

N° 445396

Ministre des armées c/ Société OSR

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 janvier 2021

Lecture du 4 février 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Ce pourvoi est la troisième occasion de vous prononcer sur le champ des marchés de défense ou de sécurité, après les affaires Techo Logistique¹ et Sunrock². Ces deux précédents portaient, l'un sur un marché relatif à des avions de chasse, l'autre sur la fourniture de pistolets pour les besoins du dispositif de contrôle et de surveillance des affaires maritimes. Vous avez retenu la qualification de marché de défense dans le premier cas et l'avez écartée dans le second.

Est aujourd'hui en question la qualification d'un marché relatif à des prestations de gardiennage, d'accueil et de filtrage de sites militaires.

1.Plus précisément, par un avis publié le 8 avril 2020, la direction du commissariat d'outre-mer des forces armées dans la zone sud de l'Océan indien (FAZSOI) a lancé une procédure d'appel d'offres restreint en vue de la passation d'un marché sans allotissement, d'une durée d'un an tacitement renouvelable trois fois, pour des « prestations de gardiennage, d'accueil et de filtrage de [trois] sites militaires basés à La Réunion (activités privées de sécurité) ».

Concrètement, même si les prestations demandées varient d'un site à l'autre, il s'agit globalement de missions classiques de gardiennage privé, par exemple savoir employer le matériel mis à disposition (alarmes, vidéosurveillance), distribuer des badges aux visiteurs présentant un laissez-passer, effectuer un contrôle visuel des véhicules et de leurs occupants...

La société Osiris Sécurité Run (OSR) a été informée, par un courrier du 4 septembre 2020, que son offre, classée 3^{ème} (sur 6 offres reçues et toutes classées), avait été rejetée et que le marché avait été attribué à la société Réunion Air Sûreté (RAS).

Saisi par la société OSR, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de La Réunion a annulé cette décision ainsi que la procédure de passation du marché litigieux, au motif qu'il aurait dû faire l'objet d'un allotissement et que les intérêts de la société OSR avait, en conséquence, été lésés.

¹ 24 mai 2017, Ministre de la défense c/ Société Techno Logistique, n° 405787, aux Tables

² 18 décembre 2019, Ministre de la transition écologique et solidaire c/ Société Sunrock, n° 431696, aux Tables

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'article L. 2113-10 du code de la commande publique pose en effet le principe que « *Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes.* ».

Toutefois, en application de l'article L. 2313-5, cet allotissement est seulement facultatif s'agissant des marchés de défense et de sécurité, ceci étant une illustration des différentes souplesses permises par le régime de ces marchés, eu égard à leur spécificité.

La ministre des armées se pourvoit en cassation et entend démontrer que ce marché relève du champ des marchés de défense et de sécurité.

2. L'article L. 1113-1 du code de la commande publique, issu de l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, résultant elle-même de la transposition de l'article 2 de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009, prévoit quatre catégories d'objets caractérisant un marché de défense ou de sécurité, étant précisé qu'en facteur commun, ce marché est nécessairement conclu par l'Etat ou un de ses établissements publics.

Le dernier de ces quatre cas concerne « *des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale* ».

Cette qualification conduit à appliquer un régime dérogatoire au droit commun de la commande publique.

Ce caractère dérogatoire, ainsi que l'analyse juridique des critères posés par les textes, nous conduisent à vous proposer d'exercer, en cassation, un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par les juges du fond sur la nature d'un tel marché. C'est aussi ce contrôle que vous retenez lorsqu'il s'agit de vérifier la qualification d'une procédure particulière de passation, le dialogue compétitif (11 mars 2013, ACFCI, n° 364551, aux Tables).

En l'espèce, en amont de cette appréciation finale, sont aussi soulevés des moyens d'appréciation purement factuels, qui relèvent d'un contrôle de dénaturation.

3. Examinons un par un les arguments du pourvoi, qui sont au nombre de quatre.

Il est d'abord soutenu qu'en raison de ces contraintes de confidentialité, le marché serait un « contrat sensible » au sens de l'article 78 de l'instruction générale interministérielle (IGI) n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, approuvée par l'arrêté du Premier ministre du 30 novembre 2011, pris en application de l'article R. 2300-1 du code de la défense.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le contrat sensible y est défini comme « tout contrat ou marché, quels que soient son régime juridique ou sa dénomination, à l'exception des contrats de travail, dont l'exécution s'exerce au profit d'un service ou dans un lieu abritant des informations ou supports classifiés dans lequel un cocontractant de l'administration, public ou privé, prend des mesures de précaution (...) tendant à assurer que les conditions d'exécution de la prestation ne mettent pas en cause la sûreté ou les intérêts essentiels de l'Etat ».

Cette instruction a toutefois pour seul objet de prescrire aux administrations de l'Etat certaines précautions lorsqu'un contrat est considéré comme « sensible ».

A supposer que ce marché devait être qualifié comme tel au sens de cette instruction - ce qui n'est pas exclu - cela n'emportait pas de conséquence directe en termes de qualification du marché au sens du code de la commande publique. Les critères sont distincts et le maniement de ceux de l'instruction nous paraît comporter au moins le risque d'élargir excessivement le champ des marchés de défense et de sécurité.

Un autre moyen est tiré de ce que le personnel de surveillance du titulaire du marché aura accès à des informations classées « Diffusion restreinte », qui devraient, selon le pourvoi, être assimilées à des informations « protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale » au sens du 4° de l'article L. 1113-1 du code de la commande publique.

Les informations dites « à diffusion restreinte » ne sont pas des informations « classifiées » au sens du code de la défense. Celui-ci, à son article R. 2311-1, distingue trois niveaux de classification des informations présentant un caractère de secret de la défense nationale : « confidentiel défense », « secret défense » et « très secret défense ».

A défaut d'être des informations classifiées, les informations « Diffusion restreinte » sont-elles des informations « protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale », deuxième catégorie prévue par les dispositions précitées du code de la commande publique?

Cette notion d'informations protégées est issue de la préoccupation de prendre en compte d'autres données que les informations dites « classifiées », qui revêtent quant à elles une acception stricte. Le considérant 20 de la directive souligne ainsi : « *Il convient donc de recourir à un concept qui prenne en compte la diversité des pratiques des Etats membres et qui permette d'englober les domaines militaire et non militaire* ». Il s'agissait donc à la fois de tenir compte de ce que la pratique de classification entendue au sens militaire n'est pas identique dans tous les Etats et de recouvrir également des activités de défense et de sécurité qui ne seraient pas militaires.

Toutefois, l'ajout de cette mention relative aux informations protégées ne signifie évidemment pas que toute information « à diffusion restreinte » serait concernée. Le terme de « diffusion restreinte » est manié, comme vous le savez, très couramment par de nombreuses administrations. Et ainsi que le relève le pourvoi lui-même, en se référant aux termes de l'Instruction générale précitée, la mention « Diffusion restreinte » est large : elle « peut être apposée sur les informations et supports que l'émetteur entend soumettre à restriction de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

diffusion (...) elle ne correspond pas à un niveau de classification mais a pour objet d'appeler l'attention de l'utilisateur sur la nécessité de faire preuve de discrétion dans le traitement de cette information. » Faire preuve de discrétion et ne pas divulguer une information ne suffit pas à en faire une information protégée au sens des dispositions applicables et il convient, nous semble-t-il, d'éviter une acception trop indéfinie de la notion d'information protégée, comme le serait la notion de « Diffusion restreinte », sauf à élargir excessivement - et illégalement - le champ des marchés de défense et de sécurité.

Le juge des référés n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que cette dernière circonstance ne suffisait pas à établir que les services prévus par le marché feraient intervenir des informations protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale.

Et dès lors que dans ses mémoires en défense devant le juge des référés, la ministre se bornait à mentionner des informations issues du « système CADVIS (Contrôle d'accès, détection d'intrusion, vidéosurveillance) » dont « les informations (...) sont classées DR (diffusion restreinte) », nous ne voyons pas de dénaturation à avoir estimé qu'elle n'établissait pas en quoi ces informations devaient être protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale.

Troisièmement, l'article R. 2343-4 du code de la commande publique prévoit que « Lorsqu'un marché de défense ou de sécurité, au titre de sa passation ou de son exécution, nécessite ou comporte des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'acheteur exige la production de la ou des habilitations nécessaires. ».

Le juge des référés a relevé que le pouvoir adjudicateur n'avait pas estimé nécessaire de se prévaloir de ces dispositions qui l'autorisent à exiger des soumissionnaires la production des habilitations nécessaires pour l'exécution du marché.

Le moyen tiré de l'erreur de droit et de qualification juridique – à requalifier en dénaturation - ne vous arrêtera pas. La ministre s'appuie de nouveau sur l'Instruction générale qui prévoit cette habilitation pour les informations classifiées seulement. Mais ce texte est inopérant s'agissant de la régularité de la procédure de passation : seules importent les dispositions précitées du CCP qui prévoient que le pouvoir adjudicateur « exige » (et non « peut exiger ») la production des habilitations lorsque le marché comporte des informations classifiées ou protégées. Nous n'y voyons donc pas une simple faculté pour le pouvoir adjudicateur, mais bien une obligation dans un tel cas. En tout état de cause, le juge des référés a fait état de cet élément parmi les différents constats le conduisant à écarter la qualification de marché de défense et de sécurité, et il l'a, qui plus est, introduit comme un motif surabondant, du moins confirmatif (« d'autant plus que »).

Le pourvoi ne peut donc à la fois soutenir que certaines informations doivent être considérées comme protégées et que pour autant il n'avait pas à faire usage de ces dispositions mais pouvait se contenter d'un contrôle « élémentaire » des candidatures (enquête administrative simplifiée).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Enfin, s'agissant de l'appréciation globale portée sur le marché, le pourvoi tente de mettre en exergue différentes dénaturations, revenant pour partie sur les points déjà évoqués. Et s'il est soutenu que le personnel devra surveiller des « zones réservées » et des « zones protégées » susceptibles de contenir des informations classifiées au titre du secret défense, nous ne décelons sur ce point aucune dénaturation de la part du juge des référés à avoir retenu que la seule circonstance que les sites en cause constituaient des points d'importance vitale ou abritaient des zones protégées et des zones réservées – en précisant qu'elles font elles-mêmes l'objet de mesures de protection particulières directement assurées par du personnel militaire – n'était pas de nature à imposer que toute prestation de services en lien avec ces sites devrait être considérée comme relevant de la catégorie des marchés de défense ou de sécurité.

Au total, aucun élément ne nous conduit à remettre en cause l'appréciation globale portée par le juge des référés en écartant la qualification de marché de défense ou de sécurité.

Disant cela, nous ne pensons évidemment pas que tout marché de ce type ne pourrait jamais relever de ce champ. Mais au regard du caractère dérogatoire de ceux-ci et de l'acception stricte qui doit en être faite, l'administration doit démontrer en quoi un marché relève, au cas par cas, de cette définition. Et les éléments avancés en ce sens ne suffisent pas, en l'espèce, à l'établir.

3. Ces marchés devant, en conséquence, relever du droit commun de la commande publique, qu'en est-il de l'appréciation portée par le juge des référés selon laquelle le marché devait être alloti, point que conteste également la ministre ?

Le juge du référé précontractuel exerce, sur la décision de ne pas allotir, un « contrôle normal en tenant compte de la marge d'appréciation reconnue au pouvoir adjudicateur » (27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935, aux Tables ; 5 mai 2018, OPH Hauts-de-Seine Habitat, n° 417428, au Recueil).

Vous exercez, en cassation, un contrôle de qualification juridique sur cette appréciation (11 avril 2014, Commune de Montreuil, n° 375051, aux Tables).

Les arguments présentés par la ministre ne nous convainquent guère plus quant à l'absence d'allotissement du marché litigieux.

Tout d'abord - élément de contexte - le précédent marché, similaire, n'était pas alloti et aucun élément ne vient expliquer ce changement et ce qui constituerait une nécessité nouvelle. Sur ce point, le juge des référés n'a nullement commis d'erreur de droit puisqu'il a mentionné, au cours de son analyse, que le précédent marché avait été alloti dans son appréciation globale des faits, sans en tirer des conséquences de principe ou automatiques.

Ensuite et surtout, vous jugez qu'un allotissement dit « géographique » est nécessaire lorsqu'en raison de la répartition éloignée des prestations, il est possible d'identifier des prestations distinctes (23 juillet 2010, Région Réunion, n° 338367, aux Tables).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Or, même si la ministre souligne que les distances entre les sites dans ce précédent étaient beaucoup plus importantes que dans le cas présent, elle ne fait valoir aucun argument relatif aux liens fonctionnels entre les différents sites, par exemple une mutualisation des moyens.

A l'inverse, deux éléments vont dans le sens de l'allotissement. D'une part, les prestations concernées ne sont pas similaires d'un site à l'autre (même si elles n'auraient sans doute pas justifié non plus un allotissement fonctionnel si elles avaient été requises sur un site unique, mais ce point n'est pas en débat). D'autre part, les sites sur lesquels elles s'exercent ne sont pas si proches : ils sont distants de plus de 10 kilomètres les uns des autres.

Nous ne voyons donc pas de raison de censurer l'appréciation portée par le juge des référés du tribunal administratif sur ce point, étant précisé que contrairement à ce qui est soutenu, il n'a pas dénaturé les écritures.

4. Reste alors à savoir si l'absence d'allotissement a lésé les intérêts de la société requérante.

Là aussi, vous exercez un contrôle de qualification juridique (21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n° 334845, aux Tables).

Et vous avez déjà retenu qu'un défaut d'allotissement était susceptible de léser les intérêts d'un concurrent évincé, selon les circonstances de l'espèce (11 août 2009, Communauté urbaine Nantes métropole, n° 319949, aux Tables).

Comme vous le savez, votre jurisprudence Smirgeomes n'exige pas la preuve que l'absence d'irrégularité aurait conduit avec certitude à l'attribution du marché ou du lot litigieux au concurrent évincé, mais seulement la probabilité élevée d'une telle attribution.

Il est vrai que la circonstance que la société OSR soit de taille assez importante (première société de surveillance de La Réunion, avec de plus de 500 salariés) conduit plutôt à penser que l'absence d'allotissement ne l'a pas lésée, contrairement à ce que pourrait avancer une plus petite entreprise.

Mais elle souligne qu'elle emportait toujours au moins un lot dans les procédures de passation de marché de gardiennage et que son siège se situait à proximité d'au moins un des sites, facilitant l'exécution de ses prestations. Elle a, au surplus, comme nous l'avons dit, été classée 3^{ème}.

Dès lors que votre jurisprudence conduit à vérifier que le manquement a été susceptible – voire, dans son esprit, n'a pas été insusceptible – de léser le concurrent évincé et non d'exiger que ce dernier établisse un lien certain, le juge des référés n'a pas inexactly qualifié les faits en retenant que l'absence d'allotissement avait été de nature à léser ses intérêts.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.