

N° 465068

Ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires c. M. A...

N° 465070

Ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires c. M. B...

6^e et 5^e chambres réunies

Séance du 20 mars 2024

Lecture du 26 avril 2024

CONCLUSIONS

M. Frédéric PUIGSERVER, rapporteur public

1. Les deux affaires qui viennent d'être appelées devraient vous amener à préciser l'office du juge administratif lorsqu'il met en œuvre la faculté, que lui confère l'article L. 2312-4 du code de la défense, de demander la déclassification et la communication d'informations discutées devant lui couvertes par le secret de la défense nationale – dans la ligne de votre décision d'Assemblée du 6 novembre 2002 *C...* (CE Ass. 6 nov. 2002, *M. C...*, n° 194295, 219587).

2. Il nous faut, avant d'en venir à l'examen de cette question, vous présenter les données des litiges qui concernent les conditions dans lesquelles l'accès à des centrales nucléaires peut être interdit à certaines personnes en raison d'un risque de terrorisme.

Dans chacun de ces litiges, une société prestataire de services en matière d'énergie nucléaire a demandé à la société EDF, exploitant de centres nucléaires de production d'électricité (CNPE), l'autorisation prévue par le code de la défense pour que l'un de ses employés puisse y accéder.

Les refus opposés par la société EDF, motivés par les risques que présentent les intéressés du fait de leur entourage, ont fait l'objet, dans chaque cas, du recours administratif préalable obligatoire (RAPO) institué en la matière par le code de la défense auprès de l'autorité ministérielle compétente – également rejeté dans les deux cas.

Par deux jugements des 18 décembre 2020 et 4 février 2021, les tribunaux administratifs (TA) de Dijon et de Grenoble, après avoir ordonné une mesure supplémentaire d'instruction, par jugement avant dire droit, ont annulé les décisions du ministre de la transition écologique et solidaire.

La cour administrative d'appel (CAA) de Lyon a rejeté les appels formés par le ministre contre ces jugements par des arrêts du 19 avril 2022, contre lesquels le ministre se pourvoit.

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.

3. Le cadre juridique des litiges, qui se rattache à ce que le code de la défense dénomme les installations et opérateurs « d'importance vitale », et le statut des décisions attaquées, méritent sans doute quelques éclaircissements.

L'article L. 1332-1 du code de la défense définit ces opérateurs comme « *les opérateurs publics ou privés exploitant des établissements ou utilisant des installations et ouvrages, dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation* » et met à leur charge une obligation de « *coopérer à leurs frais (...) à la protection desdits établissements, installations et ouvrages contre toute menace, notamment à caractère terroriste* »¹.

Les sites, et par voie de conséquence les opérateurs qui les exploitent, sont, en vertu des mêmes dispositions, « *désignés par l'autorité administrative* ».

Il n'est pas contesté ici qu'EDF, qui exploite les CNPE en cause, relève de cette catégorie.

L'accès à ces sites par les personnes qui y travaillent – c'est l'objet des litiges – doit être, en vertu de l'article L. 1332-2-1, autorisé par l'exploitant. Cette autorisation peut être donnée après « *avis de l'autorité administrative compétente* » et fait alors « *suite [à] une enquête administrative qui peut donner lieu à la consultation du bulletin n° 2 du casier judiciaire et de traitements automatisés de données à caractère personnel relevant de [la loi CNIL]* ».

Cette enquête administrative est, en vertu de l'article R. 1332-22-1, « *destinée à vérifier que les caractéristiques de la personne physique ou morale intéressée ne sont pas incompatibles avec l'accès envisagé* ».

Enfin, l'article R. 1332-3 introduit une procédure de RAPO selon laquelle : « *Préalablement à l'introduction d'un recours contentieux contre tout acte administratif pris en application du présent chapitre [relatif à la protection des installations d'importance vitale] (...), le requérant adresse un recours administratif au ministre coordonnateur du secteur d'activités dont il relève. (...)* ».

Ces dispositions ont déjà été interprétées par votre décision de chambres réunies *M. D...*, par laquelle vous avez jugé qu'un refus d'accès à des installations d'importance vitale relève du contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir (CE 17 oct. 2022, n° 444826, concl. S. Hoyneck).

¹ S'y ajoutent, en vertu de l'article L. 1332-2, les opérateurs exploitant des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) ou comprenant une installation nucléaire de base (INB) « *quand la destruction ou l'avarie de certaines installations de ces établissements peut présenter un danger grave pour la population* ».

4. La première question qui peut se poser, dans l'application de ces dispositions, est celle du caractère d'« *acte administratif* » des décisions prises par les opérateurs d'importance vitale pour la protection des sites qu'ils exploitent – notamment lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'une personne privée.

C'est en effet ce caractère d'« *acte administratif* » de la décision initiale prise par l'opérateur qui détermine l'applicabilité de la procédure de RAPO devant le ministre – avec toutes les conséquences qu'elle emporte, notamment la substitution de la décision prise sur RAPO à la décision initiale (CE 21 mars 2007, *E...*, n° 284586) – et non l'inverse. Autrement dit, ce n'est pas parce que, dans les faits, une décision administrative prise sur RAPO est intervenue qu'elle « blanchit » le caractère, administratif ou non, de la décision initiale.

Or, on sait que des personnes privées peuvent prendre des actes administratifs à la condition, d'une part, qu'elles soient chargées d'une mission de service public et, d'autre part, qu'elles mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique (CE Sect. 13 jan. 1961, *F...*, n° 45548).

La question est d'importance car, s'il n'y a pas été statué expressément par les juges du fond, elle est d'ordre public en cassation – qu'elle touche à l'incompétence de l'auteur de la décision contestée (CE 29 mars 2000, *G...*, n° 196127) ou à la méconnaissance du champ d'application de la loi (CE 3 déc. 1999, *H...*, n° 162925).

Elle n'est pas entièrement nouvelle devant vous, dans la mesure où vous avez déjà, dans votre décision *D...*, implicitement reconnu la compétence du ministre pour se prononcer sur le RAPO exercé contre pareil refus d'autorisation d'EDF concernant l'accès à un CNPE.

5. Le raisonnement nous semble cependant devoir ici être explicité, pour la généralité des opérateurs d'importance vitale, qu'ils soient publics ou privés.

Dans tous les cas, en effet, ces opérateurs nous paraissent devoir être regardés comme s'étant vu confier par la loi, plus précisément par les dispositions de l'article L. 1332-1 du code de la défense, une mission de service public consistant dans l'obligation de « *coopérer (...) à la protection [des] établissements, installations et ouvrages [d'importance vitale] contre toute menace, notamment à caractère terroriste* ».

Les travaux préparatoires de ces dispositions, issues de la codification de l'ordonnance n° 58-1371 du 29 décembre 1958 tendant à renforcer la protection des installations d'importance vitale et modifiées par la loi n° 2005-1550 du 12 décembre 2005 modifiant diverses dispositions relatives à la défense pour prévoir qu'elles s'appliquent à tous « *opérateurs publics ou privés* » et non seulement aux « *entreprises* », ne permettent pas d'éclairer cette question.

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.

Il ne s'agirait pas de dire que toutes les activités des opérateurs d'importance vitale constituent des services publics. Et, à cet égard, serait indifférente la circonstance, en l'espèce, qu'EDF, qui est, en vertu de l'article L. 111-67 du code de l'énergie, « *une société anonyme, dont le capital est détenu à plus de 70 % par l'Etat* », exerce, en vertu des articles L. 121-1 à L. 121-3 du même code, en tant que producteur d'électricité, une mission de service public.

Ce qui constituerait, à nos yeux, une mission de service public confiée par la loi aux opérateurs d'importance vitale, publics ou privés, serait la mission de coopérer à la protection de leurs sites, dans le but d'intérêt général de lutte contre « *toute menace, notamment à caractère terroriste* ». Et ce qui, outre la finalité de cette mission, en ferait une mission de service public tient aux conditions dans lesquelles ils l'exercent, sous le contrôle de l'administration, notamment l'obligation pour eux, prévue par l'article L. 1332-3, d'adopter un « *plan particulier de protection dressé par l'opérateur et approuvé par l'autorité administrative* » et la possibilité pour l'administration de s'y substituer.

Etant chargés directement par la loi d'une mission de service public, nul besoin serait d'appliquer, en ce qui concerne les opérateurs privés, la grille d'analyse résultant de votre décision de Section APREI (CE Sect. 22 févr. 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541).

Resterait alors la question de savoir si, en refusant l'accès à l'un de ses sites, l'opérateur d'importance vitale prendrait un acte à caractère administratif – ce qui revient à savoir, dans le cas d'un opérateur privé, si, ce faisant, il met en œuvre des prérogatives de puissance publique.

La question n'est pas triviale dans la mesure où il paraît relever des prérogatives normales d'une personne privée, notamment une entreprise, de limiter, notamment par son règlement intérieur, l'accès à ses établissements. Il a d'ailleurs été jugé que les mesures à caractère disciplinaire prises, à l'égard des élèves, par le conseil de discipline d'un établissement d'enseignement privé ne procèdent pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique et ne revêtent pas, dès lors, le caractère d'actes administratifs (CE 26 mai 2004, *M. et Mme I...*, n° 259682).

Pour autant, lorsque la procédure d'autorisation ne vise pas simplement à protéger l'ordre public interne à l'établissement, mais vise au contraire l'ordre public en général, elle est regardée comme constituant l'exercice de prérogatives de puissance publique (voir, par exemple, en matière d'accréditation de laboratoires d'analyse médicale : CE 23 déc. 2010, *Conseil national de l'ordre des médecins et autre*, n° 33739 et autre et en matière de certificat de navigabilité d'aéronefs : CE 23 mars 1983, *SA Bureau Véritas*, n° 33803 et autre).

Nous n'avons donc aucun mal à considérer, pour notre part, que lorsqu'un opérateur d'importance vitale, qu'il soit privé et, *a fortiori*, public, refuse une autorisation d'accès à

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'une des installations qu'il gère, il met en œuvre des prérogatives de puissance publique – ce qui emporte donc comme conséquence le caractère administratif des décisions qu'il prend à ce titre et l'applicabilité de la procédure de RAPO.

Et la lecture que nous vous proposons de retenir ne nous paraît heurter en rien le principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France tenant à l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique nécessaire à la garantie des droits (Cons. const. déc. n° 2021-940 QPC du 15 oct. 2021, *Société Air France*). En effet, l'activité de service public confiée par la loi aux opérateurs d'importance vitale est bien, compte tenu de son objet, une activité de police administrative, mais le refus d'accès à un site ne requiert pas l'exercice de la force publique.

6. Venons-en à présent à la question principale posée par ces deux affaires et qui touche – nous l'avons dit – à l'office du juge lorsque sont invoquées devant lui des informations classifiées au titre du secret de la défense nationale.

Le cadre légal applicable résulte du code de la défense, dont l'article L. 2311-1 renvoie lui-même, pour la définition du secret de la défense nationale, aux dispositions de l'article 413-9 du code pénal.

Ainsi, en vertu du premier alinéa de l'article 413-9 du code pénal, « *présentent un caractère de secret de la défense nationale* » des informations « *qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès* » et, en vertu de ses deuxième et troisième alinéas, peuvent faire l'objet d'une telle classification, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les informations « *dont la divulgation ou auxquels l'accès est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale* ».

La décision de classification d'une information au titre du secret de la défense nationale, en vertu de l'arrêté du Premier ministre auquel renvoie l'article R. 2311-5 du code de la défense, est une prérogative « *du Premier ministre exercée par le Premier ministre ou, par délégation, par chaque ministre dans son champ d'attribution (...)* ». Et aux termes de l'article R. 2311-4 : « *toute (...) déclassification (...) est décidée par l'autorité sous la responsabilité de laquelle il a été procédé à la classification* ».

En ce qui concerne les conditions dans lesquelles de telles informations peuvent être discutées devant un juge, l'article L. 2312-4 du code de la défense dispose que : « *Une juridiction française dans le cadre d'une procédure engagée devant elle (...) peut demander la déclassification et la communication d'informations, protégées au titre du secret de la défense nationale, à l'autorité administrative en charge de la classification. (...) L'autorité administrative saisit sans délai la Commission du secret de la défense nationale* ».

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.

Saisie dans ce cadre, cette commission rend un avis qui, en vertu de l'article L. 2312-7, « prend en considération, d'une part, les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense (...) d'autre part, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels » et « est transmis à l'autorité administrative ayant procédé à la classification », laquelle « notifie sa décision, assortie du sens de l'avis, à la juridiction (...) ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées ».

7. Ce cadre légal a été interprété, conformément aux principes issus de votre jurisprudence C..., en ce sens qu'« il appartient au juge administratif, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction sur les points en litige ; que [les dispositions du code de la défense] ne font pas obstacle à ce que le juge puisse ordonner la communication de tous autres éléments utiles à la solution du litige à condition qu'elle ne porte pas atteinte au secret de la défense nationale ; que [le juge peut ordonner] que soient versés au dossier de l'instruction, dans l'hypothèse où [l'administration] estimerait que la classification et le refus de communication de tout ou partie des [éléments demandés] seraient justifiés par le secret de la défense nationale, tous éléments d'information sur les raisons de l'exclusion des documents en cause, dans des formes préservant le secret de la défense nationale, de façon à lui permettre de se prononcer en connaissance de cause sans porter directement ou indirectement atteinte au secret de la défense nationale » (CE 20 févr. 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 350382).

8. Ce sont ces dispositions qui ont été mises en œuvre par les TA de Dijon et de Grenoble, par des jugements avant dire droit, afin d'obtenir toute information utile sur les motifs ayant conduit la société EDF à refuser aux intéressés l'accès à ses sites et le ministre, saisi sur RAPO, à confirmer ces refus.

Il est reproché à la cour, dans le cadre des deux pourvois, d'avoir entaché ses arrêts d'une erreur de droit et d'une insuffisance de motivation, en jugeant, notamment, qu'« il n'[était] justifié d'aucune saisine de la commission consultative du secret de la défense nationale en application de l'article L. 2312-4 du code de la défense ».

Ce qui est reproché à la cour est donc de s'être bornée à constater, alors que les premiers juges avaient fait application de cet article, que la commission n'avait pas été saisie.

9. Revenons brièvement sur les faits de chaque espèce – qui diffèrent quelque peu.

Dans la première affaire, il apparaît que, au moment où le TA de Dijon a, par jugement avant dire droit, ordonné une mesure supplémentaire d'instruction, les informations relatives à l'entourage de M. A... n'avait pas été classifiées et n'ont pas été versées au dossier par l'administration au motif que leur communication risquerait de compromettre gravement le

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.

déroulement d'enquêtes en cours. Ce n'est qu'après le jugement du TA que ces informations ont été consignées dans une note du service du haut fonctionnaire de défense et de sécurité (HFDS) du ministère, datée du 1^{er} avril 2021, dont la cour connaissait l'existence comme il ressort des motifs de son arrêt.

Dans la seconde affaire, il apparaît au contraire que les informations relatives à l'entourage de M. B... avaient été classifiées par le ministre chargé de l'énergie préalablement au jugement avant dire droit du TA de Grenoble, mais que ce dernier a, par erreur, demandé le déclassé au ministre de la défense et que, de ce fait, le ministre chargé de l'énergie n'avait pu saisir la Commission du secret de la défense nationale.

Dans tous les cas, et quoi qu'il se soit effectivement passé devant le TA, la cour était saisie d'un dossier dont il ressortait que des informations discutées devant elle, et qui étaient utiles à la solution du litige, étaient classifiées au titre du secret de la défense nationale.

Elle disposait alors, à tout le moins, de la faculté de demander, en application de l'article L. 2312-4 du code de la défense, au ministre chargé de l'énergie, la déclassification des informations en cause – ce qu'elle n'a pas fait, tout en relevant, pour confirmer le jugement du TA, que « l'administration ne peut être regardée comme ayant apporté le moindre commencement de preuve » quant à la menace que constituaient les intéressés.

Faute de s'être interrogée, un instant de raison, sur la possibilité pour elle de mettre en œuvre l'article L. 2312-4, la cour nous paraît avoir commis une erreur de droit dans l'application de ces dispositions ou, en d'autres termes, avoir méconnu son office.

En allant même un peu plus loin, nous inclinons à penser que la cour aurait dû, après s'être interrogée sur ce point, effectivement demander la déclassification des informations en cause.

Il a en effet été jugé, en matière d'administration de la preuve, qu'« il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur » (CE 26 nov. 2012, *Mme J...*, n° 354108).

Et il nous semble que, dans un contentieux dans lequel la décision de l'administration se fonde sur des informations qu'elle a elle-même classifiées et auxquelles celui qui en fait l'objet ne peut avoir accès au titre du contradictoire pour les contester utilement, il appartient au juge, saisi d'une contestation sérieuse, à peine de méconnaître son office, de mettre œuvre la procédure prévue à l'article L. 2312-4 du code de la défense (voir, *mutatis mutandis*, pour un cas, en matière d'arrêté de péril, où le juge dispose de la faculté d'ordonner une expertise et où, en présence d'une contestation sérieuse, il est tenu d'ordonner une nouvelle expertise :

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.

CE 21 mai 1971, *Sieur K...*, n° 80995 ; ou encore, pour le cas où une requête ne peut être rejetée comme irrecevable à défaut d'être accompagnée de la décision attaquée sans que le juge ordonne à l'administration de produire cette décision, lorsque le requérant a accompli, en vain, les diligences nécessaires pour l'obtenir : CE 3 oct. 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 413989, concl. A. Bretonneau).

Cette solution peut se justifier par le souci d'assurer aux mieux l'égalité des armes entre les parties, dans une configuration où l'administration est dans une position de force et où la consultation de la Commission du secret de la défense nationale, qui est, en vertu de l'article L. 2312-1, une autorité administrative indépendante (AAI), constitue une garantie pour la personne intéressée.

Elle nous semble cohérente avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé, s'agissant des « notes blanches », qu'« en cas de recours, la note est soumise au débat contradictoire et [qu']il appartient au [juge], en cas de contestation sérieuse, d'inviter, le cas échéant, l'administration à produire tout élément utile » (Cass. Crim. 5 déc. 2023, n° 22-80.611).

La méconnaissance de son office, par la cour, nous paraît donc établie dans les deux affaires dont vous êtes saisi, dans la mesure où les intéressés contestaient sérieusement les éléments relatifs à leur entourage et où la cour, saisie du litige, n'a pas mis œuvre la procédure prévue à l'article L. 2312-4 du code de la défense.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation des arrêts de la CAA de Lyon du 19 avril 2022 et au renvoi des affaires devant cette cour.

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.