

N° 466754
M. S...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 16 octobre 2023
Lecture du 9 novembre 2023

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Le retrait d'une habilitation secret-défense est-il une décision « prise en considération de la personne » au sens du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), devant faire l'objet, à ce titre, d'une procédure contradictoire préalable ? Telle est la principale question que la présente affaire va vous conduire à trancher.

1. En l'espèce, M. S..., agent de sécurité au sein d'une société privée, était affecté depuis 2004 à des missions de gardiennage sur le site de la société Naval Group à Cherbourg (Manche), qui est une zone protégée au sens des articles R. 413-1 et suivants du code pénal. Il disposait à cette fin, comme tous les personnels du site, d'une part, d'une habilitation « confidentiel-défense »¹ délivrée par le ministre et, d'autre part, d'une autorisation d'accès remise par l'entreprise, qui ne lui permettait cependant pas d'accéder à certaines emprises faisant l'objet d'une protection renforcée.

L'intéressé était par ailleurs délégué du personnel et délégué syndical au sein de son entreprise. En avril 2018, celui-ci s'est joint, alors qu'il ne disposait d'aucune autorisation à cette fin, à une visite effectuée sur une zone à accès restreint par les membres du CHSCT de la société Naval Group.

Cette violation des règles de sécurité a donné lieu à deux décisions : d'une part, M. S... s'est vu retirer son habilitation « secret défense » par une décision ministérielle du 23 octobre 2019 ; d'autre part, la société Naval group a procédé au retrait de ses autorisations d'accès au

¹ Selon la terminologie alors en vigueur de l'article R. 2311-2 du code de la défense, qui ne connaît dorénavant plus que deux niveaux : « Secret » et « Très Secret ».

site de Cherbourg par une décision du 28 août 2020, elle-même prise après qu’une première décision dans le même sens du 25 octobre 2018 a été annulée pour un motif d’incompétence.

L’intéressé a contesté ces décisions devant le TA de Caen, qui a rejeté ses demandes par deux jugements du 9 juillet 2021. Il se pourvoit en cassation contre l’arrêt du 17 juin 2022 par lequel la cour administrative d’appel de Nantes a joint les affaires et rejeté les appels qu’il avait formés.

2. Nous examinerons d’abord les conclusions du pourvoi dirigées contre l’arrêt en tant qu’il statue sur le **retrait d’habilitation**.

2.1. Le premier moyen est le plus délicat : il est tiré de ce que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en jugeant, d’une part, que le retrait d’habilitation n’était pas une décision devant être motivée pour en déduire que M. S... ne pouvait invoquer la méconnaissance des articles L. 121-1, L. 122-1 et L. 122-2 du CRPA, qui prévoient la mise en œuvre d’une procédure contradictoire², et, d’autre part, qu’aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit n’imposaient que l’administration invite l’intéressé à s’expliquer ou à prendre connaissance de son dossier, avant de prendre la décision attaquée.

Le pourvoi reproche à ces motifs – qui reprennent le considérant de principe arrêté par votre décision CE 13 juin 1997, *Ministre de la défense c/ P...*, n° 157252, B – de ne plus être pertinents au regard des textes les plus récents du CRPA, notamment au regard la catégorie des « mesures prises en considération de la personne ».

Pour apprécier ce moyen, il faut rappeler que l’article L. 121-1 du CRPA énonce qu’« *Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l’article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d’une procédure contradictoire préalable* ».

2.1.1. Observons tout d’abord que, conformément au 2° de l’article L. 121-2 du même code, les dispositions de l’article L. 121-1 ne jouent pas « *lorsque leur mise en œuvre serait de nature à compromettre l’ordre public ou la conduite des relations internationales* ».

² Les articles L. 122-1 et L. 122-2 précisent chacun le contenu de cette procédure contradictoire, en prévoyant respectivement que la personne doit avoir été mise à même de présenter des observations et qu’elle doit avoir été mise à même de demander communication de son dossier.

Vous pourriez donc vous interroger un instant sur l'applicabilité de ces prescriptions dans le domaine des habilitations au secret de la défense nationale qui, quasiment par nature, ont trait à la protection de l'ordre public.

Nous pensons toutefois que l'exception prévue par le texte n'a pas une portée aussi large.

En effet, ce n'est pas en raison de la matière à laquelle se rapporte la décision individuelle que cette exception doit trouver à jouer, mais plutôt au regard des effets-mêmes d'une éventuelle procédure contradictoire sur l'ordre public. En d'autres termes, l'article L. 121-2 du CRPA permet de s'exonérer, au cas par cas, des obligations posées par l'article L. 121-1 mais il ne s'applique pas à des catégories générales de mesures déterminées. Dans cette logique, c'est au regard du risque d'atteinte que le respect du principe du contradictoire serait susceptible de porter à l'ordre public qu'il est, le cas échéant, possible à l'administration de s'abstraire d'une telle procédure mais cela ne signifie pas que toute décision relative à l'ordre public soit, de ce seul fait, exclue du régime du contradictoire.

Telle est en tout cas l'acception que vous en avez retenue jusqu'alors, sous l'empire du décret du 28 novembre 1983 qui comportait la même réserve : voyez en particulier, à propos d'un décret portant dissolution d'une association, votre décision CE 26 juin 1987, *Fédération d'action nationale et européenne*, n° 67077, p. 234, où la Présidente Hubac relevait dans ses conclusions que : « la rédaction 'sous réserve des nécessités de l'ordre public' (...) semble exclure une approche par catégorie »³.

Même si vous n'êtes pas excessivement exigeants en la matière, il convient donc, pour que l'exception s'applique, qu'existe un motif particulier justifiant, au nom de l'ordre public, de déroger au principe du contradictoire (voyez, pour des décisions de fermeture d'établissements liés au trafic de drogue ou à des rixes répétées : CE 13 juin 1990, *Pentsch et S.A. Restaurant des Ecoles*, n° 83939, p. 161 ; même jour, *S.A.R.L. "Pub 90"*, n° 92523, p. 162).

Or, de manière générale, il ne nous semble pas qu'une éventuelle procédure contradictoire préalable à un retrait d'habilitation serait, par elle-même et à soi seule, de nature à porter atteinte à l'ordre public. Nous en déduisons que l'article L. 121-2 du CRPA n'exclut pas, par principe, l'application de l'article L. 121-1.

2.1.2. Si vous franchissez ce premier obstacle, il existe donc, pour ce qui concerne une mesure de retrait (car, pour ce qui est d'une décision de refus, l'article L. 121-1 est inapplicable

³ Voir aussi, pour la fermeture d'un débit de boissons : CE 1^{er} octobre 1993, *Ministre de l'intérieur c. Mme G...*, n° 116772, B

puisqu'il exclut de son champ les cas où il est statué sur une demande), **deux types de décisions devant normalement être soumises à une procédure contradictoire préalable** : d'une part, les décisions soumises à motivation obligatoire et, d'autre part, les mesures prises en considération de la personne.

Cette seconde catégorie ne figurait pas dans le texte de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relatives aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration mais a été introduite en 2015 lors de la codification de ces dispositions dans le CRPA. Il y avait donc, avant 2015, une symétrie parfaite entre motivation obligatoire et procédure contradictoire.

Si cette symétrie avait été maintenue, la première partie du raisonnement de la cour aurait suffi.

En effet, au titre des décisions soumises à motivation obligatoire, l'article L. 211-2 du CRPA énumère en particulier celles qui : « (...) 7° *Refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions du a au f du 2° de l'article L. 311-5 (...)* », ces dernières dispositions visant notamment le « *secret de la défense nationale* ».

C'est dans cette logique et parce que la communication de leurs motifs « est de nature à porter atteinte au secret de la défense nationale » que vous avez jugé que tant les décisions *refusant* une habilitation « confidentiel défense » (CE 13 juin 1997, *Ministre de la défense c/ P...*, n° 157252, B) que celles *retirant* l'habilitation (CE 23 février 2021, *Ministre des armées c/ Y...*, n° 432198, C), n'ont pas à être motivées, votre décision Y... précisant qu'une décision d'habilitation n'a pas le caractère d'une décision créatrice de droits, ce qui fait qu'elle peut être rapportée sans délai.

Comme nous venons de vous l'indiquer, le codificateur de 2015 a toutefois intégré dans la liste des décisions soumises à procédure contradictoire une catégorie de mesures d'origine jurisprudentielle, celle des « mesures prises en considération de la personne ».

Issues de votre décision de Section du 24 juin 1949, *Sieur N...*, p. 304, vous n'en avez jamais donné une définition très précise, ce qui s'explique par la diversité des situations rencontrées. Comme le relèvent les commentateurs avisés de l'article L. 121-1 dans le code Dalloz, « *cette formule recouvre l'ensemble des décisions d'une certaine gravité autres que les sanctions qui sont soumises à l'obligation de contradictoire préalable, en raison de ce qu'elles reposent sur l'appréciation d'une situation personnelle qui doit pouvoir être discutée par la personne visée.* »

Pour notre part, nous rejoignons les conclusions du président Guyomar prononcées sur

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.

votre décision de Section du 3 décembre 2003, *Mansuy*, n° 236485, p. 469, qui relevaient que cette notion n'est toutefois pas sans limite et qu'il ne suffit pas qu'une décision revête un caractère subjectif, *ad hominem*, pour que l'agent concerné doive être mis à même de consulter son dossier préalablement à son édiction : encore faut-il que la nature de la décision et ses effets d'une certaine gravité l'imposent, ce qui justifie que les décisions qui n'affectent aucun droit ou aucune situation acquise n'entrent pas dans le champ de cette obligation.

De fait, plusieurs de vos précédents ont expressément encadré la portée de la notion de « mesure prise en considération de la personne » en relevant que, lorsque la décision s'applique à une situation précaire où, de ce fait, les considérations personnelles sont secondaires, elle n'a pas pour effet de conférer à l'intéressé un droit à la mise en œuvre d'une procédure contradictoire préalable.

C'est vrai dans deux grandes séries d'hypothèses :

- d'une part, lorsque la décision critiquée revêt elle-même un caractère provisoire ou d'urgence et que son objet premier est l'intérêt du service : c'est le cas pour les mesures de suspension, qui sont prononcées à titre conservatoire dans l'intérêt du service (CE 2 décembre 1949, *Sieur B...*, p. 522), et dont vous estimez – avant comme après l'entrée en vigueur de l'article L. 121-1 du CRPA, car il s'agit bien d'une codification à droit constant – que, n'étant pas prises en considération de la personne, elles n'ont pas à être précédées d'une procédure contradictoire (CE 22 septembre 1993, *Sergene*, n°s 87033,87456, T. p. 846 ; CE 26 octobre 2005, *X...*, n° 279189, p. 444 ; CE 18 juillet 2018, *M. Z...*, n° 418844, p. 321, ccl. S-J. Lieber ; CE 21 mars 2022, *M. Z...*, n° 452722, T. pp. 775-783) ;

- d'autre part, dans les cas où l'agent se trouve lui-même dans une situation essentiellement provisoire et ne peut faire valoir un droit acquis (voyez votre décision *Mansuy* précitée, relative au refus de titularisation d'un fonctionnaire stagiaire, dont l'arrêt relève qu'il se trouve dans une situation probatoire et provisoire ; voyez aussi, pour le non-renouvellement d'un CDD ou d'un détachement auquel l'agent n'a aucun droit : CE 23 février 2009, *M...*, n° 304995, T. pp. 607-806 ; CE 31 octobre 2011, *Mme BA*, n° 325699, p. 500).

Dans certains cas, vos précédents sont particulièrement didactiques : ils relèvent explicitement que les décisions litigieuses sont prises en considération de la personne, dès lors qu'elles se fondent au moins en partie sur la manière de servir de l'agent, mais c'est l'absence de tout droit acquis au maintien de la situation qui justifie, en tout état de cause, qu'il n'y a pas lieu de les faire précéder d'une procédure contradictoire.

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 solutions ne valent toutefois, ainsi qu'elles prennent également soin de le relever, que lorsque la décision contestée ne constitue pas une mesure disciplinaire déguisée, y compris partiellement (cf. pour un exemple de « décision mixte » : CE 24 février 2020, *Commune de Marmande*, n° 421291, B).

Pour le dire plus simplement, pour que les droits de la défense trouvent à jouer, encore faut-il qu'il y ait un droit individuel à protéger.

Or, en matière d'habilitation au secret de la défense nationale, il ne saurait, en raison de la nature-même de l'habilitation, y avoir aucun droit acquis et il nous semble dès lors que vous devez exclure une décision de retrait d'une telle habilitation de la catégorie des mesures prises en considération de la personne au sens de l'article L. 121-1 du CRPA dans la mesure où une telle décision est prise dans l'intérêt du service et où son titulaire n'a aucun droit à son maintien.

C'est ce qu'exprime notamment l'article 31 de l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale n° 1300 (dite « IGI 1300 ») qui, dans sa version applicable au litige⁴, dispose que : « *la décision d'habilitation ne confère pas à son bénéficiaire de droit acquis à son maintien. L'habilitation peut être retirée en cours de validité (...) si l'intéressé ne remplit plus les conditions nécessaires à sa délivrance (...)* ».

C'est du reste si vrai que l'on se trouve ici dans un domaine où, dans certaines hypothèses, le comportement personnel de l'intéressé ou sa manière de servir n'auront en réalité aucune incidence sur la décision de retrait de l'habilitation. En effet, en la matière, il faut raisonner en termes de « vulnérabilité », autrement dit de facteurs liés à l'environnement de la personne, qui lui échappent parfois totalement. Le retrait de l'habilitation peut ainsi intervenir en raison de la situation de membres de sa famille ou de son entourage, à laquelle l'intéressé peut être parfaitement étranger mais qui serait susceptible de créer des risques de pressions en vue de la divulgation d'informations classifiées.

Comme on le voit, c'est d'abord dans l'intérêt de la sécurité et de la défense nationales que les décisions sont prises, l'appréciation de la situation personnelle de l'intéressé n'étant que secondaire et celui-ci ne détenant en tout état de cause aucun droit au maintien de son autorisation.

Dans la veine jurisprudentielle que nous avons décrite, nous vous invitons donc à consacrer, pour les décisions portant retrait d'une habilitation secret-défense, une exception au principe qui veut qu'une mesure prise en considération de la personne soit obligatoirement

⁴ Cf. arrêté du 30 novembre 2011 portant approbation de l'instruction générale interministérielle n° 1300 ; le dernier arrêté est en date du 9 août 2021

précédée d'une procédure contradictoire.

Cette exception nous paraît justifiée par le fait qu'alors même qu'une telle décision peut, dans certains cas, être prise *intuitu personae*, elle ne prive de toute façon l'intéressé d'aucun droit, l'habilitation étant par essence précaire et révocable.

Ajoutons à cet égard que le régime contentieux de ce type d'actes très particuliers aura ainsi le mérite d'être unifié car il y aurait sinon quelque paradoxe à n'exiger aucune motivation de la décision de retrait mais à obliger l'administration à échanger au préalable avec l'intéressé, ce qui implique par définition un échange... sur les motifs.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc écarter le moyen d'erreur de droit et d'insuffisance de motivation.

2.2. Vous pourrez plus aisément écarter le moyen suivant, par lequel M. S... soutient que la cour administrative d'appel a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en s'abstenant de répondre au moyen tiré de ce que la décision de retrait d'habilitation présentait le caractère d'une sanction devant être précédée d'une procédure contradictoire.

Un tel moyen aurait été opérant mais nous n'en voyons pas de trace dans les écritures d'appel, ce qui invalide la critique d'insuffisance de motivation. En tout état de cause, sauf circonstances particulières qu'il aurait fallu établir, le retrait d'une habilitation ne constitue pas une sanction mais résulte seulement de ce que les conditions nécessaires à son octroi ne sont plus réunies. La mesure n'entraîne donc pas dans le champ d'application de l'article L. 122-2 du CRPA qui prévoit la communication à l'intéressé des motifs de la sanction et de son dossier.

2.3. Enfin, s'il est soutenu que la cour a dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la décision du 23 octobre 2019 portant retrait de l'habilitation « confidentiel défense » reposait sur des faits matériellement inexacts et était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, cette critique ne vous retiendra pas.

Rappelons en effet que la cour a relevé par une appréciation souveraine que M. S... a pénétré au cours de la même matinée sans autorisation dans trois locaux situés dans une zone protégée dont l'accès est réservé aux personnels détenant une habilitation spécifique. Ces faits sont corroborés par les images de vidéosurveillance tels qu'elles ont été analysées par l'officier de sécurité, qui a en particulier relevé que l'intéressé a utilisé son téléphone portable et s'est placé pendant un moment dans un angle mort sous la caméra. La circonstance que les faits se soient déroulés sur moins d'une heure et que M. S... ait toujours été en compagnie d'autres personnes n'enlèvent rien à leur matérialité.

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.

D'autre part, il est certain que, compte tenu de son expérience et des fonctions qu'il exerçait, M. S... ne pouvait ignorer que son habilitation « confidentiel-défense » ne pouvait tenir lieu d'autorisation d'accès à ces locaux. En effet, contrairement à ce qu'il allègue, l'autorisation qui avait été donnée aux membres du CHSCT ne l'incluait pas et c'est d'ailleurs sciemment qu'il a utilisé les badges de ses collègues pour se déplacer sur les lieux.

Dans ces conditions, et au vu du contrôle restreint qui est le vôtre en cassation, il n'y a aucune dénaturation de la part de la cour à avoir considéré que la décision portant retrait de l'habilitation n'était entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation.

3. Nous pouvons à présent en venir aux conclusions dirigées contre l'arrêt en tant qu'il statue sur le retrait de l'autorisation d'accès au site.

3.1. Les moyens soulevés à leur appui sont moins délicats, même si vous pourriez, au préalable, vous interroger un instant de raison sur la **compétence de la juridiction administrative** pour se prononcer sur ce type de mesures.

Formellement, est en effet en cause une décision prise par une société de droit privé⁵, même si elle est détenue à 62 % par l'Etat, à l'encontre d'un salarié d'un de ses sous-traitants.

Il reste qu'eu égard à l'objet et aux finalités de la mesure, qui répondent à un puissant impératif de sécurité publique, et, d'autre part, aux conditions d'octroi de ce type d'autorisations, dont l'article R. 413-5 du code pénal prévoit que « *L'autorisation de pénétrer dans la zone protégée est donnée par le chef du service, de l'établissement ou de l'entreprise, selon les directives et sous le contrôle du ministre ayant déterminé le besoin de protection* », nous n'avons guère de doutes à estimer que la société Naval Group agit ici par délégation du ministre et donc au nom de l'Etat.

Vous aviez d'ailleurs retenu un raisonnement similaire, sous l'empire des textes antérieurs, dans votre arrêt CE 30 décembre 1998, *T... d*, n° 171101, B, s'agissant d'une décision prise par le responsable d'un EPIC (le CEA) vis-à-vis d'un de ses agents, en jugeant qu'un refus de renouveler une habilitation « secret-défense » constitue un acte administratif, détachable des liens de droit privé qui l'unissent à son personnel.

⁵ Naval Group, ex-Direction des Constructions Navales, est une « entreprise nationale régie par le code de commerce » aux termes de l'article 78 de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificative pour 2001, dont le capital a été ouvert en 2007 à Thalès par la loi n° 2004-1487 du 30 décembre 2004 relative à l'ouverture du capital de DCN.

Votre décision confirmera implicitement mais nécessairement cette solution sous l'empire des textes en vigueur.

3.2. Examinons alors les trois derniers moyens du pourvoi.

3.2.1. Le premier d'entre eux soutient que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que M. S... ne pouvait utilement invoquer la méconnaissance des articles 23, 31, 33 et 103 de l'instruction interministérielle à l'encontre de la décision de retrait de son autorisation d'accès, au motif que ces articles concernent uniquement les retraits d'habilitation.

Pourtant, c'est rigoureusement exact et, contrairement à ce qui est soutenu de manière un peu alambiquée, M. S... n'avait pas, en tout état de cause, soulevé au soutien de sa critique contre le retrait d'autorisation d'accès, une exception d'illégalité de la décision de retrait d'habilitation. Il ne peut donc plus le faire devant vous en cassation.

Le moyen sera donc écarté.

3.2.2. Un deuxième moyen argue que la cour a dénaturé les faits en jugeant que la société Naval Group n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en interdisant à M. S... d'accéder à l'ensemble du site de Cherbourg.

Toutefois, au vu des faits en cause et du comportement « à risque » de l'intéressé, nous ne voyons pas en quoi la cour aurait grossièrement erré en estimant qu'il ne pouvait plus bénéficier d'un accès à l'ensemble du site, la preuve ayant malheureusement été faite qu'une simple autorisation partielle ne l'avait pas dissuadé d'accéder à des zones restreintes.

3.2.3. Enfin, le pourvoi ne nous convainc nullement que la cour aurait dénaturé les faits en estimant qu'aucun détournement de pouvoir n'était établi.

Le demandeur soutient à cet égard que le but de la société Naval Group aurait été de restreindre l'action du syndicat auquel il appartient.

Il faut cependant noter que M. S... n'est pas salarié de la société Naval Group, dont on ne voit donc pas trop quel aurait été l'intérêt à « se défaire » de lui alors, à l'inverse, qu'elle avait autorisé les membres du même syndicat à visiter les zones restreintes – mais parce que ceux-ci accomplissaient leurs missions syndicales en tant que membres du CHSCT et avaient obtenu une autorisation expresse en ce sens.

Nous ne voyons là aucune mesure de rétorsion mais simplement l'application des règles de sécurité, qui valent pour tous.

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.

Vous écarterez donc également ce moyen.

Et par ces motifs, nous concluons au **rejet du pourvoi** et à ce que M. S... verse une somme de 1 500 euros à la société Naval Group au titre des frais d'instance.

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.