
LE RECOURS À L'INITIATIVE SPONTANÉE PAR LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES DU SECTEUR DE LA DÉFENSE OU COMMENT FAIRE AVANCER LE DROIT PAR L'AUDACE

Guillaume FARDE

Docteur en sciences de gestion, Maître de conférences à l'IEP de Paris

Le paradigme économique classique du droit de la commande publique veut que les rôles respectifs des acteurs publics et privés soient ainsi circonscrits. À l'acteur public revient le rôle de l'identification du besoin. À la différence de la célèbre loi des débouchés théorisée par Jean-Baptiste Say et qui gouverne un marché privé où l'offre crée sa propre demande, le modèle économique dessiné par le droit de la commande publique a ceci d'atypique que la demande – en l'espèce, celle du pouvoir adjudicateur –, crée sa propre offre. Ce modèle serait une sorte de monopole où de multiples offreurs – les entrepreneurs de travaux, les fournisseurs et les prestataires de services – satisfont un demandeur unique qui leur signifie la nature et l'étendue de ses besoins au moyen d'un avis d'appel public à la concurrence. À l'opérateur économique privé revient donc l'attente patiente. Contrairement à la relation d'affaires privé-privé où la pression concurrentielle oblige à l'identification constante des besoins de clients potentiels qu'il faut être le premier à satisfaire, la relation d'affaires public-privé enferme l'opérateur économique privé dans un schéma délibérément limitatif qui neutralise chez lui toute forme d'innovation et de proactivité. L'avantage compétitif réside le plus souvent dans le critère prix, *a fortiori* face à des personnes publiques déjà lourdement endettées et tenues de limiter leurs investissements.

L'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat cherchait précisément à bousculer cet équilibre ancien. En créant dans son article 10, le mécanisme de l'initiative spontanée, elle intronisait la démarche coopérative au cœur du droit de la commande publique. Ce 17 juin 2004, le législateur pourtant réputé iconodoule, s'est fait iconoclaste et a ébranlé le dogme de la verticalité des contrats publics. Son iconoclastie ne s'est d'ailleurs pas limitée à la seule introduction sacrilège de procédés importés du droit privé en droit de la commande publique ; elle s'est également manifestée par l'atteinte portée au principe fondateur de l'auto-détermination des besoins publics. Pour la première fois en droit public français, un opérateur économique privé pouvait aller au-devant d'un pouvoir adjudicateur et lui soumettre un projet de contrat de partenariat sans que sa démarche qui s'inscrit depuis lors dans un cadre juridique bien défini, ne vicie la passation ultérieure du contrat. Ce 17 juin 2004, le législateur aura donc été doublement audacieux. Sa première audace résidait dans l'initiation d'un mouvement de transformation de la relation contractuelle de droit public où le couple traditionnel administration /

opérateur économique devait à terme, s'effacer au profit d'un second couple plus moderne, associant un partenaire d'affaires à un autre en vertu d'une logique empruntée à la common law. Dans un État attaché au caractère prétorien de son droit administratif, il fallait oser. Concomitamment, sa seconde audace consistait contre la tradition étatiste, à doter les opérateurs économiques privés des moyens de leur propre audace pour que les administrations bénéficient de leur savoir-faire et de leur inventivité.

Dans le secteur de la défense pourtant, les opérateurs économiques ne se sont officiellement saisis du procédé qu'à trois reprises¹. Chronologiquement, la première initiative spontanée a émané en 2010 d'une jeune Entreprise de services de sécurité et de défense (ESSD) et dont l'ambition originelle était d'ailleurs, de fonder son modèle économique sur ce procédé. Son projet, la location d'heures de vol d'Avions de transport tactique (ATT) au profit de l'École des troupes aéroportées de Pau (ETAP) n'a cependant pas retenu l'attention du ministère, pas plus que celui consistant en l'externalisation du soutien du Centre d'entraînement tactique (CENTAC) déposé par les Groupes Nexter et Thales en 2013. Il se dessine ainsi un décalage entre le dessein initial du législateur et l'appréhension effective de l'initiative spontanée par les opérateurs économiques du secteur de la défense. Les raisons du faible intérêt témoigné à ce procédé tiennent pour une large part, au flou juridique qui l'entoure. Si l'initiative spontanée réifie le rôle de force de proposition des opérateurs économiques du secteur de la défense en les dotant des moyens juridiques de leur proactivité (I), les vides juridiques restent nombreux et conduisent à sérieusement nuancer l'intérêt de ce procédé (II).

I. Le cadre juridique de l'initiative spontanée

L'initiative spontanée est à la fois atypique et révolutionnaire dans le paysage du droit de la commande publique : atypique parce qu'elle permet au secteur privé de pénétrer le cœur d'une forteresse jusque-là inexpugnable, celle de la détermination des besoins publics ; révolutionnaire parce que l'immixtion du secteur privé dans ce domaine réservé est encouragée par le législateur. L'initiative spontanée matérialise donc un acte de rupture dont l'étude du cadre juridique commande de distinguer le travail légistique des parlementaires (A) des précisions apportées *a posteriori* par l'administration (B).

A. La construction légistique de l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat

En droit de la commande publique français, la possibilité pour les opérateurs privés de présenter des initiatives spontanées à la personne publique est encadrée par l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat et

¹ Le 31 mai 2013, les groupes NEXTER et Thales ont déposé conjointement une initiative spontanée portant sur l'externalisation du soutien au profit d'un centre d'entraînement de l'armée de terre. Trois ans plus tôt, un énergéticien avait présenté une initiative spontanée portant sur le recours à un contrat de performance énergétique sur le site de Chambéry Roc Noir. L'offre a débouché sur une procédure de passation et le contrat a été notifié le 21 novembre 2011. Ces deux occurrences de l'initiative spontanée succèdent à celle déposée par une jeune ESSD le 17 juin 2010.

par l'article L. 1414-11 du Code général des collectivités territoriales. Aux termes de l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée « lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles 2 à 9 de la présente ordonnance »². Force est de relever que les termes « initiative » ou « offre » sont absents de cet article, tout comme le qualificatif « spontané ». Le déséquilibre de la relation contractuelle public-privé au profit de la personne publique transparait jusque dans le choix des mots et même lorsqu'il fait un pas vers l'égalité, le législateur conserve une formulation qui préserve – à tout le moins verbalement – l'inégalité. Ainsi présentée, l'initiative spontanée reste un dispositif qui ne déroge pas au caractère hiérarchisé du droit de la commande publique français : la personne privée propose et la personne publique dispose. Or, le législateur ouvre néanmoins la voie à un recours au contrat de partenariat sur initiative d'un candidat et c'est en cela que l'article 10 précité peut être perçu comme véritablement novateur. Cette possibilité encourage les opérateurs privés à se manifester dès lorsqu'ils élaborent des projets innovants et s'inscrit dans le mouvement général d'un rapprochement plus égalitaire des personnes publiques et privées, comme le feraient deux personnes privées dans une relation d'affaires classique.

Le régime juridique de l'initiative spontanée tel qu'établi par l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 fait cependant montre d'un certain déséquilibre au profit de la personne publique. Nonobstant une philosophie générale de rapprochement égalitaire, la relation reste juridiquement déséquilibrée. L'opérateur privé assume un risque (il dévoile un projet innovant voire même parfois une technologie innovante) et se heurte au caractère discrétionnaire de la personne publique qui même si elle trouve l'idée séduisante, conserve le droit de l'éconduire sans motif. D'ailleurs, aucun texte n'oblige la personne publique à accuser réception de ce type d'offre, ni même à en faire un examen approfondi. Cette dernière peut délibérément en ignorer la réception. Elle peut même si elle le souhaite, décider de n'y donner aucune suite sans aucun examen ni même sans en informer le dépositaire et ce, sans ne jamais contrevenir aux principes de l'ordonnance. Le mécanisme de l'initiative spontanée peut dès lors être légitimement perçu comme fort peu incitatif par les opérateurs privés qui s'exposeraient le cas échéant, à des risques juridiques conséquents pour des bénéfices économiques assez faibles.

Jugé trop peu attractif, ce cadre juridique initial a été modernisé par la loi du 28 juillet 2008, de sorte à bâtir un régime juridique plus en cohérence avec la dimension précisément « partenariale » véhiculée par l'article 10. À cette occasion, le législateur a rajouté à l'article 10 une disposition aux termes de laquelle « la communication à la personne publique d'une idée innovante, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire »³. En l'espèce, le législateur pensait renforcer l'intérêt de l'initiative spontanée en diminuant les inconvénients financiers. Son souhait était que l'initiative spontanée à l'origine d'une procédure de passation puisse permettre à son dépositaire de percevoir une prime forfaitaire dans l'éventualité où il ne serait

² Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat, art. 10.

³ *Ibid.*

pas attributaire du contrat à l'issue de ladite procédure. Le versement de cette indemnité forfaitaire ne recouvre cependant aucun caractère obligatoire. La personne publique décide discrétionnairement de son versement éventuel, de son montant et peut même le cas échéant, décider que cette indemnité sera versée par l'opérateur économique attributaire. D'autre part, les notions « d'idée innovante » et de « prime forfaitaire » sont définies de façon très incomplète et rien ne garantit que des opérateurs économiques puissent être effectivement bénéficiaires de versements sans contrepartie réelle : cela contreviendrait au principe de bonne utilisation des deniers publics. Les dispositions ajoutées par la loi du 28 juillet 2008 ne dissipent donc que très modestement le flou juridique redouté par les opérateurs privés.

Dans sa décision du 24 juillet 2008 sur la loi relative aux contrats de partenariat, le Conseil constitutionnel valide le principe de l'indemnité forfaitaire et considère que « les dispositions critiquées ne permettent le versement d'une prime à l'auteur d'une étude, d'une proposition ou d'une offre comportant une idée innovante que dans le seul cas où la personne publique conclut ensuite, avec un tiers, un contrat de partenariat »⁴. Il ajoute également « que le législateur a entendu ainsi encourager les entreprises à proposer des projets originaux aux personnes publiques [et] qu'en posant le principe du versement d'une prime forfaitaire et ses conditions d'octroi, il n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence »⁵. Cette jurisprudence ne saurait toutefois déborder du strict champ de compétences du Conseil constitutionnel auquel il n'appartient pas de se prononcer sur les cas litigieux dans lesquels un opérateur économique se revendiquerait d'une idée innovante dont une personne publique lui nierait la propriété. Au demeurant, dès lors que les personnes publiques récipiendaires d'initiatives spontanées ne sont tenues ni d'en accuser réception, ni d'en notifier leur rejet à leur dépositaire, l'insécurité juridique guette.

De façon plus générale l'ordonnance du 17 juin 2004 est trop imprécise dans sa rédaction et trop d'inconnues subsistent pour que les opérateurs privés aillent au-devant de ce type de procédure sans risque. En premier lieu, le dépôt d'une initiative spontanée ne donne lieu à aucun avantage concurrentiel. À la différence du Code des marchés publics dont l'article 35-II-8° prévoit que « peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité »⁶, l'ordonnance du 17 juin 2004 n'offre rigoureusement aucun avantage concurrentiel à l'opérateur privé ayant élaboré l'initiative spontanée et ce, même si le document en question repose sur des données techniques sensibles qui relèvent de la propriété industrielle ou qui fassent l'objet de brevets. L'opérateur privé initiateur s'expose ainsi au risque que des données techniques et/ou financières contenues dans son offre soient dévoilées aux autres candidats au moment de la procédure de passation. Rien ne protège son idée innovante au regard des concurrents et surtout, rien ne lui garantit l'aboutissement d'une démarche peu sûre juridiquement et coûteuse économiquement.

⁴ C. const., n° 2008-567 DC, 24 juil. 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 22.

⁵ *Ibid.*

⁶ Code des marchés publics, art. 35-II-8°.

En second lieu, l'ordonnance du 17 juin 2004 reste silencieuse sur la possibilité pour un même dépositaire de soumettre plusieurs initiatives spontanées sur le même projet. Au-delà de l'effet indésirable que produirait le dépôt trop régulier de la même offre, rien dans les textes applicables aux initiatives spontanées ne précise si l'initiateur est tenu de déposer une seconde initiative spontanée en cas d'évolution du besoin de la personne publique, d'évolution technologique ou encore d'évolution des éléments financiers de l'offre. Face à un tel flou, l'opérateur privé peut légitimement s'inquiéter de la possible péremption de son offre et ce d'autant plus qu'aucun texte ne précise la durée de validité d'une initiative spontanée. Cette imprécision menace doublement l'opérateur privé qui ne dispose d'aucune visibilité ni sur l'opportunité de réitérer son offre en cas de transformation du contexte au risque qu'elle ne périmé, ni sur la faculté de la personne publique de le solliciter bien des années après le dépôt de son offre alors que les données techniques et financières auraient été entretemps frappées d'obsolescence du fait de transformations contextuelles.

Enfin, l'ordonnance du 17 juin 2004 n'anticipe pas la situation où plusieurs opérateurs privés seraient à l'origine d'initiatives spontanées portant sur un même projet. Le silence des textes sur ce point précis est source d'une très forte insécurité juridique pour les initiateurs d'initiatives spontanées qui n'ont pas la certitude, le cas échéant, de pouvoir se prévaloir d'une quelconque antériorité de leur dépôt et par là même, de pouvoir prétendre au versement de l'éventuelle prime forfaitaire. Les contentieux entre candidats pourraient alors être nombreux, d'autant plus que certains initiateurs sont dans l'ignorance au moment du dépôt de leur initiative spontanée, de l'existence d'autres initiatives spontanées portant sur le même projet. Ils pourraient ainsi se retrouver dans la situation inconfortable de l'initiateur qui espère de bonne foi pouvoir prétendre au versement d'une prime forfaitaire avant de découvrir que d'autres initiatives spontanées dont il n'a jamais eu connaissance préexistent à la sienne. En bref, si la mention inédite de l'initiative spontanée dans l'ordonnance du 17 juin 2004 participe d'une horizontalisation du droit de la commande publique, le flou juridique qui l'entoure est tout de même conséquent.

B. Les précisions de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (Mapp) du ministère de l'économie

Face à ces vides juridiques, la Mapp a publié, au printemps 2012, une sorte de fiche méthodologique sur son site Internet⁷ qui pose un certain nombre de principes censés fluidifier la pratique de l'initiative spontanée par la levée des doutes qui lui sont inhérents.

Après avoir rappelé le cadre juridique dans lequel s'inscrit le dépôt d'une initiative spontanée, cette fiche méthodologique revient sur la présentation formelle de l'initiative spontanée et propose un certain nombre de recommandations aux opérateurs privés avant qu'ils ne procèdent à la rédaction du document destiné à la personne publique. L'opérateur privé est ainsi enjoint de s'assurer par écrit auprès de la personne publique « et avant la remise d'une offre spontanée [...] que

⁷ <http://bit.ly/13TobzI> page consultée le 6 août 2014.

l'investissement projeté entre dans ses priorités et qu'elle n'est pas opposée à ce qu'il se réalise dans le cadre d'un contrat de partenariat »⁸. Cette demande doit alors, toujours selon la Mapp, être suivie d'une réponse de la personne publique « dans un délai raisonnable ». Nul ne saurait s'élever contre ces recommandations de bon sens mais force est de rappeler que la personne publique n'est en aucun cas tenue de répondre à la sollicitation d'un opérateur privé et encore moins sous un délai quelconque. D'autre part, là où la Mapp invite les dépositaires à « mettre en exergue le caractère innovant des idées qu'ils soumettent en termes aussi bien de fonctionnalités nouvelles, de services nouveaux que d'innovations techniques »⁹, ces mêmes dépositaires pourront opposer, à raison, que certaines personnes publiques ne jouent pas véritablement le jeu de l'initiative spontanée et que la collecte d'informations indispensables à la construction de leur offre s'avère en pratique, particulièrement ardue.

D'aucuns pourraient déplorer la publication pour le moins tardive d'une telle fiche méthodologique. Les huit années qui la séparent de la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004 ont pu paraître bien longues aux opérateurs privés et aux administrations publiques qui, dans l'intervalle, ne disposaient d'aucun document de nature administrative auxquels ils étaient susceptibles de se référer. D'autres pourraient pointer à raison que cette fiche méthodologique est dépourvue de tout caractère normatif et qu'il s'agit là d'un document qui ne peut se prévaloir d'aucune valeur juridique. Cette fiche n'est en effet, ni un acte réglementaire, ni même une instruction ou une circulaire. Au mieux rassemble-t-elle quelques bonnes pratiques que les opérateurs privés et les administrations publiques seront libres de suivre ou non.

Or, en l'espèce, l'action de la Mapp n'est pas à blâmer. Elle répond au contraire à une demande formulée tant par les opérateurs privés que par les administrations publiques et qui, devant l'insuffisance manifeste du travail légistique, se sont naturellement tournés vers elle. Il serait dès lors malvenu de lui adresser des critiques fondées sur des manquements qu'elle ne pourrait en tout état de cause pas combler, du fait de ses compétences restreintes. Comme son nom l'indique, la Mapp reste une Mission d'appui et son rôle n'est certainement pas de se substituer au législateur. Tout au plus peut-elle préciser la portée des actes réglementaires qui découlent des lois votées par ce dernier. Or en l'espèce, la tâche de la Mapp était encore plus ardue du fait de l'absence de texte réglementaire intermédiaire¹⁰. En fait, le contenu du document produit par la Mapp aurait dû être celui d'un décret d'application que l'administration n'a jamais estimé nécessaire de prendre pour préciser la portée de l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004. Un tel décret aurait pourtant levé ces incertitudes que la Mapp ne peut dissiper au moyen d'une modeste fiche méthodologique. Il aurait offert en outre, un cadre juridique plus stable et plus sécurisant pour les opérateurs privés et les administrations publiques. À défaut, ces derniers doivent se satisfaire de la fiche méthodologique publiée par la Mapp, dépourvue de portée normative, nécessairement

⁸ « L'offre spontanée en contrat de partenariat », Fiches pédagogiques publiées sur le site Internet de la Mapp, avril 2012, page 2. <http://bit.ly/14s1LZJ> (page consultée le 17 déc. 2012).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Aucun décret ne précise la portée de l'art. 10 de l'ord. du 17 juin 2004.

approximative dans son contenu et, au final, rassurante ni pour les dépositaires ni pour les récipiendaires d'initiatives spontanées. Les préconisations qui y sont formulées sonnent comme autant de vœux pieux au regard du pouvoir discrétionnaire de la personne publique qui pourra, le moment venu, choisir d'en tenir compte ou non. Rien dans le contenu de cette fiche ne sécurise donc les opérateurs privés dépositaires d'initiatives spontanées qui subissent concomitamment le flou juridique, le flou méthodologique, le coût économique et l'incertitude politique.

Il vrai que les préconisations de la Mappp se heurtent souvent au silence de certaines administrations publiques qui à défaut de temps ou de volonté, ne donnent pas suite aux approches des opérateurs privés. La proposition de l'acteur privé heurte parfois la sensibilité de la personne publique qui accueille alors l'offre spontanée comme un document à la fois accusatoire et vexatoire qui viendrait mettre en exergue ses difficultés de fonctionnement. Par ailleurs, l'indemnisation du candidat évincé prévue par l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 peut recouvrir un caractère inquiétant dans la mesure où toute procédure de passation faisant suite à une initiative spontanée augmente aussi bien le coût potentiel du projet (il faudra le cas échéant, indemniser le candidat évincé) que les risques juridiques afférents audit projet (le candidat évincé peut chercher à obtenir du juge administratif la réévaluation de son indemnisation). Face à ces contraintes, les administrations n'accusent parfois pas réception des initiatives spontanées ou lorsqu'elles le font, elles indiquent à l'opérateur privé qui les sollicite avoir d'ores et déjà identifié la solution réputée innovante livrée à leur sagacité.

Ce décalage entre les préconisations du document produit par la Mappp et la pratique de l'initiative spontanée dans un cadre juridique mal affirmé vaut plus largement pour l'ensemble de la fiche méthodologique publiée. L'absence de dialogue avec certaines personnes publiques complique la mise en exergue du caractère innovant de l'idée, la collecte d'informations pour renforcer l'intérêt du projet, la production d'éléments chiffrés en appui de l'offre, etc. En bref, la production d'un document attractif par les opérateurs économiques privés s'avère délicat et les recommandations de la Mappp se heurtent invariablement au pouvoir discrétionnaire des personnes publiques récipiendaires. Plus grave, nonobstant l'appel de la Mappp à ce que les opérateurs d'initiatives spontanées demandent « légitimement à la personne publique de s'engager à protéger certains éléments de [leur] offre »¹¹ rien ne peut leur garantir que de tels engagements seront pris, puis tenus. Le risque juridique persiste et il est de nature à décourager l'initiative privée.

II. Les premières saisines du ministère de la défense

Nonobstant le caractère peu incitatif de l'initiative spontanée, des opérateurs économiques du secteur de la défense faisant preuve d'audace, ont tout de même saisi le ministère de la défense au moyen de ce procédé. Le 17 juin 2010, le ministère de la défense a ainsi été confronté pour la première fois, à ce procédé juridique particulier. Cette première saisine débouche le 7 février 2012 sur la publication de l'instruction n°1272/DEF/SGA/MA précisant les conditions de

¹¹ « L'offre spontanée en contrat de partenariat », Fiches pédagogiques publiées sur le site Internet de la Mappp, avril 2012, page 2.

réception et de traitement des initiatives spontanées (A). Malgré cet effort louable de réduction de l'insécurité juridique le recours à l'initiative spontanée par les opérateurs économiques privés reste étonnamment timide (B).

A. La première saisine du ministère de la défense et ses suites juridiques

Assez curieusement, la première initiative spontanée dont a été saisi le ministère de la défense n'émane pas d'un grand groupe industriel mais d'une PME. La société Vitruve Defence & Security est créée début 2009¹² par un ancien officier supérieur de l'armée de terre française. Originellement, cette entreprise diffère assez peu des ESSD qui voient le jour en France dans le sillage d'un mouvement général de marchandisation des prestations sécuritaires amorcé aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Malgré sa petite taille et sa faible surface financière, cette ESSD décide de se démarquer de ses consœurs en investissant le secteur des externalisations avec un intérêt particulier pour le marché aéronautique. Aussi l'initiative spontanée dont est saisi le ministère de la défense le 17 juin 2010 s'intéresse-t-elle à l'activité aérienne de l'École des Troupes Aéroportées de Pau (ETAP). Le projet d'externalisation *stricto sensu* visait à l'externalisation de la formation des unités parachutistes françaises à travers la fourniture d'un nombre déterminé de sauts, la remise à niveau de l'infrastructure bâtie et la gestion administrative courante de l'école. L'initiative spontanée est transmise au ministère le 17 juin 2010 et le 9 mars 2011 soit près de neuf mois plus tard, la nouvelle tombe : l'entreprise est informée par courrier que son initiative spontanée est rejetée.

Cette première saisine du ministère de la défense l'aura obligé à préciser ses procédures de réception et de traitement de ce type de document. Le 7 février 2012, le Secrétariat Général pour l'Administration (SGA) du ministère publie une instruction qui précise les modalités de recueil et de traitement par le ministère de la défense des initiatives spontanées en matière d'externalisation. Le rôle de force de proposition des opérateurs économiques privés, déjà reconnu par l'ordonnance du 17 juin 2004, est désormais encadré. L'innovation majeure de cette instruction, en dehors de l'encadrement attendu des initiatives spontanées, est sans aucun doute son extension aux marchés publics¹³. Elle consacre ainsi la possibilité pour les opérateurs privés de soumettre des projets au ministère tant au titre de marchés publics que de contrats de partenariat et traite les deux types d'initiative sur un pied d'égalité. Néanmoins, le silence du Code des marchés publics sur la possibilité de soumettre des initiatives spontanées en matière de marchés incitera peut-être les opérateurs économiques à rester discrets sur la forme contractuelle que pourrait prendre le projet qu'ils soumettent, si l'initiative donnait lieu au lancement d'une procédure de passation.

Dorénavant, le dépôt d'une initiative spontanée fait l'objet d'un examen selon une procédure déterminée. En vertu de l'instruction, c'est la Mission achats du

¹² La société est immatriculée le 23 mars 2009 au registre du commerce et des sociétés de Paris. Sa mise en liquidation judiciaire est prononcée deux ans plus tard par une ordonnance du Tribunal de commerce de Paris prononcée le 9 juin 2011.

¹³ La Direction des affaires Juridiques du SGA a considéré que l'absence d'interdiction par le Code des marchés publics permettait cet élargissement.

SGA qui est « chargée de l'animation et du pilotage du dispositif ministériel dédié aux initiatives spontanées »¹⁴. Selon l'instruction, une décision sur le rejet de l'initiative ou le lancement d'une procédure de passation doit intervenir dans les trois mois de la date de réception de l'initiative, ce qui constitue un progrès considérable par rapport à la situation antérieure puisque l'instruction des initiatives fondées sur l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 n'était encadrée d'aucun délai. Si la Mission achats effectue un premier filtrage pour écarter les initiatives « n'entrant pas dans le sens de cette démarche ou présentant un intérêt limité »¹⁵, elle ne conduit pas l'analyse des projets retenus. Celle-ci est confiée à une équipe pluridisciplinaire constituée par « l'autorité dont les attributions couvrent le domaine dont relève l'initiative »¹⁶, termes sibyllins qui renvoient selon toute vraisemblance à la direction ou à l'état-major ayant compétence pour le projet soumis. L'instruction n'est hélas pas plus précise sur l'identité de l'organisme qui est appelé à statuer sur le sort de l'initiative, mais il est vrai que les compétences du ministère sont multiples et son organigramme sans doute trop dense pour justifier la désignation de l'autorité compétente *ab initio*. D'ailleurs, la proposition faite à l'opérateur économique privé à l'initiative de l'équipe pluridisciplinaire d'instruction, de le recevoir en vue d'une présentation orale de son projet, est indiscutablement une amélioration.

L'instruction précise au paragraphe 2.3 les critères sur lesquels se fonde l'examen de toute initiative spontanée : prise en compte des contraintes opérationnelles des armées, faisabilité contractuelle, existence d'une concurrence sur le sujet proposé, nature des économies réalisées, partage des risques. Cela donne un canevas aux opérateurs privés en vue de la rédaction du document de l'initiative spontanée. L'équipe pluridisciplinaire constituée par l'autorité compétente conduit l'analyse de l'initiative spontanée et procède à la rédaction d'un rapport sur la base des critères indiqués ci-dessus, qui est transmis pour information au cabinet du ministre et fait l'objet d'un avis de la Mission achats. La décision de rejet du projet ou d'ouverture d'une procédure de passation appartient non pas à la Mission achats mais à l'autorité visée ci-dessus. C'est au futur acheteur du service dont l'externalisation est proposée qu'il appartient de se prononcer sur l'opportunité du projet. L'instruction du 7 février 2012 a donc l'immense mérite de proposer aux opérateurs privés un canal clairement identifié pour le traitement de leurs éventuelles initiatives spontanées d'externalisation au ministère de la défense.

Si l'initiative spontanée formulée par cette ESSD n'a pas abouti, son audace face au vide juridique aura néanmoins permis, au sein du ministère de la défense, de faire progresser le droit dans le sens d'un meilleur accueil de l'initiative privée.

B. Le scepticisme persistant des opérateurs économiques du secteur de la défense

Malgré cette avancée notable, la proposition de l'opérateur économique privé continue de heurter la susceptibilité des états-majors qui accueillent l'initiative

¹⁴ Instruction précitée, § 2.2.

¹⁵ Instruction précitée, § 2.2.

¹⁶ Instruction précitée, § 2.2.

spontanée comme un document vexatoire qui met en exergue les difficultés de fonctionnement des forces. Pointer les sous-performances, les difficultés de gestion ou encore les surcoûts est une mise en lumière impopulaire a fortiori lorsqu'elle émane d'un opérateur économique privé. Plus généralement, ni le temps, ni la publication de l'instruction précitée ne semblent avoir apaisé la réticence de principe des états-majors. Saisi le 31 mai 2013 d'une initiative spontanée soumise par les groupes NEXTER et Thales et portant sur l'externalisation du Centre d'entraînement au combat tactique (CENTAC), le SGA a informé début 2014 les deux groupes dépositaires que leur offre était rejetée du fait des réserves émises par l'État-major de l'armée de terre (EMAT). Au cas d'espèce, les groupes Thales et NEXTER avaient tout de même consacré chacun un personnel pendant une année à l'élaboration de ce document.

En tout état de cause, la faible appétence des opérateurs économiques du secteur de la défense pour ce procédé n'est pas tant liée à un manque d'audace qu'à une trop forte insécurité juridique. L'initiative spontanée est à la fois trop longue dans sa procédure et trop incertaine dans son issue. Une fois l'offre remise, le ministère doit réaliser un premier examen, potentiellement suivi d'une évaluation préalable elle-même suivie le cas échéant, d'une procédure de passation qui pourrait déboucher sur une adjudication. Beaucoup d'étapes se succèdent sans que le passage de l'une à l'autre ne soit systématique. Chaque franchissement est chargé d'incertitude, de longueur et de langueur. D'autre part, le contenu de l'initiative spontanée étant rendu public au moment de la procédure de passation, les procédures de publicité et de mise en concurrence font peser le risque que tout projet innovant soumis au titre d'une offre spontanée ne soit finalement ravi par un concurrent. Au moment de la construction de son offre, le dépositaire oscille donc toujours entre la nécessité d'y intégrer suffisamment d'informations pour susciter l'intérêt de la personne publique et la nécessité de rester évasif pour ne pas alimenter indirectement ses concurrents. Face à ces contraintes et à ces risques, les départements de la stratégie des grands groupes industriels coutumiers des relations économiques public-privé ont jugé plus prudent d'attendre la publication avis d'appel public à la concurrence plutôt que de se lancer dans des aventures certes audacieuses, mais aussi hasardeuses.

En conséquence, force est d'admettre que pour un opérateur économique du secteur de la défense, ériger l'initiative spontanée en pilier d'une stratégie de développement dans le domaine des services de défense reste risqué. S'il est toujours possible d'y avoir recours au titre du teasing ou de l'offre dite « carte de visite », en faire un axe de développement économique serait encore trop incertain au regard des vides juridiques qui subsistent. Rien ne semble encore mûr et les industriels s'en tiennent, pour le moment, assez légitimement éloignés. La relation d'affaires public-privé ne semble donc pas encore toute à fait prête pour que ce type de démarche partenariale voie le jour.

La conclusion de cet examen du recours à l'initiative spontanée par les opérateurs économiques du secteur de la défense s'achève sur un double paradoxe. Le premier paradoxe est qu'en dépit des perspectives de renforcement de la démarche partenariale entre les acteurs publics et privés du secteur de la défense qu'ouvre l'initiative spontanée, l'insécurité juridique qui lui est inhérente a empêché

sa pleine appropriation par ces mêmes acteurs. Le cadre juridique propre à l'initiative spontanée reste flou. Trop d'incertitudes pèsent sur le dépôt, le traitement et l'aboutissement de ce type d'offres pour que les opérateurs privés soient véritablement enclins à y consacrer du temps et, surtout, des ressources financières. La rédaction d'une initiative reste compliquée, la collecte de données délicate et la capacité à produire une démonstration convaincante de l'intérêt du recours au contrat de partenariat n'en est que plus restreinte. Pour l'opérateur privé, l'absence de procédure d'élaboration d'une offre spontanée comme l'absence de visibilité juridique quant à son traitement, accroît la prise de risque et augmente le coût d'opportunité du dépôt d'une offre. En l'absence de documents référents tant sur le fond que sur la forme, l'opérateur privé ne peut lever nombre d'incertitudes préalables à l'identification d'un projet : bâtir une offre spontanée relève, au mieux du pari audacieux, au pire du saut dans l'inconnu. L'environnement juridique le pousse plus volontiers à s'enfermer dans une attitude prudente où la seule stratégie envisageable repose uniquement sur la réponse classique aux avis d'appel public à la concurrence. Nonobstant les efforts d'éclaircissement même tardifs, consentis par le SGA du ministère de la défense, l'absence de clarté juridique affaiblit l'intérêt économique de ce type de démarche et la proactivité des opérateurs privés n'est pas véritablement encouragée.

Le second paradoxe est que malgré l'insécurité juridique et la faible rentabilité du procédé à tout le moins à court terme, les opérateurs économiques du secteur de la défense n'ont d'autre alternative que de s'en saisir pleinement pour redynamiser un marché de l'externalisation dont ils déplorent l'apathie. Dans un contexte où l'acquisition patrimoniale décline et où la compétition sur le marché mondial s'intensifie, le développement de l'externalisation sur le marché domestique fait figure d'authentique relais de croissance. Or, à défaut du lancement de nouvelles procédures de passation par le ministère de la défense, les opérateurs économiques n'ont d'autre choix que de l'aider à identifier ses propres besoins et leurs solutions. En somme, aux vides juridiques comme à l'aboulie ministérielle, les opérateurs économiques du secteur de la défense doivent opposer de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace.