

# NOTE

Chers Messieurs,

Conformément à votre demande, vous voudrez bien trouver ci-après les réponses aux questions que vous nous avez transmises.

## 1 CADRE JURIDIQUE APPLICABLE

Le gouvernement belge a publié, par le biais du Ministère de la Défense belge, un « request for government proposal » (RFGP) pour le renouvellement de sa flotte d'avions de combat. Le cadre juridique applicable à cette procédure de consultation informelle est le suivant.

*Premièrement*, comme le souligne le gouvernement belge dans le RFGP (p. 9), cette consultation ne saurait être considérée comme étant un marché public. En effet, les contrats conclus entre gouvernements sont exclus de la réglementation sur les marchés publics.

Ce choix est justifié de la façon suivante sous le point 5 « Government-to Government approach » du RFGP :

*« Acquiring, operating and maintaining an air combat capability is an inherently complex endeavour. The Belgian armed forces and the Belgian defence industrial complex do not control all the required competences or facilities. Furthermore, given the magnitude of the costs of the development, production and sustainment of an air combat capability, maximal cost sharing of common and non-recurring costs is paramount.*

*Belgium therefore needs a credible partner(ship) to implement and sustain its air combat capability through the life cycle of the weapon system.*

*As such a long term partnership can realistically only be found at the government level, the envisaged approach is to implement the new capacity through a partnership agreement between governments.*

*As the new air combat capability will continue to support Belgium's international defence commitments to the EU and NATO, and as these commitments require interoperability and complementarity, the sought-after partnership is limited to EU and/or NATO-member states. The partnership will reflect in one or more intergovernmental agreements (IGA) ».*

Vu le choix d'opter pour une approche entre gouvernements, le contrat à conclure ne relève ni du champ d'application de la loi du 13 août 2011 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les

domaines de la défense et de la sécurité », ni du champ d'application de la loi du 17 juin 2016 « relative aux marchés publics »<sup>1</sup>.

Ce choix est justifié sous le point 6.1. « *Applicable Belgian Law* » du RFGP comme suit:

*« The law of 13 August 2011 regulating public procurement in the domains of defence and security transposes the EU Directive 2009/81/EC into Belgian law. Article 18, § 2, 6° of the Law (transposing Art. 13, f) of the EU Directive) covers government-to government contracts. The above-mentioned legal basis consists of a specific exclusion that allows governments to procure defence equipment, services and works from other governments without dealing directly with defence equipment manufacturers ».*

L'article 13 (f) de la Directive du 13 juillet 2009 « relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité » énonce en effet que :

*« La présente directive ne s'applique pas aux cas suivants: [...] f) marchés passés par un gouvernement à un autre gouvernement concernant: i) la fourniture d'équipements militaires ou d'équipements sensibles; ii) des travaux et des services directement liés à de tels équipements; ou iii) des travaux et des services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles [...] »<sup>2</sup>.*

Deuxièmement, la présente procédure est également régie par l'article 346, §1<sup>er</sup>, b), du TFUE, dont l'application en l'espèce est motivée dans le RFGP. En effet, on peut lire sous le point 6.2. du RFGP (p. 9) ce qui suit :

*« As part of the program, Belgium has a requirement to protect essential security interests (ESI) where they relate to national Defence Technological and Industrial Base (DTIB). Therefore, the Belgian government has decided to invoke article 346 of the Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) in the framework of the ACCaP<sup>8</sup>, the Belgian DTAB needs to be maintained and reinforced with relevant know-how, competences and development as well as production capabilities ».*

Conformément à l'article 346, § 1<sup>er</sup>, b), du TFUE, le gouvernement belge pourra déroger au droit européen et aux principes généraux qui en découlent et qui ont été abordés ci-

<sup>1</sup> Art. 33, § 1<sup>er</sup>, 2° de la loi du 17 juin 2016 « relative aux marchés publics ».

<sup>2</sup> Art. transposé en droit belge par l'article 18, § 1<sup>er</sup>, 6° de la loi du 13 août 2011 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité »,

<sup>8</sup> ACCaP = Air Combat Capability Program Office, c'est-à-dire les représentants du Gouvernement belge et du Ministère de la Défense belge qui seront responsables pour l'exécution du RFGP.

dessus, lorsqu'une mesure s'impose pour la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat belge et pour autant que le gouvernement belge motive ce choix.

*En conclusion*, la présente procédure n'est pas soumise à la réglementation sur les marchés publics mais est régie par les principes généraux susvisés dont les contours doivent être interprétés à la lumière des caractéristiques du contrat et desquels le gouvernement belge pourra s'affranchir, sur pied de l'article 346, §1<sup>er</sup>, b), TFUE, à chaque fois que cela sera nécessaire pour la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat belge.

## 2 REPONSES AUX QUESTIONS POSÉES

**1°) Etant donné les conditions juridiques applicables, le gouvernement belge peut-il maintenir la consultation avec les deux autres états tout en discutant en parallèle une offre de partenariat hors consultation sur le même sujet avec le gouvernement français ?**

Le gouvernement belge peut maintenir la consultation tout en discutant, en dehors de celui-ci, une offre de partenariat avec le gouvernement français.

Nous comprenons que le périmètre et la portée de la proposition du gouvernement français va au-delà du cadre actuellement proposé dans les documents de la consultation entre états. Nous sommes donc d'avis que le gouvernement belge peut maintenir la procédure de consultation tout en discutant simultanément une offre de partenariat avec le gouvernement français.

Le gouvernement belge pourrait justifier d'entrer dans une relation contractuelle avec l'Etat français, sans consultation préalable des autres gouvernements, sur la base de l'article 346, § 1<sup>er</sup>, b) du TFUE. Cet article porte que :

*« 1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après: [...] b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires »* (nous soulignons).

L'application de cette disposition requiert la réunion de deux conditions :

1. L'objet du contrat doit se rapporter à la production ou au commerce d'armes, de munitions ou de matériel de guerre.

2. La conclusion du contrat avec le gouvernement français, sans consultation préalable des autres gouvernements, doit être nécessaire à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat belge.

La première condition est manifestement rencontrée en l'espèce.

En ce qui concerne la seconde condition, la jurisprudence de la Cour de justice impose aux Etats Membres une obligation de motivation matérielle quant au choix de mettre en œuvre l'article 346 TFUE<sup>9</sup>.

Cela signifie concrètement qu'un Etat Membre qui souhaite faire application de l'article 346 TFUE doit rédiger une décision motivée, sans toutefois être contraint de la publier<sup>10</sup>, dans laquelle il identifie les intérêts essentiels de sa sécurité qui sont en jeu et la raison pour laquelle la mesure prise sous le couvert de l'article 346 TFUE est nécessaire.

Il convient d'observer que la jurisprudence européenne semble reconnaître une certaine marge d'appréciation aux Etats-Membres pour déterminer quelles sont les mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de leur sécurité<sup>11</sup>, ce qui se comprend aisément au vu de la sensibilité de cette matière.

En l'espèce, l'Etat belge a justifié l'application de l'article 346 du TFUE par le fait que son programme de capacité militaire aérienne s'inscrivait dans le cadre de sa base nationale industrielle et technologique de défense (RFGP, point 6.2, p.9). Les intérêts essentiels de sa sécurité et les mesures nécessaires à leur protection sont quant à eux identifiés à l'annexe D du RFGP.

En ce qui concerne l'alternative proposée par le gouvernement français, nous comprenons que cette proposition se distingue du contrat visé actuellement par le gouvernement belge en ce qu'elle implique une collaboration encore plus étroite entre l'armée belge et l'armée française que celle qui est déjà attendue dans le RFGP.

Cet élément nous semble être de nature à pouvoir justifier que, contrairement au contrat décrit dans le RFGP, le type de contrat proposé par le gouvernement français est à ce point lié à la souveraineté nationale belge qu'il ne peut être ouvert à d'autres gouvernements. Il revient en effet à l'Etat belge de choisir les pays avec lesquels il souhaite entrer en collaboration sur un plan militaire.

---

<sup>9</sup> C.J.C.E., arrêt *Commission c. République italienne*, 8 avril 2008, C-337/05, point 43.

<sup>10</sup> E. THIBAUT et M. HEINE, « Les marchés publics en matière de sécurité et de défense », dans *Questions juridiques d'actualité en lien avec la défense*, Bruges, die Keure, 2017, 397.

<sup>11</sup> C.J.C.E., arrêt *Commission c. Belgium*, 3 avril 2003, C-252/01 ; Av. gén. Alber, concl. préc. arrêt *Commission c. Belgium*, 3 avril 2003, C-252/01, point 39 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement. Vol. 1*, Londres, Sweet & Maxwell, 2014, 489, n° 6-148.

La volonté de renforcer l'Union européenne, et plus particulièrement l'Europe de la défense, nous semble en outre pouvoir justifier, sous réserve d'une analyse plus approfondie, que les Etats-Unis, qui ne font bien entendu pas partie de l'Union européenne, et le Royaume-Uni, qui en sortira prochainement, ne sont pas des partenaires adéquats pour la conclusion d'un contrat du type de celui proposé par le gouvernement français.

Conformément à l'obligation de motivation matérielle imposée aux Etats Membres, et dans l'hypothèse où le gouvernement belge déciderait d'interrompre la procédure de consultation entre Etats et d'entrer dans une relation contractuelle avec l'Etat français, ces motifs devraient alors être développés dans une décision motivée.

**2°) Etant donné les conditions juridiques applicables, le gouvernement belge peut-il considérer cette offre de partenariat recevable au titre de la procédure de consultation lancée par lui et poursuivre le processus avec l'offre du gouvernement français ?**

L'Etat français ayant expressément précisé que sa proposition s'inscrivait en dehors de la procédure, nous estimons que, pour les mêmes raisons que celles expliquées sous la question 2, l'Etat belge ne pourrait l'inclure dans la procédure de consultation.

**3°) Etant donné les conditions juridiques applicables, si le gouvernement belge souhaitait accepter la proposition du gouvernement français, sera-t-il en mesure d'arrêter la consultation ?**

Une autorité publique n'est jamais tenue de mener à terme une procédure d'attribution. La Cour de justice a par exemple reconnu qu'une autorité publique n'était pas tenue d'attribuer le marché lorsqu'un seul soumissionnaire était jugé apte à y participer<sup>13</sup>.

De manière plus générale, le Conseil d'Etat a déjà dit pour droit que : « l'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché [...] »<sup>14</sup>.

Ce principe est *a fortiori* également d'application dans le cadre d'une procédure de consultation *sui generis* entre états souverains, tels que c'est le cas en l'espèce.

Le gouvernement belge fait implicitement référence à ces principes sous le point 8 « legal notice » du RFGP :

<sup>13</sup> C.J., arrêt *Metalmeccanica Fracasso SpA*, 16 septembre 1999, C-27/98, point 34.

<sup>14</sup> C.E., arrêt *S.P.R.L. Vanderhaeghe e.a.*, 22 janvier 1999, n° 78.303.

*« The issuance of this RfGP is not to be construed in any way as a commitment by the Belgian Government to conclude an agreement or contract.*

*Respondents will not be reimbursed for any cost incurred in supporting the activities leading to response to this RfGP. Any and all expenses incurred by the respondents or by any of its partners in responding to this RfGP are made by their own choice and at their own risk.*

*No legal liability against the ACCaP office and by extension Belgian Defence and the Belgian Government, for payment of any sorts, shall arise as a result of activities related to responding to this RfGP ».*

La décision de mettre fin à la consultation doit toutefois reposer sur des motifs pertinents et raisonnables<sup>15</sup>. En l'espèce, la volonté de conclure un contrat d'une autre nature justifie selon nous que le gouvernement belge mette un terme à la consultation.

Le fait que les gouvernements consultés répondent, dans leur offre, à toutes les attentes formulées par le gouvernement belge dans le cadre du RFGP et que le gouvernement belge puisse donc, s'il le voulait, mener à terme la procédure du RFGP n'est pas de nature à interdire cette décision unilatérale. En effet, l'Etat belge pourra, dans cette situation, toujours estimer qu'il convient, en définitive, de définir ses besoins différemment et de mettre fin à la consultation.

---

<sup>15</sup> C.E., arrêt *S.P.R.L. Vanderhaeghe e.a.*, 22 janvier 1999, n° 78.303 ; C.E., arrêt *N.V. Delta Thermic e.a.*, 23 juin 1998, n° 74.402 ; Av. gén. A. SAGGIO, concl. préc. C.J., arrêt *Metalmeccanica Fracasso SpA*, 16 septembre 1999, C-27/98, cons. 14 et s.