

N° 472

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2017-2018

Enregistré à la Présidence du Sénat le 15 mai 2018

AVIS

PRÉSENTÉ

*au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE, relatif à la **programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense,***

Par M. Philippe BONNECARRÈRE,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Philippe Bas, *président* ; MM. François Pillet, Jean-Pierre Sueur, François-Noël Buffet, Jacques Bigot, Mmes Catherine Di Folco, Sophie Joissains, M. Arnaud de Belenet, Mme Nathalie Delattre, MM. Pierre-Yves Collombat, Alain Marc, *vice-présidents* ; M. Christophe-André Frassa, Mme Laurence Harribey, MM. Loïc Hervé, André Reichardt, *secrétaires* ; Mme Esther Benbassa, MM. François Bonhomme, Philippe Bonnacarrère, Mmes Agnès Canayer, Maryse Carrère, Josiane Costes, MM. Mathieu Darnaud, Marc-Philippe Daubresse, Mme Jacky Deromedi, MM. Yves Détraigne, Jérôme Durain, Mme Jacqueline Eustache-Brinio, MM. Jean-Luc Fichet, Pierre Frogier, Mmes Françoise Gatel, Marie-Pierre de la Gontrie, M. François Grosdidier, Mme Muriel Jourda, MM. Patrick Kanner, Éric Kerrouche, Jean-Yves Leconte, Henri Leroy, Mme Brigitte Lherbier, MM. Didier Marie, Hervé Marseille, Jean Louis Masson, Mme Marie Mercier, MM. Thani Mohamed Soilihi, Alain Richard, Simon Sutour, Mmes Lana Tetuanui, Catherine Troendlé, M. Dany Wattebled.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (15^{ème} législ.) : 659, 732, 761, 762, 765 et T.A. 104

Sénat : 383 et 473 (2017-2018)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS.....	7
EXPOSÉ GÉNÉRAL	9
I. L'OBJET DU PROJET DE LOI : RENFORCER L'EFFICACITÉ DE NOS ARMÉES FACE AUX MENACES CONTEMPORAINES	10
A. AMÉLIORER LES CAPACITÉS DE CYBERDÉFENSE.....	10
B. DOTER LES ARMÉES DES MOYENS JURIDIQUES ET OPÉRATIONNELS ADÉQUATS.....	12
C. ADAPTER LE DROIT COMMUN AUX SPÉCIFICITÉS DE LA DÉFENSE	13
II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION : SOUTENIR LES BESOINS DES ARMÉES TOUT EN ASSURANT LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTIS	14
A. UNE LARGE APPROBATION, DES AJUSTEMENTS A LA MARGE	14
B. UN ENCADREMENT NÉCESSAIRE DE L'ARTICLE 19 POUR ASSURER LA CONSTITUTIONNALITÉ DU DISPOSITIF	15
C. L'INTRODUCTION DE NOUVELLES DISPOSITIONS AFIN DE RENFORCER LE CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DU RENSEIGNEMENT	15
EXAMEN DES ARTICLES	17
TITRE II DISPOSITIONS INTÉRESSANT LA DÉFENSE NATIONALE	17
CHAPITRE I ^{ER} DISPOSITIONS RELATIVES AUX RESSOURCES HUMAINES.....	17
• SECTION 3 Dispositions diverses dans le domaine des ressources humaines	17
• <i>Article 14</i> (art. 20 de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique) Rétablissement, pour les ouvriers d'État, des règles normalement applicables aux fonctionnaires en matière de cumul d'activités	17
• SECTION 5 Expérimentations	18
• <i>Article 16</i> Expérimentation de deux procédures dérogatoires de recrutement par le ministère de la défense	18
CHAPITRE II DISPOSITIONS RELATIVES À L'ÉLECTION DE MILITAIRES AUX SCRUTINS LOCAUX	24
• <i>Article 18</i> (art. L. 46, L. 231 et L. 237 du code électoral ; art. L. 2122-5-2 et L. 5211-10-1 A (nouveaux) du code général des collectivités territoriales ; art L. 4121-3-1 (nouveau) du code de la défense) Éligibilité et incompatibilités des militaires en activité avec les mandats de conseillers municipaux et communautaires	24

CHAPITRE III DISPOSITIONS RELATIVES À LA CYBERDÉFENSE	31
• <i>Article 19</i> (art. L. 33-14 [nouveau], L. 36-7, L. 36-14 [nouveau], L. 130, L. 131 et L. 132 du code des postes et des communications électroniques ; art. L. 311-4-1, L. 773-10 à L. 773-12 [nouveaux] du code de justice administrative ; art. L. 2321-2-1 et L. 2321-2-2 [nouveaux], L. 2321-3 et L. 2321-5 [nouveau] du code de la défense) Sécurité des réseaux et des infrastructures informatiques des opérateurs de communications électroniques	31
• <i>Article 21</i> (art. L. 4123-12 du code de la défense) Excuse pénale des cybercombattants	49
CHAPITRE III BIS QUALIFICATION DE CERTAINS APPAREILS ET DISPOSITIFS TECHNIQUES	52
• <i>Article 22</i> (art. L. 2371-2 du code de la défense) Qualification des matériels utilisés pour les techniques de renseignement	52
CHAPITRE III TER DISPOSITIONS RELATIVES À LA COMMISSION DE VÉRIFICATION DES FONDS SPÉCIAUX	55
• <i>Article 22 bis</i> (art. 154 de la loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002) Modification des modalités de financement et des conditions de publication des travaux de la commission de vérification des fonds spéciaux	55
• <i>Article additionnel après l'article 22 bis</i> (art. 6 <i>nonies</i> de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires) Renforcement du contrôle parlementaire du renseignement	57
CHAPITRE IV DISPOSITIONS RELATIVES AUX OPÉRATIONS, À LA COOPÉRATION ET À L'ENTRAÎNEMENT DES FORCES	62
• <i>Article 23</i> (art. L. 2381 du code de la défense) Prélèvements biologiques en opérations	62
• <i>Article 24</i> (art. 689-5, 689-6 et 689-14 [nouveau] du code de procédure pénale) Mise en œuvre de plusieurs conventions et protocoles récemment ratifiés ou en cours de ratification par la France contribuant à la lutte contre le terrorisme	64
• <i>Article 24 bis A</i> (art. L. 214-2 du code de la sécurité intérieure) Définition des normes techniques des matériels utilisés par les forces de sécurité intérieure pour immobiliser des moyens de transport	71
CHAPITRE VI DISPOSITIONS IMMOBILIÈRES ET FINANCIÈRES	72
• <i>Article 26</i> (art. 6, 47, 56 et 59 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics) Accès aux marchés de défense ou de sécurité	72
• <i>Article 28</i> (art. L. 3211-1 du code général de la propriété des personnes publiques) Réalisation par l'acquéreur d'immeubles de l'État de certaines opérations contre déduction du prix de vente	78
CHAPITRE VII MESURES DE SIMPLIFICATION	80
• <i>Article 32</i> (art. L. 151-4, L. 154-4, L. 711-1 à L. 741-6 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, art. L. 4125-1 du code de la défense, art. 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives) Réforme du contentieux des pensions militaires d'invalidité	80
• <i>Article 34</i> Habilitation à légiférer par ordonnance - Dérogations aux procédures d'information et de participation du public	91

CHAPITRE X DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES.....	95
• <i>Article 40</i> Habilitation à légiférer par ordonnances – Conditions d’exercice des nouvelles compétences de police en mer de l’État à la suite de la ratification du protocole relatif à la convention pour la répression d’actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime	95
EXAMEN EN COMMISSION.....	99
LISTE DES PERSONNES ENTENDUES ET CONTRIBUTIONS ÉCRITES.....	109
AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR LA COMMISSION DES LOIS	113

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Réunie le mardi 15 mai 2018, sous la présidence de **M. Philippe Bas, président**, la commission des lois a examiné le rapport pour avis de **M. Philippe Bonnecarrère** sur les articles du projet de loi n° 383 (2017-2018) relatif à la **programmation militaire** pour les années **2019 à 2025** et portant diverses dispositions intéressant la défense, dont elle s'est saisie.

À titre liminaire, le rapporteur pour avis a rappelé que l'évolution et la diversification des menaces auxquelles nos armées sont confrontées nécessitent de les doter des moyens juridiques et opérationnels nécessaires pour leur permettre d'accomplir efficacement leur mission, d'où la présence, au sein du projet de loi de programmation militaire, d'un certain nombre de dispositions dérogoires au droit commun dans divers domaines.

Après avoir présenté le périmètre de la saisine, qui porte sur quinze des cinquante-cinq articles du projet de loi, M. Philippe Bonnecarrère a précisé que, sans remettre en cause les dispositifs proposés, il apparaissait toutefois nécessaire de procéder à **plusieurs ajustements afin d'assurer tant la constitutionnalité que la cohérence des dispositions du projet de loi.**

Dans cette optique et à l'initiative de son rapporteur, la commission des lois a adopté **neuf amendements.**

Elle a notamment apporté plusieurs modifications tendant à **encadrer les nouveaux dispositifs de cyberdéfense prévus par l'article 19** du projet de loi, afin d'assurer une conciliation équilibrée entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, au premier rang desquels le secret des correspondances et le droit au secret de la vie privée.

Elle a par ailleurs proposé de **fixer dans la loi les exceptions à l'obligation d'un recours administratif préalable obligatoire pour les contentieux formés par les militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle (article 32), afin d'éviter toute « incompétence négative » du législateur.**

Enfin, **la commission a repris, par la voie d'un amendement (article additionnel après l'article 22 bis), le contenu d'une proposition de loi tendant à renforcer le contrôle parlementaire du renseignement**, déposée le 11 mai 2018 par MM. Philippe Bas, président de la commission des lois, Christian Cambon, président de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées et François-Noël Buffet, tous trois membres de la délégation parlementaire au renseignement. Cet amendement prévoit trois évolutions majeures de la délégation parlementaire au renseignement : un élargissement du périmètre de son contrôle et de son droit d'information, une extension de la liste des personnes susceptibles d'être entendues et une révision de son fonctionnement interne, afin de lui permettre de nommer un rapporteur.

Sous réserve de l'adoption de ses amendements, la commission a donné un avis favorable à l'adoption du projet de loi.

Mesdames, Messieurs,

Fondé sur la dernière revue stratégique de défense et de sécurité nationale publiée le 13 octobre 2017, le projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025, adopté par l'Assemblée nationale le 27 mars dernier après engagement de la procédure accélérée, fixe les orientations stratégiques en matière de défense pour les sept années à venir.

Ambitieux, il affiche plusieurs grandes priorités. Grâce à un rehaussement significatif de l'effort de défense à 2 % du produit intérieur brut (PIB) à l'horizon 2025, il vise tout d'abord à renouveler les capacités opérationnelles des armées et à les doter des moyens nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Il ambitionne également de garantir l'autonomie stratégique de la France et de contribuer à la consolidation d'une Europe de la défense. Enfin, il entend favoriser l'innovation en matière de défense pour s'adapter aux menaces du futur.

Outre une planification budgétaire pluriannuelle, il comprend un certain nombre de dispositions normatives intéressant divers champs de la politique de la défense. Il procède notamment à un renforcement significatif du cadre législatif relatif à la sécurité des systèmes d'information, domaine dans lequel votre commission a, encore récemment dans le cadre de la discussion de la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité, été amenée à se prononcer.

Compte tenu de son objet principal, le projet de loi a été envoyé, pour examen au fond, à votre commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées. Comme pour l'examen des précédentes lois de programmation militaire, votre commission des lois s'est saisie pour avis de plusieurs articles relevant de sa compétence, qu'il s'agisse des dispositions précitées renforçant la sécurité des systèmes d'information ou de celles relatives au droit de la fonction publique, au droit de la commande publique, au droit électoral, au droit pénal ainsi qu'à l'organisation de la justice.

Au total, la saisine pour avis de votre commission porte sur **quinze des cinquante-cinq articles du projet de loi** transmis au Sénat. Elle s'organise principalement autour de trois axes :

- le renforcement des capacités de cyberdéfense (articles 19 et 21) ;
- l'adaptation des moyens de la défense et du cadre juridique d'intervention des forces armées aux nouvelles menaces (articles 22, 23, 24, 24 bis A, 40) ;
- l'adaptation des règles de droit commun dans divers domaines (droit de la fonction publique, droit de la commande publique, droit électoral, droit de la propriété des personnes publiques, organisation judiciaire ...) aux spécificités de la défense (articles 14, 16, 18, 26, 28, 32, 34).

I. L'OBJET DU PROJET DE LOI : RENFORCER L'EFFICACITÉ DE NOS ARMÉES FACE AUX MENACES CONTEMPORAINES

L'adaptation des moyens des armées aux missions actuelles et futures de la défense ainsi qu'à l'évolution des menaces constitue le fil conducteur de la programmation militaire pour les années 2019 à 2025.

Au-delà de la programmation budgétaire, qui ne relève pas de la compétence de votre commission, plusieurs dispositions normatives du projet de loi ont pour objet d'accompagner l'évolution des forces armées et d'assurer leur adaptation aux enjeux contemporains de la défense.

A. AMÉLIORER LES CAPACITÉS DE CYBERDÉFENSE

Le modèle français de cyberdéfense, dont les premières bases ont été posées par le livre blanc de la défense de 2008 et confirmées par la précédente loi de programmation militaire¹, repose sur une **séparation nette**, au sein de l'État, **entre les capacités offensives et les capacités défensives**.

Le **volet défensif** s'appuie sur un système organisationnel piloté et coordonné par le Premier ministre, qui, en vertu de l'article L. 2321-1 du code de la défense, définit la politique et les grandes orientations en matière de cyberdéfense. Il repose, sur le plan opérationnel, sur l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI), qui assume un rôle de prévention, de détection et de réaction aux attaques informatiques.

En parallèle de ce dispositif institutionnel, le législateur a progressivement défini un **cadre juridique en matière de sécurité des systèmes d'information**, qui impose à plusieurs opérateurs ou entreprises considérés comme vitaux de respecter un certain nombre de prérequis en

¹ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

matière de sécurité informatique afin de renforcer le niveau global de protection contre les cyberattaques.

Le **volet offensif** couvre quant à lui l'ensemble de la capacité de réponse gouvernementale face aux agressions informatiques. Il repose sur une approche graduée, qui mobilise à la fois des moyens diplomatiques, juridiques et policiers, mais également l'emploi, notamment en cas de menaces contre les intérêts stratégiques nationaux, de moyens relevant du ministère des armées.

Comme le relève la revue stratégique cyberdéfense publiée en février 2018 : *« par rapport aux quatre autres pays qui partagent avec elle des responsabilités internationales particulières (les Etats-Unis, la Russie, la Chine et le Royaume-Uni), la France accuse encore, en dépit d'un effort récemment accentué, un déficit en matière de sécurité numérique »*.

Une telle situation mérite d'autant plus d'être déplorée que la menace cyber tend à s'accroître, sous l'impact combiné de trois facteurs :

- une dangerosité accrue, notamment liée à la multiplication des acteurs, à la montée en puissance des capacités offensives de certaines puissances étrangères, et à la prolifération des armes informatiques ;

- une imbrication forte entre les enjeux de cybercriminalité et de sécurité nationale, avec un ciblage toujours plus important des systèmes d'information de l'État et des entités nationales stratégiques, avec des objectifs de déstabilisation ;

- une numérisation croissante de notre société et de notre économie qui accroît l'exposition à la menace ainsi que les conséquences des cyberattaques.

Face à ce constat, **les pouvoirs publics ont récemment pris plusieurs initiatives destinées à renforcer les capacités nationales de cyberdéfense**. Acteur central du dispositif de cyberdéfense, l'ANSSI a ainsi vu ses moyens, tant humains que financiers, croître de manière significative au cours des dernières années. Plus récemment, l'adoption de la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité¹ a complété le cadre juridique de prévention en matière de cybersécurité, en instituant de nouvelles obligations pour les opérateurs de services considérés comme essentiels au fonctionnement de l'économie et de la société ainsi que pour les fournisseurs de services numériques. Enfin, pour augmenter les capacités offensives de l'État a été mis en place en 2017, au sein du ministère des armées, un officier général « commandant de la cyberdéfense »

¹ Cette loi a transposé la directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, dite directive « NIS ».

(COMCYBER) chargé, avec son état-major, de la conception, de la planification et de la conduite d'opérations militaires de cyberdéfense¹.

Dans le but de poursuivre ce mouvement, le projet de loi de programmation militaire comporte **plusieurs dispositions visant à renforcer les capacités nationales de cyberdéfense, tant dans leur volet défensif qu'offensif.**

L'**article 19** vise ainsi à consolider le dispositif de prévention, en renforçant la sécurité des réseaux et infrastructures informatiques des opérateurs de communications électroniques et en dotant l'ANSSI de nouveaux outils de détection et de prévention, le plus en amont possible, des attaques informatiques visant les systèmes d'information de l'Etat et des opérateurs d'importance vitale.

L'**article 21** étend quant à lui le principe de l'excuse pénale aux actions numériques, de manière à prévoir un nouveau cas d'irresponsabilité pour les personnels militaires intervenant dans les actions offensives de cyberdéfense, notamment au sein du COMCYBER.

B. DOTER LES ARMÉES DES MOYENS JURIDIQUES ET OPÉRATIONNELS ADÉQUATS

Plusieurs articles du projet de loi tendent par ailleurs à **doter les forces armées des moyens juridiques et opérationnels nécessaires** pour exercer leurs missions dans des conditions adaptées.

Ainsi, l'**article 22** tend à autoriser la direction générale de l'armement et les militaires de certaines forces armées à procéder, sur le territoire national, à des essais de qualification des appareils et matériels utilisés pour la mise en œuvre des techniques de renseignement.

L'**article 23** vise à permettre aux forces armées de procéder, sur des théâtres d'opérations extérieures, à des opérations de relevés signalétiques et à des prélèvements biologiques non plus uniquement sur des personnes décédées ou capturées, mais également sur des personnes dont il existe des raisons précises et sérieuses de penser qu'elles représentent une menace pour la sécurité publique. Ces dispositions ont également pour objectif de faciliter l'intervention des militaires français face à l'évolution des conflits armés, notamment dans le cadre de la lutte antiterroriste dans la bande sahélienne.

Introduit par l'Assemblée nationale, l'**article 24 bis A** tend à permettre au ministre de la défense de définir les normes techniques des matériels utilisés par les militaires de la gendarmerie nationale pour immobiliser des moyens de transport.

¹ Décret n° 2017-743 du 4 mai 2017 relatif aux attributions du chef d'état-major des armées et arrêté du 4 mai 2017 modifiant l'organisation de l'état-major des armées.

Enfin, les **articles 24 et 40** tirent les conséquences, dans le droit national, de la ratification de plusieurs conventions et protocoles internationaux en matière de défense.

L'**article 24** tend ainsi à modifier le code de procédure pénale afin d'y prévoir une compétence quasi-universelle des juridictions françaises en matière de répression d'actes illicites en mer ou dirigés contre l'aviation civile internationale ainsi qu'en matière d'atteintes aux biens culturels dans le cadre d'un conflit armé.

L'**article 40** habilite le Gouvernement à modifier, par ordonnances, la législation relative à l'exercice par l'État de ses pouvoirs de police en mer, en conséquence de la ratification du protocole relatif à la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime.

C. ADAPTER LE DROIT COMMUN AUX SPÉCIFICITÉS DE LA DÉFENSE

Votre commission des lois s'est enfin saisie de plusieurs dispositions tendant à adapter, dans plusieurs domaines, le droit commun aux spécificités et aux besoins du secteur de la défense.

En matière de droit de la fonction publique tout d'abord, l'**article 14** vise à étendre aux ouvriers de l'État, qui relèvent, pour une majorité d'entre eux, du ministère des armées, les règles applicables aux fonctionnaires en matière de cumul d'activités. L'**article 22** tend par ailleurs à instaurer, à titre expérimental, deux nouvelles procédures de recrutement spécifiques au ministère des armées, l'une pour le recrutement de techniciens supérieurs d'études et de fabrications, l'autre pour le recrutement, pour de brèves périodes, de contractuels afin d'effectuer des remplacements en cas de vacances de postes.

En matière de droit électoral, l'**article 18** tire les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel¹ qui a jugé non conforme à la Constitution l'incompatibilité générale entre le statut de militaire en service et l'exercice d'un mandat municipal.

S'agissant du droit de la commande publique, l'**article 26** modifie, dans le respect du droit de l'Union européenne, les dispositions relatives aux marchés publics de défense de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relatives aux marchés publics, dans le sens d'une plus grande souplesse pour le secteur de la défense. Il ouvre tout d'abord la possibilité à l'ensemble des établissements publics de l'État de bénéficier des dispositions spécifiques aux marchés de défense. Il élargit ensuite la faculté pour l'acheteur de prendre en compte des motifs d'intérêt général pour déroger à l'application des interdictions de soumissionner.

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014.

Adaptant le code général de la propriété des personnes publiques, l'**article 28** tend à améliorer les dispositions dérogatoires permettant à l'État, et notamment au ministère des armées, de transférer, à l'occasion de la vente d'un bien immobilier, les obligations qui lui incombent en matière d'élimination de déchets et de dépollution pyrotechnique.

Enfin, l'**article 34** vise à habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnances des dispositions législatives visant à permettre au ministère des armées de déroger, au profit de certains projets, aux procédures d'information et de participation du public de droit commun.

Opérant un mouvement inverse, l'**article 32** tend à faire entrer le contentieux des pensions militaires d'invalidité, jusqu'à présent confié à des juridictions spécifiques, dans le droit commun du contentieux administratif.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION : SOUTENIR LES BESOINS DES ARMÉES TOUT EN ASSURANT LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS CONSTITUTIONNELLEMENT GARANTIS

Tout en approuvant l'économie générale des dispositions du projet de loi dont elle s'est saisie, votre commission a adopté plusieurs amendements tendant à modifier le texte selon deux axes. Elle a, d'une part, estimé nécessaire d'apporter plusieurs modifications à l'article 19 afin d'en assurer la constitutionnalité. Elle a, d'autre part, souhaité introduire plusieurs dispositions tendant à renforcer le contrôle parlementaire du renseignement.

A. UNE LARGE APPROBATION, DES AJUSTEMENTS A LA MARGE

Si elle a pu regretter l'accumulation au sein d'un texte de programmation de diverses mesures normatives peu coordonnées entre elles, **votre commission a pu, dans l'ensemble, mesurer la nécessité et approuvé les articles dont elle s'est saisie.**

Elle a toutefois adopté **quelques amendements visant à préciser le texte adopté par l'Assemblée nationale et, pour un article, à en assurer la constitutionnalité.**

À l'**article 18**, elle a estimé nécessaire de procéder à des précisions rédactionnelles ainsi que d'étendre, par cohérence avec les modifications adoptées par l'Assemblée nationale, les **garanties** statutaires prévues par le code de la défense et les garanties accordées aux titulaires de mandats locaux à l'ensemble des mandats compatibles avec la fonction de militaire en activité.

Par ailleurs, elle a proposé d'apporter une modification à l'**article 32** de manière à **fixer dans la loi les exceptions à l'obligation d'un recours**

administratif préalable obligatoire pour les contentieux formés par les militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle. À défaut, le Conseil constitutionnel serait en effet susceptible de déclarer les dispositions de l'article 32 non conformes à la Constitution pour incompétence négative du législateur.

B. UN ENCADREMENT NÉCESSAIRE DE L'ARTICLE 19 POUR ASSURER LA CONSTITUTIONNALITÉ DU DISPOSITIF

En raison à la fois de son caractère innovant et des enjeux qu'il implique en termes de droits et de libertés, l'**article 19** a fait l'objet d'une attention particulière de votre commission.

L'accroissement de la menace cyber et ses implications potentielles en matière de sécurité publique nécessitent, sans aucun doute, que des moyens spécifiques et exceptionnels, tant opérationnels que juridiques, soient dédiés à la prévention des atteintes à la sécurité des systèmes d'information.

Il revient toutefois au législateur d'assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre et à la sécurité publics, dont la cyber menace fait partie, et, d'autre part, la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Aussi, sans remettre en cause la création des nouveaux outils de prévention et de détection des attaques informatiques que le Gouvernement a souhaité introduire, votre commission a-t-elle, à l'initiative de son rapporteur, adopté plusieurs amendements tendant à encadrer leur mise en œuvre, notamment afin de **garantir le droit au secret des correspondances et au respect de la vie privée.**

Saisie pour la seconde fois en quelques mois de dispositions législatives importantes relatives à la sécurité des systèmes d'information, votre commission a toutefois regretté le manque de cohérence qui prévaut s'agissant du développement du dispositif de cyberdéfense, celui-ci ne s'étant, à ce jour, construit que par touches successives, sans jamais faire l'objet d'un texte législatif global.

C. L'INTRODUCTION DE NOUVELLES DISPOSITIONS AFIN DE RENFORCER LE CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DU RENSEIGNEMENT

S'inscrivant dans la continuité de la précédente loi de programmation militaire, qui avait procédé à un élargissement significatif des prérogatives de la délégation parlementaire au renseignement, votre commission a souhaité, à l'initiative de son rapporteur, **enrichir le projet de loi afin de renforcer le contrôle parlementaire de l'activité des services de renseignement.**

L'amendement qu'elle a adopté, tendant à insérer un **article additionnel après l'article 22 bis**, reprend, pour l'essentiel, le **contenu d'une proposition de loi** déposée au Sénat le 11 mai 2018, par nos collègues Philippe Bas, Christian Cambon et François-Noël Buffet, tous trois membres de la délégation parlementaire au renseignement.

Malgré les évolutions apportées par la loi de programmation militaire de 2013, le contrôle parlementaire du renseignement en France demeure en effet bien en deçà des dispositifs mis en place par d'autres démocraties.

Or, l'exercice d'un contrôle objectif, plein et entier de l'activité des services de renseignement, qui répond tant à un souci démocratique qu'au besoin d'assurer l'efficacité de nos services de renseignement, nécessite que **la délégation parlementaire au renseignement dispose de moyens et de prérogatives suffisants**, afin de garantir son indépendance et sa capacité à accéder aux informations nécessaires à l'exercice du rôle que la loi lui confie.

Dans cette optique, l'amendement adopté par votre commission poursuit trois objectifs.

Il **élargit en premier lieu le périmètre de contrôle de la délégation et, par conséquent, son droit d'information**, à l'ensemble de l'activité des services de renseignement, tout en prévoyant, pour respecter les exigences constitutionnelles et ne pas entraver l'efficacité des services, un droit d'opposition du Gouvernement pour les cas où la communication d'une information serait susceptible de porter atteinte à une opération en cours, de mettre en péril l'anonymat ou la sécurité d'un agent ou concerne les échanges avec des services de renseignement étrangers.

Il **étend par ailleurs les prérogatives de la délégation**, notamment en lui permettant d'entendre l'ensemble des personnels des services de renseignement.

Enfin, l'amendement **modifie le fonctionnement de la délégation, en lui permettant de nommer en son sein un rapporteur**, en vue, d'une part, d'alléger la charge du président de la délégation, fonction assurée, de droit, par un président de commission permanente et, d'autre part, de renforcer la continuité des travaux de la délégation.

* * *

*

Au bénéfice de ces observations et sous réserve de l'adoption de ses amendements, votre commission a donné un avis favorable à l'adoption des articles du projet de loi dont elle s'est saisie.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE II DISPOSITIONS INTÉRESSANT LA DÉFENSE NATIONALE

CHAPITRE I^{ER} DISPOSITIONS RELATIVES AUX RESSOURCES HUMAINES

SECTION 3 **Dispositions diverses** **dans le domaine des ressources humaines**

Article 14

(art. 20 de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007
de modernisation de la fonction publique)

Rétablissement, pour les ouvriers d'État, des règles normalement applicables aux fonctionnaires en matière de cumul d'activités

Héritiers des ouvriers d'arsenaux, les ouvriers d'État du ministère de la défense¹ sont des agents de droit public possédant un statut exorbitant de la fonction publique. Principalement constituées par des décrets², **les règles spécialement applicables à ce corps sont également exprimées par renvoi ponctuel à des règles de niveau législatif de droit commun.**

Ainsi, l'article 20 de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique rend applicable aux ouvriers d'État l'article 25 de la loi de n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ces dispositions concernaient, lors de l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 2007, les règles de cumul d'activités applicables aux fonctionnaires.

¹ In extenso *ouvriers régis par le régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État.*

² Exemple du décret n° 2014-664 du 23 juin 2014 modifiant le décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 relatif au régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État.

Or, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires¹ a déplacé les dispositions relatives au cumul d'activités des fonctionnaires au sein d'un nouvel article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983, sans modifier en conséquence le renvoi prévu à l'article 20 de la loi du 2 février 2007.

L'article 14 du projet de loi, qui n'a pas été modifié lors de l'examen du texte à l'Assemblée nationale, tend donc à **abroger le II de l'article 20 de la loi du 2 février 2007 portant le renvoi erroné et à rétablir la coordination nécessaire** en prévoyant un nouveau renvoi rendant applicable l'article 25 *septies* de la loi du 13 juillet 1983.

Le projet de loi soumis pour avis au Conseil d'État prévoyait également de rendre applicable l'article 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983 relatif aux **compétences de la commission de déontologie de la fonction publique**. Le Conseil d'État a toutefois estimé que ce dernier article ne devait être rendu applicable aux ouvriers d'État « *qu'en tant qu'il se rapporte aux compétences de la commission en matière de cumul d'activités* » et a modifié le projet en conséquence.

Votre rapporteur constate que la correction du renvoi erroné et le nouveau renvoi aux compétences de la commission de déontologie de la fonction publique en matière de cumul d'activités sont pour l'un nécessaire et pour l'autre souhaitable.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 14.

SECTION 5

Expérimentations

Article 16

Expérimentation de deux procédures dérogatoires de recrutement par le ministère de la défense

L'article 16 du projet de loi tend à prévoir deux procédures expérimentales de recrutement par le ministère de la défense se justifiant notamment par des **difficultés sérieuses à pourvoir certains postes dans des domaines et des zones particuliers**.

La première prévoit de **pouvoir recruter, sur une période donnée et dans un nombre de régions limité, certains corps de fonctionnaires de catégorie B sans organisation de concours**. Y est néanmoins substituée une sélection « objective et impartiale », opérée par une commission *ad hoc*, ouverte aux seuls candidats qui ne sont pas déjà fonctionnaires.

¹ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

La seconde expérimentation concerne, pour un nombre de secteurs limités, dans un champ géographique et temporel équivalent à la première expérimentation, **la possibilité d'ouvrir certains postes vacants à des agents contractuels en dehors des cas normalement prévus par le droit commun de la fonction publique.**

1. Un contexte de recrutement tendu dans certaines zones et pour certains emplois.

Pour justifier un recrutement plus souple, l'étude d'impact annexée au projet de loi souligne que « *le ministère des armées rencontre, de façon récurrente, des difficultés de recrutement de fonctionnaires comme d'agents contractuels dans certaines zones géographiques et dans certains secteurs d'activité* »¹. Ces difficultés se concentrent notamment dans cinq domaines spécifiques : le génie civil, le renseignement, les systèmes d'information et de communication, la santé et la sécurité au travail ainsi que le maintien en condition opérationnelle des matériels terrestres.

L'étude d'impact relève que ces **cinq domaines ont, pour l'année 2017, concentré un déficit de recrutement de plus de 20 % des postes ouverts à des fonctionnaires ou à des agents contractuels**, soit 58 postes sur les 277 proposés sur l'ensemble du territoire. Or, ce déficit se révèle encore plus sévère dans les régions visées par l'expérimentation que sont la Bourgogne-Franche-Comté, le Centre-Val de Loire, le Grand Est et l'Île-de-France, puisque le taux de déficit de recrutement y est supérieur de dix points à la moyenne nationale².

Pour le Gouvernement ces difficultés résultent « *d'une part, d'un marché du travail très concurrentiel dans les secteurs visés et, d'autre part, de la procédure des concours de recrutement, souvent perçue comme un obstacle, en particulier par de jeunes candidats détenant pourtant le niveau de diplôme requis* »³.

2. Un premier dispositif expérimental visant à recruter certains fonctionnaires de catégorie B sans concours

2.1. Le concours : voie principale de recrutement des fonctionnaires qui connaît déjà certaines exceptions prévues par la loi

Le concours demeure la voie principale de recrutement des fonctionnaires de l'administration, comme le prescrit l'article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, aux termes duquel : « *les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi* ». Cette obligation est la traduction du principe d'égal accès aux emplois publics qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, « *ils sont également admissibles à toutes dignités,*

¹ Étude d'impact, page 99.

² Ibidem.

³ Étude d'impact, page 100.

places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

Certaines dérogations existent toutefois au sein des trois fonctions publiques (fonction publique d'État, fonction publique hospitalière et fonction publique territoriale). Elles concernent notamment les emplois réservés, prévus aux articles L. 241-1 et suivants du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, le recrutement de certains fonctionnaires de catégorie C ou la constitution initiale d'un corps ou d'un cadre d'emplois.

2.2. L'introduction par le projet de loi d'un dispositif expérimental de recrutement basé sur une sélection opérée par une commission *ad hoc*

Afin de faire face aux difficultés de recrutement précédemment évoquées, le projet de loi tend à introduire un **dispositif expérimental permettant une plus grande souplesse dans le mode de sélection des fonctionnaires** et s'adressant aux personnes éloignées de la fonction publique. Ce dispositif est prévu pour une période de quatre années, du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2022, en application de l'article 37-1 de la Constitution qui dispose que « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».

Selon le premier alinéa du I de l'article 16, **cette voie dérogatoire s'appliquerait à deux corps de fonctionnaires de catégorie B : les fonctionnaires du premier grade des corps des techniciens supérieurs d'études et de fabrications et les secrétaires administratifs du ministère de la défense**. Cette seconde catégorie a été ajoutée par un amendement adopté en commission, à l'Assemblée nationale, déposés par les membres du groupe de La République en Marche¹. Ces conditions particulières de recrutement s'appliqueraient, pour les deux corps, « *dans les régions Bourgogne-Franche-Comté, Centre-Val de Loire, Grand Est, Hauts-de-France, Provence-Alpes-Côte d'Azur et Île-de-France* ». L'ajout des régions Hauts-de-France et Provence-Alpes-Côte-d'Azur résulte de l'adoption en commission d'un amendement du groupe de La République en Marche à l'Assemblée nationale².

Ce nouveau dispositif dérogatoire constituerait **une faculté ouverte à l'administration et non une substitution définitive de mode de recrutement pour les personnels concernés**. Le quatrième alinéa du I de l'article 16 dispose, en ce sens, que le nombre de postes annuellement offerts par cette voie « *ne peut être supérieur à 30 %, arrondi à l'entier inférieur, du nombre total de postes à pourvoir par cette voie et par la voie des concours* ». Ce plafond était initialement de 20 % mais a été relevé à 30 % par un amendement adopté en commission, déposé par notre collègue

¹ Amendement n° DN303.

² Amendement n° DN302.

député Jean—François Eliaou, rapporteur pour avis de la commission des lois de l'Assemblée nationale, afin de tenir compte « *des besoins du ministère des armées en termes de recrutements de techniciens supérieurs d'études et de fabrication* »¹.

Le dispositif proposé permet de substituer au recrutement par concours une **procédure de sélection confiée à une commission ad hoc chargée de vérifier « l'aptitude des candidats à assurer les missions qui leur seront confiées en tenant également compte des acquis de l'expérience professionnelle et, à aptitude égale, de leur motivation »**. Ces derniers critères découlent de la prise en compte de l'avis du Conseil d'État qui estimait « *préférable d'exprimer plus clairement cette exigence [d'impartialité], qui découle du principe énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789, et modifie en conséquence la rédaction de l'article* »².

Le deuxième alinéa du I de l'article 16 précise que cette commission comporterait « *en son sein au moins deux tiers de personnes extérieures au ministère de la défense* », que sa composition et les modalités de son organisation seraient fixées par décret et **qu'elle sélectionnerait les candidats de manière objective et impartiale**.

Pour pouvoir se présenter à cette procédure dérogatoire, les **candidats** devraient remplir les **conditions** suivantes. Ils devraient tout d'abord être titulaires « *à la date de leur nomination, de l'un des diplômes ou titres requis pour être recrutés au sein du corps de fonctionnaires concerné ou d'une autre qualification garantissant un niveau de compétence équivalent* ». Néanmoins, afin de concerner les personnes éloignées de la fonction publique, cette procédure ne serait pas ouverte « *aux militaires, ni aux magistrats, ni aux fonctionnaires relevant de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, en activité, en détachement ou en congé parental ni aux agents en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale* » en vertu du troisième alinéa du I de l'article 16.

3. Un second dispositif expérimental permettant le recrutement plus souple d'agents contractuels

3.1. Un recours à des agents contractuels normalement limité aux seuls cas prévus par la loi

S'il est nettement plus fréquent, le recours à des agents contractuels reste, pour l'administration, une méthode exceptionnelle de recrutement, au même titre que le recrutement de fonctionnaires sans concours. Comme pour cette dernière modalité, **les cas de recours possibles à des agents contractuels sont prévus par la loi et se déclinent pour les trois fonctions publiques**.

¹ Extrait de l'exposé sommaire de l'amendement n° DN530.

² Avis du Conseil d'État sur le projet de loi, second alinéa du point 22.

En ce qui concerne la fonction publique d'État, l'article 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État dispose que les agents contractuels exercent des fonctions correspondant à un besoin permanent mais qui n'excèdent pas 70 % d'un service complet. Son article 6 *quinquies* précise que, pour une durée d'un an renouvelable une fois, « des agents contractuels peuvent être recrutés pour faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire ». Enfin, son article 4 dispose qu'il est possible de recourir à des agents contractuels « lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes » et « pour les emplois du niveau de la catégorie A et, dans les représentations de l'État à l'étranger, des autres catégories, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient ».

3.2. Le dispositif expérimental proposé

Les cas prévus par le projet de loi ne rentrant pas dans le champ des exceptions permanentes prévues par le statut de la fonction publique d'État, des dispositions *ad hoc* ont été introduites au II de l'article 16.

L'expérimentation reprend le champ temporel et géographique prévu au même article du projet de loi pour l'expérimentation relative au recrutement sans concours (voir *supra*).

L'expérimentation vise ainsi à permettre au ministère de la défense de recruter des agents contractuels pour une période de trois années, renouvelable une fois, « afin de faire face à une vacance temporaire d'emploi qui s'est prolongée plus de six mois dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire ». La possibilité de renouveler une fois le contrat conclu a été introduite par un amendement déposé par les membres du groupe de La République en Marche et adopté en commission à l'Assemblée nationale¹ afin « que le dispositif ainsi envisagé soit attractif au regard des perspectives que peut offrir le marché du travail »². Elle implique qu'un agent recruté entre le 1^{er} janvier 2019 et le 31 décembre 2022, période de l'expérimentation, pour une période de trois ans, pourrait voir son contrat renouvelé pour trois années supplémentaires, au-delà de la fin de l'expérimentation.

Cette possibilité s'appliquerait aux emplois correspondant à une liste limitée de domaines pour lesquels des difficultés sérieuses de recrutement sont rencontrées par l'administration (voir *supra*). Ces domaines sont définis par l'article 16 comme le renseignement, le génie civil, le domaine des systèmes d'information et de communication, celui de la santé et sécurité au travail, ainsi que la gestion de la paie ou de la solde et le maintien en condition opérationnelle des matériels terrestres. Le domaine de la gestion de la paie ou de la solde a été ajouté par un amendement des membres du groupe de La République en Marche, adopté en séance publique

¹ Amendement n° DN 300.

² Extrait de l'exposé sommaire de l'amendement n° DN300.

à l'Assemblée nationale¹, au motif qu'« *il existe actuellement une forte tension en matière de recrutement* » dans ce domaine également².

4. La position de votre commission

Les différentes auditions menées par votre rapporteur conduisent à penser que la version de **l'article 16 issue de l'examen du projet de loi à l'Assemblée nationale correspond aux besoins spécifiques de recrutements rencontrés par le ministère de la défense.**

Comme l'a observé le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi : « *ces expérimentations, qui ont un objet limité et sont prévues pour une durée strictement nécessaire, respectent le cadre défini par le Conseil constitutionnel pour la mise en œuvre l'article 37-1 de la Constitution* »³.

Votre rapporteur s'est interrogé sur le risque d'une possible atteinte au principe d'égal accès à l'emploi public induit par l'expérimentation portant sur le recrutement sans concours de fonctionnaires.

Cette faculté de recrutement ouverte au ministère de la défense viendrait, en effet, s'ajouter au mode de recrutement traditionnel par concours pour l'accès aux mêmes cadres, puisque le mode expérimental de recrutement ne pourrait couvrir qu'un maximum de 30 % du nombre de postes ouverts par concours. Elle serait ouverte aux candidats qui devraient, certes, présenter les mêmes titres et diplômes que ceux demandés pour se présenter aux concours, mais également, d'une part, ne pas être déjà fonctionnaires et, d'autre part, accepter de recevoir leur premier poste dans l'air géographique de l'expérimentation. Ils se trouveraient donc dans une situation différente de celle des candidats aux concours et recevraient un traitement directement en lien avec l'objectif d'intérêt général poursuivi : recruter des personnels éloignés de la fonction publique et favoriser le recrutement dans des zones qui le nécessitent. L'échec d'un candidat à la sélection expérimentale ne ferait, en outre, pas obstacle à ce qu'il se présente par la suite aux concours de droit commun.

Or, comme le rappelle la jurisprudence du Conseil constitutionnel « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »⁴. **Les critères posés semblent donc ici a priori respectés.**

Votre commission a donné **un avis favorable** à l'adoption de l'article 16.

¹ Amendement n°339 rectifié.

² Extrait de l'exposé sommaire de l'amendement n° 339 rectifié.

³ Avis du Conseil d'État, page 6.

⁴ Décision 2012-654 DC du 9 août 2012.

CHAPITRE II

DISPOSITIONS RELATIVES

À L'ÉLECTION DE MILITAIRES AUX SCRUTINS LOCAUX

Article 18

(art. L. 46, L. 231 et L. 237 du code électoral ; art. L. 2122-5-2
et L. 5211-10-1 A (nouveaux) du code général des collectivités territoriales ;
art L. 4121-3-1 (nouveau) du code de la défense)

Éligibilité et incompatibilités des militaires en activité avec les mandats de conseillers municipaux et communautaires

L'article 18 du projet de loi tend à tirer les conséquences d'une décision du Conseil constitutionnel considérant comme excessive l'incompatibilité absolue existant entre la fonction de militaire de carrière en activité et celle de conseiller municipal.

Il prévoit une **dérogation à cette incompatibilité pour les conseils municipaux des communes de moins de 9 000 habitants et les conseils communautaires des communautés de communes de moins de 15 000 habitants.**

L'article 18 aborde également certains sujets directement liés à l'ouverture de cette nouvelle possibilité pour les militaires en activité, tels que leur statut administratif ou l'impossibilité d'exercer une fonction exécutive locale (maire ou adjoint au maire, notamment).

Enfin, cet article vient modifier à la marge certaines inéligibilités applicables aux militaires afin de les adapter à la nouvelle organisation des corps d'armée ou combler certains oublis.

1. État du droit¹

1.1. Les dispositions législatives existantes...

L'article L. 4121-1 du code de la défense dispose que « *les militaires jouissent de tous les droits et libertés reconnus aux citoyens. Toutefois, l'exercice de certains d'entre eux est soit interdit, soit restreint dans les conditions fixées au présent livre* ». À ce titre, l'article L. 4121-3 du même code dispose notamment que « *sous réserve des inéligibilités prévues par la loi, les militaires peuvent être candidats à toute fonction publique élective* ».

¹ Un rappel historique des régimes d'inéligibilité et d'incompatibilité est disponible au sein du commentaire fourni par le Conseil constitutionnel de sa décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014 disponible à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014432QPC2014432qpc_ccc.pdf

Les cas d'inéligibilité sont inscrits dans le code électoral. L'accès aux élections législatives et sénatoriales¹ est ainsi interdit aux militaires² « exerçant un commandement territorial ou le commandement d'une formation administrative ainsi qu' [à] leurs adjoints pour l'exercice de ce commandement »³. Ces dispositions sont de nature organique en application de l'article 25 de la Constitution. À l'inverse d'autres dispositions organiques relatives aux conditions d'éligibilité aux élections législative, les dispositions précitées ne font pas l'objet d'un renvoi au sein de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen et ne s'appliquent donc pas aux élections européennes.

En outre, « les officiers des armées de terre, de mer et de l'air dans l'étendue de toute circonscription comprise dans le ressort où, dotés d'un commandement territorial, ils ont exercé leur autorité depuis moins d'un an »⁴ sont inéligibles aux élections départementales, aux élections régionales⁵ ainsi qu'aux élections aux assemblées de Corse⁶, de Guyane et de Martinique⁷. « Les officiers des armées de terre, de mer et de l'air, dans les communes comprises dans le ressort de leur commandement territorial »⁸ sont également inéligibles aux élections municipales⁹, ainsi que « les officiers des armées de terre, de mer et de l'air et les personnels de la gendarmerie » aux élections des conseillers territoriaux de Saint-Barthélemy¹⁰, de Saint-Martin¹¹ et de Saint-Pierre-et-Miquelon¹².

Dans les cas où les militaires sont éligibles, le code électoral prévoit, en outre, un certain nombre d'incompatibilités avec le mandat qu'ils peuvent être amenés à occuper une fois élus. Ainsi, son article L. 46 dispose que « les fonctions de militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles avec les mandats qui font l'objet du livre I » (du code électoral). Les mandats formellement visés par le livre I sont ceux de député, conseiller départemental, conseiller

¹ L'article L.O. 296 du code électoral renvoie aux dispositions applicables aux élections législatives en matière d'inéligibilité.

² Il s'agit des militaires « autres que les gendarmes », leur situation étant traitée au 13° de l'article L.O. 132 du code électoral.

³ 15° de l'article L.O. 132 du code électoral.

⁴ Article L. 195 du code électoral.

⁵ L'article L. 340 renvoie à l'article L. 195 pour déterminer le régime d'inéligibilité applicable aux élections régionales.

⁶ L'article L. 367 rend applicable l'article L. 340 aux élections à l'Assemblée de Corse.

⁷ L'article L. 558-11 renvoie à l'article L. 195 pour déterminer le régime d'inéligibilité applicable aux élections aux assemblées de Guyane et de Martinique.

⁸ Article L. 231 du code électoral.

⁹ Ainsi qu'aux élections au Conseil de Paris.

¹⁰ Article L.O. 489 du code électoral.

¹¹ Article L.O. 516 du code électoral.

¹² Article L.O. 544 du code électoral.

municipal, conseiller communautaire ainsi que de conseiller d'arrondissement de Lyon, Marseille et Paris¹.

Or, en vertu de l'article 25 de la Constitution, « une loi organique fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités ». Malgré le fait qu'il vise indirectement le mandat de député, l'article L. 46 du code électoral ne peut donc pas lui être applicable, du fait de la nature « ordinaire » et non organique de cet article, comme le rappelle le Conseil constitutionnel².

À l'inverse, d'autres mandats sont concernés alors qu'ils ne sont pas visés par le livre I du code électoral, du fait de l'existence de renvois au sein des parties du code les concernant. C'est notamment le cas du mandat de conseiller régional³, de membre de l'Assemblée de Corse⁴ ou de membre des assemblées de Guyane ou de Martinique⁵. Les membres des assemblées territoriales de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon sont également visés par des dispositions similaires puisque la fonction de membre de ces assemblées y est incompatible avec les fonctions de militaire en activité⁶.

La loi du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale⁷ a précisé la situation des réservistes. Le second alinéa de l'article L. 46 du code électoral dispose, depuis lors, que les incompatibilités prévues au premier alinéa « ne sont pas applicables au réserviste exerçant une activité en vertu d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité. Toutefois, le réserviste de la gendarmerie nationale ne peut exercer cette activité au sein de sa circonscription ».

Le code électoral prévoit dans certains cas des dispositifs de priorité⁸ ou de droit d'option⁹ pour régler des situations d'incompatibilité dans lesquelles pourraient se trouver des personnes élues. Seul le mandat de conseiller municipal semble toutefois disposer d'un régime visant

¹ L'article L. 272-1 du code électoral dispose, en outre, que « les conditions d'éligibilité, les inéligibilités et les incompatibilités applicables aux conseillers d'arrondissement sont les mêmes que pour les conseillers municipaux ».

² Cette exclusion est rappelée au 7^e considérant de la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014.

³ En vertu de l'article L. 342 du code électoral qui fait référence à l'article L. 46 du même code.

⁴ En vertu de l'article L. 368 du code électoral renvoyant à l'article L. 342 qui fait lui-même référence à l'article L. 46 du code électoral.

⁵ En vertu de l'article L. 558-15 du code électoral.

⁶ Voir les articles L.O. 493 du code électoral pour Saint-Barthélemy, L.O. 520 du même code pour Saint-Martin et L.O. 548 du même code pour Saint-Pierre-et-Miquelon.

⁷ Loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale.

⁸ Exemple de la démission d'office prévue à l'article L. 210 du code électoral pour les conseillers départementaux se trouvant dans une situation d'incompatibilité postérieurement à leur élection.

⁹ Exemple de l'option prévue à l'article L. 344 du code électoral laissant un mois à une personne en situation d'incompatibilité pour choisir entre son mandat de conseiller régional et le maintien de la fonction ou de l'emploi qui lui est incompatible.

explicitement les incompatibilités « militaires » prévues à l'article L. 46. Le dernier alinéa de l'article L. 237 prévoit en ce sens un droit d'option *ad hoc* : « Les personnes désignées à l'article L. 46 et au présent article qui seraient élues membres d'un conseil municipal auront, à partir de la proclamation du résultat du scrutin, un délai de dix jours pour opter entre l'acceptation du mandat et la conservation de leur emploi. À défaut de déclaration adressée dans ce délai à leurs supérieurs hiérarchiques, elles seront réputées avoir opté pour la conservation dudit emploi ».

En cas d'acceptation du mandat, le code de la défense dispose que le militaire concerné est placé en position de détachement¹, dans les conditions de droit commun.

Afin de donner une réelle portée à ce choix, certains droits accessoires sont définis en faveur des personnels militaires concernés. Une dérogation est ainsi prévue au principe selon lequel « il est interdit aux militaires en activité de service d'adhérer à des groupements ou associations à caractère politique »² pour les militaires candidats à toute fonction publique élective lors de leur campagne électorale³.

1.2. ... jugées partiellement contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel

Par sa décision du 28 novembre 2014⁴, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'en rendant incompatibles les fonctions de militaire de carrière ou assimilé avec le mandat de conseiller municipal, le législateur a institué une incompatibilité qui n'est limitée ni en fonction du grade de la personne élue, ni en fonction des responsabilités exercées, ni en fonction du lieu d'exercice de ces responsabilités, ni en fonction de la taille des communes ».

Il en découle, selon lui, « qu'eu égard au nombre de mandats municipaux avec lesquels l'ensemble des fonctions de militaire de carrière ou assimilé sont ainsi rendues incompatibles, le législateur a institué une interdiction qui, par sa portée, excède manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts ».

En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé que « le premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral doit être déclaré contraire à la Constitution ; que, par voie de conséquence, les mots : « à l'article L. 46 et » figurant au dernier alinéa de l'article L. 237 du même code doivent être également déclarés contraires à la Constitution ».

Le Conseil constitutionnel a eu recours à une abrogation différée, prévue par l'article 62 de la Constitution, pour laisser au législateur la possibilité de réécrire en conséquence le régime des incompatibilités

¹ Article L. 4121-3 du code de la défense.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014.

militaires applicables aux élections municipales. Comme l'explique le juge constitutionnel au dix-huitième considérant de sa décision, une abrogation immédiate de l'article L. 46 aurait eu pour effet d'éteindre totalement les incompatibilités faisant grief, mais également l'ensemble des autres incompatibilités découlant de l'article (voir *supra*), alors que celle qui concerne les fonctions de conseiller départemental a explicitement été reconnue conforme à la Constitution au considérant 14 de la décision.

C'est la raison pour laquelle l'abrogation a été reportée au « 1^{er} janvier 2020 ou au prochain renouvellement général des conseils municipaux s'il intervient avant cette date ».

2. Le dispositif proposé

2.1. Le dispositif initial

En conséquence de la déclaration d'inconstitutionnalité portant sur l'article L. 46 et le dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral, la loi de programmation militaire a été choisie par le Gouvernement comme vecteur législatif pour remplacer ces dispositions avant qu'elles ne soient abrogées.

Le projet de loi déposé a donc tenu compte des exigences dont le manquement avait, selon le Conseil constitutionnel, fondé les griefs d'inconstitutionnalité : le grade du militaire en cause, les responsabilités exercées, le lieu de cet exercice et la taille de la commune concernée.

L'article 18 du projet de loi déposé visait à modifier en premier lieu l'article L. 46 du code électoral. Il proposait ainsi d'insérer un nouvel alinéa précisant que par dérogation aux dispositions du premier alinéa précité, *« le mandat de conseiller municipal est compatible, dans les communes de moins de 3 500 habitants, avec les fonctions de militaire en position d'activité ».*

Il prévoyait également de **substituer la notion de « militaire en position d'activité » à celle de « militaire de carrière ou assimilé, en activité de service ou servant au-delà de la durée légale »** actuellement mentionnée dans le texte. Bien que n'étant pas nécessaire pour purger le grief d'inconstitutionnalité, cette modification permettrait d'harmoniser le contenu de cet article avec celui de l'article L. 4138-1 du code de la défense détaillant les différentes positions statutaires du personnel militaire.

Afin de tenir compte de la nouvelle exception prévue à l'article L. 46 du code électoral, **le projet de loi initial tendait également, par coordination, à modifier l'article L. 237 du code électoral dans la formulation du droit d'option reconnu aux personnes élues membre d'un conseil municipal et visées par une incompatibilité.**

Les conditions dans lesquelles les militaires visés pourraient dorénavant exercer leur mandat de conseiller municipal étaient précisées au sein du code de la défense par l'insertion d'un nouvel article L. 4121-3-1 visant à préciser que le détachement prévu au dernier alinéa de

l'article L. 4121-3 du code de la défense pour l'exercice des mandats électoraux n'est pas obligatoire pour le militaire faisant l'objet de la nouvelle dérogation prévue à l'article L. 46 du code électoral. Néanmoins, le détachement serait de droit si le militaire le sollicitait et il constituerait l'unique hypothèse dans laquelle le droit exceptionnel d'adhérer à un parti politique peut être prorogé à l'issue d'une campagne électorale (voir *supra*).

Les militaires en activité titulaires d'un mandat de conseiller municipal bénéficieraient des garanties accordées aux titulaires des mandats locaux reconnues par le code général des collectivités territoriales sous réserve des nécessités liées à la préparation et à la conduite des opérations, ainsi qu'à la bonne exécution des missions des forces armées. Le régime de l'exercice de ces droits ainsi conciliés devrait être fixé par décret en Conseil d'État.

Le projet de loi initial faisait également obstacle à ce que les militaires en activité élus dans des conseils municipaux puissent accéder aux fonctions de maire ou adjoint au maire, un nouvel article L. 2122-5-2 étant créé en ce sens au sein du code général des collectivités territoriales.

Enfin, l'article 18 du projet de loi initial tendait également à modifier les cas d'inéligibilité applicables aux personnels militaires pour les élections municipales. Cette modification tendait, d'une part, à inclure les officiers de gendarmerie dans le champ de l'inéligibilité et, d'autre part, à écarter la notion de commandement territorial, inadaptée au regard de l'architecture du commandement de certaines structures militaires. Le projet de loi initial conduisait donc à ce que l'article L. 231 du code électoral fit référence aux officiers et sous-officiers de gendarmerie ainsi qu'aux officiers supérieurs et généraux des autres corps militaires.

2.2. Les modifications apportées à l'Assemblée nationale

Outre certains amendements rédactionnels ou de pure coordination, le texte a fait l'objet d'un certain nombre de modifications lors de son examen en commission et en séance à l'Assemblée nationale.

- *En commission*

La modification la plus significative a été introduite par un amendement déposé en commission par notre collègue député Jean-Jacques Bridey, président de la commission de la défense nationale et des forces armées et rapporteur du projet de loi.

Cet amendement substitue le seuil de 9 000 habitants à celui de 3 500 habitants pour déterminer les communes dont le conseil municipal est accessible aux militaires concernés. Il tend également à leur permettre d'accéder aux fonctions de conseiller communautaire dans les communautés de communes regroupant moins de 15 000 habitants.

L'adoption d'un autre amendement, déposé par les membres du groupe de La République en Marche, fait préciser, au sein de

l'article L. 46 du code électoral, que « *les fonctions de militaire en position d'activité sont incompatibles avec la désignation des électeurs sénatoriaux et l'élection des sénateurs* ».

Un nouvel amendement déposé en commission par notre collègue député Jean-Jacques Bridey, rapporteur, vient, lui, préciser au sein d'un nouvel article L. 5211-10-1 A du code général des collectivités territoriales que « *les fonctions de membre du bureau d'un établissement public de coopération intercommunale sont incompatibles avec celles de militaire en position d'activité* ».

- *En séance*

Un premier amendement rédactionnel déposé par notre collègue député Jean-Jacques Bridey, rapporteur, est venu clarifier la rédaction des dispositions relatives à l'élection des sénateurs introduites à l'article L. 46 du code électoral en commission. La rédaction suivante a ainsi été retenue : « *les militaires en position d'activité ne peuvent ni être membres, à un titre quelconque, du collège électoral sénatorial, ni participer à l'élection à ce collège de délégués et de suppléants* ».

Un autre amendement déposé par notre collègue député Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis de la commission des lois de l'Assemblée nationale, adopté en séance, vient compléter les dispositions de l'article L. 237 du code électoral en prévoyant que **le délai d'option de dix jours s'applique aux militaires en activité exerçant les fonctions de conseiller municipal dans des communes de moins de 9 000 habitants mais se trouvant nommés à d'autres fonctions incompatibles avec leur statut de militaire en activité.**

3. La position de votre commission

Votre rapporteur juge équilibrées **les dispositions issues de l'examen du projet de loi à l'Assemblée nationale.** La substitution du seuil de 9 000 habitants au seuil de 3 500 habitants permet de faire entrer dans le champ de la loi près de 97 % des communes françaises, et non plus 91 %, et de concerner 48 % de la population, et non 32 %¹.

Le choix de ce seuil paraît également pertinent d'un point de vue technique puisque les conseillers municipaux dans les communes qui ne l'atteignent pas ne sont pas automatiquement « grands électeurs » pour les élections sénatoriales², position rendue incompatible par cet article avec les fonctions de militaire en activité.

Permettre aux militaires en activité d'être élus conseillers communautaires dans les communautés de communes de moins de 15 000 habitants semble également pertinent du fait de la place primordiale

¹ Chiffres issus du retraitement de la base de données de l'étude de l'INSEE « Population municipale au 1^{er} janvier 2015, base de données publiée le 27 décembre 2017 » disponible à l'adresse suivante : <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/population/>

² Article L. 285 du code électoral.

qu'occupent les structures de coopération intercommunale. L'existence de renvois aux conditions d'éligibilité et d'incompatibilité applicables aux mandats de conseillers municipaux permet, en outre, aux militaires en activité d'être, le cas échéant, délégués de leur commune au sein d'un syndicat mixte ouvert¹ et d'un syndicat de communes².

Votre commission a adopté un **amendement COM-119** de son rapporteur tendant à harmoniser les dénominations utilisées au sein des dispositions de l'article pour ne plus désigner que les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre, à supprimer la mention du mandat de conseiller communautaire pour l'exercice du droit d'option prévu à l'article L. 237 du code électoral puisque l'article L. 273-4 précise déjà que « *leurs conditions d'éligibilité, les inéligibilités et les incompatibilités sont [notamment] celles prévues pour les conseillers municipaux de la commune qu'ils représentent* » et à étendre les garanties statutaires prévues par le code de la défense et les garanties accordées aux titulaires de mandats locaux à l'ensemble des mandats locaux compatibles avec la fonction de militaire en activité.

Sous réserve de l'adoption de son amendement, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 18.

CHAPITRE III DISPOSITIONS RELATIVES À LA CYBERDÉFENSE

Article 19

(art. L. 33-14 [nouveau], L. 36-7, L. 36-14 [nouveau], L. 130, L. 131 et L. 132 du code des postes et des communications électroniques ;
art. L. 311-4-1, L. 773-10 à L. 773-12 [nouveaux]
du code de justice administrative ;
art. L. 2321-2-1 et L. 2321-2-2 [nouveaux], L. 2321-3 et L. 2321-5 [nouveau]
du code de la défense)

Sécurité des réseaux et des infrastructures informatiques des opérateurs de communications électroniques

L'article 19 du projet de loi vise à consolider le dispositif national de cyberdéfense, en renforçant la sécurité des réseaux et des infrastructures informatiques des opérateurs de communications électroniques et en dotant

¹ Dans la rédaction qui sera applicable aux prochaines élections municipales, l'article L. 5711-1 dispose que « pour l'élection des délégués des communes et des établissements publics de coopération intercommunale au comité du syndicat mixte, le choix de l'organe délibérant peut porter uniquement sur l'un de ses membres ».

² L'article L. 5211-7 dispose que « les conditions d'éligibilité, les inéligibilités et les incompatibilités applicables aux délégués des communes sont celles prévues pour les élections au conseil municipal par les articles L. 44 à L. 46, L. 228 à L. 237-1 et L. 239 du code électoral ».

l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI) de nouveaux outils de détection et de prévention des attaques informatiques.

1. Un renforcement bienvenu des capacités nationales de cyberdéfense

1.1. L'instauration progressive d'un cadre juridique en matière de sécurité et de défense des systèmes d'information

Face à l'accroissement de la menace cybercriminelle, la France s'est dotée, au cours des dernières années, d'un dispositif de prévention et de défense contre les attaques informatiques, dont les fondements ont été posés en 2013 par la précédente loi de programmation militaire¹.

Pilotée, en vertu de l'article L. 2321-1 du code de la défense, par le Premier ministre, responsable de la définition de la politique de défense et de sécurité des systèmes d'information ainsi que de la coordination de l'action gouvernementale, la mission de défense des systèmes d'information est mise en œuvre, sur le plan opérationnel, par l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information.

L'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information

Créée par le décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009, l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI) est responsable, en vertu de l'article L. 2321-1 du code de la défense, de la mise en œuvre de la politique nationale de défense des systèmes d'information.

Elle assume, à cet égard, trois missions principales :

- une **mission de prévention**, en participant notamment à la définition et au contrôle des règles de sécurité des systèmes d'information qui s'imposent aux opérateurs d'importance vitale (OIV) et, depuis peu, aux opérateurs économiques essentiels ;
- une **mission de détection des attaques**, au profit des institutions publiques, notamment les ministères et l'Assemblée nationale ;
- une **mission de réaction**, qui consiste à intervenir auprès des victimes d'attaques informatiques, lorsqu'elles la sollicitent, pour les aider à en contenir les conséquences.

En parallèle de ce dispositif institutionnel, le législateur a progressivement défini un **cadre juridique en matière de sécurité des systèmes d'information**, orienté vers le renforcement de la résilience des systèmes d'information considérés comme les plus stratégiques pour les intérêts de la Nation.

La loi de programmation militaire de 2013 a ainsi créé un dispositif juridique spécifique destiné à assurer la **protection des activités d'importance vitale** pour le fonctionnement normal de la Nation. En vertu des articles L. 1332-6-1 et suivants du code de la défense, les opérateurs

¹ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

reconnus d'importance vitale, dont le nombre est estimé à environ 250, sont tenus de se conformer à des règles de sécurité destinées à renforcer la protection de leurs systèmes d'information, de se soumettre aux contrôles de l'ANSSI, chargée d'assurer le respect de ces règles, et de déclarer, à cette même autorité, les incidents affectant leurs systèmes d'information.

Transposant en droit national la directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union, dite directive « NIS », la loi n° 2018-133 du 26 février 2018 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité a institué de **nouvelles obligations en matière de cybersécurité pour les opérateurs de services considérés comme essentiels** au fonctionnement de l'économie et de la société, catégorie plus large que les opérateurs d'importance vitale, ainsi que **pour les fournisseurs de services numériques**.

1.2. Le souhait de franchir une nouvelle étape en matière de cyberdéfense

Bien que ces dispositifs juridiques, actuellement en cours de déploiement, n'aient pas encore produit tous leurs effets, la majorité des acteurs entendus par votre rapporteur s'accordent sur l'insuffisante « culture » de sécurité informatique dans notre pays et sur la nécessité de multiplier les mécanismes d'incitation et de prévention de manière à améliorer le niveau global de résilience de notre société et de notre économie aux cyberattaques.

Une telle évolution apparaît d'autant plus nécessaire que, comme le relève la dernière revue stratégique *Cyberdéfense* publiée par le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale le 12 février 2018, « *la menace d'origine cyber ne cesse de croître dans ses formes et son intensité* ».

Dans ce contexte, **l'article 19 du projet de loi tend à renforcer les capacités nationales de prévention contre les attaques informatiques**.

Il introduit, dans cette optique, un nouveau cadre juridique destiné à permettre la détection, le plus en amont possible, auprès des opérateurs de communications électroniques, des risques d'attaques informatiques. L'ensemble des flux informatiques, et par conséquent des attaques informatiques, transite en effet par les réseaux et les infrastructures informatiques des opérateurs de communications électroniques sans, comme le précise l'étude d'impact, « *que ni ces derniers ni l'État ne soient en mesure de les détecter ou de les empêcher d'atteindre leurs victimes* ». À une approche individuelle, focalisée sur le renforcement des capacités de résilience d'un opérateur ou d'une entreprise, s'ajouterait donc une approche plus globale, destinée à améliorer le niveau de sécurité de la société prise dans son ensemble.

1.3. Un dispositif précisé et complété par l'Assemblée nationale

Le dispositif prévu par l'article 19 s'articule autour de deux volets.

- *La mise en œuvre de dispositifs de détection des attaques informatiques par les opérateurs de communications électroniques*

L'article 19 du projet de loi ouvre en premier lieu la **possibilité aux opérateurs de communications électroniques de déployer, sur leurs réseaux, des dispositifs techniques destinés à faciliter la détection des attaques informatiques visant leurs abonnés**. Ces dispositifs ne pourraient être mis en place qu'aux « *seules fins de détecter des événements susceptibles d'affecter la sécurité des systèmes d'information de leurs abonnés* ».

Comme le précise l'étude d'impact, ces dispositifs reposeraient sur une **comparaison, en temps réel, des flux de données circulant sur les réseaux des opérateurs avec des marqueurs d'attaques**, c'est-à-dire des éléments techniques caractéristiques de certaines attaques ou de certains attaquants (adresse IP d'un serveur malveillant, nom d'un site piégé, etc.). En cas de corrélation détectée entre un flux de données et un marqueur d'attaque, une alerte serait générée, selon un fonctionnement similaire à un anti-virus sur un poste de travail.

Le déploiement de ces dispositifs par les opérateurs s'effectuerait de **manière volontaire**. L'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI) aurait toutefois la possibilité, lorsqu'elle a connaissance de l'existence d'une menace, de demander aux opérateurs d'exploiter leurs dispositifs, en recourant éventuellement à des marqueurs qu'elle leur fournirait. L'ANSSI ne disposerait d'aucun pouvoir de contrainte mais les opérateurs auraient évidemment, en l'espèce, tout intérêt à suivre ses recommandations.

Seules les données « *directement utiles à la prévention des menaces* » seraient conservées, les autres étant détruites immédiatement.

Les opérateurs se verraient en revanche imposer de **nouvelles obligations de signalement**. D'une part, à la demande de l'ANSSI, ils pourraient être tenus d'informer leurs abonnés de la vulnérabilité de leurs systèmes d'information ou d'une atteinte subie par ces dernières. D'autre part, ils se verraient imposer une obligation de signalement à l'ANSSI de tout événement susceptible d'affecter la sécurité des systèmes d'information.

Afin de faciliter le suivi par l'ANSSI des dispositifs de filtrage mis en place sur les réseaux, l'Assemblée nationale a prévu une obligation complémentaire d'information de l'ANSSI de tout dispositif de détection mis en place par un opérateur de communications électroniques sur son réseau.

Enfin, l'article 19 du projet de loi introduit dans le code de la défense un nouvel article L. 2321-3 qui prévoit qu'en cas d'information de l'ANSSI, par un opérateur de communications électroniques, d'une menace ou d'un événement affectant la sécurité des systèmes d'information d'une

autorité publique ou d'un opérateur d'importance vitale, **ses agents pourraient obtenir des opérateurs les données techniques strictement nécessaires à l'analyse de l'évènement.**

Le texte initial déposé par le Gouvernement fixait à cinq ans la durée maximale de conservation de ces données par l'ANSSI. Cette **durée a été portée à dix ans** par l'Assemblée nationale, afin, selon les députés auteurs de l'amendement, membres du groupe La République en Marche, de contribuer à renforcer l'efficacité du dispositif et la résilience des systèmes d'information. Selon l'ANSSI, la conservation de l'historique des évènements impactant un réseau serait en effet essentielle à la prévention des attaques successives.

- La mise en place par l'ANSSI de ses propres dispositifs de détection en cas de menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes d'information des autorités publiques ou des opérateurs d'importance vitale

Le second volet du dispositif prévu par l'article 19 du projet de loi consiste à **autoriser l'ANSSI à déployer elle-même des systèmes de détection** sur le réseau d'un opérateur de communications électroniques ou sur le système d'information d'un hébergeur¹ lorsqu'elle a connaissance d'une menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes d'information d'une autorité publique ou d'un opérateur d'importance vitale (nouvel article L. 2321-2-1 du code de la défense).

Selon l'étude d'impact du projet de loi, « *afin de caractériser une menace informatique et d'identifier de potentielles victimes, il est [en effet] souvent nécessaire de procéder à des opérations techniques permettant de surveiller l'activité d'un attaquant* », y compris en amont d'une attaque informatique, afin de mieux s'en prémunir et d'en limiter les conséquences. Outre les réseaux des opérateurs de communications électroniques, les attaquants utilisent généralement des serveurs mis à disposition par les hébergeurs, point de départ de nombreuses attaques informatiques, sur lesquels les dispositifs de détection autorisés par l'article 19 du projet de loi pourraient être installés. Comme l'a indiqué M. Guillaume Poupard, directeur général de l'ANSSI, lors de son audition par votre rapporteur, entre dix à vingt serveurs par an seraient susceptibles d'être concernés.

Les systèmes de détection installés par l'ANSSI **ne pourraient toutefois être permanents** et ne seraient déployés que « *pour la durée et dans la mesure strictement nécessaires à la caractérisation de la menace* ».

Les agents de l'ANSSI ne seraient autorisés, dans ce cadre et aux fins de caractériser la menace, **qu'à collecter, à conserver et à analyser les « données techniques pertinentes »**.

¹ Les hébergeurs sont des personnes morales ou physiques qui fournissent au public, contre rémunération ou à titre gratuit, des services de stockage de données informatiques. Ils sont définis à l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

De même que s'agissant des données transmises par les opérateurs, la durée de conservation des données collectées par l'ANSSI par le biais de ces dispositifs a été **étendue de cinq à dix ans** par l'Assemblée nationale.

Cette dernière a par ailleurs complété le dispositif prévu par le texte initial de l'article 19 du projet de loi sur plusieurs points.

Afin d'assurer la confidentialité des informations collectées, dont certaines sont susceptibles de relever du secret de la défense nationale, elle a précisé que **seuls les agents de l'ANSSI habilités et nommément désignés** seraient autorisés à mettre en œuvre des dispositifs de détection.

Elle a par ailleurs **incriminé le fait pour un opérateur de communications électroniques ou pour un hébergeur de s'opposer à la mise en place d'un dispositif de détection** par l'ANSSI. Cette nouvelle infraction serait punie d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Pourrait également être prononcée à l'égard du dirigeant de l'entreprise, à titre de peine complémentaire, une interdiction d'exercer son activité professionnelle pour une durée de cinq ans.

- Un contrôle confié à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

Le projet de loi initial déposé par le Gouvernement prévoyait de **confier à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)** le contrôle de la mise en œuvre, par l'ANSSI, des nouvelles prérogatives qui lui seraient attribuées en vertu de l'article 19. Il renvoyait toutefois, dans son article 20, à une ordonnance la définition des modalités d'exercice de ce contrôle.

À l'initiative de notre collègue député Jean-Jacques Bridey, président de la commission de la défense nationale et des forces armées et rapporteur, l'Assemblée nationale a supprimé l'article 20 au bénéfice de l'intégration, à l'article 19, de plusieurs alinéas modifiant le code des postes et des communications électroniques pour préciser les modalités du contrôle qu'exercerait l'ARCEP.

Ainsi, la mise en œuvre du contrôle serait confiée à la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'ARCEP.

**La formation de règlement des différends,
de poursuite et d'instruction de l'ARCEP**

Prévue par l'article L. 130 du code des postes et des communications électroniques, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction est une formation spécifique de l'ARCEP chargée de traiter les différends dont elle est saisie en application de l'article L. 36-8 du même code, en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques.

Pour l'exécution de sa mission, cette formation bénéficierait d'un certain nombre de prérogatives :

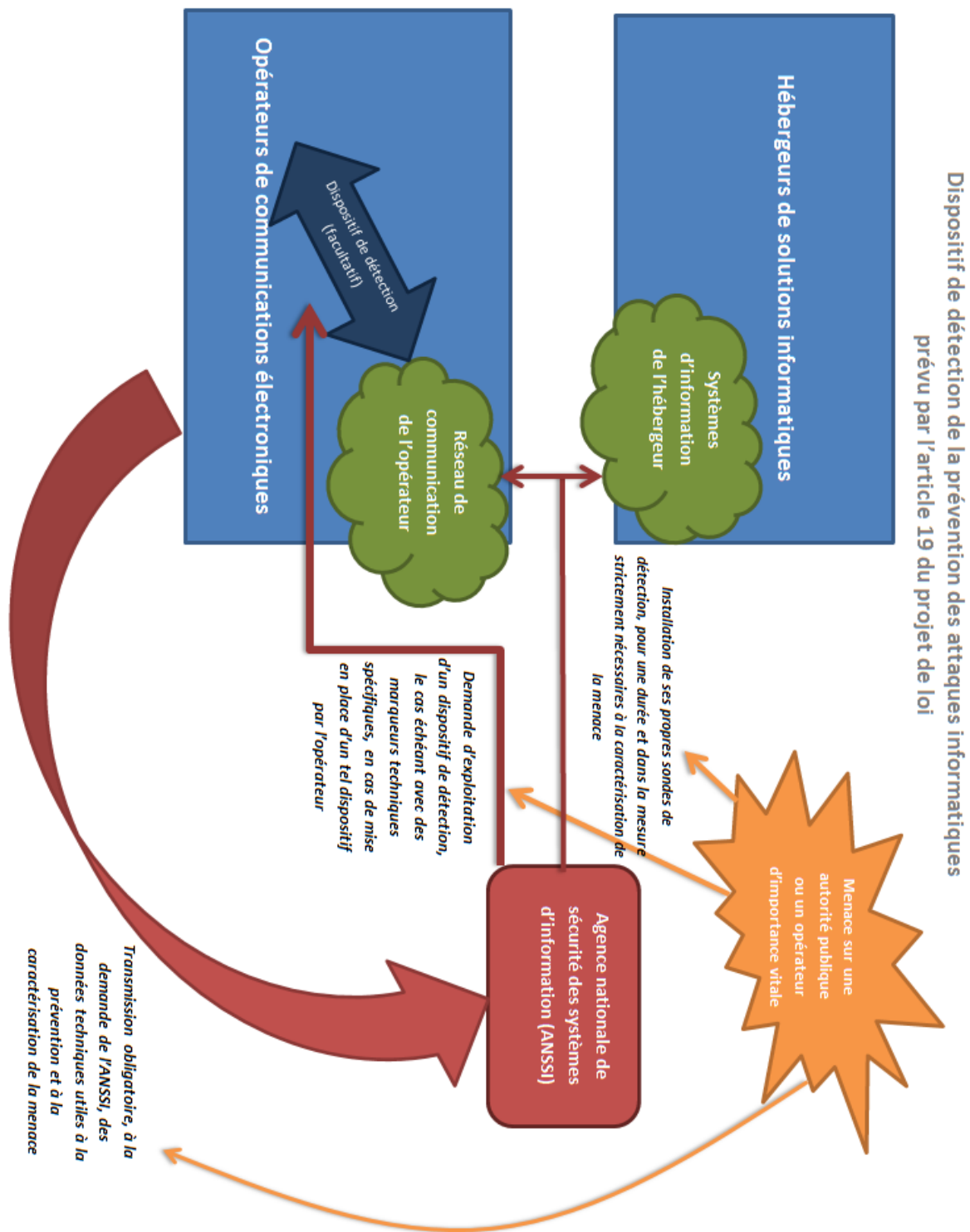
- elle serait informée, sans délai, par l'ANSSI, des mesures qu'elle met en œuvre auprès d'un opérateur de communications électroniques ainsi que des demandes de transmission de données de connexion formulées auprès d'un opérateur ;

- elle disposerait par ailleurs d'un accès complet aux données recueillies ou obtenues par l'ANSSI. Elle pourrait également solliciter de l'ANSSI tout élément qu'elle estimerait nécessaire à l'accomplissement de sa mission ;

- dans l'hypothèse où l'ANSSI ne respecterait pas les obligations qui lui sont imposées, elle pourrait lui adresser toute recommandation et être informée du suivi qui leur est donné. Si l'ANSSI ne se conformait pas à ces recommandations, l'ARCEP aurait la possibilité d'enjoindre l'arrêt des opérations ou la destruction des données collectées.

Afin de mettre en œuvre ces missions, l'article 19 issu des travaux de l'Assemblée nationale prévoit que les membres de l'ARCEP ainsi que les personnels de ses services seraient habilités au secret de la défense nationale.

Enfin, il est prévu que l'ARCEP remette chaque année au Gouvernement et au Parlement un rapport d'activité sur les conditions d'exercice et les résultats du contrôle qu'elle exerce.



2. La position de votre commission : un renforcement nécessaire des garanties pour assurer la constitutionnalité du dispositif

L'article 19 du projet de loi entend doter notre pays des outils nécessaires à la prévention de la menace cyber, en dehors de tout dispositif de renseignement. La volonté de défense et l'exigence d'efficacité au regard des risques encourus par la société en cas de cyberattaques sont très largement partagées par votre commission.

Force est toutefois de constater que les dispositifs techniques autorisés par cet article, loin d'être neutres, sont susceptibles de porter atteinte au secret des correspondances et au droit au respect de la vie privée.

Aussi votre commission s'est-elle interrogée sur la manière d'entourer ces dispositifs des garanties adaptées, de nature à en assurer à la fois la constitutionnalité et la conformité au droit de l'Union européenne. Sans remettre en cause le dispositif proposé par le Gouvernement et retenu par l'Assemblée nationale, elle lui a, en conséquence, apporté plusieurs modifications afin d'en garantir la proportionnalité.

2.1. Préciser le périmètre d'intervention des opérateurs de communications électroniques

Le secteur des communications électroniques étant, pour l'essentiel, réglementé par le droit de l'Union européenne, votre rapporteur s'est en premier lieu interrogé sur la conformité des dispositions prévues par le premier volet de l'article 19 au cadre juridique européen.

Le règlement européen 2015/2120 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert oblige, en vertu du principe de **neutralité du net**, les fournisseurs de services d'accès à internet à traiter le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence. Des **exceptions à ce principe d'abstention** dans la gestion du trafic sont toutefois autorisées à des **fins de préservation de l'intégrité et de la sûreté du réseau**, des services fournis par l'intermédiaire de ce réseau et des équipements terminaux des utilisateurs finaux. Ainsi, le règlement européen n'interdit ni la mise en place de mesures de surveillance du trafic visant à détecter des menaces pour la sécurité, ni l'activation de mesures de gestion de trafic lorsque des menaces concrètes pour la sécurité sont détectées et à condition qu'elles ne soient mises en œuvre que pour la durée nécessaire à leur entrave.

Les dispositions de l'article 19 du projet de loi entrent dans le champ de ces exceptions. En effet, la possibilité pour les opérateurs de communications électroniques de mettre en œuvre des dispositifs de surveillance serait limitée aux « *seules fins de détecter des événements susceptibles d'affecter la sécurité des systèmes d'information de leurs abonnés* ». Qui plus est, selon les informations communiquées à votre rapporteur au cours de ses auditions, la mise en place de dispositifs de détection aurait pour principal objectif de mieux prévenir les attaques informatiques, mais

n'aurait pas vocation à se traduire par la mise en œuvre de mesures d'entrave au trafic.

Si elles ne paraissent pas contraires au droit de l'Union européenne, les dispositions du premier volet de l'article 19 soulèvent en revanche plusieurs difficultés, notamment de nature constitutionnelle.

Selon l'étude d'impact du projet de loi, l'installation de dispositifs de détection serait laissée au libre choix des opérateurs de communications électroniques. Cette orientation a été confirmée par les personnes entendues par votre rapporteur au cours de ses auditions. Ainsi, l'ANSSI comme le ministère des armées ont insisté sur le caractère incitatif, et non coercitif, du premier volet de l'article 19.

La rédaction de l'article 19 apparaît toutefois ambiguë à cet égard, notamment quant à la possibilité pour l'ANSSI, lorsqu'elle est informée d'une menace, d'imposer à un opérateur la mise en place de sondes de détection en vue d'exploiter ses propres marqueurs techniques. Comme le relève l'ARCEP dans son avis sur le projet de loi¹, « *si cette mesure devait s'appliquer à l'ensemble des opérateurs, [...] cela reviendrait de facto à imposer à tous les opérateurs sollicités par l'ANSSI de mettre en place un système de détection* ».

Or, une telle obligation engendrerait deux difficultés majeures :

- une **difficulté d'ordre pratique** en premier lieu : en raison de la structuration des réseaux des opérateurs, la surveillance de l'ensemble des flux de données se révélerait complexe à mettre en œuvre. Elle risquerait par ailleurs d'entraîner un ralentissement du trafic, et donc de placer les opérateurs en difficulté vis-à-vis de leurs obligations en matière de qualité de service ;

- une **difficulté d'ordre juridique** en second lieu : en vertu d'une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel estime que, s'il est loisible au législateur, pour les besoins de la sécurité publique, d'imposer des contraintes ou de poser des exigences aux opérateurs, les dépenses qui en résultent ne sauraient en revanche directement leur incomber². Dès lors, selon ce principe de **juste rémunération des opérateurs**, toute obligation, même implicite, à l'égard des opérateurs de mettre en place des sondes de détection nécessiterait donc de faire l'objet d'une compensation financière, qui n'est pas prévue dans la version de l'article 19 adoptée par l'Assemblée nationale.

¹ Avis n° 2018-0101 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 30 janvier 2018 sur les dispositions relatives à la sécurité et à la défense des systèmes d'information dans le cadre du projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019-2025.

² Conseil constitutionnel, décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, loi de finances rectificative pour 2000.

En conséquence, à l'initiative de son rapporteur, votre commission a adopté un **amendement COM-114** de clarification afin de préciser que l'ANSSI ne pourrait pas imposer à tous les opérateurs de communications électroniques, mais uniquement à ceux qui auraient installé, de manière volontaire, un dispositif de détection, d'exploiter certains marqueurs techniques qu'elle leur fournirait. Votre rapporteur relève au demeurant que, conformément au principe de volontariat qui anime ce dispositif, aucune sanction spécifique ne serait prévue en cas de refus d'un opérateur d'exploiter un marqueur technique de l'ANSSI. Toutefois, comme cela a été indiqué, les opérateurs auraient évidemment, en l'espèce, tout intérêt à suivre ses recommandations.

Par ailleurs, l'article 19 apparaît **insuffisamment précis quant au périmètre des données susceptibles d'être filtrées et collectées par les opérateurs de communications électroniques**. Bien que l'étude d'impact précise que « *la détection et l'information (...) opérées ne porteront que sur les éléments strictement techniques, à l'exclusion de tout élément signifiant* », aucune précision n'est apportée sur les catégories de données qui seraient traitées et collectées par les opérateurs.

Les systèmes de détection déployés pourraient donc traiter non seulement des données techniques de connexion, mais également des données relatives au contenu des communications. Au cours des auditions qu'il a menées, **votre rapporteur a d'ailleurs pu constater, sur ce point, un manque de cohérence entre l'étude d'impact du projet de loi et les propos tenus par l'ANSSI et le ministère des armées**, ces derniers ayant reconnu qu'il était envisagé de pouvoir traiter et collecter tout type de données, y compris des données relevant du contenu des correspondances.

Dès lors que les sondes de détection se contenteraient de filtrer, de manière automatisée, les flux de données sans analyse individualisée ni conservation systématique, le fait de traiter non seulement des données de connexion mais également des données de contenu ne paraît pas porter d'atteinte disproportionnée au secret des correspondances et au droit au respect de la vie privée. Lors de son audition par votre rapporteur, l'ARCEP a ainsi indiqué que le fait de « filtrer » l'ensemble du trafic n'impliquait pas de « comprendre le sens des flux » circulant sur les réseaux et ne soulevait par conséquent aucune difficulté de conformité au droit de l'Union européenne ou à la Constitution.

Le législateur a d'ailleurs d'ores et déjà autorisé la mise en place de traitements automatisés de même nature. Ainsi, l'article L. 32-3 du code des postes et des communications électroniques autorise le « *traitement automatisé d'analyse, à des fins d'affichage, de tri ou d'acheminement des correspondances, ou de détection de contenus non sollicités ou de programmes informatiques malveillants, du contenu de la correspondance en ligne, de l'identité des correspondants ainsi que, le cas échéant, de l'intitulé ou des documents joints* ».

Votre rapporteur s'est en revanche interrogé sur la constitutionnalité de l'article 19 en ce qui concerne la collecte et la conservation des données.

En l'état du droit, seule la conservation des données techniques, également appelées données de connexion ou métadonnées, est autorisée pour les opérateurs de communications électroniques. L'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques prévoit ainsi que les opérateurs conservent, pour une durée d'un an, « *pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales* », aux fins de protection de la propriété intellectuelle ainsi que « *pour les besoins de la prévention des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données* », certaines catégories de données techniques, limitativement énumérées, à l'exception des données portant « *sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées* ».

Le Conseil constitutionnel, à l'occasion de plusieurs décisions relatives à des procédures d'accès aux données de connexion par des autorités publiques, a été amené à se prononcer sur la collecte de données par les opérateurs. À ce jour, il a estimé que la collecte et la conservation de données par les opérateurs ne portaient pas une atteinte disproportionnée au secret des correspondances et au droit au respect de la vie privée lorsque plusieurs conditions étaient réunies : une définition précise des catégories de données conservées, l'exclusion des données portant sur le contenu des correspondances, une durée de conservation limitée¹.

En l'espèce, compte tenu de l'absence de précision sur les catégories de données susceptibles d'être collectées par les opérateurs ainsi que sur les conditions de conservation de ces données, le dispositif de l'article 19 pourrait être considéré comme portant une atteinte disproportionnée au secret des correspondances et au droit au respect de la vie privée.

Aussi, par l'**amendement COM-114** de son rapporteur, votre commission a-t-elle précisé que **seules** « *les données techniques strictement nécessaires à la caractérisation d'un évènement détecté par les dispositifs* » de surveillance pourraient être collectées et conservées par les opérateurs de communications électroniques.

De même que dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, votre commission a, par le même amendement, **renvoyé au décret en Conseil d'État prévu pour l'application de l'article le soin de déterminer les catégories de données techniques qui pourront être conservées.**

De telles précisions permettent à la fois d'exclure les données de contenu et de limiter la collecte aux seules données techniques nécessaires à la prévention des attaques informatiques. L'exclusion des données portant

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, Association French data Network et autres.

sur le contenu des correspondances apparaît d'autant plus justifiée que seules les données techniques seraient susceptibles d'être demandées par l'ANSSI. Aussi n'y aurait-il aucune nécessité pour les opérateurs de recueillir d'autres données.

Enfin, par le même amendement, votre commission a **limité à un an la durée de conservation** par les opérateurs des données collectées par les dispositifs de détection, alignant ainsi le régime sur celui prévu par l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques.

2.2. Sécuriser la transmission par les opérateurs de données techniques à l'ANSSI.

Dans le prolongement de la réflexion sur la collecte des données par les opérateurs, votre rapporteur s'est penché sur la conformité à la Constitution de la procédure de réquisition par l'ANSSI de données techniques collectées par les opérateurs de communications électroniques.

S'il accepte le principe d'une transmission de données de connexion par les opérateurs de communications électroniques aux autorités publiques ou judiciaires, le Conseil constitutionnel exige qu'elle soit assortie des garanties nécessaires pour assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, d'autre part, la sauvegarde des droits et libertés garantis par la Constitution, au premier rang desquels le droit au respect de la vie privée.

Bien qu'il n'en ait pas établi une liste précise, le juge constitutionnel a, à l'occasion de plusieurs décisions, cité un certain nombre de garanties.

Ainsi, dans une décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, relative à la procédure de réquisition administrative permettant aux services de renseignement de se voir transmettre les données de connexion, le Conseil constitutionnel a estimé que la procédure de réquisition ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, dès lors que le législateur avait entouré la procédure de garanties suffisantes, à savoir : un accès aux seules données de connexion, à l'exclusion de toute donnée de contenu ; des finalités strictement définies ; une mise en œuvre par des agents spécialement habilités à cet effet ; une procédure d'autorisation préalable par une personne qualifiée placée auprès du Premier ministre ; un dispositif de contrôle *a posteriori* par une instance indépendante ; l'existence de sanctions en cas de révélation de toute information à caractère secret.

À l'inverse, le Conseil constitutionnel a estimé, dans plusieurs cas, que les procédures de transmission de données prévues par le législateur n'étaient pas assorties des garanties suffisantes. Ainsi, dans sa décision n° 2015-715 du 5 août 2015 relative à la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, le Conseil a jugé que les garanties prévues par le législateur pour la procédure de communication de données de connexion à l'Autorité de la concurrence, à savoir le fait de réserver à des agents habilités soumis au respect du secret professionnel le pouvoir

d'obtenir ces données, étaient insuffisantes et a en conséquence jugé la procédure contraire à la Constitution.

En l'espèce, **l'article 19 prévoit, s'agissant de la possibilité pour l'ANSSI de se voir communiquer certaines données techniques par les opérateurs, un certain nombre de garanties.**

L'accès aux données de connexion serait tout d'abord strictement limité dans ses finalités : d'une part, l'ANSSI ne pourrait se voir communiquer ces données qu'en cas d'événement affectant la sécurité des systèmes d'information d'une autorité publique ou d'un opérateur d'importance vitale ; d'autre part, ces données ne pourraient lui être communiquées qu'aux seules fins de caractériser la menace affectant la sécurité de ces systèmes.

Par ailleurs, les données de connexion susceptibles d'être demandées par l'ANSSI seraient limitées aux « *données techniques strictement nécessaires à l'analyse* » d'un événement. Seules les données que les opérateurs seraient autorisés à conserver en application du nouvel article L. 33-14 du code des postes et des communications électroniques, limitativement énumérées par décret et excluant des éléments de contenu, pourraient être demandées.

En outre, seuls les agents de l'ANSSI habilités par le Premier ministre et assermentés dans des conditions définies par décret seraient susceptibles d'accéder aux données techniques. Enfin, l'article 19 prévoit un contrôle *a posteriori* par l'ARCEP, qui serait chargée de veiller au respect par l'ANSSI des conditions fixées par la loi.

Contrairement à la procédure de réquisition administrative des données de connexion prévue en matière de renseignement, la procédure prévue par l'article 19 du projet de loi ne prévoit pas d'autorisation préalable à la requête de l'ANSSI. L'absence d'une telle garantie n'est toutefois pas apparue à votre commission de nature à créer une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée. En effet, contrairement aux dispositifs existant en matière de renseignement, et eu égard à la finalité de prévention des attaques informatiques, **les données de connexion susceptibles d'être requises par l'ANSSI seraient relatives à des flux non sollicités ou à des programmes informatiques malveillants, et non à des communications licites d'utilisateurs.**

De la même manière, la durée de conservation des données par l'ANSSI, portée à dix ans à l'Assemblée nationale, n'est pas apparue disproportionnée. Par comparaison, en matière de renseignement, l'article L. 822-2 du code de la sécurité intérieure, qui a été jugé conforme à la Constitution¹, n'impose aucune durée maximale pour la conservation des renseignements collectés contenant des éléments de cyberattaque dès lors

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement.

que ces données n'étaient utilisées que pour les besoins de l'analyse technique, à l'exclusion de toute utilisation pour la surveillance des personnes.

Enfin, si l'étude d'impact du projet de loi précise que les demandes de transmission de données à l'ANSSI feront l'objet d'une juste rémunération, votre commission a estimé nécessaire de le préciser. Aussi, elle a, par un **amendement COM-116**, indiqué que les surcoûts engendrés pour les opérateurs de communications électroniques seraient compensés selon les modalités de droit commun, prévues à l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques.

2.3. Mieux encadrer la possibilité offerte à l'ANSSI d'installer ses propres sondes de détection.

En l'état du droit, les possibilités pour une entité publique de recueillir, en temps réel, sur le réseau d'un opérateur, des données relatives aux communications électroniques, sont limitées à l'usage des techniques de renseignement et sont strictement encadrées :

- prévu par l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure, l'accès en temps réel aux données de connexion permet, aux seules fins de prévention d'actes de terrorisme, le recueil en temps réel, sur le réseau d'un opérateur de communications électroniques, des données de connexion relatives à une personne préalablement identifiée comme présentant une menace ;

- en vertu de l'article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure, la technique dite de l'algorithme permet aux services de renseignement d'imposer aux opérateurs de communications électroniques la mise en œuvre, sur leur réseau, de « *traitements automatisés (...) destinés à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste* ». Seules les données de connexion peuvent être analysées dans le cadre de cette technique, à l'exclusion de toute donnée relative au contenu des correspondances.

De même que pour la réquisition administrative de données de connexion, le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositifs conformes à la Constitution, considérant qu'ils présentaient un certain nombre de garanties de nature à assurer une conciliation équilibrée entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis¹, parmi lesquelles des finalités strictement définies, l'autorisation préalable du Premier ministre, la restriction aux seules données techniques, à l'exclusion de toute donnée de contenu, une durée de collecte strictement encadrée et un contrôle *a posteriori* par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR).

¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement.

Bien que les finalités poursuivies soient différentes, il est apparu nécessaire à votre commission d'entourer le dispositif prévu à l'article 19 de garanties complémentaires afin d'en assurer la constitutionnalité.

À cette fin, elle a adopté **l'amendement COM-115** de son rapporteur, qui apporte plusieurs modifications à l'article 19 du projet de loi.

De même que pour la réquisition de données de connexion auprès des opérateurs, celui-ci renvoie à un décret en Conseil d'État la définition des catégories de données susceptibles d'être recueillies par l'ANSSI dans le cadre de la mise en place de ses sondes de détection. Une telle précision vise à garantir que l'ANSSI procède à un paramétrage adéquat de ses dispositifs, qui ne saurait permettre d'analyser les flux et de collecter des données au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour les finalités prévues par la loi, et qui ne pourrait, en tout état de cause, concerner des données relatives au contenu des correspondances.

Par ailleurs, si elle approuve l'ajout de l'Assemblée nationale consistant à incriminer toute obstruction à l'action de l'ANSSI, elle a estimé que les peines prévues, à savoir un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, étaient **susceptibles d'être jugées contraires au principe à valeur constitutionnelle de proportionnalité des peines**. À titre de comparaison, en matière de renseignement, le refus par un opérateur de communications électroniques ou un hébergeur de communiquer des informations ou le fait de communiquer des informations erronées sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende¹, mais aucune sanction n'est prévue en cas d'obstruction à l'installation d'un dispositif d'algorithme par exemple. Qui plus est, en matière de sécurité des systèmes d'information, le non-respect des règles ou des injonctions de l'ANSSI n'est jamais, en l'état du droit, puni de peines d'emprisonnement². En conséquence, votre commission a, par **l'amendement COM-115**, supprimé les peines d'emprisonnement prévues par l'article 19, tout en doublant la peine d'amende, de manière à maintenir le caractère dissuasif de l'infraction.

Pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment s'agissant de la requête de données de connexion, votre commission n'a en revanche pas estimé nécessaire de prévoir une procédure d'autorisation préalable.

Votre rapporteur s'est enfin penché sur **l'impact financier pour un opérateur de communications électroniques de l'installation par l'ANSSI de ses propres sondes**, en termes notamment de mobilisation d'effectifs et de dépenses énergétiques. Il n'a toutefois, sur ce point, pas été en mesure d'obtenir de réponse claire, ni de la part du Gouvernement, ni de la part des opérateurs eux-mêmes. En tout état de cause, et malgré une potentielle

¹ Art. L. 881-2 du code de la sécurité intérieure.

² Ainsi, le fait pour un opérateur d'importance vitale de ne pas satisfaire aux obligations légales de sécurité est puni de 150 000 euros d'amende.

atteinte au principe de juste rémunération des opérateurs, il a constaté que le Parlement n'était pas en mesure de prévoir la couverture des charges potentielles qui résulteraient de la mise en œuvre de cette procédure, dans la mesure où elle créerait une charge financière complémentaire pour l'État. Votre commission a toutefois souhaité attirer l'attention du Gouvernement sur la nécessité d'assurer une juste rémunération des opérateurs de communications électroniques pour tous les coûts qui résulteraient de l'application du projet de loi en discussion.

2.4. Garantir l'effectivité du contrôle confié à l'ARCEP

Le dispositif de contrôle introduit par l'Assemblée nationale en première lecture appelle des observations contrastées.

La mise en place d'un contrôle *a posteriori*, confié à une entité autonome et indépendante, constitue, il est vrai, une garantie essentielle de la proportionnalité des dispositifs prévus par l'article 19.

Toutefois, le choix de confier cette fonction à l'ARCEP, autorité de régulation économique, n'est pas sans soulever des interrogations. Plusieurs personnes entendues par votre rapporteur dans le cadre de ses auditions ont en effet émis des doutes quant à la capacité de l'ARCEP d'assurer ce contrôle, tant pour des raisons de moyens que de compétences. Cette crainte est partagée par l'ARCEP elle-même qui, dans son avis sur le projet de loi, « attire très fortement l'attention du Gouvernement sur la nécessité de prévoir les ressources et l'expertise adéquates, sur ces sujets extrêmement pointus, pour accomplir cette mission ».

Selon les informations communiquées à votre rapporteur, l'ARCEP devrait bénéficier de deux emplois supplémentaires pour assurer cette nouvelle mission, dont il n'est toutefois pas certain qu'ils suffiront à couvrir la charge supplémentaire que représentera le contrôle.

Dans ce contexte, et compte tenu de la technicité de la mission qui lui serait confiée, il est apparu souhaitable de **permettre à l'ARCEP de faire appel à des experts extérieurs, spécialement habilités au secret de la défense nationale**, pour l'appuyer dans la réalisation des contrôles, comme peut par exemple le faire la Commission nationale de l'informatique et des libertés¹. Votre commission a procédé à cette modification par son amendement COM-114.

Elle a, par le même amendement, **renforcé les prérogatives de la formation des différends de l'ARCEP**, en les rapprochant de celles dont dispose la CNCTR pour le contrôle de la mise en œuvre des techniques de renseignement. Ainsi, l'ARCEP aurait non seulement accès aux données recueillies ou obtenues par l'ANSSI, mais également aux dispositifs de traçabilité des renseignements collectés, afin de pouvoir s'assurer que le périmètre de collecte de données autorisé par la loi est bien respecté. Par

¹ Art. 44 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

ailleurs, l'amendement précise que l'accès à ces éléments serait complet et **permanent**.

Surtout, de manière à garantir l'effectivité du contrôle de l'ARCEP et des recommandations qu'elle est susceptible d'adresser à l'ANSSI dans ce cadre, votre commission a estimé utile de **créer une voie de recours juridictionnel spécifique**.

En vertu du nouvel article L. 36-14 du code des postes et des communications électroniques, la formation des différends de l'ARCEP aurait la possibilité d'enjoindre à l'ANSSI de se conformer à la loi et, le cas échéant, d'interrompre une opération ou de détruire des données illégalement recueillies. Dans l'hypothèse où l'ANSSI ne se conformerait pas à une injonction, l'ARCEP aurait la possibilité de former un recours devant le juge administratif, selon les modalités de droit commun, aucune voie de recours spécifique n'ayant été prévue. De l'avis de votre rapporteur, un recours de droit commun présente toutefois des limites : s'il peut permettre, dans le cadre d'une procédure en référé, de suspendre toute opération portant atteinte aux droits et libertés fondamentales, il ne saurait en revanche garantir un jugement au fond dans des délais restreints. Or, un jugement rapide peut se révéler nécessaire pour l'efficacité même des missions de l'ANSSI, qui pâtirait d'une situation d'insécurité juridique perdurant pendant plusieurs mois.

En conséquence, à l'initiative de son rapporteur, votre commission a, par son **amendement COM-114**, introduit une **voie de recours juridictionnel spécifique devant le Conseil d'État**. Celui-ci statuerait alors **en premier et dernier ressort**, comme cela est par exemple le cas en matière de renseignement. En raison de la confidentialité des données susceptibles d'être concernées, l'amendement **prévoit la possibilité d'un renvoi devant la formation** spécialisée du Conseil d'État, d'ores et déjà compétente pour les recours concernant la mise en œuvre de techniques de renseignement. Enfin, serait conféré un **pouvoir d'injonction** à la formation de jugement, qui pourrait ordonner l'interruption d'une opération illégale ou la destruction de données illégalement collectées.

Enfin, votre commission a souhaité **renforcer le contrôle parlementaire** sur les conditions de mise en place de ces dispositifs potentiellement attentatoires aux droits et libertés. Au-delà de la transmission d'un rapport annuel au Parlement sur les conditions d'exercice et les résultats du contrôle, elle a, par l'**amendement COM-114** de son rapporteur, prévu que l'ARCEP pourrait adresser au Premier ministre, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat, à tout moment, les observations qu'elle juge utiles. Ainsi, le Parlement pourrait être informé, en temps réel, de toute mesure attentatoire aux principes fixés par la loi.

Sous réserve de l'adoption de ses amendements, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 19.

Article 21

(art. L. 4123-12 du code de la défense)

Excuse pénale des cybercombattants

L'article 21 du projet de loi propose de modifier l'article L. 4123-12 du code de la défense, afin de préciser le régime de responsabilité pénale applicable aux militaires engagés dans des activités de cyberdéfense.

1. Les dispositions aujourd'hui en vigueur protègent les militaires participant à des opérations extérieures

Ces dispositions sont issues de l'article 17 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, qui a introduit dans le code de la défense un nouvel article L. 4123-12. Cet article a modifié, dans un sens plus protecteur, le régime de responsabilité pénale des militaires participant à des opérations extérieures.

Ce régime juridique concerne les militaires qui ne sont pas engagés dans un conflit ouvert, précédé d'une déclaration de guerre autorisée par le Parlement en application de l'article 35 de la Constitution. Ces militaires interviennent, le plus souvent, sous mandat de l'ONU, dans le cadre d'opérations de maintien de la paix. En l'absence de déclaration de guerre, ils ne sont pas régis par le droit des conflits armés, qui justifierait l'usage de la force, et sont donc simplement soumis aux dispositions de notre code pénal. En cas d'infraction, ils peuvent être jugés par une formation spécialisée du tribunal de grande instance (TGI) de Paris, qui s'est substituée, en 2010, à l'ancien tribunal aux armées. En vertu de l'article 697-4 du code de procédure pénale, cette formation est compétente pour connaître des crimes et des délits commis hors du territoire de la République par les membres des forces armées françaises.

Avant l'adoption de la loi de 2005, le recours à la force par les militaires obéissait, dans ces circonstances, aux règles relatives à la **légitime défense**. Conçues dans une optique de défense individuelle, ces règles, restrictives, sont apparues inadaptées aux exigences propres aux opérations extérieures : même en l'absence de conflit ouvert, les militaires engagés dans ces opérations peuvent être amenés à faire un usage de la force excédant ce qui est admis dans le cadre de la légitime défense, par exemple pour la défense d'un dépôt de munitions ou pour interdire le franchissement d'un point de passage.

Pour éviter que des militaires accomplissant leur devoir, dans des conditions souvent difficiles, ne voient leur responsabilité pénale engagée, le II de l'article L. 4123-12 du code de la défense dispose que les militaires exerçant des mesures de coercition ou faisant usage de la force armée, ou qui en donnent l'ordre, **ne sont pas pénalement responsables**, lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires en dehors du territoire français ou des eaux territoriales françaises.

Cette cause d'irresponsabilité pénale n'est cependant pas absolue. Elle est subordonnée au respect de **deux conditions** :

- le militaire doit respecter les règles du **droit international** ; on pense notamment au droit international humanitaire ou aux conventions relatives à la protection des droits de l'homme ;

- les mesures de coercition ou l'usage de la force doivent être **nécessaires** à l'exercice de sa mission.

La rédaction de l'article L. 4123-12 a été complétée par l'article 31 de la loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013, relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019, afin que cette cause d'irresponsabilité pénale couvre également des **opérations ponctuelles**, effectuées à l'étranger, qui ne correspondent pas à la définition habituelle des opérations extérieures, mais qui peuvent impliquer l'usage de la force.

Depuis 2013, l'article L. 4123-12 vise ainsi toute opération mobilisant des capacités militaires en dehors du territoire français ou des eaux territoriales françaises « *quels que soient son objet, sa durée ou son ampleur, y compris la libération d'otages, l'évacuation de ressortissants ou la police en haute mer* ». C'est cette rédaction très précise qui figure aujourd'hui dans le code de la défense.

Toujours dans le but de protéger les militaires engagés dans des opérations extérieures contre d'éventuelles actions en justice abusives, la même loi de programmation militaire a prévu que l'action publique ne peut être mise en mouvement que par le procureur de la République, à l'exclusion donc de toute possibilité de dépôt de plainte avec constitution de partie civile, lorsqu'elle porte sur des faits commis par un militaire dans l'accomplissement de sa mission en dehors du territoire français (article 698-2 du code de procédure pénale).

2. La modification proposée : étendre cette cause d'irresponsabilité pénale aux activités numériques

L'étude d'impact annexée au projet de loi insiste sur la place croissante du numérique dans les activités militaires, qui constitue indéniablement une évolution majeure constatée ces dernières années.

En 2013, le livre blanc de la défense nationale a affirmé que le cyberspace était désormais devenu un « *champ de confrontation à part entière* ». Tirant les conséquences opérationnelles de cette analyse stratégique, le Gouvernement a créé, en 2017, au sein de l'état-major des armées, un poste d'officier général « commandant de la cyberdéfense », responsable de la protection des systèmes d'information et de la conception, de la planification et de la conduite des opérations militaires de cyberdéfense.

Cet officier général s'appuie sur un état-major de la cyberdéfense et sur différents services, employant au total 3 000 personnes. Au titre de la

cyberdéfense, ces militaires peuvent s'infiltrer dans des systèmes informatiques pour recueillir des données ou mener des actions de contre-propagande.

Or, certaines actions conduites dans le cadre de la cyberdéfense, notamment en matière de lutte anti-terroriste, pourraient donner lieu à des incriminations pénales, par exemple au titre de l'atteinte à l'intimité de la vie privée (article 226-1 du code pénal), de l'atteinte au secret des correspondances (article 432-9, alinéa 2, du même code), de l'atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données (article 323-1) ou encore de la provocation à la commission d'infraction (article 121-7).

Pour que les militaires impliqués dans la cyberdéfense puissent accomplir leurs missions sans crainte de poursuites pénales, le projet de loi envisage donc de préciser, à l'article L. 4123-12 du code de la défense, que la cause d'irresponsabilité pénale prévue à cet article s'applique aussi à leurs activités numériques, sous réserve que les conditions prévues à cet article soient bien respectées (respect du droit international, opération se déroulant à l'extérieur du territoire national, mesures de coercition ou usage de la force nécessaire à l'exercice de la mission). Les militaires procédant depuis le territoire national à des actions de cyberdéfense bénéficieraient de l'excuse pénale dès lors que leur cible se trouve à l'étranger.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification

3. Une mesure de protection bienvenue pour les cybercombattants de l'armée française

L'objet de l'article L. 4123-12 du code de la défense n'est pas de conférer une immunité pénale absolue aux militaires. Il les fait seulement bénéficier d'une excuse pénale adaptée à la nature de leurs missions et destinée à les protéger contre d'éventuelles actions en justice abusives. Cette excuse pénale n'empêche pas d'engager des poursuites en cas de comportement délictueux d'un militaire mais elle les protège lorsqu'ils accomplissent normalement leur mission dans le respect de leurs règles d'engagement et du droit international.

La modification proposée par le projet de loi constitue une réponse appropriée à la place grandissante prise par les activités cyber dans les opérations de l'armée française. La précision apportée lèvera toute ambiguïté sur le fait que les militaires engagés dans ces activités sont protégés sur le plan pénal au même titre que ceux qui emploient des armements plus classiques. Cette mesure répond à une préoccupation de votre commission, qui considère que la non-judiciarisation du « champ de bataille » est une garantie indispensable à l'efficacité de nos armées.

Sous le bénéfice de ces observations, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 21.

CHAPITRE III *BIS* QUALIFICATION DE CERTAINS APPAREILS ET DISPOSITIFS TECHNIQUES

Article 22

(art. L. 2371-2 du code de la défense)

Qualification des matériels utilisés pour les techniques de renseignement

L'article 22 du projet de loi vise à autoriser la direction générale de l'armement du ministère des armées ainsi que certaines forces armées à procéder, sur le territoire national, à des essais de qualification des appareils et matériels utilisés pour la mise en œuvre des techniques de renseignement.

1. Des possibilités de test sur les matériels de renseignement actuellement limitées

L'article 226-3 du code pénal prohibe la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente d'appareils ou de dispositifs techniques permettant la captation ou l'enregistrement de communications privées, **sauf en cas d'autorisation ministérielle**.

En application de cette disposition, **le ministère des armées est autorisé à détenir**, dans le cadre du régime d'autorisation prévu par les articles R. 226-7 et R. 226-8 du code pénal, **des appareils ou dispositifs techniques utilisés en matière de renseignement militaire**.

Jusqu'à récemment, **aucun cadre légal ne l'autorisait en revanche à tester ces matériels**. Or, dès lors qu'il ne rentre pas dans les cas de recours aux techniques de renseignement prévu par le titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure, l'usage de matériels de renseignement à des fins de test, sur le territoire national, est susceptible de porter atteinte au secret des correspondances et au droit au respect à la vie privée et, par conséquent, de faire l'objet de recours.

Selon les informations communiquées à votre rapporteur au cours de ses travaux préparatoires, des campagnes d'essai de matériels de renseignement ont pu, dans la pratique et malgré l'absence de cadre légal, être réalisées. Dans la plupart des cas toutefois, ces campagnes d'essai ont concerné des moyens militaires de renseignement d'origine électromagnétique, dont le fonctionnement reposait sur l'exploitation de bandes de fréquences électromagnétiques dédiées et pour lesquels les tests réalisés n'impliquaient pas l'interception de communications privées.

L'insécurité juridique dans laquelle se déroulaient ces tests a toutefois récemment conduit le législateur à **créer un premier cadre juridique afin d'autoriser la direction générale de l'armement et certaines unités des armées à réaliser des campagnes de tests sur des matériels de renseignement**. Ainsi, l'article L. 2371-2 du code de la défense, introduit par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme,

autorise désormais la direction générale de l'armement ainsi que certaines troupes des forces armées, limitativement énumérées par décret, à procéder à des essais de matériels utilisés pour l'interception des communications empruntant exclusivement la voie hertzienne.

2. L'objet du projet de loi : étendre le cadre légal des essais de matériels de renseignement

Selon l'étude d'impact annexée au projet de loi, l'évolution actuelle des conflits armés, notamment dans le cadre des opérations extérieures menées contre des groupes terroristes, rend l'usage de l'ensemble du spectre des techniques de renseignement de plus en plus nécessaire pour les forces armées. Alors que pendant longtemps, notamment dans le cadre de conflits entre forces armées conventionnelles, les services de renseignement militaire procédaient principalement à l'interception de communications empruntant la voie hertzienne, il leur est désormais nécessaire de pouvoir intercepter, en dehors du territoire national, des communications empruntant les réseaux d'opérateurs de communications électroniques, voire des réseaux privatifs.

Dès lors, la direction générale de l'armement (DGA) et les forces armées sont confrontées à de **nouveaux besoins en matière de tests et de qualification de matériels**.

Afin de répondre à ce besoin, l'article 22 du projet de loi modifie l'article L. 2371-2 du code de la défense afin d'étendre le cadre légal autorisant la réalisation d'essais sur des matériels de renseignement aux équipements utilisés pour la mise en œuvre de quatre autres techniques de renseignement :

- le recueil des données techniques de connexion et des données relatives à la localisation des équipements terminaux (article L. 851-6 du code de la sécurité intérieure) ;
- l'interception de correspondances émises ou reçues par un terminal, anciennement connue sous le terme « interception de sécurité » (II de l'article L. 852-1 du code de la sécurité intérieure) ;
- l'interception des communications empruntant la voie hertzienne dans le cadre d'un réseau conçu à des fins privées, soit pour un groupe fermé d'utilisateurs (article L. 852-2 du code de la sécurité intérieure) ;
- la surveillance des communications électroniques internationales (article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure).

En contrepartie de l'extension des possibilités de tests, l'article 22 prévoit d'**encadrer plus strictement la réalisation des campagnes** d'essais sur ces matériels de renseignement.

En premier lieu, tout essai conduit sur un matériel de renseignement devrait faire l'objet d'une **déclaration préalable à la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement** (CNCTR), précisant le champ et la nature des essais effectués. La CNCTR serait destinataire, à cet effet,

d'un registre recensant les opérations techniques réalisées. À l'initiative de son président et rapporteur, M. Jean-Jacques Bridey, la commission de la défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale a précisé que ce registre ne serait pas communiqué à la CNCTR de manière systématique, mais uniquement à sa demande.

En deuxième lieu, les essais ne pourraient être réalisés que par des agents individuellement désignés et habilités.

Enfin, les données recueillies à l'occasion d'un essai devraient être détruites « *au plus tard à leur terme* ».

Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la CNCTR, déterminerait les conditions d'application de l'article 22.

3. La position de votre commission : renforcer le contrôle de la CNCTR sur la réalisation des essais de qualification

Si elle regrette que le Gouvernement modifie, quelques mois seulement après sa création, l'article L. 2371-2 du code de la défense, votre commission observe que l'extension du champ des campagnes d'essais à de nouveaux matériels de renseignement ne soulève pas de difficulté de principe si elle est entourée de garanties suffisantes de nature à prévenir toute atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée.

À cet égard, l'introduction d'un contrôle de la CNCTR sur les conditions de réalisation de ces campagnes d'essais, lui permettant de s'assurer du respect du champ et de la nature des tests mis en œuvre, lui paraît constituer une avancée majeure.

À l'occasion de la discussion de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017, votre commission n'avait pas estimé nécessaire de placer les campagnes d'essais visées par l'article L. 2371-2 du code de la défense sous contrôle de la CNCTR dès lors qu'étaient visés uniquement les matériels permettant l'interception de communications empruntant exclusivement la voie hertzienne, considérée comme moins attentatoire au droit au respect de la vie privée. L'extension des campagnes d'essais à des matériels utilisés pour la mise en œuvre de techniques de renseignement plus attentatoires au droit au respect de la vie privée nécessite en revanche un contrôle strict de leur mise en œuvre par les services du ministère des armées.

À l'initiative de son rapporteur, votre commission a toutefois adopté un **amendement COM-117** renforçant les prérogatives de contrôle de la CNCTR, de manière à garantir sa capacité à effectuer un contrôle plein et entier sur les conditions de réalisation de ces tests. Ainsi, la commission aurait la possibilité, à la seule fin de s'assurer du respect de la nature et des champs d'application des essais, de se faire présenter sur place les capacités d'interception ayant fait l'objet du test.

Sous réserve de l'adoption de son amendement, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 22.

CHAPITRE III *TER* **DISPOSITIONS RELATIVES** **À LA COMMISSION DE VÉRIFICATION** **DES FONDS SPÉCIAUX**

À l'initiative de son rapporteur, votre commission a adopté un **amendement COM-120** tendant à modifier l'intitulé du chapitre III *ter* du projet de loi, afin de tenir compte de l'adoption d'un amendement portant ajout d'un article additionnel après l'article 22 *bis*, relatif au renforcement du contrôle parlementaire du renseignement.

Article 22 bis

(art. 154 de la loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002)

Modification des modalités de financement et des conditions de publication des travaux de la commission de vérification des fonds spéciaux

Introduit en séance publique à l'Assemblée nationale, l'article 22 *bis* du projet de loi vise à modifier les conditions de publication et de diffusion des travaux de la commission de vérification des fonds spéciaux ainsi que les modalités de financement de ses activités.

1. Un ajustement des conditions de publication et de remise du rapport annuel de la commission.

Créée par l'article 154 de la loi de finances pour 2002¹, la commission de vérification des fonds spéciaux (CVFS), formation spécialisée de la délégation parlementaire au renseignement, est chargée de s'assurer que les dépenses faites par les services de renseignement sur les fonds spéciaux, inscrits au programme intitulé « Coordination du travail gouvernemental », sont réalisées conformément à la destination qui leur a été assignée par la loi.

Afin de mener à bien sa mission, elle bénéficie d'un pouvoir d'enquête sur pièce et sur place : elle peut ainsi prendre connaissance de tous les documents, pièces et rapports justifiant les dépenses concernées, et peut se faire présenter les registres, états, journaux, décisions et toutes pièces justificatives propres à éclairer son contrôle.

Elle établit, chaque année, un rapport sur les conditions d'emploi des fonds spéciaux. En vertu du V de l'article 154 précité, ses travaux doivent être achevés au plus tard le 31 mars de l'année qui suit celle de l'exercice budgétaire soumis à son contrôle.

¹ Loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002.

Son rapport est remis aux présidents et rapporteurs généraux des commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat, ainsi qu'au Président de la République et au Premier ministre.

L'article 22 *bis*, issu de l'adoption, en séance publique, d'un amendement présenté par notre collègue député Loïc Kervran, membre de la délégation parlementaire au renseignement et actuel président de la CVFS, tend à faire évoluer les conditions de publication et de diffusion du rapport annuel de la CVFS.

Le 1° de l'article **modifie la date de remise du rapport de la CVFS**, en prévoyant que celui-ci devrait être remis au cours de l'année suivant l'exercice budgétaire objet du contrôle. Dans la pratique en effet, la CVFS n'a, depuis sa création, jamais été en mesure d'achever ses travaux avant le 31 mars. Les services de renseignement ont généralement besoin de plusieurs semaines à l'issue de la clôture d'un exercice budgétaire pour établir les documents constitutifs de leur comptabilité en fonds spéciaux. Cela est d'autant plus vrai pour les services, comme la direction du renseignement militaire (DRM) ou la direction générale de la sécurité extérieure (DGSE), qui disposent d'antennes à l'étranger, et qui doivent par conséquent rapatrier en centrale les justificatifs de dépenses. Dès lors, il paraît difficile pour la CVFS de conduire l'ensemble de ses travaux sur pièce et sur place dans les trois mois suivant la clôture d'un exercice budgétaire.

Le 2° de l'article 22 **étend le champ de diffusion du rapport aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat**, en précisant que ceux-ci sont habilités *ès qualité* à connaître des informations qu'il contient. Il aligne, de fait, la liste des destinataires des travaux de la CVFS sur celle du rapport annuel de la délégation parlementaire au renseignement.

2. La modification du mode de financement de la CVFS

En vertu du VII *bis* de l'article 154 de la loi de finances pour 2002, les activités de la CVFS étaient jusqu'à présents financées au titre du programme intitulé « Coordination du travail gouvernemental », soit sur les fonds du Gouvernement.

Dans son rapport public relatif au contrôle des fonds spéciaux engagés en 2015, la CVFS avait préconisé une évolution des modalités de son financement : elle estimait en effet **peu opportun que ses frais de fonctionnement soient imputés, pour tout ou en partie, sur les fonds spéciaux qu'elle contrôle.**

Tirant les conséquences de cette recommandation, le 3° de l'article 22 abroge le VII *bis* de l'article 154 de la loi de finances pour 2002 de manière à **aligner le financement de la CVFS sur celui de la délégation parlementaire au renseignement.** Ainsi, les travaux de la CVFS, et notamment ses déplacements, seraient désormais financés sur le budget des assemblées. Pour des raisons opérationnelles et logistiques, les fonds seraient avancés par le Gouvernement, mais seraient ensuite remboursés par le Parlement.

Votre commission approuve cette évolution, qui permettrait de basculer le financement des activités de la CVFS sur le budget des assemblées parlementaires, **renforçant de fait l'indépendance de cet organe de contrôle par rapport au Gouvernement.**

Elle a, en conséquence, donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 22 *bis*.

Article additionnel après l'article 22 bis

(art. 6 *nonies* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires)

Renforcement du contrôle parlementaire du renseignement

À l'initiative de son rapporteur, votre commission a adopté un **amendement COM-118** tendant à insérer un article additionnel après l'article 22 *bis*, afin de renforcer le contrôle parlementaire du renseignement.

Cet amendement reprend le dispositif d'une proposition de loi de MM. Philippe Bas, Christian Cambon et François-Noël Buffet, déposée au Sénat le 11 mai 2018.

La mise en œuvre d'un contrôle parlementaire du renseignement en France est relativement récente par rapport à d'autres grandes démocraties. Alors que les premières entités parlementaires de contrôle ont été mises en place dès le début des années 1950 aux Pays-Bas et en Allemagne, le Parlement français ne s'est vu ouvrir un droit de connaître des activités de renseignement qu'à compter du début des années 2000, avec la création de la Commission de vérification des fonds spéciaux (CVFS), son rôle s'étant par ailleurs limité, dans un premier temps, à un contrôle budgétaire et comptable.

La **loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007** a élargi la portée du contrôle parlementaire en **créant une délégation parlementaire au renseignement**, chargée, aux termes de l'article 6 *nonies* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, de contrôler l'action du Gouvernement en matière de renseignement et d'évaluer la politique publique dans ce domaine.

Soucieux de garantir l'exercice d'un contrôle plein et entier de l'activité des services de renseignement, le législateur a, dans le cadre de la précédente loi de programmation militaire pour les années 2014 à 2019, élargi de manière significative les prérogatives de la délégation.

Force est toutefois de constater que le contrôle parlementaire du renseignement en France demeure bien en deçà des dispositifs mis en place dans d'autres démocraties. Cette situation est d'autant plus regrettable que les services de renseignement ont été, au gré des récentes évolutions législatives et dans un contexte de menace terroriste élevée et durable, considérablement renforcés au cours des dernières années.

• Aussi le présent amendement vise-t-il à renforcer le dispositif français de contrôle parlementaire du renseignement, en étendant le périmètre de contrôle de la délégation parlementaire au renseignement, en la dotant de nouvelles prérogatives et en réformant son fonctionnement. ***Un élargissement du périmètre du contrôle***

Lors de sa création en 2007, le rôle de la délégation se limitait au suivi de « l'activité générale et (des) moyens des services spécialisés à cet effet placés sous l'autorité des ministres chargés de la sécurité intérieure, de la défense, de l'économie et du budget ». La délégation n'était pas placée dans une position de contrôle mais plutôt de simple suivi de l'activité des services de renseignement. Par ailleurs, le champ de son activité ne portait pas sur l'ensemble de l'activité de renseignement, mais uniquement sur certains services de renseignement.

Depuis 2013, le rôle de la délégation a été étendu de manière significative : en vertu de l'article 6 *nonies* de l'ordonnance du 17 novembre 1958, « elle exerce le contrôle parlementaire de l'action du Gouvernement en matière de renseignement et évalue la politique publique en ce domaine ». Outre la consécration d'une véritable mission de contrôle et d'évaluation, le **périmètre de la délégation a donc été étendu à l'ensemble de l'action publique en matière de renseignement.**

Par ailleurs, le **champ des activités susceptibles de faire l'objet d'un contrôle a également connu une légère extension.** Lors de la création de la délégation, en 2007, avaient été exclus les activités opérationnelles des services ainsi que les échanges avec des services de renseignement étrangers ou des organismes internationaux compétents en matière de renseignement. Son intervention se limitait donc au suivi de l'activité générale des services mais ne pouvait porter sur les opérations qu'ils menaient.

La loi de programmation militaire de 2013 est revenue sur ce point, en permettant à la délégation parlementaire au renseignement de connaître des activités opérationnelles achevées. Les **opérations en cours, les procédures et méthodes opérationnelles ainsi que les échanges avec des services étrangers demeurent toutefois exclus de son périmètre.**

L'article additionnel après l'article 22 *bis*, que votre commission propose d'insérer, tend à étendre le périmètre de contrôle de la délégation, sur le modèle de ce qui existe dans d'autres démocraties.

Il ouvre ainsi le contrôle de la délégation et, par conséquent, son droit d'information, à l'ensemble de l'activité des services de renseignement, tout en prévoyant, pour respecter les exigences constitutionnelles¹ et ne pas entraver l'efficacité des services, un droit

¹ Dans sa décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001 sur la loi de finances pour 2002, le Conseil constitutionnel a en effet estimé, s'agissant des prérogatives de la commission de vérification des fonds spéciaux, que « s'il appartient au Parlement d'autoriser la déclaration de guerre, de voter les crédits nécessaires à la défense nationale et de contrôler l'usage qui en a été fait, il ne saurait en revanche, en la matière, intervenir dans la réalisation d'opérations en cours ».

d'opposition du Gouvernement pour les cas où la communication d'une information, d'un document ou d'un élément d'appréciation est susceptible de porter atteinte à une opération en cours, de mettre en péril l'anonymat ou la sécurité d'un agent ou concerne les échanges avec des services de renseignement étrangers.

La délégation serait donc désormais en droit de connaître notamment des procédures et méthodes opérationnelles, qui sont actuellement exclues de son contrôle. Sans mettre en péril ni contraindre l'activité des services, une telle évolution législative aurait le mérite d'approfondir le contrôle exercé par la délégation.

1. Un renforcement des prérogatives de contrôle de la délégation

Les pouvoirs confiés à la délégation pour l'exercice de ses missions ont également été renforcés par la loi de programmation militaire de 2013.

Jusqu'en 2013, les **prérogatives d'information** dont bénéficiait la délégation étaient limitées.

Elle ne pouvait connaître que des « *informations et (...) éléments d'appréciation relatifs au budget, à l'activité générale et à l'organisation des services de renseignement* » que les ministres leur adressaient, sans disposer de la possibilité de demander à se faire communiquer les informations et documents qui lui sembleraient utiles à l'exercice de sa mission.

Depuis la dernière loi de programmation militaire, l'article 6 *nonies* de l'ordonnance du 17 novembre 1958 prévoit que la délégation « *est destinataire des informations utiles à l'accomplissement de sa mission* » et liste les informations et documents dont elle doit notamment, chaque année, être destinataire.

Obligations légales de transmission d'informations à la DPR

En vertu de l'article 6 *nonies* de l'ordonnance du 17 novembre 1958, la délégation est destinataire des documents et informations suivants :

- 1° La stratégie nationale du renseignement ;
- 2° Des éléments d'information issus du plan national d'orientation du renseignement ;
- 3° Un rapport annuel de synthèse exhaustif des crédits consacrés au renseignement et le rapport annuel d'activité des services spécialisés de renseignement ;
- 4° Des éléments d'appréciation relatifs à l'activité générale et à l'organisation des services de renseignement du premier et du second cercles ;
- 5° Les observations que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement adresse au Premier ministre ainsi qu'une présentation, par technique et par finalité, des éléments statistiques figurant dans le rapport d'activité de la commission ;
- 6° Les observations que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement adresse au Premier ministre en matière de contrôle du respect des dispositions relatives à la surveillance des communications hertziennes.

La délégation peut également saisir pour avis la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Enfin, elle peut solliciter du Premier ministre la communication de tout ou partie des rapports de l'inspection des services de renseignement ainsi que des rapports d'inspection générale des ministères portant sur les services de renseignement.

L'article additionnel après l'article 22 bis tend à consolider le pouvoir d'information de la délégation.

Estimant que la rédaction actuelle de l'article 6 *nonies* de l'ordonnance du 17 novembre 1958 manque de clarté quant à l'étendue des prérogatives de la délégation, et notamment sur la possibilité de solliciter toute information jugée utile, votre commission a estimé nécessaire de la modifier afin de prévoir que la délégation ne serait plus seulement destinataire des informations, mais en mesure de demander la transmission, en complément des documents qui lui sont communiqués de droit en vertu de la loi, de toute autre information qu'elle estimerait nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Parmi ces documents figurerait désormais la liste annuelle des rapports de l'inspection des services de renseignement ainsi que des rapports des services d'inspection générale des ministères portant sur les services de renseignement qui relèvent de leur compétence. Si la délégation peut, en l'état du droit, solliciter du Premier ministre la transmission de tout ou partie de ces rapports, cette prérogative se révèle, dans la pratique, difficile à exercer dans la mesure où la délégation n'a pas connaissance des travaux réalisés par ces inspections.

L'article additionnel élargit par ailleurs la liste des personnes susceptibles d'être entendues par la délégation.

Cette dernière avait, de même que le droit d'information de la délégation, été étendue par la loi de 2013 : aux instances prévues par la loi de 2007 - Premier ministre, ministres compétents, secrétaire général de la défense nationale (désormais secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale) et directeurs des services de renseignement - ont été ajoutés le coordonnateur national du renseignement, le directeur de l'Académie du renseignement ainsi que les agents des services de renseignement occupant un emploi pourvu en conseil des ministres ou accompagnant, à sa demande, le directeur d'un service de renseignement. La délégation peut également inviter le président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ainsi que le président de la Commission du secret de la défense nationale pour lui présenter leurs rapports annuels respectifs.

De manière à permettre à la délégation d'accéder à un spectre plus large d'informations et d'appréhender de manière plus concrète et opérationnelle le fonctionnement des services de renseignement, votre commission a souhaité aller plus loin en proposant de **l'autoriser à entendre, dans le cadre de ses travaux, l'ensemble des personnels des services de**

renseignement. Ces derniers ne peuvent en effet actuellement être auditionnés que lorsqu'ils accompagnent les directeurs des services de renseignement ou lorsqu'ils occupent un emploi pourvu en conseil des ministres.

De manière à ne pas mettre en péril l'anonymat de ces personnels, l'article prévoit que les agents autres que ceux accompagnant, à sa demande, un directeur de service à une audition au Parlement ou ceux occupant un emploi pourvu en conseil des ministres ne pourraient toutefois être entendus que dans le cadre d'un déplacement de la délégation sur le site du service concerné.

2. Une adaptation de son fonctionnement au bénéfice d'une plus grande efficacité

L'article additionnel après l'article 22 *bis* vise enfin à réformer l'organisation et le fonctionnement internes de la délégation parlementaire au renseignement.

Conformément à l'article 6 *nonies* de l'ordonnance du 17 novembre 1958, la délégation est présidée par l'un des membres de droit, à savoir le président d'une des commissions des lois ou des commissions en charge des questions de défense de l'Assemblée nationale ou du Sénat. De manière à assurer un équilibre entre les deux assemblées, la présidence alterne, chaque année, entre l'Assemblée nationale et le Sénat.

Le format actuel de la délégation soulève des difficultés, à deux niveaux. D'une part, le changement de présidence chaque année nuit à la continuité des travaux. D'autre part, le fait que la présidence de la délégation soit systématiquement assurée pas un président de commission permanente, déjà soumis à un agenda contraint, ne permet pas au président de la délégation de s'investir autant qu'il le souhaiterait dans le suivi des activités de contrôle et dans la préparation du rapport d'activité annuel.

Afin de répondre à ces difficultés, l'article adopté par votre commission **prévoit la possibilité pour la délégation de nommer en son sein un rapporteur**, auquel elle pourrait confier des missions d'évaluation et de contrôle sur des thématiques définies.

La création de cette fonction, qui avait été envisagée en 2007 lors de la création de la délégation, permettrait de répondre aux deux difficultés évoquées : d'une part, elle allégerait sensiblement la charge du président de la délégation ; d'autre part, elle assurerait une plus grande continuité des travaux de la délégation en lui permettant de conduire des missions de contrôle en dépit des changements annuels de présidence.

La proposition de loi ne fixe pas la durée du mandat du rapporteur, qu'il reviendrait au Parlement de définir dans le règlement intérieur de la délégation, dans le respect des équilibres politiques entre les deux assemblées.

Votre commission est consciente que les évolutions législatives objet de cet article additionnel, nécessaires si ce n'est à l'alignement, du moins au rapprochement du dispositif français des pratiques d'autres démocraties, ne peuvent toutefois se concevoir sans un renforcement des moyens alloués à la délégation parlementaire au renseignement. Aussi reviendra-t-il à chaque assemblée d'engager en son sein un dialogue afin de permettre à la délégation d'être dotée des moyens tant humains que financiers utiles à l'accomplissement de sa mission.

Votre commission vous invite à adopter un **article additionnel** ainsi rédigé.

CHAPITRE IV DISPOSITIONS RELATIVES AUX OPÉRATIONS, À LA COOPÉRATION ET À L'ENTRAÎNEMENT DES FORCES

Article 23

(art. L. 2381 du code de la défense)

Prélèvements biologiques en opérations

L'article 23 du projet de loi propose d'autoriser les militaires à procéder à des relevés signalétiques et à des prélèvements biologiques dans de nouvelles hypothèses.

1. Hypothèses dans lesquelles les militaires peuvent procéder à des relevés signalétiques et à des prélèvements biologiques à l'extérieur du territoire français

Dans le cadre d'opérations conduites sur des théâtres d'opérations extérieurs, nos forces armées sont parfois confrontées à la difficulté d'identifier les **personnes décédées** lors d'actions de combat ou les personnes qu'elles ont **capturées**.

C'est pourquoi l'article L. 2381-1 du code de la défense autorise les membres des forces armées¹, et des formations rattachées², à procéder à des **relevés signalétiques**, afin d'établir l'identité de ces personnes ainsi que leur participation aux hostilités.

¹ Le code de la défense définit les forces armées comme suit : armée de terre, marine nationale et armée de l'air ; gendarmerie nationale ; services de soutien et organismes interarmées.

² Constituent des formations rattachées les services exerçant des attributions spécifiques nécessaires à l'accomplissement des missions des forces armées et dont l'autorité responsable est, de ce fait, chargée d'exercer, au nom du ministre de la défense, une autorité statutaire sur des corps militaires. L'article R. 3211-2 du code de la défense indique que les formations rattachées sont : le contrôle général des armées ; la direction générale de l'armement ; le service d'infrastructure de la défense ; le service de la justice militaire ; les affaires maritimes.

Les relevés signalétiques peuvent consister en des relevés d'empreintes digitales, palmaires ou en des photographies permettant la mise en œuvre de techniques de reconnaissance faciale ou de l'iris.

Toujours dans le but d'identifier ces personnes décédées ou capturées, le même article du code de la défense autorise la réalisation de **prélèvements biologiques** destinés à identifier leur empreinte génétique.

2. Le projet de loi tend à autoriser ces relevés et prélèvements pour des personnes qui représentent une menace pour la sécurité des forces ou des populations

Les relevés signalétiques et les prélèvements biologiques seraient désormais autorisés pour une troisième catégorie d'individus : ceux pour lesquels il existe des **raisons précises et sérieuses** de penser qu'elles présentent une **menace pour la sécurité des forces ou des populations civiles**.

Ces relevés et prélèvements pourraient être comparés avec des empreintes ou des traces biologiques trouvées sur des armes, des véhicules, des explosifs *etc.*, afin d'identifier les personnes susceptibles de constituer un danger.

L'obligation de disposer de raisons précises et sérieuses pour procéder aux relevés ou aux prélèvements garantit que l'atteinte au respect de la vie privée résultant de cette disposition nouvelle est bien proportionnée au but d'intérêt général poursuivi, soit la sécurité des troupes et des populations, et qu'elle est donc conforme à la Constitution ainsi qu'à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'État n'a pas émis d'objection concernant la conformité de ce dispositif aux normes constitutionnelles et conventionnelles applicables.

La conciliation entre le respect de la vie privée et les exigences de sécurité résulte aussi du fait que les prélèvements biologiques ne pourront prendre la forme que de prélèvements **salivaires**, moins intrusifs que les prélèvements sanguins. Enfin, les personnes soumises à un relevé ou à un prélèvement seront informées, au préalable, des **motifs** et **finalités** de l'opération.

Le ministère des armées a précisé que les modalités de recours à ces prélèvements seraient inscrites dans les règles opérationnelles d'engagement des armées, qui sont des règles classifiées régissant chaque opération. Les prélèvements seraient effectués par des sous-officiers habilités et formés à cet effet.

Les données ainsi recueillies viendront alimenter le fichier « Biopex », géré par la direction du renseignement militaire (DRM) au sein du ministère des armées. Les données contenues dans ce fichier sont classifiées et ne sont donc pas publiées.

L'Assemblée nationale a adopté cet article sans modification.

3. Des dispositions utiles pour aider nos armées à accomplir leur mission dans certains théâtres d'opérations

Dans certains théâtres d'opérations, au Sahel notamment, l'ennemi tend à se fondre dans la population pour échapper à la surveillance de nos militaires et pour mener des actions de guérilla ou des actions terroristes.

C'est dans ce contexte que la mesure proposée à l'article 23 peut trouver son utilité, en aidant à identifier les individus les plus dangereux et en améliorant ainsi la cartographie des risques. L'objectif n'est naturellement pas de procéder au fichage à grande échelle de populations civiles ; ce fichage ne répondrait d'ailleurs pas à un besoin de nos armées et l'article, dans la rédaction proposée, ne l'autorise pas.

Il est à noter que les relevés et prélèvements envisagés sont aujourd'hui possibles sur les personnes capturées. En les autorisant dans de nouveaux cas de figure, le projet de loi écarte la tentation qui pourrait exister de procéder à des captures dans le seul but de procéder à des relevés ou à des prélèvements.

Les garanties qui entourent ces relevés et prélèvements assurent leur conformité à nos principes fondamentaux, dans le respect de l'objectif de préserver la sécurité de nos troupes et des populations civiles.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 23.

Article 24

(art. 689-5, 689-6 et 689-14 [nouveau] du code de procédure pénale)

Mise en œuvre de plusieurs conventions et protocoles récemment ratifiés ou en cours de ratification par la France contribuant à la lutte contre le terrorisme

L'article 24 du projet de loi tend à modifier trois articles du code de procédure pénale afin de les mettre en conformité avec des conventions ou protocoles internationaux.

1. Les conventions et protocole ratifiés ou en cours de ratification par la France.

- Les deux premiers textes sont le **protocole relatif à la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime** et le **protocole relatif au protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental**.

Ces protocoles ont été adoptés en 2005, dans le cadre d'une conférence diplomatique organisée par l'organisation maritime internationale (OMI) dont le siège est basé à Londres. Ils visent à compléter deux textes plus anciens - la convention pour la répression d'actes illicites

contre la sécurité de la navigation maritime et le protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, adoptés à Rome en 1988 - afin de mieux lutter contre le terrorisme et contre la prolifération d'armes nucléaires, chimiques ou biologiques.

La convention et le protocole de 1988 avaient été adoptés à la suite de la prise d'otages de l'*Achille Lauro*, en 1985, par un commando du Front de libération de la Palestine. Cet événement tragique avait montré que les règles du droit international relatives à la lutte contre la piraterie ne permettaient pas de réprimer efficacement des actions terroristes à motivation politique.

La convention et le protocole de 1988 prévoient que les États parties doivent établir la compétence de leurs tribunaux à l'égard des auteurs d'une infraction visée par ces textes, lorsque les auteurs se trouvent sur leur territoire et qu'ils décident de ne pas les extraditer.

Les protocoles de 2005 ne remettent pas en cause ce principe de compétence universelle des juridictions nationales. Ils élargissent en revanche la liste des infractions concernées en visant :

- l'ensemble des infractions à caractère terroriste commises depuis ou à l'encontre d'un navire ou d'une plate-forme ;

- les infractions de prolifération par mer d'armes biologiques, chimiques ou nucléaires ou de biens à double usage.

Signés par la France le 14 février 2006, ces deux protocoles sont entrés en vigueur le 28 juillet 2010. Leur ratification a été autorisée par la loi n° 2017-1576 du 17 novembre 2017.

- Les deux textes suivants sont la **convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale** et le **protocole complémentaire à la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs**. Ils ont été adoptés à Pékin, le 10 septembre 2010, à l'occasion d'une conférence diplomatique organisée par l'organisation de l'aviation civile internationale (OACI).

La convention de Pékin se substitue à la convention précédente signée à Montréal le 23 septembre 1971, tandis que le protocole modifie une convention signée à La Haye le 16 décembre 1970.

La convention de Pékin comme le protocole poursuivent un même objectif : renforcer les stipulations conventionnelles en vigueur afin de les adapter à l'évolution des menaces pesant sur l'aviation civile internationale, à la lumière, notamment, des attentats du 11 septembre 2001.

Dans ce but, la convention crée de nouvelles infractions visant, notamment, à incriminer l'usage des aéronefs civils comme arme dans le but de causer la mort, des blessures ou des dommages, ainsi que leur utilisation pour larguer des armes ou répandre des substances nucléaires, biologiques

ou chimiques. Le protocole vise à élargir le champ des incriminations existantes afin de sanctionner les simples menaces, ainsi que le financement d'actes illicites. Enfin, la convention comme le protocole contiennent des stipulations relatives aux règles de compétences des États pour la répression des infractions qu'ils définissent, ainsi qu'aux conditions d'extradition et de coopération judiciaire internationale.

La France a signé le protocole et la convention de Pékin le 15 avril 2011. La loi n° 2016-1323 du 7 octobre 2016 a autorisé leur ratification. Le protocole est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018 et la convention devrait entrer en vigueur dans les prochains mois¹.

• Enfin, le dernier texte est le **deuxième protocole relatif à la convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels**, signé le 26 mars 1999.

La convention de La Haye protège le patrimoine culturel mobilier et immobilier en cas de guerre ou pendant une période d'occupation. Le deuxième protocole apporte plusieurs modifications à la convention :

- il la rend applicable aussi aux conflits non internationaux, qui constituent aujourd'hui l'essentiel des combats dans lesquels sont engagées nos forces ;

- il prévoit un encadrement juridique plus strict de la notion de « *nécessité militaire impérative* », qui seule permet des atteintes licites aux biens culturels en temps de guerre ;

- il crée une nouvelle catégorie de protection des biens culturels, la « *protection renforcée* », pour les biens revêtant « *la plus haute importance pour l'humanité* » ; les États parties s'interdisent de lancer une attaque contre ces biens ou d'utiliser ces biens, ou leurs abords immédiats, à l'appui d'une action immédiate ;

- il impose aux États parties une compétence large de leur justice nationale pour la répression des atteintes aux biens culturels, incluant des non-ressortissants qui se trouveraient seulement « *présents* » sur leur territoire.

Sur ce dernier point, la France a émis une réserve d'interprétation afin que seules les personnes ressortissantes d'un État partie au protocole et résidant habituellement en France puissent être poursuivies par le parquet.

La loi n° 2017-226 du 24 février 2017 a autorisé l'adhésion de la France à ce protocole, qui s'applique à notre pays depuis le 20 juin de la même année.

¹ Son entrée en vigueur est subordonnée à sa ratification par vingt-deux États.

2. Les modifications proposées au code de procédure pénale

La ratification de ces protocoles et conventions implique de procéder à des ajustements de notre code de procédure pénale afin de le rendre conforme à leurs stipulations.

- Le 1° de l'article 24 tend tout d'abord à modifier l'article 689-5, relatif à l'application de la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et à l'application du protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental.

Dans sa rédaction actuelle, cet article dispose que peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne, si elle se trouve en France, qui a commis, **hors du territoire de la République**, l'une des infractions suivantes :

- s'emparer ou prendre le contrôle par violence, ou menace de violence, d'un navire ou d'une plate-forme fixe située sur le plateau continental (article 224-6 du code pénal) ; la peine encourue est alourdie (réclusion criminelle à perpétuité au lieu de vingt ans de réclusion) si la prise de contrôle s'accompagne d'actes de torture ou de barbarie ou conduit au décès d'une personne (article 224-7 du code pénal) ;

- les faits d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique, de destruction, dégradation ou détérioration, de menace d'une atteinte aux personnes ou aux biens ou la communication d'une fausse information, si ces faits compromettent la sécurité de la navigation maritime ou d'une plate-forme ;

- les infractions d'atteinte à la vie, de torture et actes de barbarie ou de violences lorsqu'elles sont connexes aux infractions visées aux deux alinéas précédents ;

- enfin, par suite d'une erreur de renvoi, les infractions visées à l'article L. 5337-2 du code des transports ; cet article liste les autorités habilitées à dresser une contravention de grande voirie dans les ports maritimes.

Les modifications proposées consistent, tout d'abord, à actualiser le premier alinéa de l'article 689-5 pour viser la convention et le protocole tels que « *révisés à Londres le 14 octobre 2005* ».

Puis il est envisagé de **compléter la liste des infractions** en y faisant figurer :

- les infractions prévues au titre II du livre IV du code pénal ; ce titre réprime les **actes de terrorisme** ;

- les infractions prévues aux articles L. 1333-9 à L. 1333-13-11 du code de la défense, relatives à la protection et au contrôle des **matières nucléaires** ; celles prévues aux articles L. 2341-3 à L. 2341-7 du même code,

relatifs à l'interdiction des **armes biologiques** ; celles prévues aux articles L. 2342-57 à L. 2342-81 du même code, relatifs à l'interdiction des **armes chimiques** ; celles prévues aux articles L. 2353-4 à L. 2353-14 du même code, qui règlementent l'emploi des **engins et produits explosifs** ; enfin, les faits de **contrebande** prohibés par l'article 414 du code des douanes, lorsque la marchandise est constituée d'armes visées par la convention ou le protocole ;

- les infractions d'atteinte à la vie, de torture, d'actes de barbarie et de violence, lorsqu'elles sont connexes aux infractions qui viennent d'être énumérées ;

- le délit d'association de malfaiteurs, lorsqu'il a pour objet un crime ou un délit visé par l'article 689-5 ;

- enfin, le fait d'apporter une aide à l'auteur ou au complice d'un crime ou d'un acte terroriste puni d'au moins dix ans d'emprisonnement (article 434-6 du code pénal).

• Le 2° prévoit ensuite de modifier l'article 689-6 du code de procédure pénale, relatif à l'application de la convention sur la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye en 1970, et à l'application de la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal en 1971.

L'article 689-6 dispose actuellement que peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne, si elle se trouve en France, qui a commis, hors du territoire de la République, l'une des infractions suivantes :

- le détournement d'un aéronef non immatriculé en France¹ et tout acte de violence dirigé contre les passagers ou l'équipage en relation directe avec ce détournement ;

- les infractions, concernant un aéronef non immatriculé en France, mentionnées aux a), b) et c) du 1) de l'article 1^{er} de la convention de Montréal ; ces infractions sont les suivantes : acte de violence à l'encontre d'une personne à bord d'un aéronef, de nature à compromettre la sécurité de l'aéronef ; destruction d'un aéronef ou dommages portés à l'aéronef empêchant son utilisation en vol ; introduction dans l'aéronef de dispositifs ou substances pouvant entraîner sa destruction ou lui causer des dommages graves.

Les modifications proposées visent, en premier lieu, à actualiser les références figurant au premier alinéa de l'article 689-6, afin d'y faire figurer le protocole complémentaire à la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signé à Pékin le 10 septembre 2010, et la convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, signée à Pékin à la même date.

¹ Si l'aéronef est immatriculé en France, la loi française s'y applique de plein droit.

Il est ensuite proposé de modifier la liste des infractions visées :

- l'infraction de détournement serait remplacée par un renvoi aux infractions figurant à l'article 1^{er} de la convention de La Haye : ces infractions sont le détournement, défini comme le fait de s'emparer d'un aéronef ou d'en prendre le contrôle illicitement, par violence ou par menace de violence, ainsi que la tentative de détournement ou la **complicité** de détournement ; de plus, tout acte de violence contre les passagers ou l'équipage, commis par l'auteur présumé de ces infractions et en relation directe avec celles-ci, pourrait être poursuivi ;

- de même, pourraient être poursuivies toutes les infractions visées à l'article 1^{er} de la convention de Pékin ; cet article comporte une longue liste d'infractions, dont certaines figuraient déjà dans la convention de 1971 (actes de violence à l'encontre d'une personne à bord d'un aéronef, destruction ou dommages portés à un aéronef), tandis que d'autres y ont été ajoutées : détruire, endommager, perturber le fonctionnement d'installations ou de services de navigation aérienne ; communiquer sciemment une fausse information compromettant la sécurité d'un vol ; utiliser (comme ce fut le cas le 11 septembre 2001) un aéronef en service pour provoquer la mort ou causer des dommages corporels ou matériels ; utiliser contre un aéronef des armes biologiques, chimiques ou nucléaires ou des matières explosives ; utiliser l'aéronef pour transporter ou libérer de telles armes ou matières explosives ; sont également visées les violences contre les personnes dans les aéroports et les destructions et dommages causés aux installations aéroportuaires de nature à compromettre la sécurité ; la menace ou la tentative de commettre l'une de ces infractions, ou la complicité dans la commission d'une de ces infractions, ou le fait d'aider l'auteur d'une infraction à se soustraire aux poursuites, enfin l'entente entre plusieurs personnes dans le but de commettre une infraction, peuvent aussi être poursuivis.

• Le 3^o de l'article 24 tend à insérer un nouvel article L. 689-14 dans le code de procédure pénale.

Cet article a pour objet l'application de la convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, signée à La Haye le 14 mai 1954, et du deuxième protocole relatif à la convention de La Haye de 1954, signé à La Haye le 26 mars 1999.

Il prévoit que peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises toute personne ayant commis certaines infractions hors du territoire de la République, à condition qu'elle **réside habituellement** sur le territoire français. Cette restriction est cohérente avec la réserve d'interprétation émise par la France au moment de la signature du protocole. Elle aligne le champ de compétences des juridictions françaises sur celui prévu à l'article 689-11 s'agissant des crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

Les infractions pouvant être poursuivies sont celles visées aux a), b) et c) de l'article 15 du protocole, soit :

a) attaquer intentionnellement un bien culturel placé sous protection renforcée ;

b) utiliser un tel bien culturel, ou ses abords immédiats, à l'appui d'une action militaire ;

c) détruire ou s'approprier à grande échelle des biens culturels protégés par la convention ou le protocole.

Pour éviter des procédures abusives, il est enfin prévu que la poursuite de ces infractions ne puisse être exercée qu'à la requête du ministère public.

3. Les modifications apportées à l'Assemblée nationale

Sur proposition de son rapporteur, notre collègue député Jean-Jacques Bridey, la commission de la défense a adopté trois amendements rédactionnels. Un quatrième amendement rédactionnel a été adopté en séance publique, toujours à l'initiative du rapporteur.

4. La position de votre commission des lois

Les modifications du code de procédure pénale proposées par cet article sont juridiquement nécessaires pour tenir compte de la ratification par la France des instruments internationaux précités. Sur le fond, elles permettront à nos juridictions de réprimer plus efficacement des infractions qui menacent la sécurité maritime, la sécurité aérienne ou la sauvegarde de biens culturels et elles méritent donc d'être soutenues.

Votre commission a donc donné un avis favorable à l'adoption de l'article 24 du projet de loi, sous réserve de la correction, par son **amendement COM-112** d'une erreur de renvoi : comme on l'a vu, l'article 689-5 du code de procédure pénale renvoie à l'article L. 5337-2 du code des transports, relatif aux contraventions de grande voirie. Ce renvoi est à l'évidence erroné puisque les contraventions de grande voirie répriment des atteintes au domaine public ; or, l'article 689-5 concerne des infractions commises en dehors du territoire national.

Cette erreur de renvoi est due à une recodification du code des ports maritimes intervenue en 2005. La référence correcte est l'article L. 5242-23 du code des transports, qui punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait de détruire, déplacer, abattre ou dégrader une installation de signalisation maritime ou d'aide à la navigation ou de porter atteinte à son bon fonctionnement. Ce renvoi est cohérent avec l'objet de l'article 689-5 du code de procédure pénale, qui traite de la sécurité de la navigation maritime.

Sous réserve de l'adoption de son amendement, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 24.

Article 24 bis A

(art. L. 214-2 du code de la sécurité intérieure)

**Définition des normes techniques des matériels utilisés
par les forces de sécurité intérieure
pour immobiliser des moyens de transport**

Introduit en séance publique à l'Assemblée nationale, l'article 24 *bis* A du projet de loi vise à permettre au ministre de la défense de définir les normes techniques des matériels utilisés par les militaires de la gendarmerie nationale pour immobiliser des moyens de transport.

La loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique a harmonisé le régime applicable aux différentes forces de sécurité intérieure concernant les conditions dans lesquelles leurs membres peuvent faire usage de matériels appropriés pour immobiliser les moyens de transport.

Désormais, en vertu de l'article L. 214-2 du code de la sécurité intérieure, les agents de la police nationale ainsi que les militaires appartenant à la gendarmerie nationale sont autorisés à faire usage de matériels pour immobiliser les moyens de transports dans trois cas :

- lorsque le conducteur ne s'arrête pas à leurs sommations ;
- lorsque le comportement du conducteur ou de ses passagers est de nature à mettre délibérément en danger la vie d'autrui ou des agents eux-mêmes ;
- en cas de crime ou de flagrant délit, lorsque l'immobilisation du véhicule apparaît nécessaire en raison du comportement du conducteur ou des conditions de fuite.

L'article L. 241-2 prévoit que les matériels utilisables pour immobiliser, dans ce contexte, un véhicule, soient conformes à des normes techniques définies par arrêté du ministre de l'intérieur.

L'article 24 *bis* A du projet de loi prévoit que les normes techniques puissent également être définies par le ministre de la défense. Selon l'exposé des motifs de l'amendement, il s'agit de « *prévoir que le ministre de la défense puisse également définir, par arrêté, les normes techniques relatives aux matériels spécifiques des armées, dont l'emploi est nécessaire pour la protection des installations militaires* ». Comme l'a indiqué le ministre des armées à votre rapporteur, il s'agit de corriger un oubli du législateur.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 24 *bis* A.

CHAPITRE VI DISPOSITIONS IMMOBILIÈRES ET FINANCIÈRES

SECTION 1

Dispositions relatives aux marchés de défense ou de sécurité

Article 26

(art. 6, 47, 56 et 59 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015
relative aux marchés publics)

Accès aux marchés de défense ou de sécurité

L'article 26 du projet de loi tend à apporter certaines modifications à l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics afin de **donner plus de souplesse aux dispositions relatives aux marchés public de défense ou de sécurité** :

- **ouvrir aux établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) la faculté de passer des marchés de défense ou de sécurité** et, en conséquence, leur donner la possibilité de passer des marchés ouvrant droit au versement d'acomptes et d'avances ;

- ouvrir, pour des motifs d'intérêt général, la **possibilité de soumissionner à des marchés de défense ou de sécurité à des entreprises normalement écartées du fait d'une condamnation** ;

- **soustraire les marchés de défense ou de sécurité à l'obligation faite à l'acheteur de rendre publiques les données essentielles du marché** ayant conduit au choix de l'offre retenue.

1. L'ouverture des marchés de défense ou de sécurité aux EPIC

1.1 L'état du droit

1.1.1 La transposition restrictive de la notion en matière de marchés de défense et de sécurité en droit français

Dans l'attente d'un nouveau code de la commande publique¹, l'ancien code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005 ont été abrogés au profit de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui assure la transposition des directives applicables en matière de marchés publics.

Les articles 9 et 10 de cette ordonnance soumettent aux règles qu'elle fixe l'ensemble des personnes publiques en tant que pouvoir adjudicateur, ce qui conduit à qualifier de pouvoir adjudicateur l'ensemble des EPIC alors que les critères fixés par le droit européen peuvent conduire à ne retenir qu'une partie d'entre-deux.

¹ L'article 38 de la loi dite "Sapin 2" habilite le Gouvernement à adopter par ordonnance la partie législative d'un code la commande publique.

À l'inverse, l'article 6 de cette même ordonnance exclut l'ensemble des EPIC de la possibilité de passer des marchés de défense et de sécurité, alors que les critères du droit de l'Union pour définir les pouvoirs adjudicateurs sont les mêmes en matière de marchés de défense ou de sécurité que ceux utilisés pour les autres marchés publics. En effet, la directive 2009/81/CE relative aux marchés de défense et de sécurité¹ ne donne pas de définition autonome des notions de pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice et renvoie pour cela aux définitions de « droit commun » formulées par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE².

1.1.2 La notion de pouvoir adjudicateur en droit européen ne recouvrant qu'une partie des EPIC

Les directives européennes relatives aux marchés publics définissent la notion de pouvoir adjudicateur et font, entre autres, référence aux « organismes de droit public ». Ces derniers sont définis de manière identique à l'article 2 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics³ et à l'article 3 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux⁴. Ces deux directives reprennent en ce sens la définition précédemment donnée par les articles 2 et 1^{er} des directives 2004/17/CE⁵ et 2004/18/CE⁶ qu'elles abrogent.

Cette définition se base sur l'existence de trois critères. « On entend ainsi par « organisme de droit public », tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes :

« a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

« b) il est doté de la personnalité juridique ; et

« c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un

¹ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil 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 ou de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE

² Renvoi opéré à l'alinéa 17 de l'article 1^{er} de la directive 2009/81/CE.

³ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

⁴ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

⁵ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁶ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public. »¹

La définition de pouvoir adjudicateur donnée par le droit européen n'est donc pas d'un usage simple en ce qui concerne les EPIC puisqu'elle ne conduit pas à tous les inclure ou les exclure, a priori. Les critères de la personnalité morale et du contrôle public posés par le droit de l'Union sont, en effet, respectés mais l'activité qu'ils exercent n'entrent pas nécessairement dans le cadre de la définition donnée. Bien que la dénomination de ces personnes morales de droit public soit « établissement public à caractère industriel et commercial », leur activité n'est pas nécessairement « industrielle ou commerciale » au sens du droit de l'Union.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de préciser, antérieurement à ces directives, que *« les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché. Il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante »².*

La question de la classification des EPIC en tant que pouvoir adjudicateur, au regard des critères fixés par le droit européen, se posait d'ailleurs lorsqu'il s'agissait de savoir si, bien que n'étant pas des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ancien code des marchés publics³, ils étaient des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics⁴.

1.2. Le dispositif proposé

Le projet de loi tend à remédier à ce cas de surtransposition en **ouvrant la possibilité de passer des marchés publics de défense ou de sécurité à l'ensemble des EPIC sous tutelle de l'État.**

L'étude d'impact liste, en effet, cinq établissements publics sous tutelle du ministère des armées dont la nature des activités pourrait justifier la dérogation prévue. Il s'agit notamment de l'Économat des armées, l'Office national d'études et de recherches aérospatiales, le Centre national des

¹ Formulation de l'article 3 de la directive 2014/25/UE précitée.

² CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, cons. 50 et 51.

³ L'article 2 de l'ancien code des marchés publics excluait « L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ».

⁴ L'article 3 de l'ordonnance définissait l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs qui bien que n'étant pas soumis au code des marchés publics étaient soumis aux dispositions de l'ordonnance, en s'appuyant notamment sur les critères des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE précitée pour la définition des organismes de droit public.

études spatiales, l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire et le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives¹.

Des cas concrets de recours à ce nouveau dispositif sont également donnés en exemple. Il pourrait notamment s'agir du « *soutien des forces armées en opérations extérieures (EDA) par un marché de sécurisation et de gardiennage d'une base militaire déployée hors du territoire national* »², ou d'« *un marché portant sur la mise en place d'un système de contrôle des transports de matières nucléaires militaires, traitant des informations classifiées* »³ ou d'« *un marché d'étude et de réalisation d'un prototype d'ensemble optronique de système de surveillance de l'espace aérien* »⁴.

Afin de compléter ce dispositif, un amendement déposé en première lecture à l'Assemblée nationale par les membres du groupe de La République en Marche a été adopté en séance publique avec l'avis favorable du Gouvernement⁵. Il vise à introduire un nouvel aliéna à l'article 59 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 **ouvrant aux EPIC la possibilité de passer des marchés de défense ou de sécurité donnant lieu « à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde »**. Cet amendement a été justifié par le fait que ce régime financier « est [...] adapté à la conduite d'acquisitions relevant de la catégorie des marchés de défense ou de sécurité »⁶.

1.3. La position de votre commission

Comme l'a fait le Conseil d'État dans son avis rendu sur le projet de loi⁷, votre rapporteur constate que **l'élargissement du champ des marchés publics de défense ou de sécurité aux EPIC semble, en l'état, conforme au droit européen**. Il juge cette évolution souhaitable pour certains EPIC.

2. La possibilité de soumissionner à des marchés de défense ou de sécurité pour des entreprises normalement écartées

2.1. L'état du droit

La possibilité de déroger à des situations interdisant de soumissionner à un marché public existe déjà à l'article 47 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée. Cet article la subordonne néanmoins à trois conditions.

Il impose, d'une part, que « *cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général* », il prévoit, d'autre part, « *que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique* » et il dispose, enfin, « *qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne*

¹ Liste donnée à la page 175 de l'étude d'impact.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Amendement n° 341.

⁶ Extrait du compte-rendu intégral de la troisième séance du jeudi 22 mars 2018 à l'Assemblée nationale, intervention du député Philippe Chalumeau.

⁷ Avis du Conseil d'État, page 12.

n'exclue pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics ». L'alinéa premier de l'article 47 prévoit, en effet, que les exceptions qu'il prévoit ne sont valables que pour les personnes morales ou physiques écartées des marchés publics en vertu des seuls articles 45 et 46 de l'ordonnance.

L'article 45 et l'article 46 spécifique aux marchés de défense ou de sécurité écartent de la procédure de passation des marchés publics des personnes morales ou physiques condamnées sur la base d'incriminations n'étant pas directement sanctionnées par une exclusion des marchés publics. Le dernier alinéa de l'article 47 vient donc préciser que les exceptions qu'il prévoit ne sont pas valables lorsque la condamnation du juge français, ou d'un juge européen, a pour objet d'exclure la personne condamnée.

En droit français, certaines incriminations prévoient explicitement l'exclusion des marchés publics comme sanction pénale pouvant être prononcée par le juge. C'est par exemple le cas pour les personnes physiques ou morales ayant versé des dons ou consenti des avantages en violation des règles applicables au financement des campagnes électorales, ou des partis ou groupements politiques¹.

Les exceptions prévues par le droit national à l'article 47 précité ont, toutefois, un champ plus étroit que celles autorisées par le droit de l'Union en matière de défense ou de sécurité. L'article 39 de la directive 2009/81/CE précitée dispose, en ce sens, qu'« *est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ont connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous [...]*

*« Ils peuvent prévoir une dérogation à l'obligation visée au premier alinéa pour des exigences impératives d'intérêt général »*².

Seul le motif d'intérêt général est donc ici retenu, comme le relève d'ailleurs l'étude d'impact : « *Cet article permet aux États membres de prévoir une dérogation aux interdictions de soumissionner « pour des exigences impératives d'intérêt général ».* La directive ne prévoit pas les deux conditions supplémentaires imposées en droit national »³.

La possibilité pour un État membre, de passer outre une interdiction de soumissionner dans les cas « *où des exigences impératives d'intérêt général rendent indispensable l'attribution d'un marché* » est en outre rappelé à l'alinéa 100 du considérant de la directive 2014/24/UE précitée en ce qui concerne les marchés publics de « droit commun ».

¹ Article 21 de la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, modifiée par l'article 24 de la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique.

² L'article 39 précise également les cas où un État dispose de la faculté et non de l'obligation d'exclure un opérateur de ses appels d'offre.

³ Étude d'impact, page 176.

2.2. Le dispositif proposé

Le 2° de l'article 26 du projet de loi, adopté sans modification par l'Assemblée nationale sur ce point, tend à compléter l'article 47 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 afin de permettre aux acheteurs d'autoriser un opérateur économique interdit de soumissionner à un marché public de participer néanmoins à un marché public de défense ou de sécurité « *pour des raisons impérieuses d'intérêt général* ».

Conforme au droit de l'Union européen, cet assouplissement des conditions dans lesquelles il peut être dérogé à l'interdiction de soumissionner à un marché public est motivé par la nature oligopolistique voire monopolistique des marchés de défense ou de sécurité. L'étude d'impact annexée au projet de loi souligne ainsi que : « *Les grandes entreprises d'armement françaises ont en effet été développées de façon à créer des champions nationaux sans réels concurrents dans l'hexagone et donc irremplaçables pour satisfaire les besoins des forces armées. Dans l'hypothèse où l'une quelconque de ces sociétés se trouverait exclue des marchés publics à la suite d'un jugement prononcé par une juridiction européenne, il ne serait plus possible de lui attribuer de marchés publics, que ce soit pour acquérir de nouveaux systèmes ou pour maintenir en l'état des équipements existants. La capacité opérationnelle des forces armées s'en trouverait profondément perturbée* »¹.

2.3. La position de votre commission

Votre rapporteur soutient l'adoption de ces dispositions dans la mesure où elles permettent de remédier à un cas de surtransposition allant à l'encontre des intérêts économiques et stratégiques nationaux, et qu'elles semblent conformes au droit européen et international.

3. La possibilité de soustraire les marchés de défense ou de sécurité de l'obligation faite à l'acheteur de rendre publiques les données essentielles du marché ayant conduit au choix de l'offre retenue

L'article 56 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée dispose, dans un souci de transparence, que « *les acheteurs rendent public le choix de l'offre retenue et rendent accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché public sous réserve des dispositions de l'article 44 [relatif à certaines données confidentielles]* ».

Le 3° de l'article 26 du projet de loi, introduit à l'initiative du Gouvernement lors de l'examen en commission du projet de loi à l'Assemblée nationale, a pour objet de **soustraire les marchés de défense ou de sécurité² de cette obligation**, au double motif qu'elle n'est pas prévue par

¹ Étude d'impact, page 174.

² Amendement n° DN391.

le droit de l'Union européenne et que les informations ainsi rendues publiques pourraient « *augmenter la vulnérabilité des forces armées* »¹.

Votre rapporteur pour avis souscrit à cette analyse et considère comme proportionnée l'atteinte induite par cette exception au principe de transparence des procédures prévu à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 26.

SECTION 2

Dispositions domaniales intéressant la défense

Article 28

(art. L. 3211-1 du code général de la propriété des personnes publiques)

Réalisation par l'acquéreur d'immeubles de l'État de certaines opérations contre déduction du prix de vente

L'article 28 du projet de loi a pour objet de préciser et sécuriser les règles relatives à la réalisation par l'acquéreur d'immeubles de l'État de certaines opérations de dépollution contre déduction de leur coût dans le prix de cession.

1. Le droit applicable

Les dispositions de l'article L. 3211-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) que l'article 28 du projet de loi tend à modifier s'inscrivent dans un **système de normes plus large ayant pour objet « de fluidifier la cession d'emprises désormais inutiles »**² au ministère des armées. Cet objectif est d'ailleurs commun au régime de cession des immeubles déclarés inutiles aux besoins du ministère des armées prévu par la loi du 23 décembre 1986³ que l'article 27 du projet de loi tend à proroger pour six années.

Depuis la création du CG3P, par ordonnance du 21 avril 2006⁴, son article L. 3211-1 reprend pour partie les dispositions de l'ancien code du domaine de l'État et permet de vendre les immeubles du domaine privé de l'État qui ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire de l'État ou un établissement public de l'État dans des conditions prévues par décret.

Dans le cadre de la cession de terrains nécessitant une dépollution, le cas échéant pyrotechnique, la loi du 4 août 2008 de modernisation de

¹ Extrait de l'exposé sommaire des motifs de l'amendement n° DN391.

² Étude d'impact, page 183.

³ Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière.

⁴ Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques.

l'économie¹ a ouvert, au même article L. 3211-1, **la possibilité pour l'État de confier à l'acquéreur le soin de procéder à la dépollution, le prix de cette dépollution s'imputant sur le prix de vente.** Il est précisé que, « *dans cette hypothèse, le coût de la dépollution peut être fixé par un organisme expert indépendant choisi d'un commun accord par l'État et l'acquéreur* ».

Ce nouveau dispositif visant particulièrement la cession d'anciens terrains militaires avait pour objet premier **d'éviter à l'État d'avancer les fonds nécessaires à la dépollution en amont de la cession.**

La dernière loi de programmation militaire² est venue modifier à la marge la rédaction de ces dispositions afin de mieux définir la portée et le contenu de l'obligation à la charge de l'acquéreur. Il a ainsi été précisé que la cession pouvait être subordonnée à l'exécution des opérations de dépollution et que ces opérations devaient être exécutées « *dans le cadre de la réglementation applicable* ».

L'étude d'impact annexée au projet de loi indique néanmoins que **cette rédaction n'est pas suffisamment aboutie** et que les dispositions en vigueur « *doivent être clarifiées de manière à sécuriser, d'une part, le respect, par l'acquéreur, des obligations de gestion des déchets et de dépollution pyrotechnique qui s'imposent au ministère des armées et, d'autre part, le prix de cession définitif, en plafonnant la part déduite du prix de vente à un montant fixé contractuellement* »³.

2. Les modifications introduites par le projet de loi

L'article 28 du projet de loi n'a pas été modifié lors de son examen à l'Assemblée nationale. Il tend à réécrire le second alinéa de l'article L. 3211-1 du CG3P afin de **préciser** :

- d'une part, que **les obligations qui s'imposent à l'acquéreur** ayant la charge des mesures de dépollution pyrotechnique « *sont exécutées conformément aux règles de sécurité définies par voie réglementaire* » ;

- d'autre part, que **le montant « réel » des opérations de dépollution supportées par l'acquéreur s'impute « à concurrence du montant fixé à ce titre dans l'acte de cession** ». Le montant réellement supporté par l'acquéreur vient donc en déduction du prix de vente, dans la limite d'un montant maximum mentionné dans l'acte de vente. La nouvelle rédaction prévoit que ce montant est « *déterminé par un expert indépendant choisi d'un commun accord par l'État et l'acquéreur* » dans le cadre d'une expertise contradictoire et qu'un **certain nombre de pièces qui y sont relatives doivent être annexées à l'acte de cession** ;

¹ Article 126 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

² Article 8 de la loi du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.

³ Étude d'impact, page 184 et 185.

- enfin, que **toutes les éventuelles mesures supplémentaires de dépollution postérieures à la cession et nécessaires à l'utilisation future de l'immeuble cédé doivent être à la charge de l'acquéreur.**

3. La position de votre commission

Votre rapporteur constate que ces nouvelles garanties apportent plus de sécurité juridique et de prévisibilité financière à ces opérations, tout en garantissant les droits de l'acquéreur dans la fixation, par un expert, du montant estimé des opérations de dépollution en cause.

En conséquence, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 28.

CHAPITRE VII MESURES DE SIMPLIFICATION

Article 32

(art. L. 151-4, L. 154-4, L. 711-1 à L. 741-6 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, art. L. 4125-1 du code de la défense, art. 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives)

Réforme du contentieux des pensions militaires d'invalidité

L'article 32 du projet de loi a pour objet principal de transférer le contentieux des pensions militaires d'invalidité (PMI) des juridictions chargées des pensions aux juridictions administratives de droit commun. Il instaure également un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) à toute saisine du juge.

1. Les modifications de la procédure d'attribution et de révision des pensions

1.1. La suppression de la faculté pour le demandeur de contester le projet de décision de l'administration devant la commission de réforme...

Le 1° du I de l'article 32 abroge l'article L. 151-4 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre qui ouvre la **faculté au demandeur de saisir une commission de réforme** pour faire examiner sa demande de pension.

La procédure de demande de pension est prévue aux articles R. 1511 à R. 151-19 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre. Pour les militaires en activité, la demande est adressée au commandant de formation administrative dont ils relèvent. Elle est ensuite transmise au service désigné par le ministre chargé des anciens combattants

et victimes de guerre. Les militaires qui ne sont plus en activité adressent directement leur demande à ce service.

Il procède à une instruction médicale de la demande, au terme de laquelle il dresse un constat provisoire des droits à pension et en notifie le résultat à l'intéressé.

La notification mentionne la faculté pour le demandeur de contester le constat provisoire en saisissant une commission de réforme et d'être entendu par elle. Il doit saisir cette commission dans un délai de quinze jours francs après la notification et précise s'il souhaite être entendu lors de l'examen de sa demande.

En l'absence de saisine de la commission de réforme dans le délai notifié, le service désigné par le ministre chargé des anciens combattants et victimes de guerre, soit prend une décision de rejet de la demande, compte tenu des résultats de l'instruction du dossier, soit transmet le dossier de pension au service désigné par le ministre chargé du budget pour liquider et concéder les pensions.

Cette commission est composée d'un médecin-chef des services ou un médecin en chef, président de la commission, d'un officier supérieur et d'un officier subalterne, capitaine ou de grade équivalent.

Après avoir éventuellement ordonné les mesures d'instruction et d'expertise qu'elle estime nécessaires pour forger sa conviction, elle statue sur le droit à pension. Elle émet un avis sur l'imputabilité au service, le degré d'invalidité, le caractère incurable des affections et sur l'admission au bénéfice des avantages accessoires à la pension.

Cet avis est consigné dans un procès-verbal qui est communiqué au demandeur et adressé au service désigné par le ministre chargé des anciens combattants et victimes de guerre. Lorsque la commission ne suit pas le constat provisoire des droits à pension dressé par ce service, le procès-verbal mentionne les motifs sur lesquels l'avis repose. Cet avis n'est pas contraignant.

Le service compétent se prononce alors sur la demande d'attribution de pension. Soit il prend une décision de rejet de la demande, soit il transmet le dossier de pension au service désigné par le ministre chargé du budget pour liquider et concéder les pensions.

Le présent article supprime la faculté pour le demandeur de contester le constat provisoire par la saisine de la commission de réforme.

Selon les éléments transmis à votre rapporteur par les services du ministère de la défense, cette suppression est justifiée par le fait que la saisine de cette commission a une portée très limitée dans la mesure où elle n'aboutit qu'à la réformation de 2 % des constats provisoires de droits à pension et ce alors même qu'elle allonge notablement les délais de traitement des demandes.

**Données relatives au fonctionnement
de la commission de réforme**

	2013	2014	2015	2016	2017
Constats provisoires de rejet de la demande de pension	3 199	1 183	1 378	2 923	2 041
<i>Total des constats provisoires</i>	6 546	3 219	3 656	5 408	4 571
Nombre de saisines de la commission de réforme en contestation de constats provisoires	2 247	792	798	1 419	1 292
Avis conformes rendus par la commission de réforme	2 042	742	758	1 286	1 126
Avis non conformes rendus par la commission de réforme	205	50	40	133	166
<i>Rapportés au nombre de saisines de la commission</i>	9 %	6 %	5 %	9 %	13 %
Délai moyen de réponse de la commission de réforme	71 jours	116 jours	83 jours	92 jours	78 jours

Source : services du ministère de la défense

La suppression de ce recours, qui n'en est pas véritablement un, puisque la commission de réforme n'est pas compétente pour réviser ou annuler le constat provisoire de l'administration, ne prive pas le demandeur de sa faculté de contester la décision de l'administration avant la saisine du juge puisque, parallèlement à cette suppression, le 3^o du I du présent article met en place, à l'article L. 711-2 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) avant tout recours contentieux contre une décision relative au droit à pension ou à la prise en charge de certains droits annexes de la pension.

1.2. ... contrebalancée par la mise en place d'un recours administratif préalable obligatoire avant toute saisine du juge

Ce recours aurait lieu une fois la décision d'attribution ou de rejet de la pension prise par l'administration et non pas, comme actuellement, en cours de procédure, au moment du constat provisoire.

L'objectif affiché par le Gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi et dans l'étude d'impact qui lui est annexée, est de « *favoriser une démarche de conciliation* »¹ pour « *limiter le nombre de litiges* » portés devant le

¹ Exposé des motifs du projet de loi p. 23. Ce document est consultable à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl0659.pdf>.

juge, absorbant ainsi « *le surcroît d'activité induit* » par le transfert du contentieux des pensions aux juridictions administratives¹.

Votre rapporteur estime que les litiges relatifs aux pensions posent essentiellement des questions d'évaluation médicale des préjudices subis par les militaires. Dès lors, il considère qu'une démarche de conciliation, au sein d'une structure spécialisée, pourrait effectivement permettre d'apporter une réponse rapide et adaptée au demandeur, sans avoir à saisir le juge.

Il tient néanmoins à souligner que le succès de cette nouvelle procédure reposera sur les modalités qui seront prévues par décret en Conseil d'État. Or, ni l'exposé des motifs du texte, ni l'étude d'impact annexée n'apportent de précisions sur ces modalités qui conditionnent pourtant l'efficacité de toute la procédure.

Il invite donc le Gouvernement à veiller à ce que, contrairement à la procédure actuelle, qui ne permet à la commission de réforme que de rendre un avis non contraignant pour l'administration, la structure chargée de l'examen du RAPO dispose d'un véritable pouvoir décisionnel lui permettant de réformer les décisions prises par l'administration.

Il considère ensuite que, pour être efficace, cette commission devra être composée d'experts médicaux capables de réexaminer ces dossiers particulièrement techniques et assurer également la représentation des pensionnés.

Enfin, dans la mesure où, à la différence du système actuel, la saisine de la commission chargée d'examiner le RAPO ne serait plus une simple faculté laissée à la discrétion du demandeur, mais bien une étape obligatoire avant la saisine du juge, votre rapporteur insiste sur la nécessité de doter cette commission des moyens lui permettant de se prononcer dans des délais très rapides, le cas échéant en multipliant les structures compétentes pour connaître de ces RAPO, sous peine de porter une atteinte injustifiable au droit des demandeurs d'accéder à un juge.

1.3. La généralisation du RAPO pour les contentieux formés par les militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle

Le II du présent article propose de modifier l'article L. 4125-1 du code de la défense, qui prévoit actuellement qu'un RAPO doit être engagé avant tout recours contentieux formé par les militaires² à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle.

¹ Étude d'impact annexée au projet de loi p. 216 et 218. Ce document est consultable à l'adresse précitée.

² Sont concernés, en application de l'article L. 4111-2 du code de la défense : les militaires de carrière, les militaires servant en vertu d'un contrat, les militaires réservistes qui exercent une activité au titre d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité et les fonctionnaires en détachement qui exercent, en qualité de militaires, certaines fonctions spécifiques nécessaires aux forces armées.

Cependant, cet article précise que n'ont pas à être précédés de RAPO les recours contentieux formés contre des actes concernant le recrutement, l'exercice du pouvoir disciplinaire, la radiation des cadres ou la résiliation du contrat d'un militaire.

Dans la nouvelle rédaction de l'article L. 4125-1 du code de la défense, les exceptions au RAPO tiendraient « à l'objet du litige » et seraient « déterminées par un décret en Conseil d'État ».

Selon les éléments transmis à votre rapporteur par les services du ministère de la défense, l'objectif de cette nouvelle rédaction est de mettre fin aux discordances qui existent entre les exceptions prévues à l'article L. 4125-1 du code de la défense et celles, plus nombreuses, prévues à l'article R. 4125-1 du même code.

Cependant, votre rapporteur estime qu'en se contentant de renvoyer à un décret la fixation des exceptions au RAPO au regard de « l'objet du litige », le législateur n'encadre pas de manière suffisamment précise ce renvoi. La mise en place d'un RAPO étant susceptible de retarder l'engagement de la procédure judiciaire, et par là même d'entraver l'exercice du droit au recours juridictionnel des militaires, il relève de la compétence du législateur de fixer les cas dans lesquels ce RAPO s'applique et les cas dans lesquels il ne peut être exigé, comme le prévoit l'article L. 4125-1 du code de la défense dans sa rédaction actuelle, sous peine de se voir sanctionner par le Conseil constitutionnel pour « *incompétence négative* ».

À son initiative, votre commission a donc adopté un **amendement COM-113** qui revient à la rédaction actuelle de l'article L. 4125-1 du code de la défense, qui fixe les exceptions à l'obligation de recours administratif préalable obligatoire.

Enfin, le III du présent article supprime le premier alinéa de l'article 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives car cet article a été codifié à l'article L. 4125-1 du code de la défense précité, par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Cette disposition n'a donc plus lieu d'être.

1.4. La modification de la procédure de révision des pensions

Le 2° du I du présent article apporte certaines modifications à la procédure de révision des pensions prévue à l'article L. 154-4 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

Au-delà de modifications purement formelles, l'article 32 du projet de loi apporte une modification de fond à l'article L. 154-4 du code précité, en dispensant le ministre chargé des anciens combattants et victimes de guerre de saisir le juge pour demander la révision d'une pension attribuée

par voie judiciaire, dans des hypothèses particulières¹. Actuellement, le ministre est tenu de saisir le tribunal des pensions pour obtenir la révision de la pension.

Cette modification découle du transfert du contentieux des pensions militaires d'invalidité des juridictions des pensions vers les juridictions administratives de droit commun². En effet, aucun recours en révision n'est prévu à l'encontre des jugements et arrêts rendus par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

La saisine du juge *a priori* étant supprimée, il appartiendra désormais au bénéficiaire de la pension, qui souhaite contester la révision prononcée par le ministre compétent, de saisir le juge.

2. Le transfert du contentieux des pensions militaires d'invalidité aux juridictions administratives de droit commun

Les 3° et 4° du I de l'article 32 réécrivent entièrement le livre VII « *contentieux des pensions* » du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, pour transférer le traitement du contentieux des pensions militaires d'invalidité aux juridictions administratives de droit commun et selon les dispositions du code des juridictions administratives.

Le IV de cet article fixe ensuite les conditions d'entrée en vigueur de ce transfert, ainsi que des autres dispositions prévues au I³. Il renvoie à un décret la fixation de la date de ce transfert, au plus tard le 1^{er} janvier 2020.

2.1. Les règles en vigueur

Depuis la loi du 31 mars 1919 sur les pensions militaires aux infirmes, veuves, orphelins et ascendants, le contentieux des pensions militaires d'invalidité est traité par des juridictions spécifiques : les juridictions des pensions militaires d'invalidité.

Actuellement, on compte 37 tribunaux des pensions⁴ et 37 cours régionales des pensions. Leur organisation est régie par le code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

Ces juridictions ont un caractère quelque peu « *hybride* ». Selon l'article L. 711-1 du code précité, « *les juridictions des pensions constituent des juridictions administratives* », bien que composées, en principe, de magistrats de l'ordre judiciaire, même si le code des pensions prévoit la possibilité, en

¹ Lorsque la pension, la majoration ou le complément de pension ont été accordés par suite d'erreur matérielle ou médicale, de fraude, de substitution, de simulation, à raison d'affections dont l'intéressé n'est pas atteint, ou lorsqu'un ancien militaire dont le prétendu décès a ouvert droit à pension de conjoint survivant, d'orphelin ou d'ascendant est reconnu vivant.

² Voir infra.

³ Voir supra.

⁴ Jusqu'au 1^{er} juillet 2011, il existait un tribunal des pensions par département. L'article 18 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a supprimé le caractère départemental des juridictions des pensions, en limitant leur nombre à 37, soit un tribunal par ressort de cour d'appel, sauf exception.

cas de besoin, de faire appel à des magistrats honoraires de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire¹.

En première instance, les tribunaux des pensions sont échevinés. En application des articles L. 721-2 et L. 721-3 du code précité, ils sont présidés par un magistrat du tribunal de grande instance et comprennent également un médecin désigné par le premier président de la cour d'appel sur la liste des médecins experts près les tribunaux du ressort de la cour d'appel, un pensionné et des suppléants.

En appel, les cours régionales des pensions sont composées, en application de l'article L. 722-1 du même code, d'un président de chambre à la cour d'appel et de deux conseillers à la cour d'appel.

Ces juridictions ont à connaître des recours contre les décisions individuelles relatives :

- au droit à pension (livre I^{er} du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre) ;

- à la prise en charge de certains droits annexes de la pension (livre II du même code) : soins médicaux et appareillage (titre I^{er}), hospitalisation en établissement de santé autorisé en psychiatrie (titre II), reconversion et affiliation à la sécurité sociale (titre III).

Les recours en cassation dirigés contre les arrêts rendus par les cours régionales des pensions sont portés devant le Conseil d'État, comme le prévoit l'article L. 733-1 du même code. Ils sont introduits, instruits et jugés conformément aux dispositions du code de justice administrative.

2.2. Les critiques du dispositif actuel

Le traitement du contentieux des pensions militaires d'invalidité n'est pas satisfaisant. Le délai moyen de traitement constaté pour ces affaires est proche de deux ans, et tend à s'accroître, alors même que le nombre d'affaires portées devant ces juridictions est en constante diminution. En 2016, les tribunaux des pensions ont enregistré 585 affaires et les cours régionales des pensions 237.

L'État français a été condamné à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme pour atteinte à l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif au droit à un procès équitable, en raison de la durée excessive des procédures menées devant les juridictions des pensions.

¹ Voir article L. 721-2 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre pour les tribunaux des pensions et article L. 722-3 du même code pour les cours régionales des pensions.

Selon l'étude d'impact annexée au projet de loi, ces dysfonctionnements s'expliquent par plusieurs raisons :

- les tribunaux des pensions et les cours régionales des pensions sont, en pratique, souvent présidés par des magistrats honoraires, qui ne sont pas toujours en mesure d'assurer une présence permanente auprès de leur juridiction ;

- les médecins et les représentants des pensionnés assesseurs dans ces juridictions sont faiblement rémunérés et ne bénéficient pas de conditions d'accueil dans leur juridiction leur permettant de prendre connaissance des dossiers avant l'audience et ne sont soumis à aucune obligation de formation. Il est en outre difficile de renouveler le vivier des anciens combattants y siégeant ;

- ce contentieux échappe aux processus de dématérialisation et de diffusion de la jurisprudence prévus pour les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire. Ce défaut d'accessibilité est susceptible d'engendrer des divergences importantes de jurisprudences et de porter atteinte à l'égalité des citoyens devant la justice.

2.3. Les modifications proposées

L'article 32 propose donc de transférer le contentieux des pensions militaires d'invalidité aux juridictions administratives de droit commun. La saisine du juge devra avoir été précédée d'un recours administratif préalable obligatoire (RAPO)¹.

Désormais, le livre VII du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, consacré au contentieux des pensions, ne comporterait plus qu'un titre I^{er}, les titres II à IV étant abrogés, lui-même composé d'un chapitre unique au sein duquel il n'y aurait plus que trois articles : l'article L. 711-1 qui soumettrait le contentieux des pensions d'invalidité aux dispositions du code de justice administrative, l'article L. 711-2 qui imposerait un recours administratif préalable obligatoire avant la saisine du juge et l'article L. 711-3 qui accorderait l'aide juridictionnelle au demandeur, sans condition de ressources, de nationalité ni de résidence, comme le prévoit actuellement l'article L. 711-7.

2.4. La position de la commission

Si le contentieux des pensions militaires d'invalidité représente un enjeu symbolique fort pour le monde militaire, avec 721 décisions rendues en 2016 par les tribunaux des pensions et 309 par les cours régionales des pensions, ce contentieux reste relativement limité. Son rattachement aux juridictions administratives de droit commun ne devrait donc pas constituer, comme le souligne l'étude d'impact annexée au projet de loi, un accroissement substantiel de la charge de travail de ces juridictions, d'autant

¹ Voir supra.

que la mise en place d'un recours administratif préalable obligatoire a pour objectif de limiter le surcroît d'activité induit.

À cet égard, dans l'avis qu'il a rendu sur le projet de loi, publié en annexe du texte par l'Assemblée nationale, le Conseil d'État a considéré que ce transfert n'appelait pas d'observations particulières de sa part¹. Le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, également consulté sur le projet, a émis un avis favorable à ce transfert, sous réserve que celui-ci s'accompagne de l'allocation, aux juridictions administratives, des moyens nécessaires et proportionnés à cette nouvelle charge².

Votre rapporteur ne peut que relayer cette préoccupation. Certes, au regard de l'activité des juridictions administratives en 2016, ce transfert ne représente qu'une hausse d'environ 0,3 % du nombre d'affaires enregistrées pour les tribunaux administratifs et une hausse d'environ 0,7 % du nombre d'affaires enregistrées par les cours administratives d'appel. Pour autant, comme l'ont rappelé les représentants des magistrats administratifs, lors de leur audition par votre rapporteur, les compétences attribuées aux juridictions administratives n'ont cessé de croître ces dernières années, à moyens constants, ce qui, à terme, pourrait entraîner une dégradation des performances de ces juridictions.

Au-delà de ces considérations de nature matérielle, ce transfert de contentieux aura le mérite de rendre plus lisible la répartition des compétences entre juridictions administratives et juridictions judiciaires. Actuellement, les juridictions des pensions sont qualifiées de juridictions administratives, leurs décisions sont susceptibles de pourvois devant le Conseil d'État, alors même qu'elles sont présidées et composées, en principe, de magistrats appartenant à l'ordre judiciaire, ce qui est source de confusion. Cette situation particulière s'explique par le fait que les juridictions des pensions sont apparues avant la création des tribunaux administratifs.

En termes d'efficacité ensuite, ce transfert pourrait entraîner une réduction notable des délais de traitement du contentieux des pensions, puisqu'en 2016, les délais de jugement des juridictions administratives étaient inférieurs à un an.

Votre rapporteur s'est néanmoins interrogé sur la capacité des juridictions administratives à traiter ces litiges particuliers qui portent essentiellement sur la reconnaissance de l'imputabilité des infirmités au service et sur le taux d'invalidité attribué.

Actuellement, au sein des tribunaux des pensions qui ont à connaître de ces questions, le magistrat professionnel est assisté de deux assesseurs : l'un médecin et l'autre pensionné.

¹ Cet avis est consultable à l'adresse suivante :

<http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl0659-ace.pdf>.

² Voir étude d'impact précitée p. 218 et 219.

La fin de cet échevinage ne peut se concevoir qu'à condition que le recours administratif préalable obligatoire, imposé par le présent article avant toute saisine du juge, joue pleinement son rôle, en étant instruit par une commission qui, par sa composition, disposerait de l'expertise nécessaire pour apprécier ces situations de fait.

Par ailleurs, les juridictions administratives sont d'ores et déjà compétentes pour connaître de contentieux d'une technicité équivalente, en matière d'accidents médicaux mettant en cause des structures médicales publiques, par exemple.

Votre rapporteur note ensuite avec satisfaction que l'actuel article L. 711-7 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, qui accorde l'aide juridictionnelle au requérant, sans condition de ressources, de nationalité ou de résidence, est repris *in extenso* au nouvel article L. 711-3 du même code.

Quant à l'impact de ce transfert sur la procédure applicable, il sera relativement faible puisque la procédure administrative contentieuse prévoit déjà expressément la plupart des dispositions du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre que le présent article envisage de supprimer. Ainsi, le caractère contradictoire de l'instruction de l'affaire¹ est prévu par l'article L. 5 du code de justice administrative, le principe de la publicité des audiences² existe à l'article L. 6, la possibilité de tenir l'audience à huis clos est prévue par l'article L. 731-1³ et l'obligation de motivation des décisions⁴ à l'article L. 9 de ce même code.

La principale différence procédurale qui résulte du transfert du contentieux des pensions militaires d'invalidité aux juridictions administratives de droit commun est l'abrogation de l'actuel article L. 711-4 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

S'agissant de la possibilité pour le demandeur de comparaître en personne à l'audience et de présenter des observations orales, prévue au premier alinéa de l'actuel article L. 711-4 du code précité, elle demeurerait possible en application de l'article R. 732-1 du code de justice administrative⁵.

¹ Article L. 711-2 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, abrogé par l'article 32 du projet de loi.

² Article L. 711-3 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, abrogé par l'article 32 du projet de loi.

³ L'article L. 731-1 du code de justice administrative dispose en effet que « par dérogation aux dispositions de l'article L. 6, le président de la formation de jugement peut, à titre exceptionnel, décider que l'audience aura lieu ou se poursuivra hors la présence du public, si la sauvegarde de l'ordre public ou le respect de l'intimité des personnes ou de secrets protégés par la loi l'exige ».

⁴ Article L. 711-6 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, abrogé par l'article 32 du projet de loi.

⁵ L'article R. 732-1 du code de justice administrative prévoit que « les parties peuvent [...] présenter, soit en personne, soit par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, soit par un avocat, des observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites ».

En revanche, la possibilité pour le demandeur de se faire assister ou représenter par « *son conjoint, son concubin, la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité, ses parents ou alliés en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus, la personne exclusivement attachée à son service personnel ou son entreprise ou par un avocat* », prévue par le second alinéa de l'article L. 711-4 précité, serait supprimée.

En transférant le contentieux des pensions aux juridictions administratives de droit commun, la règle serait désormais celle de l'assistance du demandeur par un avocat.

En effet, l'article R. 431-2 du code de justice administrative dispose que « *les requêtes et les mémoires doivent, à peine d'irrecevabilité, être présentés soit par un avocat, soit par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, lorsque les conclusions de la demande tendent au paiement d'une somme d'argent* ». Il en est de même devant les cours administratives d'appel, en application de l'article R. 431-11 du code précité, et devant le Conseil d'État, comme le prévoit l'article R. 822-5 du même code.

Il pourrait être envisagé de dispenser le contentieux des pensions militaires d'invalidité du ministère d'avocat, comme c'est le cas par exemple pour certains litiges d'ordre individuel ou lorsque le contentieux porte sur le versement de certaines pensions ou prestations¹, mais il en résulterait en réalité un recul de la protection des intérêts du requérant. En effet, celui-ci bénéficiant, sans conditions aucune, de l'aide juridictionnelle, le recours à l'avocat peut être rendu obligatoire, sans crainte de porter atteinte au droit à l'accès au juge des demandeurs. Les intérêts du demandeur n'en seront au contraire que mieux protégés.

Dès lors, puisque le requérant bénéficierait de l'assistance d'un avocat, il n'est pas apparu opportun à votre rapporteur de conserver la possibilité pour le demandeur de se faire assister ou représenter par les personnes énumérées actuellement à l'article L. 711-4 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

En tout état de cause, ces dispositions de procédure administrative relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire.

Sous réserve de l'adoption de son amendement, votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 32.

¹ L'article R. 431-3 du code de justice administrative dispose que la représentation des parties par un avocat n'est pas obligatoire en matière de litiges d'ordre individuel concernant les fonctionnaires ou agents de l'État ou pour les litiges en matière de pensions, de prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi, d'emplois réservés et d'indemnisation des rapatriés, notamment.

*Article 34***Habilitation à légiférer par ordonnance -
Déroghations aux procédures d'information
et de participation du public**

L'article 34 du projet de loi a pour objet d'habiliter le Gouvernement, en application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des **ordonnances ayant pour objet l'amélioration des procédures d'information du public ayant un caractère dérogatoire ou spécifique justifié par des motifs liés aux impératifs de la défense nationale, de prévoir certaines dérogations à l'obligation d'effectuer des enquêtes publiques et, enfin, d'harmoniser les deux points précédents au sein d'une procédure unique** pour les projets et plans dont il est nécessaire de protéger la confidentialité, en vue d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation.

1. L'état du droit

Au-delà du régime protecteur de la « zone protégée »¹ et de celui de la classification² définis par le code pénal, **existent déjà un certain nombre de procédures exorbitantes permettant aux projets en lien avec la défense nationale de bénéficier de dérogations** aux procédures d'autorisation, de déclaration ou de publication de droit commun.

1.1. Dérogations prévues par le code de l'environnement

Les articles L. 121-1 et L. 123-2 du code de l'environnement prévoient, en premier lieu, un certain nombre de **dérogations aux règles relatives à l'information et à la participation du public ainsi qu'à l'obligation d'organiser une enquête publique**, certaines « *afin de tenir compte des impératifs de la défense nationale* ». C'est, entre autres, le cas pour les installations réalisées dans le cadre d'opérations secrètes intéressant la défense nationale, les installations et activités nucléaires intéressant la défense, les aménagements, ouvrages ou travaux protégés par le secret de la défense nationale.

Les articles R. 123-1 et R. 181-55 du code de l'environnement explicitent le contenu de ces dérogations tandis que les articles R. 121-29 et R. 123-44 définissent les règles dérogatoires spécifiquement applicables aux aménagements, ouvrages et travaux nécessitant d'assurer « *le respect du secret de la défense nationale* ». L'article R. 515-50 précise, en outre, que certains éléments du plan de prévention des risques technologiques concernant une installation de la défense sont disjoints du dossier soumis à l'enquête publique et aux consultations ou que ces plans de prévention sont, le cas échéant, dispensés de consultation publique, s'ils ont fait « *l'objet d'une décision ministérielle en matière de protection du secret de la défense nationale* ».

¹ Article 413-7 du code pénal.

² Article 413-9 du code pénal.

D'autres règles dérogatoires sont également appliquées en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE)¹ ainsi que d'ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation ou à déclaration par la législation sur l'eau (IOTA)².

1.2. Dérogations prévues par le code de l'urbanisme

L'article L. 421-5 du code de l'urbanisme prévoit que, sur la base d'un décret, des constructions, aménagements, installations et travaux qui « *nécessitent le secret pour des raisons de sûreté* » puissent **déroger à l'obligation d'obtenir un permis de construire, d'aménager ou de démolir, ou de procéder à une déclaration préalable**³. L'article R. 421-8 vient préciser qu'il peut s'agir notamment de « *constructions couvertes par le secret de la défense nationale* », ou de « *constructions situées à l'intérieur des arsenaux de la marine, des aérodromes militaires et des grands camps figurant sur une liste fixée par arrêté conjoint du ministre chargé de l'urbanisme et du ministre de la défense* ».

L'article L. 421-8 du même code vient toutefois limiter cette dérogation aux constructions respectant les dispositions de l'article L. 421-6, c'est-à-dire n'étant pas incompatibles avec une déclaration d'utilité publique (DUP) et respecter un certain nombre de règles applicables, notamment en matière d'aménagement du sol.

1.3. Dérogations prévues par le code des relations entre le public et l'administration (CRPA)

Les articles L. 134-33 et L. 134-34 du CRPA prévoient de soustraire du dossier des enquêtes que le code régit⁴ certains éléments qui « *seraient de nature à entraîner la divulgation de secrets de la défense nationale* » et interdit au commissaire enquêteur ou aux membres de la commission d'enquête, dont son président, de pénétrer dans les zones protégées par le code pénal à moins qu'ils ne disposent d'une autorisation *ad hoc*.

1.4. Dérogations prévues par le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

L'article L. 122-4 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit que « *par dérogation aux principes du présent code, l'utilité publique des opérations secrètes intéressant la défense nationale peut, eu égard aux impératifs de la défense nationale, être régulièrement déclarée sans enquête préalable, sur l'avis conforme d'une commission* ».

¹ Articles L. 517-1, R. 517-4 et R. 517-4 du code de l'environnement.

² Articles L. 217-1, R. 217-7 et R. 217-10 du code de l'environnement.

³ Article L. 421-5 du code de l'urbanisme.

⁴ L'article L. 134-1 du CRPA précise que les enquêtes concernées sont celles « organisées par l'administration et qui ne relèvent ni du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ni du code de l'environnement ».

2. Le dispositif proposé

2.1. Le constat du Gouvernement motivant le recours à des ordonnances

Bien que recherchant le même but, **l'ensemble des procédures dérogatoires précitées ne font quasiment l'objet d'aucune coordination**, utilisant, pour chacune d'entre-elles, des terminologies, des modalités et, le cas échéant, des organes distincts, comme le rappelle l'étude d'impact : *« Fondées pour la plupart sur des dispositions anciennes, modifiées à de multiples reprises, elles constituent aujourd'hui un ensemble hétérogène fondé sur des dispositifs segmentés, qui s'appuient sur des terminologies différentes et des conditions de mise en œuvre très diverses »*¹.

La seule coordination actuelle se limite à un **rappel, au sein d'une section ad hoc du code de la défense², de seulement certaines des dispositions dérogatoires applicables**. Cette section *« tente d'articuler ces dispositifs épars, en procédant par de simples renvois aux articles L. 421-5 du code de l'urbanisme, L. 517-1 du code de l'environnement et L. 122-4 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, tout en omettant de faire référence aux articles les plus récents du code de l'environnement et du code des relations entre le public et l'administration. En outre, ces dispositions n'apportent aucune précision quant aux procédures à suivre pour ouvrir droit au bénéfice de ces dérogations ou aménagements de procédures »*³.

L'aspect à la fois technique et transversal des travaux à entreprendre justifie ainsi, selon le Gouvernement, la nécessité de recourir à une ordonnance de l'article 38 de la Constitution.

2.2. Le contenu de l'habilitation au sein du projet de loi

Le projet de loi prévoit d'habiliter le Gouvernement à légiférer par ordonnances dans un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la loi. Un projet de loi de ratification devrait être déposé dans un délai de trois mois à compter de la publication des ordonnances.

Le contenu de l'habilitation donnée au Gouvernement n'a pas connu de modification de fond lors de son examen, en première lecture, à l'Assemblée nationale⁴.

Il s'agit tout d'abord d'« *harmoniser, clarifier et compléter les procédures d'information et de participation du public ou de consultation relatives à la réalisation de certains projets, plans, travaux et opérations ayant un caractère dérogatoire ou spécifique justifié par des motifs liés aux impératifs de la défense nationale* ». L'objectif est de répondre à la fragmentation et au manque de cohérence des dispositifs dérogatoires actuels.

¹ Étude d'impact, page 226.

² Articles L. 2313-2 et suivants du code de la défense.

³ Étude d'impact, pages 227 et 228.

⁴ Seuls trois amendements rédactionnels (n^{os} DNS 517, DNS 518 et DNS 519), déposés par le rapporteur Jean-Jacques Bridey, ont été adoptés en commission.

Il s'agit ensuite d'étendre le champ des régimes dérogatoires soit « à l'obligation d'organiser une enquête publique préalablement à l'institution de servitudes prévues par le code de la défense et le code des postes et des communications électroniques ». La dernière référence **renvoie spécifiquement aux enquêtes publiques relatives aux servitudes prévues à l'article 54 du code des postes et communications électroniques afin d'« assurer la propagation des ondes radioélectriques émises ou reçues par les centres radioélectriques exploités ou contrôlés par les services de l'État »**¹.

Il est enfin prévu que **l'ensemble des règles prises dans le fil des deux premiers points de l'habilitation soit mis en œuvre au sein d'une procédure unique** pour « les projets et plans dont il est nécessaire de protéger la confidentialité, en vue d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation ».

2.3. L'esquisse des ordonnances fournie par le Gouvernement

Si seule l'habilitation donnée par le Parlement paramètre le contenu des ordonnances à venir, votre rapporteur apprécie néanmoins que le Gouvernement en ait donné les grandes lignes au sein de l'étude d'impact annexée au projet de loi.

Les ordonnances tendraient à simplifier les procédures applicables à certains projets, en les **déconnectant de la procédure de classification prévue par le code pénal** (voir *supra*) qui se montre inadaptée, voire inapplicable, dans certaines hypothèses². Elles viseraient également à « **attribu[er] explicitement au ministre des armées la faculté d'autoriser les porteurs de projets relevant de sa compétence à déroger aux mesures de publicité prévues par les législations particulières** »³. Les possibilités de dérogations seraient élargies aux règles applicables à certaines servitudes, conformément au deuxième point de l'habilitation.

Il est enfin prévu de recourir au critère de plans et projets « dont la protection de la confidentialité apparaît nécessaire à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation »⁴, notion déjà définie par la loi et bénéficiant d'un

¹ L'étude d'impact, à la page 228, fait référence à la procédure d'enquête publique prévue à l'article 56 du code des postes et des communications électroniques, pour les servitudes définies à l'article 54 du même code.

² Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, a jugé inconstitutionnelle la classification d'un lieu en considérant que « la classification d'un lieu a pour effet de soustraire une zone géographique définie aux pouvoirs d'investigation de l'autorité judiciaire ; qu'elle subordonne l'exercice de ces pouvoirs d'investigation à une décision administrative ; qu'elle conduit à ce que tous les éléments de preuve, quels qu'ils soient, présents dans ces lieux lui soient inaccessibles tant que cette autorisation n'a pas été délivrée ; que, par suite, en autorisant la classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale et en subordonnant l'accès du magistrat aux fins de perquisition de ces mêmes lieux à une déclassification temporaire, le législateur a opéré, entre les exigences constitutionnelles précitées, une conciliation qui est déséquilibrée ».

³ Étude d'impact, page 232.

⁴ Ibidem.

ancrage constitutionnel par l'intermédiaire de la Charte de l'environnement¹. Les projets répondant à ces critères recevraient ainsi la qualification d'« *opérations sensibles intéressant la défense nationale* » par arrêté du ministre des armées leur permettant de bénéficier des différentes procédures dérogatoires.

3. La position de votre commission

Votre rapporteur considère la démarche légitime et étayée. Il ne souhaite pas revenir sur la durée d'habilitation demandée au Parlement qui peut s'expliquer par le caractère technique et transversal du travail normatif à mettre en œuvre.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 34.

CHAPITRE X DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

Article 40

Habilitation à légiférer par ordonnances – Conditions d'exercice des nouvelles compétences de police en mer de l'État à la suite de la ratification du protocole relatif à la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime

L'article 40 du projet de loi vise à habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans les conditions définies par l'article 38 de la Constitution, des dispositions tendant à modifier la loi n° 94-589 du 15 juillet 1994, relative à la lutte contre la piraterie et aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de police en mer.

1. Adapter la loi pour tirer les conséquences de la ratification du protocole de 2005 modifiant la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime

Ce protocole introduit dans la convention un nouvel article 8 *bis* qui précise la procédure à suivre et les modalités de la coopération à mettre en œuvre quand un État partie veut arraisonner, dans les eaux internationales, un navire battant le pavillon d'un autre État partie. Cet arraisonnement est possible quand l'État a des raisons sérieuses de soupçonner qu'une

¹ Le 6^e alinéa du considérant de la Charte de l'environnement de 2004 expose que « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ». À ce titre, comme le rappelle l'étude d'impact, à la page 232, « l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure définit cette notion, en mentionnant expressément, en son 1^o, que "la défense nationale" est une composante de la sauvegarde de ces intérêts ».

infraction réprimée par la convention a été commise, est en train d'être commise ou est sur le point de l'être.

Le protocole est entré en vigueur le 28 juillet 2010. Par la loi n° 2017-1576 du 17 novembre 2017, le Parlement a autorisé sa ratification par la France. Le Gouvernement va très prochainement déposer les instruments de ratification auprès de l'Organisation maritime internationale.

En droit interne, la ratification de ce protocole impose de faire évoluer la loi de 1994 précitée afin de préciser les conditions dans lesquelles les commandants des navires de l'État pourront, en haute mer, procéder aux opérations permises par la convention.

Selon l'étude d'impact, la loi devra, en particulier, mentionner les autorités chargées de superviser ces opérations (préfet maritime en métropole ou délégué du Gouvernement pour l'action de l'État en mer outre-mer), ainsi que les modalités d'information de l'autorité judiciaire. La loi devra également prévoir la possibilité de dérouter le navire contrôlé et de saisir des produits, objets ou documents paraissant liés à l'infraction qui a motivé l'intervention.

2. Les conditions de l'habilitation

Le Gouvernement n'a pas été en mesure, pour des raisons de délai, de faire figurer dans le projet de loi les modifications à apporter à la loi de 1994. En conséquence, il demande à être habilité à modifier ce texte par ordonnance.

L'ordonnance serait publiée dans un délai de douze mois à compter de la publication de la loi de programmation militaire et le projet de loi de ratification serait déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance¹.

L'ordonnance aurait un objet plus large que la seule adaptation de la loi de 1994 pour tirer les conséquences du protocole. Le projet de loi prévoit en effet que l'habilitation autoriserait aussi le Gouvernement à simplifier et à réorganiser les dispositions de ladite loi et à prendre les mesures de cohérence nécessaires. L'objectif du Gouvernement est donc de procéder, à cette occasion, à un travail de toilettage rédactionnel de la loi afin d'en améliorer la lisibilité.

3. Une demande d'habilitation qui ne soulève pas d'objection de la part de votre commission.

L'Assemblée nationale a adopté, en commission, trois amendements rédactionnels à cet article, sur proposition de notre collègue député Jean-Jacques Bridey, rapporteur de la commission de la défense. L'un de ces amendements fait courir le délai de douze mois prévu pour prendre

¹ On rappelle que l'absence de dépôt du projet de loi de ratification dans le délai prévu entraîne la caducité de l'ordonnance.

l'ordonnance à compter de la promulgation de la loi de programmation militaire par le président de la République, au lieu de retenir la date de publication.

Votre commission estime qu'il n'y a aucune raison de s'opposer, en l'espèce, à la technique de l'habilitation qui permettra une mise en œuvre rapide des évolutions utiles qu'il est proposé d'apporter à la loi de 1994.

Votre commission a donné un **avis favorable** à l'adoption de l'article 40.

*

* *

Au bénéfice de ces observations et sous réserve de l'adoption de ses amendements, votre commission a donné un avis favorable à l'adoption des articles du projet de loi dont elle s'est saisie.

EXAMEN EN COMMISSION

MARDI 15 MAI 2018

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – Notre commission s’est saisie pour avis de plusieurs dispositions du projet de loi de programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense. Grâce à un rehaussement de l’effort de défense à 2 % de notre produit intérieur brut (PIB), ce texte vise à renforcer les capacités de nos armées et à les doter des moyens nécessaires à l’accomplissement de leurs missions. Dans toute démocratie, l’exercice de la force armée est soumis à certaines valeurs. Il est donc logique que ce texte contienne des dispositions juridiques pour garantir le respect de ces dernières tout en permettant à nos armées d’agir dans les meilleures conditions.

Deux points concentreront particulièrement notre attention. L’article 19, tout d’abord, qui renforce nos capacités de cybersécurité. Certaines mesures sont susceptibles de porter atteinte à la vie privée. Je vous proposerai des amendements pour les encadrer et parvenir à un dispositif équilibré. Ensuite, nous devons aussi nous prononcer sur le contrôle des activités de renseignement, un point qui ne figure pas dans la loi. Je vous proposerai de suivre les propositions de MM. Bas, Cambon et Buffet, qui ont récemment déposé une proposition de loi sur le sujet.

Le texte comporte diverses dispositions portant sur les ressources humaines. L’article 14 rétablit pour les ouvriers d’État les règles normalement applicables aux fonctionnaires en matière de cumul d’activités. L’article 16 prévoit deux procédures expérimentales de recrutement par le ministère des armées pour faire face aux difficultés sérieuses à pourvoir certains postes dans certains domaines, comme l’informatique ou le renseignement par exemple. La première permet de recruter, sur une période donnée et dans un nombre de régions limité, certains corps de fonctionnaires de catégorie B sans organisation de concours, dans le cadre, toutefois, d’une sélection « objective et impartiale ». La seconde expérimentation prévoit, dans un nombre de secteurs limités et dans les mêmes régions, la possibilité d’ouvrir certains postes vacants à des agents contractuels en dehors des cas normalement prévus par le droit commun de la fonction publique. Ces dispositifs me paraissent bien encadrés.

L’article 18 comporte des dispositions relatives à l’élection des militaires aux scrutins locaux. Depuis la III^e République, au nom de la séparation des pouvoirs entre le civil et le militaire, les militaires en activité ne peuvent exercer aucun mandat électif. Cette tradition semblait bien ancrée. Toutefois un militaire a déposé une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a jugé que l’incompatibilité

absolue existant entre la fonction de militaire de carrière en activité et celle de conseiller municipal était excessive, donnant au Gouvernement jusqu'à 2020 pour modifier la loi. Le Gouvernement fait une proposition *a minima* qui me semble pertinente. Ainsi, l'article 18 prévoit une dérogation à cette incompatibilité pour les conseils municipaux des communes de moins de 9 000 habitants – l'Assemblée nationale ayant relevé le seuil qui était initialement prévu à 3 500 habitants – et les conseils communautaires des communautés de communes de moins de 15 000 habitants. En revanche, l'incompatibilité demeure pour les autres mandats et un militaire en activité ne pourra pas non plus exercer une fonction exécutive locale (maire ou adjoint au maire, notamment).

L'article 19, sur lequel je vous proposerai le plus de modifications, renforce le dispositif national de cyberdéfense, en facilitant la détection, le plus en amont possible, auprès des opérateurs de communications électroniques, des attaques informatiques. Il comprend deux volets, distincts mais complémentaires. Un volet incitatif vise à améliorer le niveau de sécurité sur les réseaux des opérateurs de communications électroniques. Ce volet ouvre la possibilité aux opérateurs de communications électroniques de déployer, sur leurs propres réseaux, des dispositifs techniques, que l'on peut qualifier de « sondes », destinés à surveiller le trafic afin de détecter de potentielles attaques informatiques. Ces dispositifs fonctionneraient comme des anti-virus : ils reposeraient sur une comparaison, en temps réel, des flux de données circulant sur les réseaux des opérateurs avec des marqueurs d'attaques, c'est-à-dire des éléments techniques caractéristiques de certaines attaques ou de certains attaquants. La neutralité du Net serait respectée. Le déploiement de ces dispositifs s'effectuerait de manière volontaire. Ce premier volet ouvre par ailleurs de nouvelles prérogatives à l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (Anssi) : en cas d'information sur une menace spécifique, elle aurait la possibilité de demander à un opérateur d'exploiter les sondes qu'il a installées à l'aide de marqueurs techniques spécifiques, aux fins de prévenir cette menace spécifique ; en cas de détection d'une attaque visant une autorité publique ou un opérateur d'importance vitale (OIV), l'Anssi pourrait demander à l'opérateur de lui transmettre les données techniques nécessaires à l'analyse de la menace. Pour mémoire, on compte environ 250 opérateurs d'importance vitale. La catégorie des OIV a été créée par la précédente loi de programmation militaire. Ces OIV se distinguent des opérateurs de services essentiels, catégorie plus large, qui sont désignés par le Premier ministre, car ils assurent la fourniture de services essentiels au bon fonctionnement de l'économie, comme les banques ou EDF par exemple. Ces opérateurs doivent disposer d'une sécurité numérique maximale.

Le second volet de l'article 19 est plus contraignant. Il confère à l'Anssi d'importantes prérogatives lorsqu'une autorité publique ou un opérateur d'importance vitale est menacé par une cyberattaque. Dans une telle hypothèse, l'Anssi aurait la possibilité d'installer elle-même, de manière

temporaire, ses propres sondes de détection d'attaques sur le réseau d'un opérateur de communications électroniques ou d'un hébergeur de solutions informatiques. Elle pourrait, dans ce cadre, collecter les données techniques nécessaires à la caractérisation et à la prévention des menaces et les conserver pendant un certain temps. Le Gouvernement avait prévu un délai de cinq ans, l'Assemblée nationale l'a porté à dix ans, pour permettre à l'agence de mieux caractériser les menaces. Ces dispositions visent à permettre à l'Anssi d'améliorer sa connaissance des menaces, notamment lorsqu'il s'agit de menaces « invisibles », comme, par exemple, l'introduction d'un cyberattaquant dans le réseau d'une administration à des fins d'espionnage ou de blocage, comme ce fut par exemple le cas lors de l'attaque contre TV5. En cas de refus d'un opérateur ou d'un hébergeur, des sanctions pénales seraient encourues. Compte tenu du caractère intrusif de ce dispositif, l'article 19 confie un pouvoir de contrôle à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep). Celle-ci aurait pour rôle de veiller au respect par l'Anssi des termes de la loi et pourrait lui adresser des injonctions.

L'intensification de la cybermenace au cours des dernières années, à l'instigation de certains pays ou de groupes divers, nécessite des réponses adaptées. Les guerres de demain seront de plus en plus des guerres numériques. C'est pourquoi je ne vous propose pas de remettre en cause ces dispositifs. Toutefois mes amendements visent à en assurer la constitutionnalité, en prévoyant les garanties nécessaires pour assurer une conciliation équilibrée entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la protection des libertés et des droits et fondamentaux, notamment le secret des correspondances et le droit au respect de la vie privée. En effet, pour détecter les signaux d'une attaque ou une anomalie, l'Anssi, dans sa mission de surveillance des flux, doit pouvoir extraire des documents de correspondance privés. Même si elle n'a pas vocation à lire les courriels ou les documents privés, elle doit pouvoir les ouvrir. C'est pourquoi il est nécessaire de renforcer les garanties. À cette fin, je vous propose de préciser, par un décret en Conseil d'État, la liste des données techniques susceptibles d'être collectées dans le cadre de ces dispositifs, afin d'éviter toute intrusion dans les données relatives au contenu des correspondances privées ; de renforcer les pouvoirs de contrôle de l'Arcep, notamment en lui permettant de recourir à des experts extérieurs ; d'instaurer un recours spécifique devant le Conseil d'État en cas de refus de l'administration de suivre les injonctions de l'Arcep, selon un dispositif qui s'inspire de celui en vigueur pour la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ; de renforcer le contrôle parlementaire, avec l'obligation faite à l'Arcep de transmettre au Parlement un rapport chaque année et d'informer les présidents des assemblées immédiatement en cas de dysfonctionnement ; d'assurer le respect du principe constitutionnel de juste rémunération des opérateurs, qui prévoit que toute charge financière imposée par la loi à un opérateur de communications électroniques soit compensée par l'État ; et

enfin de garantir le respect du principe à valeur constitutionnelle de proportionnalité des peines, en supprimant la peine d'emprisonnement encourue par les opérateurs en cas d'obstruction à l'installation d'une sonde par l'Anssi tout en augmentant les amendes.

Je n'ai pas d'observation particulière sur l'article 22 *bis* qui modifie les modalités de financement et les conditions de publication des travaux de la commission de vérification des fonds spéciaux.

J'en viens maintenant au renseignement. M. Philippe Bas, qui a présidé la délégation parlementaire au renseignement, estime nécessaire de renforcer le contrôle du Parlement en la matière. Il a déposé le 11 mai au Sénat, avec MM. Christian Cambon et François-Noël Buffet, une proposition de loi en ce sens. L'article additionnel après l'article 22 *bis*, que je vous propose d'insérer, en reprend le dispositif. Il étend le périmètre de contrôle de la délégation, sur le modèle de ce qui existe dans d'autres démocraties, à l'ensemble de l'activité des services de renseignement, tout en prévoyant, pour respecter les exigences constitutionnelles et ne pas entraver l'efficacité des services, un droit d'opposition du Gouvernement pour les cas où la communication d'une information, d'un document ou d'un élément d'appréciation serait susceptible de porter atteinte à une opération en cours ou de mettre en péril l'anonymat ou la sécurité d'un agent. Il rend aussi la délégation parlementaire au renseignement destinataire de plein droit de la liste annuelle des rapports de l'inspection des services de renseignement ainsi que des rapports des services d'inspection générale des ministères portant sur les services de renseignement. La liste des personnes susceptibles d'être entendues par la délégation est aussi étendue à l'ensemble des personnels des services de renseignement, avec des garanties pour préserver leur anonymat puisqu'ils ne pourraient être entendus que dans le cadre d'un déplacement de la délégation sur le site du service concerné. Enfin, la délégation pourrait et désigner en son sein un rapporteur, ce qui renforcera la continuité de ses travaux au-delà de l'alternance des présidents tous les ans.

M. Jean-Pierre Sueur. – Pour quelle durée serait-il désigné ?

M. Philippe Bas, président. – Cela reste à préciser. Son mandat en tout cas serait supérieur à un an, durée du mandat du président de la délégation.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. – L'article 21 accorde l'excuse pénale aux cybercombattants. Le Sénat, lors de l'examen de la dernière loi de programmation militaire, avait mené une réflexion remarquable sur le sujet. L'ouverture d'une instruction judiciaire à la suite de l'embuscade d'Uzbin, au cours de laquelle des parachutistes du 8^e régiment de parachutistes d'infanterie de marine avaient trouvé la mort, avait causé un choc dans les armées. La crainte était celle d'une judiciarisation du champ de bataille, avec un risque accru pesant sur les

épaules des chefs d'opérations. Pour éviter que des militaires accomplissant leur devoir, dans des conditions souvent difficiles, ne voient leur responsabilité pénale engagée abusivement, la précédente loi de programmation militaire 2014-2019 a précisé le régime d'irresponsabilité pénale et prévu que l'action publique ne pourrait être mise en mouvement que par le procureur de la République. L'article 21 étend ce régime aux cybercombattants.

L'article 23 répond à une demande forte des militaires engagés dans les opérations militaires extérieures (OPEX) : il les autorise à procéder à des relevés signalétiques et à des prélèvements biologiques. Ainsi par exemple, après une attaque ou l'explosion d'une mine au Mali ou sur un théâtre d'opérations, les militaires pourraient procéder à des prélèvements salivaires dans les villages à proximité pour identifier les auteurs de l'attaque grâce à leur ADN. Des garanties sont prévues. Seuls les prélèvements salivaires sont autorisés. Ces pratiques sont déjà en cours dans d'autres armées, comme l'armée américaine.

L'article 24 procède à la mise en œuvre de plusieurs conventions et protocoles récemment ratifiés ou en cours de ratification par la France contribuant à la lutte contre le terrorisme aérien ou maritime, ainsi que du deuxième protocole relatif à la convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels, signé le 26 mars 1999. Ainsi la France pourra juger toute personne responsable d'un acte de piraterie maritime ou aérienne, ou du vol d'un bien culturel classé, commis n'importe où dans le monde, dès lors que cette personne aura été appréhendée sur le territoire national.

Le texte assouplit aussi les modalités d'accès aux marchés de défense ou de sécurité, pour corriger une surtransposition du droit européen.

L'article 28 vise à faciliter la cession de biens immobiliers anciennement utilisés par le ministère des armées, en sécurisant des dispositions déjà existantes. Elles visent, concrètement, à ce que l'État n'ait pas à faire l'avance des frais de dépollution, leur coût étant simplement déduit du prix de vente. Il est à souligner que cette loi de programmation militaire, refusant les acrobaties budgétaires que l'on a pu connaître, est fondée sur des recettes stables et n'inclut pas d'hypothétiques recettes issues de cessions immobilières.

L'article 32 porte réforme du contentieux des pensions militaires d'invalidité. Je connais l'attachement ancien et profond aux juridictions des pensions militaires d'invalidité dans nos territoires. Toutefois ces juridictions fonctionnent mal, avec des délais importants, et les bâtonniers ont tendance à désigner pour y officier dans le cadre de l'aide juridictionnelle de jeunes avocats qui ignorent tout de ce droit. C'est pourquoi le texte transfère le contentieux des pensions militaires d'invalidité aux juridictions administratives de droit commun. Il instaure également un recours

administratif préalable obligatoire (RAPO) à toute saisine du juge, en prévoyant la présence de médecins au sein des commissions chargées de l'instruire, mesure fort utile car l'essentiel des recours, peu nombreux, relèvent du domaine médical.

Le texte prévoit également d'habiliter le Gouvernement à harmoniser, par ordonnance, les dérogations aux procédures d'information et de participation du public pour des motifs de sécurité nationale.

Enfin le projet de loi autorise le Gouvernement à légiférer par ordonnances pour tirer les conséquences de la ratification du protocole de 2005 modifiant la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime.

M. Philippe Bas, président. – Je vous remercie, monsieur le rapporteur, pour l'examen approfondi du projet de loi auquel vous vous êtes livré. Les questions qu'il aborde, à première vue sans guère de rapport les unes avec les autres, ont nécessité, pour leur étude, l'appropriation par vos soins de sujets fort variés. Je vous remercie d'avoir repris nos propositions sur la délégation parlementaire au renseignement, institution dont j'estime la maturité encore insuffisante au regard, notamment, du fonctionnement de ses homologues britannique, allemand et italien. Tout renforcement de son action doit, cependant, être raisonnablement établi à l'aune des impératifs de défense nationale. Certaines limites ne doivent, à cet égard, pas être franchies, notamment si la divulgation d'informations à la délégation, et bien que ses membres soient habilités, mettaient en péril notre coopération avec des services étrangers ou si la sécurité publique devait en pâtir. À cet effet, l'amendement que vous proposera le rapporteur, s'il élargit le champ des informations dont peut avoir connaissance la délégation parlementaire au renseignement, prend soin de préciser que le Gouvernement dispose de la capacité, par exception d'en interdire la divulgation. Le renseignement constitue un domaine hautement sensible de l'action publique, dont le contrôle parlementaire ne peut rester au milieu du gué. Pendant quatre ans, comme membre de droit de la délégation, j'ai observé l'institution adopter un rythme de croisière au fil d'auditions fort intéressantes, mais trop formelles pour ressortir d'un véritable contrôle. Lors de la création de la délégation par la loi du 9 octobre 2007 puis de l'élargissement progressif de ses compétences, les débats parlementaires ont insisté sur la confiance qui devait émaner de l'institution. Or, à mon sens, cette nécessaire confiance ne doit pas annihiler toute matérialisation de sa mission de contrôle. Je ne vous cache pas que le coordonnateur national au renseignement ne s'est guère montré enthousiaste s'agissant de notre proposition d'amendement, qui, pour l'essentiel, reprend la proposition de loi que j'ai déposée avec nos collègues Christian Cambon et François-Noël Buffet. Le Premier ministre, pour des raisons compréhensibles, ne pouvait, pour sa part, s'y montrer par trop défavorable... Si notre commission adoptait cette disposition et qu'elle était suivie à la fois par la commission des affaires étrangères, de la défense

et des forces armées, saisie au fond du projet de loi, et par le Sénat, certains ajustements pourraient toutefois s'avérer nécessaires.

M. Yves Détraigne. - Mon intervention sera brève : je souhaite féliciter notre collègue Philippe Bonnecarrère pour la qualité pédagogique de son exposé.

M. Jean-Yves Leconte. - Je joins, monsieur le rapporteur, mes remerciements à ceux de nos collègues pour la clarté de vos explications. Ma première question porte sur l'éligibilité des militaires. Au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 28 novembre 2014, qui a jugé non conforme à la Constitution l'incompatibilité générale entre le statut de militaire en service et l'exercice d'un mandat municipal, le projet de loi ne se montre guère ambitieux. Ne conviendrait-il pas de doter les militaires d'un statut similaire à celui des ressortissants européens ? Les règles qui leur sont applicables ne se justifient, en effet, que par la tradition...

Je m'interroge également sur le champ d'application de l'article 23 relatif aux prélèvements salivaires réalisés en opérations extérieures (OPEX), actuellement limités aux personnes décédées ou capturées. Dans le cadre de l'élargissement de leur autorisation, qui conduira naturellement à la multiplication du nombre de prélèvements, quelles garanties de contrôle s'appliqueront au fichier qui les recensera ? Ne serait-il pas, par ailleurs, plus prudent de limiter cet élargissement aux seules activités militaires faisant l'objet d'une information du Parlement ?

M. Alain Richard. - Je suis favorable aux propositions de notre rapporteur, comme aux dispositions de la proposition de loi relative à la délégation parlementaire au renseignement, à l'exception de la possibilité qui lui serait donnée d'entendre des membres des services de renseignement. Il n'est certes pas interdit d'espérer pour entreprendre, mais je serais fort déçu que le Gouvernement y donne un avis favorable.

M. Philippe Bonnecarrère, rapporteur. - Il est exact, monsieur Leconte, et je n'en ai pas fait mystère dans ma présentation, que la suite donnée à la décision du Conseil constitutionnel par l'article 18 du projet de loi peut être jugée *a minima*. Il a été estimé par le juge constitutionnel « qu'eu égard au nombre de mandats municipaux avec lesquels l'ensemble des fonctions de militaire de carrière ou assimilé sont ainsi rendues incompatibles, le législateur a institué une interdiction qui, par sa portée, excède manifestement ce qui est nécessaire pour protéger la liberté de choix de l'électeur ou l'indépendance de l'élu contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts » et la limitation ainsi posée est seule prise en considération par le texte. Toutefois, jamais je n'ai entendu un militaire se plaindre des règles qui lui étaient appliquées en la matière. En outre, le fait de se voir confier des fonctions exécutives locales me semble, par exemple, modifier la perception du rôle du militaire en matière de conflits d'intérêts.

M. Jean-Yves Leconte. – Ma proposition d’alignement du statut électoral des militaires sur celui des ressortissants de l’Union européenne visait davantage la prise en compte du nombre d’habitants de la ville considérée que la fonction exercée par le militaire lui-même.

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Lorsqu’un citoyen britannique réside dans un village français, il ne peut être que conseiller municipal, à l’exclusion donc de toute fonction exécutive. Cette limitation se rapproche de celle proposée pour les militaires en exercice, qui ne pourront, par exemple, pas être grands électeurs en l’état actuel du texte.

Le fichier Biopex qui recense les prélèvements salivaires réalisés en OPEX est un fichier classé et non publié, afin de garantir la confidentialité des informations qui y figurent. Par ailleurs, dans la mesure où il n’est pas de déclaration de guerre sans information du Parlement, l’élargissement de ces prélèvements aux seules OPEX me semble présenter toutes les garanties nécessaires.

EXAMEN DES ARTICLES

Article 18

L’amendement de rédaction et d’harmonisation [COM-119](#) est adopté.

Article 19

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Je vous ai longuement présenté, dans mon propos liminaire, l’objet des amendements [COM-114](#), [COM-116](#) et [COM-115](#).

Les amendements [COM-114](#), [COM-116](#) et [COM-115](#) sont adoptés.

Article 22

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – L’amendement [COM-117](#) renforce les prérogatives de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) en matière de contrôle des essais de matériels de renseignement par les armées. Elle aura ainsi la possibilité, à la seule fin de s’assurer du respect des conditions prévues par la loi, de se faire présenter sur place les capacités d’interception ayant fait l’objet d’un test.

L’amendement [COM-117](#) est adopté.

Chapitre III ter

L’amendement de coordination [COM-120](#) est adopté.

Article additionnel après l'article 22 bis

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – Nous avons précédemment débattu de l'élargissement des prérogatives de la délégation parlementaire au renseignement, qui fait l'objet de l'amendement [COM-118](#).

L'amendement [COM-118](#) est adopté.

Article 24

L'amendement rédactionnel [COM-112](#) est adopté.

Article 32

M. Philippe Bonnacarrère, rapporteur. – L'amendement [COM-113](#) revient à la rédaction en vigueur de l'article L. 4125-1 du code de la défense, qui fixe expressément dans la loi les hypothèses dans lesquelles les contentieux formés par les militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle n'ont pas à être précédés d'un recours administratif préalable obligatoire (RAPO). Le projet de loi prévoit, en effet, que les exceptions à l'obligation de RAPO soient fixées par décret en Conseil d'État, en fonction de l'objet du litige. Or le RAPO étant susceptible de retarder la saisine du juge, il appartient au législateur de déterminer les hypothèses dans lesquelles ce RAPO doit être exclu.

L'amendement [COM-113](#) est adopté.

La commission émet un avis favorable à l'adoption du projet de loi, sous réserve de l'adoption de ses amendements.

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES ET CONTRIBUTIONS ÉCRITES

Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN)

- Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI)

M. Guillaume Poupard, directeur général

M. Gwénaél Jézéquel, conseiller « relations institutionnelles et communication » auprès de la Secrétaire générale de la défense et de la sécurité nationale

M. Ludovic Lestel, conseiller juridique auprès de la Secrétaire générale de la défense et de la sécurité nationale

M. François Deruty, sous-directeur du centre opérationnel de la SSI

Ministère de la justice - Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG)

Mme Béatrice Bossard, sous-directrice de la justice pénale générale

Mme Vanessa El Khoury-Moal, rédactrice au bureau de la négociation pénale européenne et internationale

Mme Sarah Olivier, rédactrice au bureau de la législation pénale spécialisée

Ministère de l'intérieur - Bureau des élections

M. François Pesneau, adjoint au directeur de la modernisation et de l'action territoriale

Mme Pascale Pin, chef du bureau des élections et des études politiques

M. Augustin Cellard, adjoint au chef du bureau des élections et des études politiques

Ministère des armées

- Secrétariat général pour l'administration

Mme Myriam Achari, directrice des patrimoines, de la mémoire et des archives

M. Edgar Perez, sous-directeur de l'immobilier et de l'environnement

- Direction des affaires juridiques

Mme Claire Legras, directrice

Mme Camille Faure, adjointe à la directrice

M. Vincent Droullé, sous-directeur du droit privé et public

M. Mathieu Rée, chef du bureau Données personnelles, surveillance et protection

Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)

Mme Cécile Dubarry, directrice générale

M. Zacharia Alahyane, directeur « Internet et utilisateurs »

M. Olivier Delclos, chef de l'unité « Opérateurs et obligations légales » à la direction Internet et utilisateurs

Commission nationale du débat public (CNDP)

Mme Chantal Jouanno, présidente

Syndicat de la juridiction administrative

Mme Anne-Gaëlle Mauclair, membre du conseil syndical

M. Julien Illouz, membre du conseil syndical

Union syndicale des magistrats administratifs

M. Ivan Pertuy, membre du conseil syndical

Fédération française des télécoms

M. Jean-Luc Moliner, président de la commission sécurité de la FFTélécoms, directeur de la sécurité du groupe Orange

M. Anthony Colombani, directeur des affaires publiques de Bouygues Telecom

M. Thomas Puijalon, responsable des affaires publiques de SFR

Mme Carole Gay, responsable des affaires institutionnelles du groupe Orange

M. Alexandre Galdin, rapporteur de la commission sécurité, responsable des affaires réglementaires et études économiques

Institut national de recherche en informatique et en automatique (INRIA)

Mme Nozha Boujema, directrice de recherche

M. Claude Kirchner, directeur de recherche

Personnalité qualifiée

M. Alexandre Archambault, avocat au Barreau de Paris, spécialiste du numérique et du droit des nouvelles technologies

Contributions écrites

Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement

Délégué général de l'armement - Ministère des armées

**AMENDEMENTS PRÉSENTÉS PAR
LA COMMISSION DES LOIS**

Article 18

Amendement COM-119

1° Alinéa 7

Remplacer les mots :

communautés de communes

par les mots :

établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre

2° Alinéa 12, deuxième phrase

Supprimer cette phrase.

3° Alinéa 18, première phrase

Rédiger ainsi cette phrase :

En cas d'élection et d'acceptation de l'un des mandats compatibles avec l'exercice des fonctions de militaire en position d'activité, le dernier alinéa de l'article L. 4121-3 du présent code n'est pas applicable.

4° Alinéa 19, première phrase

Remplacer les mots :

de conseiller municipal

par le mot :

local

Article 19

Amendement COM-114

A. - Alinéa 4

Rédiger ainsi cet alinéa :

« A la demande de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, lorsque celle-ci a connaissance d'une menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes d'information, les opérateurs de communications électroniques ayant mis en œuvre les dispositifs prévus au premier alinéa procèdent, aux fins de prévenir la menace, à leur exploitation, en recourant, le cas échéant, à des marqueurs techniques que cette autorité leur fournit.

B. - Alinéa 5

1° Au début, insérer une phrase ainsi rédigée :

« Par dérogation au II de l'article L. 34-1, les opérateurs de communications électroniques sont autorisés à conserver, pour une durée maximale d'un an, les

données techniques strictement nécessaires à la caractérisation d'un évènement détecté par les dispositifs mentionnés au premier alinéa du présent article.

2° Après les mots :

à la prévention

insérer les mots :

et à la caractérisation

C. - Alinéa 7

Après les mots :

de la vulnérabilité

rédigé ainsi la fin de cet alinéa :

de leurs systèmes d'information ou des atteintes qu'ils ont subies.

D. - Alinéa 8

Compléter cet alinéa par une phrase ainsi rédigée :

Celui-ci détermine notamment les catégories de données pouvant être conservées par les opérateurs de communications électroniques.

E. - Alinéa 14

Après le mot :

complet

insérer les mots :

et permanent

et après les références :

L. 2321-2-1 et L. 2321-3

insérer les mots :

ainsi qu'aux dispositifs de traçabilité des renseignements collectés,

F. - Après l'alinéa 14

Insérer un alinéa ainsi rédigé :

« 2° *bis* - Peut, à la demande de son président, se faire assister par des experts individuellement désignés et habilités à cet effet au secret de la défense nationale.

G. - Alinéa 15

1° Rédiger ainsi le début de cet alinéa :

« 3° Peut adresser, à tout moment, à l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information... (le reste sans changement)

2° Deuxième phrase

Après le mot :

informée

insérer les mots :

, sans délai,

H. - Après l'alinéa 16

Insérer un alinéa ainsi rédigé :

« Le Conseil d'État peut être saisi par le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes d'un recours lorsque l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information ne se conforme pas à une injonction qui lui est adressée en vertu du présent article. Le Conseil d'État statue alors dans les conditions prévues au chapitre III *quater* du titre VII du livre VII du code de justice administrative.

I. - Après l'alinéa 17

Insérer un alinéa ainsi rédigé :

« Elle peut adresser au Premier ministre, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat, à tout moment, les observations qu'elle juge utiles.

J. -Après l'alinéa 24

Insérer un paragraphe ainsi rédigé :

I *bis*. – Le code de justice administrative est ainsi modifié :

1° Après les mots : « code de la sécurité intérieure », la fin du premier alinéa de l'article L. 311-4-1 est ainsi rédigée : « , la mise en œuvre de l'article 41 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, pour certains traitements ou certaines parties de traitements intéressant la sûreté de l'État, et la mise en œuvre des mesures prévues par l'article L. 2321-2-1 du code de la défense ainsi que des demandes formulées en application du second alinéa de l'article L. 2321-3 du même code. » ;

2° Après le chapitre III *ter* du titre VII du livre VII, il est inséré un chapitre III *quater* ainsi rédigé :

« Chapitre III *quater*

« ***Le contentieux de la mise en œuvre des dispositifs de prévention des atteintes aux systèmes d'information***

« Art. L. 773-10. – Le Conseil d'État examine les requêtes présentées sur le fondement de l'article L. 36-14 du code des postes et des communications électroniques conformément aux règles générales du présent code, sous réserve des dispositions particulières du présent chapitre.

« Art. L. 773-11. – Lorsqu'est en cause le secret de la défense nationale, les affaires relevant du présent chapitre sont portées devant la formation spécialisée prévue par l'article L. 773-2.

« Art. L. 773-12. – Lorsque la formation de jugement constate qu'un dispositif de prévention des atteintes aux systèmes d'information est ou a été mis en œuvre illégalement ou que des données ont été collectées ou conservées illégalement, elle peut ordonner l'interruption des opérations et la destruction des données irrégulièrement collectées ou conservées. »

Article 19
Amendement COM-116

I. - Alinéas 10, 13 et 36

Remplacer le mot :

second

par le mot :

deuxième

II. - Après l'alinéa 34

Insérer un alinéa ainsi rédigé :

« Les surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées par les opérateurs de communications électroniques à la demande de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information en application du premier alinéa du présent article sont compensés selon les modalités prévues par le III de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques.

Article 19
Amendement COM-115

I. - Alinéa 28

Compléter cet alinéa par une phrase ainsi rédigée :

Un décret en Conseil d'État détermine les catégories de données susceptibles d'être collectées en application du présent alinéa.

II. - Alinéa 31

Rédiger ainsi le début de cet alinéa :

« Art. L. 2321-2-2. - Est puni de 150 000 € d'amende le fait... *(le reste sans changement)*

Article 22
Amendement COM-117

Alinéa 3

Compléter cet alinéa par une phrase ainsi rédigée :

La commission peut, à sa demande et à la seule fin de s'assurer du respect des conditions prévues par le premier alinéa du présent article, se faire présenter sur place les dispositifs et capacités d'interception ayant fait l'objet d'essais.

Chapitre III ter
Dispositions relatives à la commission de vérification des fonds spéciaux
(division et intitulé nouveaux)
Amendement COM-120

Dans l'intitulé de cette division, remplacer les mots :
à la commission de vérification des fonds spéciaux
par les mots :
au contrôle parlementaire du renseignement

Article additionnel après l'article 22 bis (nouveau)
Amendement COM-118

Après l'article 22 bis

Insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article 6 *nonies* de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 est ainsi modifié :

1° Le I est ainsi modifié :

a) Après les mots : « À cette fin, elle », la fin du deuxième alinéa est ainsi rédigée : « peut solliciter tout document, information ou élément d'appréciation nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Lorsque la transmission d'un document, d'une information ou d'un élément d'appréciation est soit susceptible de mettre en péril le déroulement d'une opération en cours ou l'anonymat, la sécurité ou la vie d'un agent relevant d'un service spécialisé de renseignement mentionné à l'article L. 811-2 du code de la sécurité intérieure ou d'un service autorisé par le décret en Conseil d'État mentionné à l'article L. 811-4 du même code, soit concerne les échanges avec les services étrangers ou avec les organismes internationaux compétents dans le domaine du renseignement, le Premier ministre ou les ministres de tutelle des services mentionnés au présent alinéa peuvent, par une décision motivée, s'opposer à sa communication. » ;

b) Après le deuxième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Sont en outre communiqués à la délégation : » ;

c) Après le 6°, il est inséré un 7° ainsi rédigé :

« 7° La liste annuelle des rapports de l'inspection des services de renseignement ainsi que des rapports des services d'inspection générale des ministères portant sur les services de renseignement qui relèvent de leur compétence. » ;

d) Après les mots : « tout ou partie des rapports », la fin de l'avant-dernier alinéa est ainsi rédigée : « mentionnés au 7° du présent I. » ;

e) Le dernier alinéa est supprimé ;

2° Le II est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« La délégation peut nommer, parmi ses membres, un rapporteur auquel elle peut déléguer une mission d'évaluation ou de contrôle sur une ou plusieurs thématiques relatives à l'activité des services mentionnés au I. » ;

3° Le premier alinéa du III est ainsi modifié :

a) À la première phrase, après les mots : « coordonnateur national du renseignement », sont insérés les mots : « et de la lutte contre le terrorisme » ;

b) Après la première phrase, est insérée une phrase ainsi rédigée : « Lorsqu'elle se rend sur le site de l'un des services mentionnés au I, la délégation peut entendre tout personnel placé auprès de ce service. »

Article 24

Amendement COM-112

Après l'alinéa 4

Insérer un alinéa ainsi rédigé :

...) Au 2°, la référence : « L. 5337-2 » est remplacée par la référence : « L. 5242-23 » ;

Article 32

Amendement COM-113

Alinéas 12 et 13

Supprimer ces alinéas.