'inspirent de la politique d'indépendance militaire de ces grandes puissances pour leur indépendance réelle.

Les exigences de secret- défense ont aussi une grande influence sur le choix du cocontractant de l'Etat dans la passation des marchés publics de défense et de sécurité. En effet, lorsqu'un Etat dispose sur son territoire d'une BITD à même de lui fournir les équipements nécessaires, le contrat prend la forme d'une négociation de gré à gré, sans mise en concurrence, étant donné qu'il n'existe généralement qu'un seul fournisseur national par type d'équipement⁷¹. Les marchés publics dans ces pays, sont un moyen de soutenir, par des subventions régulières, la BITD nationale, composante essentielle de l'indépendance du pays.

Mais pour un Etat qui ne dispose pas d'une BITD, la logique voudrait qu'il mette en concurrence les fournisseurs étrangers, afin de disposer des meilleurs équipements aux meilleurs prix. Toutefois, il n'en va pas forcément ainsi car même dans ce cas, un tel Etat a tendance à privilégier la négociation de gré à gré. Car, l'achat d'équipements militaires participe à la stratégie de défense d'un pays et le choix d'un fournisseur à une forte dimension politique. Ainsi, un Etat qui s'en remet à l'OTAN pour sa défense aura tendance à privilégier les armements américains⁷².

Enfin, les enjeux stratégiques des équipements de défense et de sécurité s'expriment encore avec véhémence lorsqu'il est observé que, « *le prix* », traditionnel critère déterminant, pondéré le cas échéant avec les critères qualitatifs, ne suffisent plus à déterminer le choix de l'adjudicateur. En effet, il est arrivé des cas où, pour des raisons tenant à sa stratégie de défense, un Etat va préférer en priorité acquérir l'équipement produit par une entreprise nationale plutôt que par une entreprise étrangère. Le cas particulier des pays non producteurs d'armements est illustratif. Ceux-ci notamment privilégient les équipements produits par une entreprise d'un Etat dont ils ont la protection, même si ces équipements sont reconnus moins performants et / ou plus chers⁷³.

Conclusion.

Malgré l'absence remarquée d'une définition claire des exclusions, l'émergence d'un droit des marchés publics de défense et de sécurité est clairement constatée dans la partie francophone

⁷¹ **Muriel Roques- Etienne- Philippe Benassaya**, Mission « *flash* » sur les marchés publics européens de défense, *op.cit.*, p.3. Les auteurs, justifient leur déclaration par le fait qu'en France, il n'existe qu'un seul fabricant d'avion de chasse (Dassault), qu'un seul chantier naval militaire (Naval Group) et qu'un seul fabricant de chars (Nexter).

⁷² **Muriel Roques- Etienne- Philippe Benassaya**, Mission « *flash* » sur les marchés publics européens de défense, *op.cit.*, pp.3-4.

⁷³ **Ibidem.**



de l'Afrique de l'Ouest. Au Bénin comme dans la plupart des Etats de l'UEMOA, ces marchés bénéficient d'un traitement particulier, adapté à leur spécificité. Ce traitement particulier marqué par l'exclusion des mesures publicitaires dans le processus de passation des marchés publics de défense et de sécurité vise à protéger les intérêts fondamentaux des Etats. Cependant, les prérogatives de secret et de confidentialité achoppent sur les exigences de transparence et de concurrence des marchés publics. Ce nouveau droit, né avec l'avènement de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) est donc appelé à évoluer.

Certes, les motifs légitimes justifiant l'introduction de ce principe dans l'ordonnancement juridique des Etats membres de L'UEMOA ne manquent pas, mais encore, faudrait-il, aussi bien pour le législateur communautaire que pour le droit interne des Etats, pour sa perfection préciser les termes exacts de cette exclusion. Cette démarche de clarification juridique vise à mieux encadrer les acquisitions de défense et de sécurité. Leur passation se doit, non seulement de protéger les intérêts essentiels de l'Etat, de garantir son autonomie stratégique et de préserver son indépendance nationale mais aussi et surtout de respecter les principes de transparence et de concurrence attachés à tous contrat de marchés publics.



REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES.

- 1- ADOUN Wilfrid Hervé, AWOUDO François Koffi, *les dossiers de la république, investigation sur des anomalies de gouvernance et pratiques corruptives au Bénin de 2006 à 2015*, dossiers classés, tome 2, 2015, 428p.
- 2- BAUDE Florent, VALLEE Fabien, *Droit de la défense*, Paris, Ellipses, Edition Marketing S.A., 2012, 1046p.
- 3- CHARDIGNY Claudine, *Contrats et marchés publics de défense*, Paris, Bruylant, Editions Bruylant, 2013, 393p.
- 4- CLIQUENNOIS Martine, *Droit public économique*, Paris, Ellipses, 2001, 272p.
- 5- COHET Frédéric, *Le contrat*, Paris, PUG, 2è édition, 2020, 222p.
- 6- DREYFUS Jean David et MOKTHAR Florian, « l'application des nouvelles directives marchés à certains secteurs particuliers », *Revue Contrats Publics*, n°143, mai 2014, p.30.
- 7- EMERY Cyrille, *Passer un marché public : Principes, procédures et contentieux*, Paris, Delmas, 2001, 378p.
- 8- FELTZ Henri, *L'impact économique de la défense*, Avis, C.E.S., N°9, 2007, 82p.
- 9- GUEDON Julien, *La publicité dans les marchés publics : préalable indispensable à l'achat public ?* Mémoire pour le DESS Management du secteur public : collectivités et partenaires, Institut d'études Publiques de Lyon, Université Lumière Lyon 2, 2004, 80p.
- 10- HEUNINCKX Baudouin,
 - « A note on Case Commission v Italy (Case C-337/05) », *Public Procurement Law Review*, Volume 17, n°5, p.NA189.
 - « Évolutions récentes du droit européen des marchés publics de Défense », *Pyramides* [En ligne], 21 | 2011, p.2.
- 11- MALHIÈRE Pierre, *Le langage des Marchés publics*, édition méthodes et stratégie 111p.
- 12- ISSOUFOU Adamou, *Les mutations du droit des marchés publics au Niger et au Sénégal : contribution à l'étude de l'encadrement juridique d'une catégorie de dépense publique*, thèse de doctorat, université CHEIKH ANTA DIOP, 2015, 654p.
- 13- Mezzadri Sandra, *L'ouverture des Marchés de la Défense : Enjeux et Modalités, Occasional*, Paper n° 12, Paris, Institut d'Etudes de Sécurité, 2000, 39p.
- 14- OUDOT Jean- Michel, *Choix contractuels et performances : le cas des contrats d'approvisionnement de défense*, Thèse de doctorat, Université Paris I- Panthéon Sorbonne, 2007, 373p.
- 15- RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 8e édition, 2012, 798p.
- 16- ROQUES Muriel - BENASSAYA Etienne- Philippe, *Mission « flash » sur les marchés publics européens de défense*, Assemblée Nationale, 29 septembre 2011, 33p.
- 17- SAMB Seynabou, *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone. Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Fasso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, 815p.
- 18- SCHMITT Burkard (rapporteur), « Defence Procurement in the European Union – The Current Debate », Paris, *Institut d'Etudes de Sécurité*, 2005, p. 11.



- 19- TERRAY Gaspard, *Les marchés publics de défense et de sécurité et le droit de la concurrence*, mémoire de master 2, droit public des affaires, université Grenoble Alpes, 2016-2017, 91p.
- 20- TOURE Amadou Ousmane - LY Nourou - SOUMARE Samba - SAM Boubakar, Bureau de Vérificateur Général, République du Mali, Ministère de défense et des anciens combattants, octobre 2014, 241p.