

N° 431696

Ministre de la transition écologique et solidaire c/ Société Sunrock

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 6 décembre 2019

Lecture du 18 décembre 2019

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Ce pourvoi vous donnera l'occasion de clarifier le champ des marchés de défense et de sécurité, sujet sur lequel vous ne vous êtes prononcé qu'une fois, dans un cas qui appelait peu d'hésitation (24 mai 2017, Ministre de la défense c/ Société Techno Logistique, n° 405787, aux Tables, pour un marché portant sur des avions de chasse).

1. La direction des affaires maritimes du ministère de la transition écologique et solidaire, a lancé, en mars dernier, une consultation en vue de l'attribution, selon une procédure adaptée, d'un accord-cadre mono-attributaire à bons de commande ayant pour objet la fourniture de pistolets semi-automatiques de calibre 9x19 mm et de leurs étuis, de porte-chargeurs et prestations annexes, afin de couvrir les besoins du dispositif de contrôle et de surveillance des affaires maritimes. Il s'agit concrètement de contrôler certaines pêches réglementées et de lutter contre le braconnage. Les agents disposaient jusqu'à présent d'armes considérées comme peu modernes.

Une seule candidature a été déposée. La société Sunrock a demandé l'annulation de la procédure de passation de ce marché, au motif que la rédaction des spécifications techniques l'aurait empêchée de se porter utilement candidate. Par une ordonnance du 29 mai 2019, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé la procédure de passation 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.

2. L'article L. 551-2 du code de justice administrative prévoit dans son I une telle possibilité d'annulation, mais son II précise qu'elle n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Pour ces contrats, il est fait application notamment de l'article L. 551-6 qui prévoit que le juge peut seulement ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat. Le sens de cette distinction ne va pas de soi et son effet est en réalité assez limité mais tel est l'état du droit et il est clair.

En l'espèce, le juge des référés a annulé la procédure de passation du marché alors que, s'il s'agit d'un marché de défense et de sécurité, ce que soutient le ministre, son office ne le lui permet pas, en application des dispositions précitées. Contrairement à ce qui est soutenu en défense, ce moyen n'est pas nouveau puisqu'il est directement né du dispositif de l'ordonnance attaquée et il est, au surplus, d'ordre public.

Quel est le champ des marchés de défense et de sécurité ?

3. Avant l'intervention de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009, cette question supposait de se référer à l'article 296 du traité de Rome (repris à l'article 346 du TFUE), aux termes duquel « *tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* ».

En application de cet article, une liste des produits et matériels concernés a été dressée par une décision – non publiée - du Conseil du 31 mars 1958, sans modification depuis cette date.

Par son arrêt *Commission c/ Italie, dit Agusta* (8 avril 2018, C-337/05), la Cour de justice, faisant application de l'article 296, a considéré, à propos de l'achat d'hélicoptères, que « l'achat d'équipements, dont l'utilisation à des fins militaires est peu certaine, doit nécessairement respecter les règles de passation des marchés publics »¹. Par un autre arrêt légèrement postérieur (du 2 octobre 2008, C-157/06), elle a retenu que l'acquisition d'hélicoptères légers par les forces de police et les pompiers, ne relevaient pas de la dérogation.

L'intervention de la directive de 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 a précisé ce paysage, dans le sens toutefois déjà tracé par la jurisprudence précitée. Son article 2 prévoit qu'elle est applicable aux marchés passés dans les domaines de la défense et de la sécurité ayant pour objet notamment la fourniture d'équipements militaires ou la fourniture d'équipements sensibles, les premiers étant définis à l'article 1^{er} comme des équipements spécifiquement conçus ou adaptés à des fins militaires, destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, les seconds comme destinés à des fins de sécurité faisant intervenir, nécessitant ou comportant des informations classifiées.

Son 10^{ème} considérant fait référence à la liste issue de la décision de 1958 et précise d'une part qu'elle ne comprend que les équipements qui sont conçus, développés ou produits « à des fins spécifiquement militaires », d'autre part, que le terme « équipement militaire » au sens de la directive couvre aussi les produits qui, « bien qu'initialement conçus pour une utilisation civile, ont ensuite été adaptés à des fins militaires pour pouvoir être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre ».

La directive de 2009 a été transposée par le décret du 14 septembre 2011, puis dans le cadre de la transposition des directives de 2014, les dispositions de nature législative relatives aux marchés de défense et de sécurité ont été insérées dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, les dispositions réglementaires faisant quant à elles l'objet d'un décret distinct². Ces dispositions sont aujourd'hui reprises dans le code de la commande publique³.

4. L'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend très précisément la rédaction de l'article 2 de la directive, avec quelques nuances sur lesquelles nous reviendrons. Il prévoit ainsi que « *les marchés publics de défense ou de sécurité sont les marchés publics passés par*

¹ Point 47

² Décret n° 2013-361 du 25 mars 2016

³ Article L. 1113-1

l'Etat ou ses établissements publics et ayant pour objet : 1° la fourniture d'équipements (...) qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ; 2° la fourniture d'équipements 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 (...) ».

5. Le ministre estime que toute arme, telle en l'espèce un pistolet semi-automatique, est un équipement entrant dans la catégorie des marchés de défense et de sécurité. Il s'appuie pour cela sur la décision de 1958, déjà évoquée et se fonde sur le fait que les « armes » y figurent, sans qu'aient été rajoutés, comme pour d'autres équipements, les termes « à usage militaire ». Il estime que dès lors que les pistolets semi-automatiques d'un calibre supérieur à 7 mm sont des armes létales, utilisées par les forces armées, ils sont nécessairement des équipements conçus à des fins militaires.

Cette argumentation ne nous convainc toutefois pas, pour au moins trois raisons.

La première tient au critère organique de ces marchés et au domaine d'activité dans lequel ils s'inscrivent. Comme nous l'avons dit, un marché de défense ou de sécurité est défini, dans l'ordonnance, avant de préciser son objet, par la condition tenant à ce qu'il s'agisse d'un marché passé par l'Etat ou ses établissements publics. Dans la directive, avant d'en préciser l'objet, la condition est posée en des termes différents, qui nous semblent toutefois répondre à la même finalité. La directive évoque en effet des marchés passés « dans les domaines de la défense et de la sécurité ». Il nous semble donc que la sécurité doit être entendue strictement au sens de « sécurité nationale » et non dans une acception plus large. Ainsi, au regard du critère organique, un marché lancé par une commune qui achèterait des armes pour la police municipale, ne relève pas des dispositions relatives aux marchés de défense et de sécurité. Ceci est cohérent si la sécurité est bien comprise comme étant la sécurité nationale. Sécurité nationale ou marché passé par l'Etat vont en effet de pair.

Or, si l'activité de surveillance maritime, visant à lutter contre le braconnage, relève de la police administrative, en application des dispositions du code rural et de la pêche maritime⁴, elle ne saurait être assimilée à une mission de défense ou de sécurité nationale.

La deuxième raison tient au critère matériel, c'est-à-dire à la définition des équipements concernés. Il faut, nous l'avons dit, qu'ils aient été conçus ou adaptés à des fins spécifiquement militaires. Le seul fait qu'un équipement soit une arme ne suffit pas. Il faut qu'elle ait une finalité militaire, comme le montrent l'interprétation jurisprudentielle et l'évolution des textes postérieurement à l'établissement de la liste de 1958. Tel n'est pas le cas des armes destinées à équiper les agents exerçant des missions de police en mer dans le cadre du dispositif de contrôle et de surveillance des affaires maritimes.

La troisième raison tient à la finalité de ces dispositions, au-delà de la lettre des textes qui, vous l'avez compris, suffisent selon nous à exclure le marché litigieux des marchés de défense et de sécurité.

L'article 296 cantonnait ainsi strictement la possibilité de déroger au droit commun des marchés publics en indiquant que « ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la

⁴ Articles L. 941-1, L. 942-3 et L. 942-8

concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ».

La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, en faisant application de cet article, (7 juin 2012, C-615/10) que la dérogation au droit commun des marchés publics supposait que soient réunies deux conditions cumulatives : « premièrement, il faut qu'il s'agisse de la production ou du commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; deuxièmement, il faut que les mesures qui doivent être prises apparaissent nécessaires à la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat membre concerné ». Le rapporteur public estimait ainsi que la présence d'une arme sur la liste de 1958 était « une condition nécessaire, mais non suffisante ».

Cette finalité spécifiquement militaire se retrouve dans les considérants de la directive, qui ne justifient le caractère dérogatoire de ces marchés qu'en raison de cette particularité. Son 9^{ème} considérant évoque ainsi les exigences particulières auxquelles doit être soumis l'achat d'équipements de défense et de sécurité, compte tenu de leur caractère crucial pour la sécurité et la souveraineté des Etats membres.

De façon générale, vous veillez à une acception stricte des dérogations possibles pour les marchés de défense afin d'assurer le respect des règles de droit commun de la commande publique (5 avril 2006, Ministre de la défense, n° 288441, aux Tables, conclusions Pdt Boulouis).

La circonstance que les équipements concernés soient des armes ne suffit pas : il faut que ces équipements répondent à une finalité de défense ou de sécurité nationale. Et nous ne voyons pas quelle raison autre justifierait de déroger plus largement au droit commun des marchés publics pour des marchés ne poursuivant pas cette finalité.

En l'espèce, le juge du référé précontractuel n'a donc pas commis d'erreur de droit.

6. Les autres moyens peuvent être écartés.

D'abord, l'erreur commise par le juge des référés en se référant à l'article 6 du décret n° 2016-361 relatif aux marchés de défense et de sécurité alors qu'il devait se référer à l'article 8 du décret n° 2016-360 du même jour relatif aux marchés publics est sans incidence puisque ces dispositions, qui portent sur les spécifications techniques, sont identiques dans les deux textes.

Ensuite, c'est sans erreur de droit que le juge des référés a retenu que l'exigence posée par le CCTP tenant à l'absence de pédale de sûreté à l'arrière de la poignée du pistolet devait être assimilée à la mention d'un mode ou d'un procédé de fabrication particulier au sens de l'article 8 du décret du 25 mars 2016. Cette exigence figurait dans le CCTP qui imposait 28 spécifications techniques, dont celle-ci. Et il a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation (qui est votre degré de contrôle : 30 septembre 2011, Région Normandie, n° 350431, au Recueil), estimé que cette exigence excluait par principe du marché certains modèles de pistolets dont ceux commercialisés par la société Sunrock et qu'elle n'était pas justifiée par l'objet du marché, en relevant que la seule présence de cette pédale n'engendrait pas un risque d'infiltration d'eau et de sable accru et ne rendait pas le maniement plus difficile, point qu'il a suffisamment motivé.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi,
- à ce que l'Etat verse à la société Sunrock une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.