



N° 761

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

QUINZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 mars 2018

AVIS

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA
LÉGISLATION ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE,
SUR LE PROJET DE LOI

*relatif à la **programmation militaire** pour les années **2019 à 2025** et portant diverses
dispositions intéressant la **défense** (n° 659)*

PAR M. JEAN-FRANÇOIS ELIAOU
Député

Voir les numéros :

Assemblée nationale : **659**.

SOMMAIRE

| | Pages |
|--|-------|
| INTRODUCTION | 5 |
| DISCUSSION GÉNÉRALE | 7 |
| EXAMEN DES ARTICLES | 13 |
| TITRE II – DISPOSITIONS NORMATIVES INTÉRESSANT LA DÉFENSE NATIONALE | 13 |
| Chapitre I ^{er} – Dispositions relatives aux ressources humaines | 13 |
| <i>Section 3 : Dispositions diverses dans le domaine des ressources humaines</i> | 13 |
| <i>Article 14</i> (art. 20 de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique et art. 25 septies et 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) : Rétablissement de l'application aux ouvriers de l'État des dispositions relatives aux fonctionnaires en matière de cumul d'activité | 13 |
| <i>Section 5 : Expérimentation</i> | 16 |
| <i>Article 16</i> : Double expérimentation en matière de recrutements d'agents | 16 |
| Chapitre II – Dispositions relatives à l'élection de militaires aux scrutins locaux | 22 |
| <i>Article 18</i> (art. L. 46 et L. 231 du code électoral, art. L. 2122-5-2 [nouveau] du code général des collectivités territoriales et art. L. 4121-3-1 [nouveau] du code de la défense) : Possibilité pour un militaire de détenir un mandat de conseiller municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants | 22 |
| Chapitre III – Dispositions relatives à la cyber-défense | 29 |
| <i>Avant l'article 19</i> | 29 |
| <i>Article 19</i> (art. L. 33–14 [nouveau] et L. 36–7 du code des postes et des communications électroniques, art. L. 2321–2–1, L. 2321–3 et L. 2321–5 [nouveau] du code de la défense) : Amélioration des capacités nationales de détection, caractérisation et prévention des attaques informatiques | 29 |
| <i>Article 20</i> : Habilitation du Gouvernement à légiférer par ordonnance sur les conséquences de l'article 19 sur l'ARCEP | 35 |

| | |
|--|----|
| <i>Article 21</i> (art. L. 4123–12 du code de la défense) : Excuse pénale pour les actions numériques mobilisant des capacités militaires..... | 37 |
| <i>Article 22</i> (art. L. 2371–2 du code de la défense) : Autorisation de la direction générale de l’armement à procéder à la qualification des appareils ou dispositifs techniques permettant la mise en œuvre de certaines techniques de renseignement..... | 39 |
| Chapitre IV – Dispositions relatives aux opérations, à la coopération et à l’entraînement des forces..... | 42 |
| <i>Article 23</i> (art. L. 2381-1 du code de la défense) : Prélèvements biologiques en opérations extérieures..... | 42 |
| <i>Article 24</i> (art. 689-5, 689-6 et 689-14 (nouveau) du code de procédure pénale): Modification du code de procédure pénale pour la mise en œuvre de plusieurs conventions et protocoles internationaux..... | 48 |
| Chapitre VIII – Mesures de simplification..... | 51 |
| <i>Article 32</i> (art. L. 151-4, L. 154-4, L. 711-1, L. 711-2, L. 711-3 du code des pensions militaires d’invalidité et des victimes de la guerre, art. L. 4125-1 du code de la défense et art. 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives) : Transfert du contentieux des pensions militaires d’invalidité à la juridiction administrative..... | 51 |
| Chapitre IX – Dispositions diverses et finales..... | 53 |
| <i>Article 40</i> : Habilitation du Gouvernement à légiférer par ordonnance pour tirer les conséquences de la ratification prochaine de deux protocoles internationaux..... | 53 |

MESDAMES, MESSIEURS,

Le présent projet de loi de programmation militaire pour les années 2019 à 2025 traduit l'engagement du Président de la République de porter l'effort de défense à 2 % de la richesse nationale à l'horizon 2025. 198 milliards d'euros sont ainsi prévus sur les cinq premières années de la programmation, soit 39,6 milliards d'euros par an en moyenne, contre 32,2 milliards lors de la programmation précédente.

Cet effort, inédit par son ampleur, s'inscrit dans le prolongement de la Revue stratégique de défense et de sécurité nationale du 13 octobre 2017, qui a rappelé que la France était confrontée à des menaces intenses, diversifiées et durables : risque terroriste, retour des politiques de puissance et affaiblissement de l'ordre international. Dans cet environnement stratégique instable et incertain, les armées doivent faire face à des conflits plus durs et à des adversaires mieux équipés.

Avec le présent projet de loi, le Gouvernement se fixe quatre priorités politiques :

– donner aux armées les moyens de remplir leurs missions de manière durable, en augmentant les crédits relatifs à l'entretien des matériels, à la préparation opérationnelle ou encore à la formation ;

– renouveler les capacités opérationnelles des forces ;

– garantir l'autonomie stratégique de la France en construisant un modèle d'armée complet ;

– innover pour faire face aux défis futurs, en préparant la supériorité opérationnelle des armées à plus long terme.

Présenté en conseil des ministres le 8 février dernier, ce texte a été renvoyé au fond à la commission de la Défense. Comme elle l'avait fait pour les dernières lois de programmation militaire⁽¹⁾, la commission des Lois a décidé de se saisir pour avis des dispositions qui relèvent de sa compétence.

(1) *Lois 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 et n° 2015-917 du 28 juillet 2015 actualisant la programmation militaire pour les années 2015 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense.*

Ainsi les articles 14 et 16 concernent les ressources humaines du ministère des Armées. L'article 16 est particulièrement novateur, puisqu'il a pour objet de prévoir une double expérimentation en matière de recrutements d'agents.

L'article 18 est relatif à l'élection des militaires aux scrutins locaux. Tirant les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014, il permet aux militaires en activité d'exercer un mandat de conseiller municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants tout en excluant l'exercice des fonctions de maire et d'adjoint au maire et prévoit que le militaire élu au conseil municipal bénéficie des garanties accordées aux titulaires d'un mandat de conseiller municipal en matière d'autorisations d'absence et de crédits d'heures ainsi que du droit à la formation des élus locaux. Il actualise par ailleurs les conditions d'inéligibilité territoriale des militaires.

Les articles 19 à 22 sont relatifs aux opérations dans le cyber-espace, le domaine cyber ayant été identifié par le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2008 et, plus récemment, par la Revue stratégique comme l'une des principales menaces qui pèsent sur notre défense et notre sécurité. Les attaques dans l'environnement numérique se sont en effet multipliées, accentuant ainsi une menace dorénavant placée au cœur de la stratégie nationale.

L'article 23 traite des prélèvements biologiques effectués par les armées, en opérations extérieures, à des fins d'identification. L'article 24 modifie le code de procédure pénale pour la mise en œuvre de plusieurs conventions et protocoles internationaux, tandis que l'article 32 transfère le contentieux des pensions militaires d'invalidité à la juridiction administrative. L'article 40, enfin, habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour tirer les conséquences de la ratification prochaine de deux protocoles internationaux.

La Commission a formulé un **avis favorable** sur les onze articles qu'elle a examinés. Elle a adopté **cinq amendements** présentés par le rapporteur pour avis :

- à l'article 16, pour porter de 20 à 30 % le plafonnement du nombre de recrutements de techniciens supérieurs d'études et de fabrication proposés à titre expérimental ;
- à l'article 18, pour rendre compatible le mandat de conseiller communautaire avec la fonction de militaire en position d'activité, d'une part, et supprimer l'inéligibilité territoriale prévue pour les officiers supérieurs et généraux, d'autre part ;
- au chapitre III, pour modifier son intitulé, afin de reprendre la terminologie de la Revue stratégique ;
- à l'article 23, enfin, pour garantir la sécurité juridique et technique des prélèvements effectués par les membres des forces armées.

DISCUSSION GÉNÉRALE

Lors de sa réunion du mardi 13 mars 2018, la Commission procède à l'examen pour avis du projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense (articles 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 32 et 40) (M. Jean-François Eliaou, rapporteur) (n° 659).

M. Stéphane Mazars, président. La commission des Lois s'est saisie de onze articles du projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025. Nous nous réunissons dès ce matin car le Règlement nous impose de nous prononcer avant l'examen du texte par la Commission compétente au fond, en l'occurrence la commission de la Défense. Or celle-ci est convoquée cet après-midi, après les questions au Gouvernement.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Le projet de loi de programmation a été présenté en conseil des ministres le 8 février 2018 et renvoyé à la commission de la Défense. La commission des Lois est saisie pour avis des dispositions relevant de ses compétences, comme elle l'avait déjà fait pour les précédentes lois de programmation militaire. Ces dispositions, très variées, nous intéressent à différents titres.

Tout d'abord, les articles 14 et 16 concernent les ressources humaines. Je ne m'attarderai pas sur l'article 14, qui vise à rétablir l'application aux ouvriers de l'État des règles de cumul d'activité applicables aux fonctionnaires.

L'article 16 est plus novateur, puisqu'il prévoit de lancer deux expérimentations d'une durée de quatre ans, à compter du 1^{er} janvier 2019, afin de pourvoir à des emplois dans des régions où les difficultés de recrutement sont particulièrement marquées – la Bourgogne-Franche-Comté, le Centre-Val de Loire, le Grand Est et l'Île-de-France. Les modalités de recrutement seront en effet assouplies pour deux catégories de personnels civils. D'une part, les agents contractuels relevant de cinq spécialités – renseignement ; génie civil ; systèmes d'information et de communication ; santé et sécurité au travail ; maintien en condition opérationnelle des matériels terrestres – bénéficieront désormais d'un contrat de trois ans, et non plus d'un an renouvelable une fois. Il faudra veiller à ce que cette mesure s'applique effectivement à toute la durée de l'expérimentation, et que les contrats signés puissent aller jusqu'à leur terme, c'est-à-dire un maximum de trois ans. En ce qui concerne les techniciens supérieurs d'études et de fabrications, d'autre part, il sera possible de déroger à l'organisation d'un concours pour 20 % des recrutements annuels. Eu égard aux besoins du ministère des Armées, j'ai déposé un amendement portant ces recrutements exceptionnels de 20 à 30 % du total.

L'article 18 est relatif à l'élection des militaires aux scrutins locaux. Tirant les conséquences d'une décision du Conseil constitutionnel rendue le 28 novembre

2014 à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, cet article permettra aux militaires en activité d'exercer un mandat de conseiller municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants, l'exercice des fonctions de maire et d'adjoint au maire étant en revanche exclu.

Par ailleurs, il sera mis fin à la perte de revenu entraînée par l'application automatique du détachement de droit en cas d'acceptation du mandat, et les militaires élus pourront bénéficier des garanties accordées aux titulaires d'un mandat de conseiller municipal – autorisations d'absence et crédits d'heures – ainsi que du droit à la formation des élus locaux. Je me félicite de la compatibilité qui est ainsi établie entre la fonction de militaire en activité et l'exercice d'un mandat de conseiller municipal, mais il me semble qu'il conviendrait d'élargir cette possibilité au mandat de conseiller communautaire. J'ai déposé un amendement en ce sens.

Enfin, l'article 18 a pour objet d'actualiser les conditions d'inéligibilité des militaires. Se fondant sur le critère du grade, il prévoit que les officiers et sous-officiers de gendarmerie, ainsi que les officiers supérieurs et généraux des autres corps militaires, ne pourront pas être élus conseillers municipaux dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois. S'agissant des autres corps que ceux de la gendarmerie nationale, les militaires seront concernés à partir du grade de commandant : ce serait, en effet, les plus à même de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts, compte tenu de leurs fonctions, de leur niveau de responsabilité et de l'influence qu'ils peuvent exercer. Il me semble néanmoins que le risque est avant tout lié à la personnalité du militaire concerné et non à son grade : j'ai donc déposé un amendement visant à supprimer cette dernière disposition.

Les articles 19 à 22 sont relatifs aux opérations menées dans le cyberspace. Comme l'ont souligné le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale de 2008 et plus récemment la Revue stratégique de défense et de sécurité nationale, rendue publique le 13 octobre 2017, le domaine cyber est le cadre d'une des principales menaces pesant sur notre défense et notre sécurité. Les attaques s'étant multipliées dans l'environnement numérique, cette menace se trouve dorénavant au cœur de notre stratégie nationale.

J'ai déposé un amendement qui tend à modifier l'intitulé de ce chapitre du projet de loi en reprenant partiellement la terminologie employée par la revue stratégique de 2017, dont s'inspire le présent texte. La formulation retenue était la suivante : « *Mener des actions de lutte dans l'espace cyber : aptitude qui consiste à combattre, de façon défensive ou offensive dans l'ensemble du milieu numérique, contre des adversaires étatiques ou non* ».

L'article 19 autorise les opérateurs de communications électroniques à mettre en place, pour les besoins de la défense et de la sécurité des systèmes d'information, des dispositifs permettant de détecter les attaques informatiques. Le même article étend les capacités d'accès des agents de l'Agence nationale de la

sécurité des systèmes d'information (ANSSI) aux données détenues par les opérateurs de communications électroniques. Le rôle de l'ANSSI est également renforcé en cas d'attaques informatiques contre des opérateurs d'importance vitale ou des autorités publiques. Cet article a fait l'objet de plusieurs amendements qui me donneront l'occasion de tenter de vous rassurer en présentant les garanties prévues dans ce domaine.

L'article 20 habilite le Gouvernement à déterminer par ordonnance les modalités du contrôle qui sera exercé par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur les dispositions prévues à l'article 19, ainsi que les modalités d'organisation de l'ARCEP pour l'exercice de cette nouvelle mission. L'article 20 a vocation à être écrit en « dur », si je puis dire, d'ici à la réunion de la commission de la Défense ou à l'examen du texte en séance publique, je m'en réjouis.

L'article 21 ajoute les actions numériques à la liste des opérations mobilisant des capacités militaires et se déroulant à l'extérieur du territoire français, ou des eaux territoriales françaises, au cours desquelles la responsabilité pénale des militaires ne saurait être engagée.

En vertu de l'article 22, le ministère des Armées ne sera pas seulement autorisé à acquérir et à détenir des matériels de renseignement, mais aussi à procéder aux essais nécessaires à la qualification de ces matériels.

L'article 23 étend le champ d'application de l'article L. 2381-1 du code de la défense, qui permet aux forces armées d'effectuer des prélèvements biologiques en opérations, hors du territoire national, sur des personnes décédées ou capturées : celles qui présentent une menace pour la sécurité des personnes ou des populations seront également concernées. Nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur cette question à la faveur des amendements. Celui que j'ai déposé vise à garantir la sécurité juridique et scientifique du dispositif : les prélèvements salivaires devront être effectués par du personnel spécifiquement formé, entraîné et habilité.

L'article 24 modifie le code de procédure pénale afin de le rendre conforme, sur plusieurs points, à des conventions internationales et des protocoles qui sont notamment relatifs à la répression d'actes illicites en matière de sécurité maritime, d'aviation civile internationale et de protection des biens culturels en cas de conflit armé.

L'article 32 entreprend une réforme du contentieux des pensions militaires d'invalidité : actuellement confié à des juridictions spécialisées, il sera transféré à la juridiction administrative de droit commun. Afin de limiter le nombre de litiges, un recours administratif préalable deviendra par ailleurs obligatoire, avant toute saisine du juge administratif.

Enfin, l'article 40 habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour définir les conditions d'exercice des nouvelles compétences de police en mer qui sont issues de deux protocoles internationaux.

M. Jean Terlier. Ce projet de loi de programmation militaire pour les années 2019 à 2025 permettra à notre pays de tenir son rang en disposant, conformément à l'objectif assigné par le Président de la République, de la première armée d'Europe et de la deuxième du monde libre.

Les articles dont nous sommes saisis visent à étendre aux ouvriers de l'État les dispositions applicables aux fonctionnaires en matière de cumul d'activité, à faciliter le recrutement dans l'armée, à permettre au personnel militaire en position d'activité d'accéder à un mandat de conseiller municipal, à renforcer notre dispositif en matière de cyberdéfense et à donner aux forces armées davantage d'outils pour l'identification des personnes dont il existe des raisons précises et sérieuses de penser qu'elles présentent une menace pour la sécurité des forces ou des populations civiles.

Toutes ces dispositions nous paraissent aller dans le bon sens. C'est pourquoi les membres du groupe La République en Marche soutiendront le projet de loi.

M. Philippe Latombe. Une remarque sur la forme, pour commencer. Notre Commission s'est saisie relativement tard : afin de pouvoir débattre davantage sur le fond, en particulier du fichier BIOPEX, nous aurions souhaité avoir plus de temps.

Plusieurs membres du groupe Mouvement Démocrate et apparentés ont déposé devant la commission de la Défense des amendements tendant à supprimer le seuil de 3 500 habitants et à inclure le mandat de conseiller communautaire, comme l'a proposé le rapporteur.

Nous souhaitons aussi appeler l'attention sur BIOPEX, je l'ai dit : nous comprenons parfaitement la nécessité d'autoriser nos forces armées déployées en opérations extérieures à procéder à des prélèvements salivaires et à alimenter un fichier en la matière. Ne soyons pas naïfs : c'est déjà le cas dans d'autre pays, il est normal que nos armées en aient également la possibilité. Néanmoins, la France est la patrie des droits de l'homme et une référence pour la protection de l'accès à ce type d'informations : nous devons donc être exemplaires. Nous déposerons ainsi deux amendements visant à assurer la bonne information des personnes concernées, dans une langue qu'elles connaissent – ce n'est pas qu'une question de forme – et à assurer un contrôle de l'utilisation du fichier par des parlementaires dûment habilités au secret défense. Enfin, même si nous n'avons pas déposé d'amendement à ce propos, il faut en rester à des prélèvements salivaires – et non sanguins ou d'autre nature –, comme le Conseil d'État l'a souligné dans son avis sur le projet de loi.

Pour le reste, notre groupe votera le texte dans la rédaction qui nous est proposée.

Mme Marie-France Lorho. Cela fait longtemps qu'une loi de programmation militaire n'avait pas fait l'objet d'un tel assentiment. Beaucoup ont toutefois tiré la sonnette d'alarme au sujet des investissements à réaliser dans nos forces armées, et il faudra s'en souvenir. Nous devons aux militaires et à toute la Nation de suivre la bonne application de cette loi de programmation militaire dans le temps.

Le ministère de la défense et la presse évoquent relativement peu notre investissement dans la lutte contre la piraterie. Pourtant, la situation est toujours plus tendue dans la Corne de l'Afrique, et le conflit sanglant qui se déroule au Yémen ne contribue pas à améliorer la sécurité dans cette zone. S'agissant de l'article 40, l'étude d'impact souligne que *« la mise en œuvre de la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime de 2005 pourrait, compte tenu de ces nouvelles infractions, avoir pour conséquences d'accroître le nombre des contrôles de navires en mer, et donc indirectement les coûts engagés par l'État pour les réaliser. Cette hausse du nombre de contrôles ne devrait toutefois pas nécessiter une augmentation des moyens alloués à l'action de l'État en mer »*. Partagez-vous cette analyse ? Par ailleurs, nos soldats sont-ils assez protégés au plan légal, compte tenu de la nature délicate des missions qu'ils peuvent avoir à exercer ?

Certaines dispositions du texte sont relatives à la cybersécurité, domaine dans lequel Alain Bauer a récemment rappelé tout ce que l'on doit à Jean-Yves Le Drian. En ce qui concerne le contrôle confié à l'ARCEP, le Conseil d'État s'est interrogé dans son avis *« sur la pertinence de confier cette mission à l'ensemble du collège et non, par exemple, à une formation plus restreinte dont les membres devraient être habilités au secret défense »*. L'encadrement actuellement prévu vous paraît-il suffisant ?

M. Arnaud Viala. Sur la forme, je voudrais également souligner que notre saisine tardive a rendu l'exercice un peu compliqué, même si nous avons fait tout notre possible pour participer à certains travaux de la commission de la Défense.

Le groupe Les Républicains observe avec vigilance les efforts annoncés pour les matériels et les effectifs. Sur ce deuxième point, extrêmement important, la trajectoire devra être confirmée et maintenue, s'agissant en particulier de l'encadrement. Ayant pu participer à des échanges à huis clos à ce sujet au sein de la commission de la Défense, je sais qu'il faut du temps pour former des cadres capables de diriger nos forces armées : leur opérationnalité risque de ne pas être optimale si l'on ne s'inscrit pas dans la durée.

Quant à l'augmentation du budget, il reste à savoir ce que celui-ci contiendra, notamment pour les opérations extérieures (OPEX). Elles sont incluses dans le corps de la loi de programmation militaire alors que ce n'était pas le cas jusqu'à présent : cela atténue un peu l'effort annoncé par le Gouvernement.

Enfin, même si je sais que c'est une sorte de chiffon rouge, je voudrais revenir sur le financement du service national voulu par le Président de la République et le Premier ministre. Malgré toutes les questions posées par notre groupe, nous n'arrivons pas à savoir s'il en résultera une ponction sur les crédits de la défense.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Je regrette, moi aussi, la temporalité de nos travaux. Nous pourrions néanmoins nous prononcer sur un certain nombre d'articles du projet de loi. Je précise d'ailleurs que je ne peux pas nécessairement – et que je ne souhaite pas – commenter des dispositions dont notre Commission n'est pas saisie.

Le financement du service national n'a pas été inclus dans le texte car ses modalités n'ont pas encore été précisément définies.

Il faut se féliciter de la prise en compte financière des OPEX : on doit essayer de les « budgéter » autant que possible, même si c'est parfois assez difficile, au regard de la situation géopolitique.

Nous aurons l'occasion de revenir sur la cyberdéfense lorsque nous examinerons les amendements. Même si je ne suis pas un spécialiste de cette question, je tenterai de vous tranquilliser en apportant les éclaircissements nécessaires.

La Commission en vient à l'examen des articles dont elle est saisie pour avis.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE II DISPOSITIONS NORMATIVES 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 et art. 25 *septies* et 25 *octies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires)

Rétablissement de l'application aux ouvriers de l'État des dispositions relatives aux fonctionnaires en matière de cumul d'activité

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 14 rétablit l'application aux ouvriers de l'État des règles de cumul d'activité applicables aux fonctionnaires.

Dernières modifications législatives intervenues :

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a inscrit, tout en les modifiant, les dispositions relatives au cumul d'activité des fonctionnaires, qui figuraient auparavant à l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, au sein des articles 25 *septies* et 25 *octies* de cette loi. Toutefois, la coordination nécessaire pour maintenir leur application aux ouvriers de l'État n'a pas été opérée.

I. L'ÉTAT DU DROIT

Agents publics, les ouvriers de l'État bénéficient d'un statut spécifique, conçu pour permettre à l'État de disposer de compétences et de qualifications professionnelles ne ressortissant pas des critères habituellement retenus dans la fonction publique, par exemple en matière de fabrication et de maintenance d'équipements militaires.

LES OUVRIERS DE L'ÉTAT

Résultant de la décision du pouvoir royal de doter la France d'une importante flotte de guerre construite dans les chantiers navals militaires, les premiers recrutements d'ouvriers de l'État remontent au XVII^e siècle. Le recours à cette catégorie de personnel s'est ensuite, au cours des XIX^e et XX^e siècles, généralisé, en particulier au ministère de la défense.

De fait, initialement conçu comme un moyen de recruter et de fidéliser une main-d'œuvre aux compétences techniques éprouvées, le statut d'ouvrier de l'État a fait l'objet d'un recours de plus en plus extensif, à tel point que la Cour des comptes, soulignant que ce statut avait « *été ainsi utilisé pour pourvoir des emplois qui pouvaient relever de la fonction publique* », l'a qualifié de « *détourné de sa finalité* »⁽¹⁾. La liste des emplois ouverts à ce type de recrutement s'est en effet allongée, allant jusqu'à concerner des emplois de cuisinier, de charpentier, de maçon, de conducteur ou encore d'ouvrier chargé de la sécurité.

Toutefois, depuis la fin des années 1990, le nombre d'ouvriers d'État diminue, compte tenu notamment des restructurations intervenues dans les secteurs concernés. Principalement employés par trois ministères (ceux chargés de la défense, de l'équipement et de l'intérieur), ils sont ainsi passés de près de 80 000 personnes en 1992 à 44 000 environ en 2011 et près de 20 000 aujourd'hui.

Dans le secteur de la défense, les ouvriers de l'État sont employés dans les services ou structures du ministère lui-même, dans les établissements publics à caractère administratif sous tutelle ministérielle, ou encore dans les deux entreprises d'armement DCNS et NEXTER.

Après avoir fait l'objet d'un moratoire entre 2008 et 2013, les recrutements d'ouvriers d'État ont repris au ministère de la défense, de manière ciblée sur 21 spécialités qualifiées de « sous tension » (par exemple plasturgistes, mécaniciens hydrauliques, spécialistes de l'optronique...).

Leurs effectifs s'élèvent à 16 500 fin 2016.

Ce statut, qui offre des avantages à même d'attirer des compétences professionnelles spécialisées, présente la particularité de se référer au droit public et au droit du travail. En matière de cumul des activités, ce sont traditionnellement les règles relatives à la fonction publique qui trouvent à s'appliquer aux ouvriers de l'État.

Ainsi, jusqu'en 2007, les dispositions du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions régissaient le cumul des activités des ouvriers de l'État.

Tout en abrogeant certaines d'entre elles, la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique a étendu aux ouvriers de l'État les dispositions relatives au cumul d'activités des fonctionnaires prévues à l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Se félicitant de cet apport du Sénat, le rapporteur de l'Assemblée nationale avait alors souligné que, « *ces derniers*

(1) Cour des comptes, rapport public annuel 2012, « La gestion des ouvriers de l'État au ministère de la défense ».

[n'étant] pas soumis au statut général des fonctionnaires, il convient de préciser que les obligations déontologiques leur restent applicables »⁽¹⁾.

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires a modifié le contenu de l'article 25 de la loi de 1983, afin de le consacrer à la définition des obligations générales incombant aux fonctionnaires, et a introduit dans cette même loi un article 25 *septies*, qui réforme les règles de cumul d'activité des fonctionnaires.

LES RÈGLES DE CUMUL D'ACTIVITÉS APPLICABLES AUX FONCTIONNAIRES
(article 25 *septies* de la loi n° 83-634)

Le fonctionnaire doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit.

Il résulte de ce principe l'interdiction faite au fonctionnaire de :

- créer ou reprendre une entreprise, s'il travaille à temps plein ;
- participer aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif ;
- donner des consultations, procéder à des expertises ou plaider en justice dans les litiges intéressant une personne publique ;
- prendre ou détenir certains intérêts dans des entreprises ;
- cumuler deux emplois publics permanents.

Des dérogations sont toutefois prévues pour permettre :

- la poursuite provisoire d'une activité au sein d'une entreprise après un recrutement dans la fonction publique ;
- le cumul d'une activité privée et d'un emploi public permanent à temps incomplet inférieur ou égal à 70 % de la durée du travail ;
- la faculté de créer ou de reprendre une entreprise pour un fonctionnaire travaillant à temps partiel ;
- les œuvres de l'esprit, les activités artistiques, les activités d'enseignement.

Sans préjudice de l'engagement de poursuites disciplinaires, la violation de ces dispositions donne lieu au reversement des sommes perçues au titre des activités interdites, par voie de retenue sur le traitement de l'agent.

Cette même loi a également introduit, au sein de la loi du 13 juillet 1983, un article 25 *octies*, qui, outre la modification de sa composition et l'élargissement de ses attributions en matière de déontologie et de départs vers le secteur privé, prévoit de recentrer ses compétences en matière de cumul d'activités sur les questions relatives à la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise par un fonctionnaire.

(1) Rapport n° 3592 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat, de modernisation de la fonction publique et présenté par M. Jacques-Alain Bénisti, Assemblée nationale, 17 janvier 2007.

Toutefois, la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 n'a pas procédé, dans le même temps, à l'actualisation de la loi du 2 février 2007, qui fait donc toujours référence à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 alors que cet article ne traite plus des règles relatives au cumul d'activités.

Aussi, la législation ne permet plus d'appliquer aux ouvriers de l'État les dispositions encadrant le cumul d'activités des fonctionnaires, telles qu'elles sont définies par les articles 25 *septies* et 25 *octies* de la loi du 13 juillet 1983.

II. LA RÉFORME PROPOSÉE

Afin de remédier à ce vide juridique, l'article 14 prévoit l'application aux ouvriers de l'État des règles de cumul d'activités inscrites aux articles 25 *septies* et 25 *octies* de la loi de 1983. Il abroge, en conséquence, les dispositions du II de l'article 20 de la loi du 2 février 2007 qui sont devenues sans objet.

*
* *

La Commission émet un avis favorable à l'adoption de l'article 14 sans modification.

Section 5 **Expérimentation**

Article 16

Double expérimentation en matière de recrutements d'agents

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 16 prévoit deux expérimentations de même durée, du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2022, destinées à assouplir les modalités de recrutement de personnels civils (fonctionnaires de catégorie B et agents contractuels), afin de pourvoir certains emplois situés dans quatre régions où les difficultés de recrutement sont particulièrement marquées.

Dernières modifications législatives intervenues :

Aucune.

I. L'ÉTAT DU DROIT

A. LE STATUT GÉNÉRAL DES FONCTIONNAIRES...

Le statut général des fonctionnaires pose, à l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, le principe de l'occupation des emplois permanents de l'État par des fonctionnaires.

Il n'autorise que dans certains cas le recours à des agents contractuels. Il en va ainsi lorsqu'il convient d'assurer la continuité du service dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire (article 6 *quinquies* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984). Le contrat est alors conclu pour une durée limitée à un an, qui peut être prolongée d'une année au plus, lorsque la procédure de recrutement pour pourvoir l'emploi par un fonctionnaire n'a pu aboutir.

Par ailleurs, le principe du concours comme modalité d'accès à la fonction publique est posé par l'article 19 de la loi de 1984. Des exceptions sont toutefois prévues à l'article 22. Les fonctionnaires peuvent ainsi être recrutés sans concours :

- quand il s'agit de fonctionnaires de catégorie C ;
- en application de la législation sur les emplois réservés ;
- lors de la constitution initiale d'un corps ;
- en cas d'intégration totale ou partielle des fonctionnaires d'un corps dans un autre corps classé dans la même catégorie.

B. ... NE PERMET PAS AU MINISTÈRE DES ARMÉES DE FAIRE FACE À SES BESOINS EN TERMES DE RECRUTEMENT

Le ministère des armées est confronté de manière récurrente à des difficultés de recrutement de personnels civils dans quatre régions (Bourgogne-Franche-Comté, Centre-Val de Loire, Grand Est et Île-de-France) et dans cinq secteurs d'activité (le renseignement, le génie civil, les systèmes d'information et de communication, la santé et la sécurité au travail et, enfin, le maintien en condition opérationnelle des matériels terrestres).

L'étude d'impact indique ainsi qu'« en 2017, le déficit de recrutement sur ces cinq spécialités était, au niveau national, supérieur à 20 %, soit une sous-réalisation de 58 postes pour 277 postes proposés au recrutement. Il est particulièrement marqué en génie civil (20 postes non-pourvus sur 71 ouverts), dans le renseignement (12 non-pourvus sur 49) et dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail (9 sur 47). Par ailleurs, ce déficit est exclusivement concentré sur les régions ciblées, dépassant de ce fait la proportion de 30 % (58

postes non-pourvus pour 128 recrutements réalisés). La région la plus déficitaire est l'Île de France ».

Ces difficultés de recrutement s'expliquent principalement par le manque d'attractivité des emplois concernés compte tenu du caractère très concurrentiel du marché du travail dans les secteurs visés et du caractère décourageant de la procédure du concours, souvent perçue comme un obstacle.

II. LES EXPÉRIMENTATIONS PROPOSÉES

Pris sur le fondement 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* », l'article 16 propose de lancer, à compter du 1^{er} janvier 2019, deux expérimentations, d'une durée de quatre ans, destinées à pourvoir aux emplois situés dans les régions où les difficultés de recrutement sont particulièrement marquées. Il s'agit ainsi d'assouplir les modalités de recrutement de deux catégories de personnels civils : les techniciens supérieurs d'études et de fabrication et les agents contractuels relevant de cinq spécialités.

A. LE RECRUTEMENT DE TECHNICIENS SUPÉRIEURS D'ÉTUDES ET DE FABRICATION

Le I de l'article 16 prévoit une première expérimentation relative au recrutement de fonctionnaires du premier grade des corps des techniciens supérieurs d'études et de fabrication du ministère de la défense sans recourir à l'organisation d'un concours, par dérogation au principe posé à l'article 19 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

Il s'agit ainsi d'attirer les apprentis, qui sont aujourd'hui réticents à l'idée de passer un concours.

Ce mode de recrutement est ouvert aux personnes détentrices, à la date de leur nomination, de l'un des diplômes ou titres requis pour être recrutées au sein du corps de fonctionnaires concerné ou d'une autre qualification garantissant un niveau de compétence équivalent. Il est revanche interdit aux militaires, aux magistrats, aux fonctionnaires qu'ils soient en activité, en détachement ou en congé parental et aux agents en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale.

Cette procédure expérimentale repose sur une sélection faite de manière « *objective et impartiale* », par une commission, de candidats, sur le fondement de leur capacité à assurer les missions qui leur seront confiées, des acquis de leur expérience professionnelle et, à aptitude égale, de leur motivation.

Cette commission, dont la composition et les modalités d'organisation seront fixées par décret, devra être composée, à hauteur des deux tiers au moins, de personnes extérieures au ministère de la défense.

Le nombre de postes offerts, chaque année, au titre de cette voie expérimentale est limité à 20 % des recrutements dans le corps des techniciens supérieurs d'études et de fabrication du ministère de la défense. Les personnes ainsi recrutées sont destinées à occuper des emplois dans les régions Bourgogne-Franche-Comté, Centre-Val de Loire, Grand Est et Île-de-France.

Alors que l'étude d'impact précise que « *les besoins sont estimés, en année pleine, à quinze emplois dans la filière administrative* », votre rapporteur considère qu'il convient de porter le nombre de postes offerts à 30 % du total des recrutements.

B. LE RECRUTEMENT D'AGENTS CONTRACTUELS

Le II de l'article 16 prévoit une seconde expérimentation relative au recrutement d'agents contractuels pour une durée qui, par dérogation au principe énoncé à l'article 6 *quinquies* de la loi du 11 janvier 1984 précitée, peut dépasser deux années, sans cependant pouvoir excéder trois années.

Cette voie de recrutement est destinée à combler la vacance temporaire de plus de six mois d'un emploi occupé par un fonctionnaire.

Le champ de l'expérimentation est limité à quatre régions (Bourgogne-Franche-Comté, Centre-Val de Loire, Grand Est et Île-de-France) et à cinq secteurs d'activité : le renseignement, le génie civil, les systèmes d'information et de communication, la santé et la sécurité au travail et, enfin, le maintien en condition opérationnelle des matériels terrestres.

L'étude d'impact indique que « *le ministère des armées ne dispose pas des éléments nécessaires à l'évaluation préalable de l'impact de cette mesure expérimentale, qui pourrait concerner, en année pleine, trente emplois de catégorie B et quarante de catégorie C* ».

Le III de l'article 16 prévoit qu'une évaluation de ces expérimentations sera présentée au Parlement un an avant leur terme. Elle portera notamment sur le nombre d'emplois ainsi pourvus.

III. LA POSITION DE LA COMMISSION DES LOIS

Afin de couvrir pleinement les besoins du ministère des armées en techniciens supérieurs d'études et de fabrication, la commission des Lois a adopté un amendement du rapporteur qui porte le nombre de leurs recrutements à titre expérimental à 30 %.

*

* *

La Commission examine l'amendement CL2 de M. Ugo Bernalicis.

Mme Danièle Obono. Nous sommes défavorables à l'article 16, qui vise à déroger aux procédures ordinaires de recrutement sur concours dans les secteurs d'activité en tension et les régions où le recrutement reste insuffisant.

Même s'il est prévu que les dérogations concernent un nombre limité d'embauches, sous un certain nombre de conditions, il y a fort à parier que cela constituera rapidement des précédents fâcheux, qui serviront d'argument pour la disparition progressive de la procédure ordinaire de recrutement sur concours : si ces dérogations permettent d'atteindre, même partiellement, les objectifs de recrutement, elles seront présentées comme la panacée ; si elles ne le permettent pas, en revanche, nous ne doutons pas que cet échec soit imputé à la modestie du dispositif. Le concours garantit l'égalité et la transparence pour l'accès aux emplois publics : ce sont deux principes fondateurs du modèle républicain. Toute remise en cause, même modérée, contribue à la mise en danger et au délitement de ce modèle.

En outre, ces dispositifs dérogatoires conduiront très vraisemblablement à un « roulement » important. L'investissement dans la formation des contractuels sera donc de plus en plus souvent réalisé en vain, faute d'un « retour » suffisant. Au lieu de participer à la déstabilisation de l'emploi public, il faudrait que le ministère adopte un véritable système de fidélisation du personnel.

C'est pourquoi nous demandons la suppression de cet article.

M. Jean Terlier. Cette expérimentation me paraît au contraire nécessaire pour remédier à un certain nombre de difficultés. Il y a un déficit de recrutement pour certains métiers au sein de nos armées, notamment les techniciens supérieurs d'études et de fabrications et les agents contractuels spécialisés dans le renseignement. Par ailleurs, le présent article comporte un certain nombre de garanties : le recrutement se fera à l'issue d'une audition par un comité de sélection, le dispositif est limité à certaines zones géographiques, et il ne pourra concerner que 20 % des recrutements dans un corps donné, voire 30 % comme le propose, de manière pertinente, un amendement du rapporteur pour avis. Mon groupe ne votera donc pas cet amendement.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Votre amendement, madame Obono, a pour objet de supprimer la double expérimentation en matière de recrutement d'agents.

Étant moi-même fonctionnaire, je suis sensible à votre souci et je comprends parfaitement votre position sur le caractère impartial du concours qui garantit la transparence et l'accès de tous à de nouvelles fonctions.

Néanmoins, cette double expérimentation apparaît essentielle pour le ministère de la défense qui souffre d'un déficit net de recrutements d'une part en techniciens supérieurs d'études et de fabrication, d'autre part en agents contractuels spécialisés dans les métiers extrêmement spécifiques et pointus du renseignement, du génie civil, des systèmes d'information et de communication,

de la santé et de la sécurité au travail, du maintien en condition opérationnelle des matériels terrestres.

Sans entrer dans tous les détails, je peux vous donner un chiffre significatif : en 2017, le déficit de recrutement dans ces spécialités atteignait 30 % dans les régions visées par le présent article, 58 postes non pourvus pour 128 recrutements réalisés.

Les modalités de recrutement seront précisées dans l'article mais j'insiste sur un point : la commission sera composée d'au moins deux tiers de personnalités extérieures au ministère des Armées, ce qui garantit l'objectivité et l'impartialité. En outre, ces modalités permettront de prendre en compte le niveau des candidats mais également leur expérience, leurs acquis professionnels et leurs motivations, ce que l'on ne peut pas faire dans le cadre d'un concours fondé sur une épreuve écrite.

Conformément à l'article 37-1 de la Constitution, ces expérimentations sont limitées quant à leur objet, leur localisation géographique et leur durée, fixée à quatre ans.

Ce moyen de recrutement, un peu particulier et exceptionnel, permettra précisément de fidéliser les personnels – c'est un souci permanent des forces armées –, notamment dans les métiers les plus critiques pour le maintien en opération de nos forces armées. J'émet donc un avis défavorable.

*La Commission **rejette** l'amendement.*

Puis elle examine l'amendement CL11 du rapporteur pour avis.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Compte tenu des besoins du ministère des Armées en matière de recrutement de techniciens supérieurs d'études et de fabrication, mis en évidence dans l'étude d'impact, il est préférable de porter de 20 à 30 % le plafonnement du nombre de recrutements dérogatoires à la loi du 11 janvier 1984, proposé ici à titre expérimental.

*La Commission **adopte** l'amendement.*

*Puis elle émet un avis **favorable** à l'adoption de l'article 16 **modifié**.*

CHAPITRE II

Dispositions relatives à l'élection de militaires aux scrutins locaux

Article 18

(art. L. 46 et L. 231 du code électoral, art. L. 2122-5-2 [nouveau] du code général des collectivités territoriales et art. L. 4121-3-1 [nouveau] du code de la défense)

Possibilité pour un militaire de détenir un mandat de conseiller municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants

Résumé du dispositif et effets principaux :

Le présent article a pour objet de modifier les articles L. 46 et L. 237 du code électoral, afin de permettre aux militaires en activité d'exercer un mandat de conseiller municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants tout en excluant l'exercice des fonctions de maire et d'adjoint au maire.

Il actualise par ailleurs l'article L. 231 du code électoral quant aux conditions d'inéligibilité des militaires.

Dernières modifications législatives intervenues :

L'article L. 46 du code électoral a été modifié par la loi n° 2009-971 du 3 août 2009, afin de prévoir que l'incompatibilité entre les fonctions de militaire et un mandat de député, de conseiller municipal, de conseiller communautaire ou de conseiller départemental, ne s'applique pas aux réservistes exerçant une activité en vertu d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité ; les réservistes de la gendarmerie nationale ne peuvent toutefois exercer cette activité au sein de leur circonscription.

L'article L. 231 du code électoral a été modifié en dernier lieu par l'ordonnance n° 2016-1563 du 21 novembre 2016, afin de tenir compte de l'évolution de la collectivité territoriale de Corse en collectivité de Corse.

I. L'ÉTAT DU DROIT

« Dans le domaine des droits civils et politiques (...) le cantonnement juridique des militaires (...) est depuis toujours (...) rigoureux », soulignait M. Renaud Denoix de Saint Marc dans le rapport de la commission de révision du statut général des militaires ⁽¹⁾.

Si le code de la défense ⁽²⁾ permet aux militaires d'être candidat à une fonction publique élective – ce qui emporte pendant la durée de la campagne

(1) Rapport de la commission de révision du statut général des militaires présidée par M. Renaud Denoix de Saint Marc, 29 octobre 2003.

(2) Article L. 4121-3 du code de la défense.

électorale la suspension de l'interdiction d'adhésion à un parti politique, les régimes d'inéligibilité et d'incompatibilité⁽¹⁾ pour les militaires se caractérisent, depuis la Révolution française⁽²⁾, par leur rigueur.

A. L'INCOMPATIBILITÉ DES FONCTIONS DE MILITAIRE DE CARRIÈRE AVEC L'EXERCICE DE MANDATS ÉLECTIFS

1. Une incompatibilité générale

Les fonctions de militaire en position d'activité ou assimilé, ou servant au-delà de la durée légale, sont incompatibles, au niveau national, avec les mandats de député et de sénateur, mais également, au niveau local, avec les mandats de conseiller régional, départemental, municipal et communautaire.

Pour ces trois derniers mandats, l'incompatibilité est posée à l'alinéa 1^{er} de l'article 46 du code électoral, qui l'exclut toutefois, en son alinéa 2, pour les réservistes exerçant une activité en vertu d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité tout en précisant que le réserviste de la gendarmerie nationale ne peut exercer cette activité au sein de sa circonscription.

Cette incompatibilité ne crée aucun obstacle à l'élection de celui qui occupe, au jour du scrutin, la fonction incompatible avec l'exercice du mandat électif. Elle oblige seulement l'élu à opter entre l'une ou l'autre des deux fonctions incompatibles, dans un délai défini.

Le dernier alinéa de l'article L. 237 du code électoral prévoit ainsi un droit d'option pour les militaires qui sont élus membres d'un conseil municipal. Ils disposent d'un délai de dix jours, à partir de la proclamation du résultat du scrutin, 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, les militaires concernés sont réputés avoir opté pour la conservation de leur emploi.

En cas d'élection et d'acceptation du mandat, les militaires sont placés en position de détachement de droit prévue à l'article L. 4138-8 du code de la défense. N'étant plus dans une position statutaire d'activité au regard du statut général des militaires, ils ne perçoivent plus leur solde militaire. De même, cette position est exclue du champ d'application des dispositions fixant le régime du versement de l'indemnité compensatrice en cas de détachement. La suspension de l'interdiction d'adhérer à un parti politique est par ailleurs prolongée pour la durée du mandat.

(1) *L'inéligibilité est entendue comme un obstacle empêchant l'élection régulière de celui qui en est frappé tandis que l'incompatibilité oblige l'élu à opter entre l'une ou l'autre des fonctions incompatibles dans un délai déterminé et établit au besoin une présomption de choix.*

(2) *La loi du 3 germinal an V (23 mars 1797) interdisait déjà, en son article 3, aux citoyens faisant partie de l'armée de continuer « l'exercice des fonctions militaires (...) tant que dur(ait) leur qualité de législateur ».*

2. L'incompatibilité avec le mandat de conseiller municipal jugée contraire à la Constitution

Par sa décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014⁽¹⁾, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions du premier alinéa de l'article L. 46 du code électoral selon lesquelles le mandat de conseiller municipal est incompatible avec les fonctions de militaire en position d'activité et, par voie de conséquence, la référence à cet article figurant au dernier alinéa de l'article L. 237 de ce même code.

Après avoir énoncé les exigences constitutionnelles particulières applicables aux forces armées, à la libre disposition desquelles l'exercice de mandats électoraux ne saurait porter atteinte, le Conseil a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle, *« si le législateur peut prévoir des incompatibilités entre mandats électoraux ou fonctions électives et activités ou fonctions professionnelles, la restriction ainsi apportée à l'exercice de fonctions publiques doit être justifiée, au regard des exigences découlant de l'article 6 de la Déclaration de 1789, par la nécessité de protéger la liberté de choix de l'électeur, l'indépendance de l'élu ou l'indépendance des juridictions contre les risques de confusion ou de conflits d'intérêts »*⁽²⁾.

Aussi, après avoir considéré que l'incompatibilité entre les fonctions de militaire de carrière et les mandats de conseiller général et de conseiller communautaire n'était pas inconstitutionnelle, au regard des modalités de leur élection et des exigences inhérentes à l'exercice de leur mandat ainsi que des obligations particulières attachées à l'état militaire, le Conseil a relevé *« 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 »*.

Le Conseil a estimé *« 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 »*.

Par conséquent, le Conseil a jugé que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 46 du code électoral était contraire à la Constitution. Il a reporté la date d'abrogation au 1^{er} janvier 2020 ou au prochain renouvellement général des conseils municipaux s'il intervient avant cette date.

(1) Décision n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014, M. Dominique de L.

(2) Décision n° 2000-426 DC du 30 mars 2000, Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice.

B. UNE INÉLIGIBILITÉ RELATIVE

Le régime d'inéligibilité qui trouve à s'appliquer aux militaires prend principalement la forme de l'interdiction faite à ceux d'entre eux qui exercent des fonctions d'autorité de se présenter dans leur ressort territorial.

Cette inéligibilité, qui peut être qualifiée de relative, a pour objet d'éviter l'exercice de fonctions susceptibles d'influencer les électeurs.

Ainsi, s'agissant du mandat de conseiller municipal, le 3^o de l'article L. 231 du code électoral prévoit que les officiers des armées de terre, de mer et de l'air ne peuvent être élus conseillers municipaux dans les communes comprises dans le ressort de leur commandement territorial actuel ou dans lesquelles ils ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois.

II. LA RÉFORME PROPOSÉE

Compte tenu des sujétions particulières imposées par l'état militaire, l'objectif est de définir un régime juridique garantissant le respect de l'obligation de disponibilité qui, posée à l'article L. 4125-1 du code de la défense, est attachée à la position d'activité, ainsi que celui du principe de neutralité des armées et de l'obligation de loyalisme, tels qu'ils résultent des articles L. 4111-1, L. 4121-2 et L. 4121-3 du même code.

A. LA COMPATIBILITÉ DES FONCTIONS DE MILITAIRE AVEC L'EXERCICE D'UN MANDAT MUNICIPAL

L'article 18 du projet de loi propose de tirer les conséquences de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 28 novembre 2014, en prévoyant une dérogation au principe d'incompatibilité posé à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 46 du code électoral.

Il propose ainsi d'insérer au sein de cet article L. 46 une disposition permettant aux militaires en activité d'exercer un mandat municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants et d'actualiser, en conséquence, l'article L. 237 relatif au droit d'option entre l'acceptation du mandat et la conservation de l'emploi.

Si la restriction du champ de la disposition aux communes de moins de 3 500 habitants peut apparaître étonnante, alors que la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ⁽¹⁾ a fait passer le seuil relatif au changement de mode de scrutin de 3 500 à 1 000 habitants, elle trouve sa justification, selon le ministère des armées, dans l'équilibre qui doit être trouvé entre la nécessité de ne pas prévoir une

(1) Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

incompatibilité absolue et le respect des obligations de disponibilité et de loyalisme.

Dans son avis sur le présent projet de loi, le Conseil d'État « considère que le seuil de 3 500 habitants, qui représente 91,3 % du nombre total des communes et 32 % de la population, procède à une conciliation équilibrée entre, d'une part, la nécessité de réduire le champ de l'incompatibilité afin de se conformer à la décision du Conseil constitutionnel et, d'autre part, le principe de neutralité, l'exigence de disponibilité, liée notamment à des nécessités opérationnelles, également rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée, et l'obligation de loyalisme, imposés aux militaires ».

L'article 18 du projet de loi propose en outre d'insérer un article L. 2122-5-2 dans le code général des collectivités territoriales, afin de maintenir l'incompatibilité entre les fonctions de maire et d'adjoint au maire et celles de militaire. Il apparaît en effet que les prérogatives du maire en tant qu'agent de l'État et agent exécutif de la commune présentent un risque de conflit d'intérêts avec les fonctions de militaire, quels que soient son grade et le ressort géographique de son poste. La grande disponibilité exigée des maires et de leurs adjoints semble par ailleurs difficilement compatible avec les obligations inhérentes aux militaires en position d'activité.

L'article 18 prévoit par ailleurs d'insérer un article L. 4121-3-1 dans le code de la défense, pour mettre fin à la perte de revenu entraînée par l'application automatique du détachement de droit en cas d'acceptation du mandat, à condition que le militaire en activité titulaire d'un mandat de conseiller municipal ne sollicite pas la suspension de l'interdiction d'adhésion à un parti politique pour la durée de ce mandat.

Ce nouvel article L. 4121-3-1 a également pour objet de permettre au militaire élu au conseil municipal de bénéficier des garanties accordées aux titulaires d'un mandat de conseiller municipal (autorisations d'absence et crédits d'heures) et du droit à la formation des élus locaux reconnu par le code général des collectivités territoriales, en complément des droits, notamment financiers, issus de l'application du statut général des militaires.

Si votre rapporteur se félicite de la compatibilité ainsi posée entre la fonction de militaire en activité et l'exercice d'un mandat de conseiller municipal, il considère qu'il convient également d'ouvrir la possibilité aux militaires d'exercer un mandat de conseiller communautaire.

B. L'ACTUALISATION DU RÉGIME D'INÉLIGIBILITÉ

L'article 18 propose d'actualiser les conditions d'inéligibilité territoriale posées par le 3° de l'article L. 231 du code électoral. Il apparaît en effet que la notion de commandement territorial à laquelle il est fait référence ne correspond plus à la réalité de l'organisation du ministère des armées.

Dans cette perspective, le ministère des armées a considéré qu'il était préférable de retenir le critère du grade : ne pourraient être élus conseillers municipaux dans les communes situées dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois les officiers et sous-officiers de gendarmerie ainsi que les officiers supérieurs et généraux des autres corps militaires.

Les grades ainsi retenus pour les militaires de la gendarmerie nationale ont pour objet de tenir compte de leur fort ancrage territorial et du fait que les missions qu'ils exercent se rapprochent de celles des fonctionnaires des corps actifs de la police nationale, soumis à un régime strict d'inéligibilité.

S'agissant des militaires relevant des autres corps, le ministère des armées a retenu les officiers supérieurs, qui correspondent aux grades de commandant, de lieutenant-colonel et de colonel, et les officiers généraux, au motif qu'ils seraient les plus à même de se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts, compte tenu de leurs fonctions, de leur niveau de responsabilité et de l'influence qu'ils peuvent exercer. Votre rapporteur ne partage pas cette analyse. Il considère que le risque d'une telle situation résulte avant tout du comportement du militaire concerné et non de son grade.

III. LA POSITION DE LA COMMISSION DES LOIS

Sur proposition du rapporteur, la commission des Lois a adopté deux amendements. Le premier vise à ouvrir aux militaires la possibilité d'exercer un mandat de conseiller communautaire et le second à supprimer l'inéligibilité territoriale prévue pour les officiers supérieurs et les officiers généraux.

*

* *

La Commission examine l'amendement CL10 de M. Jean-Louis Masson.

M. Raphaël Schellenberger. Même s'il est intéressant, l'article 18, qui instaure l'éligibilité des militaires dans les communes de moins de 3 500 habitants, affecte le principe de séparation des pouvoirs en matière de droit électoral, dans le but probable de répondre à la crise de vocations qui peut exister dans certaines petites communes. Quand une base est installée dans une petite commune, nombre de citoyens sont, de fait, inéligibles aux élections municipales. Cela étant, le droit a toujours bien séparé l'engagement militaire de l'engagement électif, tous deux pleins et entiers, et incompatibles entre eux par nature et en raison de la séparation des pouvoirs.

C'est pourquoi nous proposons de supprimer cet article. Nous ne cherchons pas à réduire les droits des militaires ; au contraire, nous souhaitons reconnaître la plénitude de leur engagement et inviter le législateur à réfléchir à une autre façon de compenser la crise des vocations qui existe dans certaines petites communes,

en raison, notamment, des évolutions du droit électoral : on a augmenté le nombre de conseillers municipaux et il devient difficile de trouver des candidats. Il y a peut-être d'autres solutions que de bousculer complètement notre organisation institutionnelle et le principe de la séparation des pouvoirs.

M. Jean Terlier. Cet article va permettre à nos militaires d'assumer un mandat de conseiller municipal dans les communes de moins de 3 500 habitants, tout en restant en position d'activité et de participer ainsi à la vie de la cité dans ces petites communes. C'est une très bonne chose.

Pour rassurer notre collègue du groupe Les Républicains quant à l'acceptabilité institutionnelle de cette disposition, je rappelle que le Conseil constitutionnel a considéré que l'interdiction générale faite aux militaires d'avoir un mandat dans un conseil municipal était contraire à la Constitution. L'article 18 tire les conséquences de cette décision.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Je rappelle que les communes qui ne comptent pas plus de 3 500 habitants représentent 91,3 % du nombre total de communes et 32 % de la population. Compte tenu de ces caractéristiques et du nombre de mandats municipaux, il a été jugé inconstitutionnel d'interdire aux militaires de carrière de briguer ces postes. Avis défavorable.

La Commission rejette l'amendement.

Puis elle examine l'amendement CL12 du rapporteur pour avis.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Cet amendement vise à rendre compatible le mandat de conseiller communautaire avec la fonction de militaire en position d'activité. Si un militaire de carrière peut devenir conseiller municipal, il est logique qu'il puisse aussi devenir conseiller communautaire.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle examine l'amendement CL13 du rapporteur pour avis.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Cet amendement vise à supprimer l'inéligibilité géographique prévue pour les officiers supérieurs et généraux. Il ne semble pas pertinent de faire une distinction pour les militaires qui ont un grade supérieur à celui de commandant, en supposant que leur influence serait plus importante que celle des moins gradés.

En revanche, la disposition du texte est maintenue pour les sous-officiers et officiers de gendarmerie, par analogie avec le corps des policiers.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle émet un avis favorable à l'adoption de l'article 18 modifié.

CHAPITRE III
Dispositions relatives à la cyber-défense

Avant l'article 19

La Commission est saisie de l'amendement CL6 du rapporteur pour avis.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Cet amendement est rédactionnel mais néanmoins important. Les quatre prochains articles ont trait au cyber-espace, les deux premiers étant plutôt défensifs et les deux suivants plutôt offensifs.

Dans ces conditions, l'intitulé du chapitre III ne me semble pas approprié puisqu'il fait référence à la seule cyber-défense et non pas au cyber-espace en général ; je propose donc d'intituler ce chapitre III : « Dispositions relatives à l'espace cyber ».

La Commission adopte l'amendement.

Article 19

(art. L. 33–14 [nouveau] et L. 36–7 du code des postes et des communications électroniques, art. L. 2321–2–1, L. 2321–3 et L. 2321–5 [nouveau] du code de la défense)

Amélioration des capacités nationales de détection, caractérisation et prévention des attaques informatiques

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 19 autorise les opérateurs de communications électroniques, pour les besoins de la défense et de sécurité des systèmes d'information, à mettre en place des dispositifs permettant de détecter les attaques informatiques. Il étend par ailleurs les capacités d'accès des agents de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) aux données détenues par les opérateurs de communications électroniques. Il renforce en outre le rôle de l'ANSSI en cas d'attaques informatiques sur les opérateurs d'importance vitale (OIV) ou les autorités publiques.

Dernières modifications législatives intervenues :

Ce dispositif s'inscrit dans le prolongement de la 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, qui a défini le cadre juridique français en matière de sécurité et de défense des systèmes d'information, et de la récente 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, qui a renforcé les dispositions en matière de cyber-sécurité des opérateurs de services essentiels.

I. L'ÉTAT DU DROIT

Dès 2008, le Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale a identifié les attaques contre les systèmes d'information comme l'une des principales menaces qui pèsent sur notre défense et notre sécurité.

Créée par le décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009, l'ANSSI assure la fonction d'autorité de défense et de sécurité des systèmes d'information. À ce titre, elle a notamment pour mission de :

- proposer au Premier ministre les mesures destinées à répondre aux crises affectant ou menaçant la sécurité des systèmes d'information des autorités publiques et des opérateurs d'importance vitale ;

- coordonner l'action gouvernementale dans le cadre des orientations fixées par le Premier ministre en matière de défense des systèmes d'information ;

- proposer les mesures de protection des systèmes d'information ;

- mener des inspections des systèmes des services de l'État et des opérateurs d'importance vitale ;

- participer aux négociations internationales et assurer la liaison avec ses homologues étrangers.

L'ensemble des secteurs d'activité est susceptible de faire l'objet d'une attaque informatique d'envergure, dont l'impact peut aller jusqu'à la paralysie de pans entiers de l'économie. Les exemples récents ne manquent pas, deux cyberattaques de grande ampleur au moins – « *Wannacry* » et « *NotPetya* » – ayant eu lieu pour la seule année 2017.

Pour y faire face, l'article 22 de la 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 a imposé aux opérateurs dits « *d'importance vitale* » le renforcement de la sécurité des systèmes d'information qu'ils exploitent. Les articles L. 1332-6-1 et suivants du code de la défense définissent les obligations qui leur sont imposées en matière de sécurité des systèmes d'information. Elles comprennent en particulier la déclaration d'incidents, la mise en œuvre d'un socle de règles de sécurité et le recours à des produits et à des prestataires de détection qualifiés.

Les opérateurs d'importance vitale

Les opérateurs d'importance vitale sont définis aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense.

Il s'agit :

- des opérateurs publics ou privés exploitant des établissements ou utilisant des installations et ouvrages, dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation ;
- des établissements classés pour la protection de l'environnement ou comprenant une installation nucléaire de base quand la destruction ou l'avarie de certaines installations de ces établissements peut présenter un danger grave pour la population.

Dans les deux cas, ces établissements sont désignés par l'autorité administrative.

La directive « NIS », publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* le 19 juillet 2016 et récemment transposée par 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, de son côté, renforcé la continuité des activités économiques et sociétales critiques. En effet, les cyber-attaques, lorsqu'elles visent certaines entreprises stratégiques, notamment les opérateurs fournissant des services essentiels au maintien de l'activité économique et sociétale, constituent une menace potentiellement très grave.

Si l'on a assisté ces dernières années au renforcement de la sécurité des systèmes d'information des OIV et des opérateurs fournissant des services essentiels au maintien de l'activité économique et sociétale, le droit positif reste relativement muet sur la détection des attaques informatiques, qui sont transportées par les opérateurs de communications électroniques ⁽¹⁾.

Comme le note l'étude d'impact, « à l'issue de la révélation d'une vulnérabilité majeure affectant les systèmes Windows, l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information avait réalisé début 2017 des tests techniques lui permettant d'identifier plusieurs milliers d'adresses IP vulnérables en France. L'agence avait alors demandé aux opérateurs de communications électroniques d'alerter les détenteurs des systèmes concernés, mais n'a reçu aucun engagement de la part de ces derniers. Quelques mois plus tard, le code malveillant WannaCry utilisait cette même vulnérabilité pour se propager massivement en France. »

(1) L'article L. 2321-3 du code de la défense dispose simplement que : « Pour les besoins de la sécurité des systèmes d'information de l'État et des opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2, les agents de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information, habilités par le Premier ministre et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, peuvent obtenir des opérateurs de communications électroniques, en application du III de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, l'identité, l'adresse postale et l'adresse électronique d'utilisateurs ou de détenteurs de systèmes d'information vulnérables, menacés ou attaqués, afin de les alerter sur la vulnérabilité ou la compromission de leur système. »

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le **1° du I du présent article** insère dans le code des postes et des communications électroniques un nouvel article L. 33–14, dont les modalités d’application sont renvoyées à un décret en Conseil d’État, permettant :

– aux opérateurs de communications électroniques de mettre en place des marqueurs techniques visant à détecter des événements susceptibles d’affecter la sécurité des systèmes d’information des abonnés. Cette possibilité n’est ouverte que pour les besoins de la sécurité et de la défense des systèmes d’information (**alinéa 3**) ;

– à l’ANSSI de demander à ces mêmes opérateurs de recourir à des marqueurs techniques qu’elle leur fournit. Ce dispositif ne peut être mis en place que si l’ANSSI a connaissance d’une menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes d’information et uniquement aux fins de prévenir la menace (**alinéa 4**).

L’**alinéa 5** introduit par ailleurs une obligation d’information de l’ANSSI à la charge des opérateurs lorsque sont détectés des événements susceptibles d’affecter la sécurité des systèmes d’information. Dans ce cas, les données recueillies autres que celles directement utiles à la prévention des menaces sont détruites sans délai (**alinéa 6**).

Les opérateurs, à la demande de l’ANSSI, doivent informer leurs abonnés de la vulnérabilité ou de l’atteinte de leurs systèmes d’information (**alinéa 7**).

Le **2° du I du présent article** complète l’article L. 36–7 du code des postes et des communications électroniques relatif aux pouvoirs de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Cette dernière sera chargée de veiller au respect par l’ANSSI des dispositions introduites ci-après par le présent projet de loi.

Le **1° du II du présent article** insère dans le code de la défense un nouvel article L. 2321–2–1 permettant à l’ANSSI de mettre en œuvre sur le réseau d’un opérateur de communications électroniques, d’un service de communication au public en ligne ou d’un service de stockage de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature un système de détection recourant à des marqueurs techniques.

Cette nouvelle possibilité est **strictement encadrée (alinéa 13)**. D’une part, elle ne peut être mise en œuvre que si l’ANSSI a connaissance d’une menace susceptible de porter atteinte à la sécurité des systèmes d’information des autorités publiques et des OIV. D’autre part, le système de détection a pour seule fin de rechercher les événements susceptibles d’affecter la sécurité des systèmes d’information. Il n’est mis en œuvre que dans la mesure strictement nécessaire à la caractérisation de la menace.

L'**alinéa 14** autorise les agents de l'ANSSI à recueillir et analyser les données techniques pertinentes. Encore une fois, ce pouvoir fait l'objet d'un certain nombre de garanties :

– la finalité de ce recueil est limitée à la seule caractérisation de la menace sur les systèmes d'information des autorités publiques et des OIV précédemment évoquées à l'alinéa 13 ;

– seules les données techniques pertinentes sont concernées, toutes les données recueillies autres que celles directement utiles à la prévention des menaces devant être détruites sans délai (**alinéa 15**) ;

– les données ne peuvent être conservées plus de cinq ans (**alinéa 16**).

Ces deux dernières garanties ont été insérées suite à l'avis du Conseil d'État sur le présent projet de loi. La méconnaissance de ces obligations se trouvera sanctionnée par les dispositions pénales figurant au chapitre V du titre I^{er} du livre II du code des postes et des communications électroniques dans lequel s'insère le dispositif proposé.

Le **2° du II du présent article** complète l'article L. 2321-3 du code de la défense relatif aux informations qui peuvent être communiquées par les opérateurs de communications électroniques à l'ANSSI. L'alinéa 18 prévoit que lorsque l'ANSSI est informée, en application du nouvel article L. 33-14 du code des postes et des communications électroniques, de l'existence d'un événement affectant la sécurité des systèmes d'information d'une des deux catégories d'entités précédemment énoncées (autorité publique, OIV), ses agents peuvent obtenir les données techniques strictement nécessaires à l'analyse de cet événement. Ces données ne peuvent être exploitées qu'aux seules fins de caractériser la menace affectant la sécurité de ces systèmes.

Le **3° du II du présent article** insère un nouvel article L. 2321-5 au code de la défense, prévoyant que l'ARCEP est chargée de veiller au respect par l'ANSSI des pouvoirs créés au 1° et au 2°.

Comme le Conseil d'État, votre rapporteur considère qu'eu égard à l'intérêt général qui s'attache à prévenir les menaces visant plus particulièrement les systèmes d'information des autorités publiques et des OIV ou susceptibles de les affecter, ces mesures ne portent à des droits garantis par la Constitution ou aux engagements internationaux de la France qu'une atteinte nécessaire, justifiée et proportionnée.

*

* *

La Commission examine l'amendement CL3 de Mme Danièle Obono.

Mme Danièle Obono. Cet amendement vise à modifier l'article 19 puisqu'il nous semble important d'associer la défense de la confidentialité des données personnelles à la nécessité de la cyber-défense.

En prévoyant des garde-fous, nous voulons nous assurer que l'instauration de ces dispositifs ne nuira pas à la confidentialité des données personnelles des abonnés des opérateurs de communications électroniques. Nous voulons prévenir la potentielle utilisation à des fins commerciales, ou sans rapport avec les enjeux nationaux de cyber-sécurité, des données personnelles directement utiles à la prévention des menaces recueillies par les opérateurs privés de communications électroniques, en obligeant ces derniers à les supprimer dès lors qu'elles ont été transmises à l'ANSSI.

En raison de l'utilisation de données personnelles, et considérant qu'il incombe à la représentation nationale de s'assurer que les règles de protection et de confidentialité des données personnelles garanties par la loi informatique et libertés sont respectées, nous proposons la création, pour toute la durée de la législature, d'une commission composée d'un représentant de chaque groupe politique de l'Assemblée nationale et du Sénat.

Nous demandons aussi que le Parlement soit régulièrement informé des menaces qui pèsent sur notre nation dans ce domaine.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Madame Obono, je vais tenter de vous rassurer.

Premièrement, les dispositifs de détection sont configurés pour n'enregistrer que des données techniques relatives aux communications identifiées comme étant malveillantes. Toutes les autres données, en particulier les données de contenu, transitent à travers les dispositifs de détection, sont analysées en temps réel, puis sont détruites automatiquement.

Les données techniques malveillantes qui seront transmises immédiatement à l'ANSSI ne seront pas conservées par les opérateurs, même si ceux-ci conserveront des métadonnées en application de l'article L. 34-1 qui a une portée beaucoup plus large que notre dispositif.

Deuxièmement, la sécurité des dispositifs de détection, qui seront mis en place par les opérateurs de communications électroniques, est essentielle dans la mesure où ces équipements disposeront d'un positionnement privilégié au sein de leurs réseaux. Néanmoins, la grande variété des solutions techniques susceptibles d'être retenues par les opérateurs fait qu'il n'est pas envisageable pour l'ANSSI de labelliser l'ensemble de ces dispositifs. Nous avons posé la question au directeur général de l'ANSSI lorsque la commission de la Défense l'a auditionné. Cependant, l'Agence accompagnera les opérateurs afin que les systèmes mis en place soient sécurisés et efficaces, et également afin de vérifier leurs capacités à utiliser les marqueurs de l'ANSSI.

Il est nécessaire que les opérateurs soient en mesure d'utiliser les marqueurs transmis par l'ANSSI. Au-delà de cette exigence, rien ne s'oppose à ce que les opérateurs disposent de leurs propres marqueurs, issus de rapports publics ou de relations qu'ils pourraient développer avec des éditeurs de sécurité. Le partage de ces marqueurs entre opérateurs sera encouragé par l'ANSSI.

Lors de l'audition, des informations ont été apportées sur la sécurisation des informations distribuées, le directeur général prenant l'exemple d'un tuyau d'eau. Jusqu'à présent, les opérateurs ont essayé de protéger le cœur de leur système – le tuyau – sans se soucier de la qualité de l'eau distribuée aux utilisateurs. Avec ces systèmes de sécurité, ils pourront dire aux utilisateurs que nous sommes : les informations distribuées sont également sécurisées. C'est une avancée importante.

Troisièmement, le format que vous proposez pour assurer l'information du Parlement me paraît assez lourd. Les commissions compétentes pourront toujours auditionner – le cas échéant de manière conjointe – l'ANSSI pour obtenir des informations sur ces sujets.

Pour toutes ces raisons, je suis défavorable à cet amendement.

La Commission rejette l'amendement.

Puis elle émet un avis favorable à l'adoption de l'article 19 sans modification.

Article 20

Habilitation du Gouvernement à légiférer par ordonnance sur les conséquences de l'article 19 sur l'ARCEP

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 20 habilite le Gouvernement à déterminer par ordonnance les modalités du contrôle confié à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) par l'article 19, de même que les incidences de cette nouvelle mission sur son organisation.

L'article 19 insère dans le code des postes et des communications électroniques un article L. 2321-5 instaurant une nouvelle mission de l'ARCEP. Celle-ci sera dorénavant chargée de veiller au respect par l'agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) de ses nouvelles prérogatives en matière de sécurité des systèmes d'information des autorités publiques et des opérateurs d'importance vitale.

Le **premier alinéa du présent article** autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance des dispositions relevant du domaine législatif afin de déterminer les modalités de ce nouveau contrôle ainsi que les modalités d'organisation de

l'ARCEP pour la réalisation de cette mission. Cela pourrait prendre la forme, le cas échéant, d'une formation spécialisée.

L'avis du Conseil d'État sur le présent projet de loi permet d'éclairer à la fois le choix du Gouvernement de recourir à l'ordonnance et de confier le nouveau contrôle créé à l'article 19 à l'ARCEP :

« Le Conseil d'État estime également nécessaire de soumettre à un contrôle cette activité nouvelle de l'ANSSI, consistant à procéder à un recueil d'informations sans l'accord de celui qui est concerné et à exploiter les données techniques ainsi recueillies. Tout en relevant le caractère très novateur de l'attribution à l'ARCEP, qui est une autorité de régulation, de ce contrôle sur une autre autorité publique, il considère que l'ARCEP dispose des compétences requises. Il s'interroge sur la pertinence de confier cette mission à l'ensemble du collège et non, par exemple, à une formation plus restreinte dont les membres devraient être habilités au secret défense. N'ayant pas été en mesure, dans le délai imparti pour l'examen du présent projet, d'expertiser plus avant une telle solution, il recommande au Gouvernement d'approfondir la réflexion sur ce point, ce que permettra l'habilitation à légiférer par ordonnance, introduite dans le projet par la dernière saisine rectificative. »

Selon les informations communiquées à votre rapporteur, l'intention du Gouvernement est de déposer, d'ici à la séance publique, un amendement réécrivant « en dur » le présent article. Eu égard à l'importance de ce dispositif, votre rapporteur ne peut que se féliciter de ce choix et il sera vigilant quant aux choix qui seront retenus.

Aux **termes du second alinéa** du présent article, il est prévu que l'ordonnance soit prise dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi. Le projet de ratification sera déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance.

*

* *

*La Commission émet un avis **favorable** à l'adoption de l'article 20 **sans modification**.*

Article 21

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

Excuse pénale pour les actions numériques mobilisant des capacités militaires

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 21 ajoute les actions numériques à la liste des opérations mobilisant des capacités militaires se déroulant à l'extérieur du territoire français ou des eaux territoriales françaises au cours de laquelle la responsabilité pénale du militaire ne peut être engagée.

Dernières modifications législatives intervenues :

Le champ de la limitation de la responsabilité pénale des militaires lors des opérations extérieures a été élargi 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.

I. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MILITAIRES LORS DES OPÉRATIONS EXTÉRIEURES

Comme le rappelle l'étude d'impact sur le présent projet de loi, jusqu'en 2005, seule la légitime défense était susceptible de justifier l'usage de la force par les militaires lors des opérations extérieures.

Cette limitation étant apparue excessive lors de certaines opérations (Bosnie, Côte d'Ivoire, Kosovo), la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 a instauré une cause d'irresponsabilité pénale au bénéfice des militaires faisant usage de la force dans l'accomplissement de leur mission et le respect du droit international.

D'autres interventions des armées ayant mis en lumière que certaines opérations n'étaient pas couvertes par cette excuse pénale, la loi du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 a étendu le champ de l'excuse pénale aux interventions militaires plus ponctuelles comme les libérations d'otages, l'évacuation de ressortissants de zones de conflits ou la police en haute mer.

Le II de l'article L. 4123-12 du code de la défense dispose désormais que n'est pas pénalement responsable le militaire qui, dans le respect des règles du droit international et dans le cadre d'une opération mobilisant des capacités militaires, se déroulant à l'extérieur 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, exerce des mesures de coercition ou fait usage de la force armée, ou en donne l'ordre, lorsque cela est nécessaire à l'exercice de sa mission.

II. LE CYBERESPACE – UN CHAMP DE CONFRONTATION À PART ENTIÈRE

Le livre blanc de la défense nationale de 2013 et plus récemment la revue stratégique de défense et de sécurité nationale de 2017 ont érigé la notion de cyberspace en « *champ de confrontation à part entière* ». Les attaques dans l’environnement numérique se sont en effet multipliées, accentuant ainsi une menace dorénavant placée au cœur de la stratégie nationale.

Comme le souligne l’étude d’impact, « *la cyberdéfense connaît une montée en puissance sans précédent et elle a vocation à représenter une part essentielle et systématique des opérations militaires. Les personnels du COMCYBER doivent être considérés comme des combattants à part entière, exerçant des missions sur un terrain opérationnel dématérialisé, global et transfrontalier avec des moyens spécifiques. Lorsque ces moyens sont assimilables à l’usage de la force, il est nécessaire que leur action ne puisse pas faire l’objet d’une judiciarisation excessive, à l’instar de militaires déployés sur des théâtres étrangers, y compris lorsqu’elle est conduite à partir du territoire national.*

Examinées sous l’angle judiciaire, les actions les plus contraignantes menées par le COMCYBER sont également susceptibles de revêtir les qualifications pénales d’atteinte à l’intimité de la vie privée, d’atteinte au secret des correspondances, d’atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données, de provocation à la commission d’infractions, parmi d’autres. C’est notamment le cas dans certaines opérations d’influence numériques conduites contre DAECH. »

III. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article ajoute à la liste des faits ne pouvant pas, sous certaines conditions, engager la responsabilité pénale du militaire lors d’une opération extérieure, les « *actions numériques* ».

*

* *

La Commission émet un avis favorable à l’adoption de l’article 21 sans modification.

Article 22

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

Autorisation de la direction générale de l’armement à procéder à la qualification des appareils ou dispositifs techniques permettant la mise en œuvre de certaines techniques de renseignement

Résumé du dispositif et effets principaux :

L’article 22 autorise la direction générale de l’armement (DGA) et les militaires des unités des forces armées définies par arrêté à procéder à la qualification des appareils ou dispositifs techniques permettant la mise en œuvre de certaines techniques de renseignement. Le présent article autorise le ministère des armées, non pas seulement à acquérir et détenir des matériels de renseignement, mais également à procéder aux essais nécessaires à la qualification de ces matériels.

Dernières modifications législatives intervenues :

L’article L. 2371–2 du code de la défense, créé par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, a prévu que le service du ministère de la défense chargé de la qualification des appareils ou des dispositifs techniques est autorisé à mettre en œuvre les mesures d’interception sur le réseau hertzien ouvert, à la seule fin d’effectuer des essais de ces appareils et dispositifs et à l’exclusion de toute mesure d’exploitation des renseignements recueillis.

I. L’ÉTAT DU DROIT

La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a inséré deux articles L. 2371-1 et L. 2371-2 dans le code de la défense afin de préserver le droit des forces armées, qui ne relèvent pas des services de renseignement, à procéder à des écoutes hertziennes, tirant les conséquences de la décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016 du Conseil constitutionnel.

Les écoutes hertziennes

En 1991, le législateur a autorisé les services de renseignement à prendre les mesures « pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne » sans les soumettre au régime juridique d’autorisation préalable ou de contrôle des interceptions judiciaires ou des interceptions de sécurité décidées par l’autorité administrative. Cantonnées à la défense des intérêts nationaux, les activités visées concernent des mesures générales et non ciblées de surveillance et de contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne, c’est-à-dire les communications sans support filaire utilisant le champ électromagnétique pour transmettre un message entre deux antennes. Il s’agit des communications radio très longue distance (de type VLF ou très basses fréquences), longue distance (de type HF ou hautes fréquences) et courte distance (de type V/UHF ou très et ultra hautes fréquences, comme les talkies walkies). Ces mesures sont généralement utiles pour identifier, en amont d’une interception, une menace potentielle. L’application à ces activités d’un régime dérogoire du droit commun

s'expliquait compte tenu à la fois de leurs modalités techniques – elles ne visent pas des communications individualisables, localisées et quantifiables – et de la nature de leurs cibles.

Le 21 octobre 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution ces dispositions, qui permettent, au moins en théorie, aux pouvoirs publics de surveiller toute transmission empruntant la voie hertzienne sans exclure l'interception de communications individualisables.

La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a maintenu la possibilité pour les services de renseignement de procéder à la surveillance des communications hertziennes dans des conditions conformes aux exigences constitutionnelles. Il est apparu primordial de préserver cette possibilité car si les communications radio représentent une part réduite des communications mondiales, leur surveillance demeure stratégique en matière militaire (repérage des mouvements de troupes, des déplacements de sous-marins ou de bâtiments étrangers), de lutte contre le terrorisme (suivi des communications par talkie-walkie d'individus impliqués dans une prise d'otage, une opération terroriste ou une action violente) et de contre-ingérence (détection d'instructions diffusées par des puissances étrangères). Ainsi que l'a relevé la CNCTR dans son avis sur le projet de loi, le nouveau régime juridique proposé « *consiste, d'une part, à intégrer toutes les mesures de surveillance des transmissions hertziennes attentatoires à la vie privée dans le droit commun de la mise en œuvre des techniques de renseignement et, d'autre part, à rendre d'application résiduelle les mesures pouvant être prises sans autorisation spécifique préalable et constituant une nouvelle « exception hertzienne » d'ampleur nettement plus limitée* ».

Le nouveau cadre juridique pour l'interception et l'exploitation des communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne et n'impliquant pas l'intervention d'un opérateur de communications électroniques, a créé deux nouveaux articles dans le code de la sécurité intérieure :

- l'article L. 855-1 A relatif à la technique de renseignement dite « *hertzien ouvert* » ;
- l'article L. 852-2 relatif à la technique qualifiée de « *hertzien privatif* ».

Le nouvel article L. 2371-1 autorise la surveillance des réseaux hertziens ouverts au public par les « *militaires des unités armées chargées des missions de défense militaire (...) et d'action de l'État en mer (...) pour le seul exercice de ces missions* ». Comme le notait M. Raphaël Gauvain à l'Assemblée nationale dans son rapport sur le projet de loi : « *Seules [sont] concernées par cet article les unités armées agissant sur le territoire national, et non la surveillance effectuée par les armées sur les théâtres d'opération extérieure.* »

En application des articles R. 226-7 et R. 226-8 du code pénal, le ministère des armées est autorisé à acquérir et détenir des appareils ou dispositifs techniques en matière de renseignement à des fins de qualification de ces matériels. Le nouvel article L. 2371-2 autorise également les services de calibrage des moyens techniques de la direction générale de l'armement à recourir à l'interception hertzienne ouverte, à la seule fin d'effectuer des essais des matériels fournis aux armées, sans possibilité toutefois d'exploiter les interceptions à des fins de renseignement.

En revanche, aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise à tester d'autres dispositifs que celui prévu à l'article L. 2371-2. Tel est le cas de l'utilisation d'appareils ou dispositifs techniques susceptibles de porter atteinte à la vie privée en captant des paroles prononcées à titre privé en vertu de l'article 226-1 du code pénal ou en interceptant des correspondances transmises par voie électronique selon l'article 226-15 du code pénal.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose de réécrire l'article L. 2371-2 du code de la défense afin d'élargir et d'encadrer son champ d'application.

L'**alinéa 2** élargit le dispositif actuel puisque le service du ministère de la défense chargé de la qualification des appareils et dispositifs permettant la mise en œuvre de certaines techniques de renseignement pourra désormais effectuer des essais non plus seulement pour les mesures d'interceptions hertziennes (article L. 855-1 A du code de la sécurité intérieure), mais également pour :

– le recueil des données de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur ainsi que les données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés (article L. 851-6 du code de la sécurité intérieure) ;

– l'interception des correspondances émises ou reçues par un équipement terminal (II de l'article L. 852-1 du code de la sécurité intérieure) ;

– les interceptions de correspondances échangées au sein d'un réseau de communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne et n'impliquant pas l'intervention d'un opérateur de communications électroniques, lorsque ce réseau est conçu pour une utilisation privative par une personne ou un groupe fermé d'utilisateurs (article L. 852-2 du code de la sécurité intérieure) ;

– la surveillance des communications qui sont émises ou reçues à l'étranger (article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure).

Parallèlement, cet article instaure plusieurs garanties nouvelles en :

– instituant une déclaration préalable à la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ainsi qu'une information de la CNCTR du champ et de la nature des essais effectués au moyen d'un registre recensant les opérations techniques réalisées ;

– prévoyant que les essais sont réalisés par des agents individuellement désignés et habilités ;

– disposant que les essais sont effectués à la seule fin d'effectuer des opérations techniques et à l'exclusion de toute exploitation des données saisies ;

– limitant à la durée des essais la conservation des données recueillies.

L'**alinéa 4** renvoie à un décret en Conseil d'État pris après avis de la CNCTR les conditions d'application du présent article.

*

* *

La Commission émet un avis favorable à l'adoption de l'article 22 sans modification.

CHAPITRE IV

Dispositions relatives aux opérations, à la coopération et à l'entraînement des forces

Article 23

(art. L. 2381-1 du code de la défense)

Prélèvements biologiques en opérations extérieures

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 23 étend le champ d'application de l'article L. 2381-1 du code de la défense, qui permet aux forces armées d'effectuer des prélèvements biologiques en opérations, hors du territoire national, sur des personnes décédées ou capturées, à des personnes qui présenteraient une menace pour la sécurité des personnes ou des populations.

Dernières modifications législatives intervenues :

L'article L. 2381-1, créé par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, a été complété par la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

I. L'ÉTAT DU DROIT

Les forces armées, lorsqu'elles sont en opération hors du territoire national, peuvent procéder à des prélèvements biologiques à des fins d'identification. Ces prélèvements présentent un caractère stratégique, à la fois pour la sécurité des personnels et des emprises militaires, mais aussi pour connaître la participation des personnes identifiées aux hostilités.

Cette faculté est prévue par l'article L. 2381-1 du code de la défense, introduit par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement.

Les dispositions de cet article précisent que les forces armées peuvent effectuer des relevés signalétiques, c'est-à-dire recueillir des empreintes digitales ou palmaires et prendre des photographies, ou procéder à des prélèvements biologiques, par voie salivaire ou sanguine.

Il est également précisé que ces opérations ne peuvent être effectuées que sur des personnes décédées au combat ou capturées par les forces armées.

Or cette restriction aux seules personnes décédées ou capturées ne couvre pas l'ensemble des besoins opérationnels des forces armées. Ainsi que le précise l'étude d'impact du projet de loi, les conflits extérieurs dans lesquels sont aujourd'hui engagées les armées françaises, notamment au Sahel, se caractérisent par une grande difficulté « à identifier un ennemi qui se fond dans la population et mène le combat par des actions de harcèlement des troupes ou la pose d'engins explosifs ».

Dans la mesure où la France, conformément aux principes du droit international humanitaire et compte tenu des contraintes liées au caractère très vaste de ses théâtres d'opérations actuels, fait un usage restrictif de la capture et de la détention d'individus, les dispositions de l'article L. 2381-1 ne sont que d'une utilité limitée pour les armées.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

• Le 1° du présent article propose d'étendre le champ d'application de l'article L. 2381-1 aux « *personnes dont il existe des raisons précises et sérieuses de penser qu'elles présentent une menace pour la sécurité des forces ou des populations civiles* » (**alinéa 3**).

Il s'agit de donner les moyens aux forces armées d'identifier les personnes susceptibles de porter atteinte à leur sécurité ou à celle des populations civiles et de procéder, le cas échéant, à leur capture, par comparaison avec des relevés effectués sur des engins explosifs ou des caches d'armes. Cela aidera en outre les armées à enrichir leur connaissance des groupes armés ennemis ainsi que leurs modes d'action.

Comme le relève le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi, cette nouvelle possibilité est assortie de trois garanties :

– les prélèvements biologiques qu'effectueront les forces armées ne pourront être que salivaires, ainsi que le prévoit le 2° de l'article (**alinéa 5**), soit le mode de prélèvement le moins intrusif. Est ainsi prise en compte la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, avait estimé que ce type de prélèvement, qui n'impliquait aucun prélèvement interne et ne comportait aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité, ne portait pas atteinte à l'inviolabilité du corps humain ;

– l'article n'autorise pas l'examen des caractéristiques génétiques des personnes ayant fait l'objet de prélèvements, ce qui est conforme aux exigences constitutionnelles du droit au respect de la vie privée, mises en évidence par la décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 du Conseil constitutionnel ;

– enfin, les personnes faisant l’objet de prélèvements seront préalablement informées des motifs et des finalités de ces opérations (**alinéa 7**).

• Concrètement, le principe du recours à ces prélèvements devrait être inscrit dans les règles opérationnelles d’engagement (ROE) des armées, qui sont des règles classifiées régissant chaque opération et qui définissent notamment, selon les cas de figure rencontrés, les autorités habilitées à décider et la conduite à tenir.

Les prélèvements devraient être réalisés par des sous-officiers formés par la direction du renseignement militaire (DRM) et expressément habilités. Les résultats viendront alimenter le fichier BIOPEX de la DRM, créé par le décret du 2 août 2017 non publié, et dont le contenu, les modalités d’accès ou la durée de conservation des données sont couverts par le secret de la défense nationale.

Parmi les situations qui pourraient donner l’occasion d’effectuer des prélèvements, l’étude d’impact cite notamment le cas de personnes qui se trouveraient aux abords d’une explosion provoquée par un engin explosif improvisé, ainsi que celui de personnes qui se seraient introduites dans une zone placée sous le contrôle des forces françaises. Dans les deux cas, on pourrait présumer que certaines d’entre elles sont susceptibles de porter atteinte à la sécurité des forces, chose qu’il est aujourd’hui impossible de vérifier, à moins de les capturer.

Les prélèvements seront effectués sur place, compte tenu notamment des contraintes logistiques qu’impliquerait le transport des personnes dans un local adapté, sous le contrôle de l’autorité militaire. Les armées devront s’organiser pour disposer de traducteurs ou de messages types pour informant les personnes en question des motifs et finalités des prélèvements opérés.

Tel qu’il est rédigé, le présent article élargit donc les capacités opérationnelles des forces armées, en les dispensant de procéder à des captures à des seules fins d’identification, et s’inscrit dans le cadre résultant des stipulations relatives aux conflits armées non internationaux des conventions de Genève du 12 août 1976 et du protocole additionnel à ces conventions du 8 juin 1977.

III. LA POSITION DE LA COMMISSION DES LOIS

Afin de garantir la sécurité juridique et technique des prélèvements biologiques, la commission des Lois a adopté un amendement du rapporteur qui précise qu’ils devront être effectués par des membres des forces armées formés, entraînés et habilités à cet effet.

*

* *

La Commission examine l'amendement CL1 de Mme Danièle Obono, visant à supprimer l'article.

Mme Danièle Obono. La disposition, destinée à alimenter le fichier BIOPEX et à améliorer la lutte contre les menaces, n'est pas assez encadrée. Ce fichier n'est soumis qu'à très peu de contrôles. En mai 2017, un décret publié au *Journal officiel* indiquait que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ne pouvait pas avoir le moindre droit de regard sur huit bases de données gérées par les services de renseignement. Depuis, la liste des bases de données sur lesquelles la CNIL n'a plus de pouvoir de contrôle n'a cessé de s'allonger. Le fait qu'elle ait de moins en moins de pouvoir de contrôle sur ce type de fichiers nous fait craindre que cette disposition ne porte gravement atteinte aux droits des personnes.

En outre, sa formulation bien trop imprécise laisse une place à une interprétation qui pourrait être source de dérives. Cette mesure n'est pas mineure, d'autant qu'elle s'applique dans le cadre d'opérations extérieures impliquant des interactions avec des populations d'autres pays.

Tel qu'il est rédigé, cet article comporte trop de risques que soient remis en cause l'intégrité des personnes et leurs droits à ne pas répondre à des injonctions de forces militaires étrangères. Le rapport de force entre des populations civiles – y compris dans une situation d'instabilité ou de mise en danger – et des forces militaires ne permet pas de garantir que les personnes pourront faire un choix en toute connaissance de cause.

M. Philippe Latombe. Même si nous ne sommes pas favorables à la suppression de l'article et du fichier BIOPEX – qui se situe, comme prévu, hors du champ de la CNIL –, nous voudrions toutefois être sûrs des conditions dans lesquelles seront effectués les prélèvements. C'est pourquoi, monsieur le rapporteur, nous serons favorables à votre amendement qui prévoit que ces prélèvements seront effectués par des personnels spécialement entraînés et formés.

Nous souhaitons, en outre, que les personnes qui font l'objet du prélèvement soient informées dans une langue qu'elles comprennent, c'est l'objet de notre amendement CL8. Nous sommes dans le cadre d'opérations extérieures, il faut le préciser : il ne s'agit pas de chercher leur consentement mais de veiller à leur bonne information.

Dans un État de droit, nous estimons aussi que ce fichier – à base d'empreintes génétiques issues de prélèvements salivaires – doit faire l'objet d'un contrôle de la Délégation parlementaire au renseignement *via* un rapport annuel, comme nous le proposons dans l'amendement CL9. Cela permettrait d'exercer un contrôle démocratique sans nuire à l'efficacité du fichier BIOPEX.

Nous nous opposerons donc à l'amendement de suppression ; nous serons favorables à votre amendement CL7, monsieur le rapporteur, et nous souhaitons que vous puissiez donner un avis favorable aux amendements CL8 et CL9.

M. Jean Terlier. Il me semble utile de rappeler le contexte de ces mesures : la lutte contre le terrorisme dans le cadre d'opérations militaires se déroulant à l'extérieur du territoire français. Les circonstances sont établies de manière très précise : les prélèvements salivaires sont effectués sur « *des personnes dont il existe des raisons précises et sérieuses de penser qu'elles présentent une menace pour la sécurité des forces ou des populations civiles.* » Les garde-fous sont bien présents. Il faut faire confiance à nos soldats pour appréhender ce type de problématiques.

Cette mesure va ainsi améliorer la lutte contre la menace et aider à la décision de nos forces armées. C'est pourquoi nous voterons contre l'amendement de suppression de Mme Obono. Nous voterons également contre les amendements présentés par nos collègues du groupe du Mouvement Démocrate et apparentés car il n'y a pas de logique particulière à vouloir renforcer les contraintes pesant sur nos soldats dans le cadre des OPEX.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Madame Obono, je comprends parfaitement vos préoccupations, cet article 23 touchant aux données personnelles et à l'intégrité. Je vais passer un peu de temps, si vous le permettez, sur ce sujet.

D'abord, je crois qu'il faut garder un peu de mesure tout en explicitant l'objectif de cet article : il s'agit d'autoriser les forces armées françaises, engagées dans la lutte contre le terrorisme, notamment au Sahel, à effectuer des prélèvements salivaires pour les aider à identifier les groupes armés qui leur font face. L'article 23 fait référence, cela a été dit, à des « *personnes dont il existe des raisons précises et sérieuses de penser qu'elles représentent une menace pour la sécurité des forces ou des populations civiles* » que ces forces protègent.

Vous posez la question suivante : accepterait-on, en France, qu'un représentant des forces de l'ordre se permette d'effectuer des prélèvements biologiques sur des personnes dont il existe des raisons précises et sérieuses de penser qu'elles représentent une menace pour la sécurité des forces ou des populations civiles ? Or, dans le cas présent, il ne s'agit pas de forces de l'ordre mais de militaires en opérations extérieures, engagés dans la lutte contre des groupes terroristes extrêmement dangereux et armés.

Prenons quelques exemples de situations auxquelles sont confrontées nos forces et dans lesquelles les mesures proposées pourraient être mises en œuvre. Quelles personnes pourraient faire l'objet de tels prélèvements ? Des personnes se trouvant aux abords d'une explosion causée par un engin artisanal ; des personnes que l'on découvre aux abords d'une cache d'armes ou d'un laboratoire clandestin de fabrication d'explosifs ; des personnes portant des armes ou des munitions sans respecter les procédures qui sont localement en vigueur.

Autre point très important, Mme Obono : la doctrine des armées françaises en OPEX est de ne pas faire de prisonniers. Cette mesure évite aussi de procéder à

des captures. Rappelons qu'en l'état actuel du droit, on peut faire sur un prisonnier tous les prélèvements que l'on veut, y compris quand ils sont invasifs comme les prélèvements sanguins. La mesure proposée évite l'emprisonnement et entre parfaitement dans le cadre des conventions de Genève du 12 août 1949, relatives aux conflits armés non internationaux, et de leur protocole additionnel du 8 juin 1977.

Cette rédaction me semble suffisamment précise et laisser peu de place à l'arbitraire. En outre, la doctrine sera précisée et affinée par les règles opérationnelles d'engagement des armées. Ces règles classifiées régissent chaque opération et définissent notamment, selon les cas de figure rencontrés, les autorités habilitées à décider de la conduite à tenir. J'ai déposé un amendement en ce sens.

Tout cela est donc parfaitement encadré et conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État a estimé que les garanties apportées par cet article étaient proportionnées au but poursuivi.

Avis défavorable.

La Commission rejette l'amendement.

Puis elle en vient à l'amendement CL7 du rapporteur pour avis.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Cet amendement permet de préciser les conditions des prélèvements : je propose, pour des raisons juridiques mais aussi de faisabilité technique, qu'ils soient effectués par des personnels formés, entraînés et habilités. Un écouvillonnage buccal est un geste un peu technique qui consiste à gratter pour prendre des cellules à partir desquelles on extrait l'ADN ; il ne s'agit pas de prendre seulement de la salive.

La Commission adopte l'amendement.

Puis elle examine l'amendement CL8 de M. Philippe Latombe.

M. Philippe Latombe. Comme je l'ai indiqué précédemment, cet amendement vise à préciser que les personnes doivent être informées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elles la comprennent.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Je comprends votre souci de précision mais il faut faire confiance à nos soldats qui sont capables de faire preuve de discernement.

La rédaction, que vous proposez d'inscrire dans la loi impose des contraintes normatives trop fortes pour nos soldats qui opèrent en terrain hostile après, par exemple, l'explosion d'un engin improvisé. Dans ces circonstances particulières, de terrain, c'est l'urgence et l'efficacité qui priment afin de maintenir des conditions de sécurité optimales, notamment vis-à-vis des personnels non militaires tels que les interprètes.

Dans le cadre des travaux de la commission de la Défense, certains intervenants nous ont d'ailleurs alertés sur l'existence possible de pièges : les personnes se trouvant aux abords de situations critiques disent ne pas comprendre, quel que soit l'interprète que vous amenez avec vous.

J'émet donc un avis défavorable, non sur le fond mais pour des raisons opérationnelles.

La Commission rejette l'amendement.

Puis elle examine l'amendement CL9 de M. Philippe Latombe.

M. Philippe Latombe. Avec cet amendement que j'ai déjà évoqué, l'idée n'est pas de nuire à l'efficacité de BIOPEX mais simplement que la représentation nationale ait un droit de regard sur cette base de données, une fois par an. Nous ne demandons pas d'avoir accès à tous les détails mais que l'on présente l'usage qui a été fait de ce fichier à la Délégation parlementaire au renseignement, soumise au secret défense.

M. Jean-François Eliaou, rapporteur pour avis. Avis défavorable, surtout pour des raisons de fond : les membres de la Délégation disposent déjà d'un grand nombre d'informations, notamment d'un rapport annuel d'activité de ces services. Ils peuvent interroger, quand ils le souhaitent, les responsables des différents services sur les sujets qui les préoccupent. Ils peuvent également se rendre sur place. Je ne suis donc pas sûr que votre précision soit utile.

La Commission rejette l'amendement.

Puis elle émet un avis favorable à l'adoption de l'article 23 modifié.

Article 24

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

Modification du code de procédure pénale pour la mise en œuvre de plusieurs conventions et protocoles internationaux

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 24 modifie le code de procédure pénale afin de le rendre conforme, sur différents points, à plusieurs protocoles et conventions relatifs notamment à la répression d'actes illicites en matière de sécurité maritime, d'aviation civile internationale et de protection des biens culturels en cas de conflit armé.

Dernières modifications législatives intervenues :

L'article 689-4 du code de procédure pénale a été modifié par l'ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense. L'article 689-5 a été modifié par l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports.

I. LES CONVENTIONS ET PROTOCOLES RATIFIÉS PAR LA FRANCE

• Il s'agit tout d'abord du protocole relatif à la **Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime** et du protocole relatif au protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, adoptés à Londres le 14 octobre 2005, lors de la conférence diplomatique qui s'est tenue au siège de l'Organisation maritime internationale.

Ces deux textes ont modifié les deux précédents, qui dataient de 1988, et qui avaient été adoptés à la suite du détournement, en 1985, par un commando du Front de libération de la Palestine, du paquebot italien *Achille Lauro*. Il était alors apparu que les règles applicables à la répression de la piraterie, notamment la compétence universelle, ne pouvaient s'appliquer à des actes à motivation politique. Ces textes prévoient que les États parties doivent établir la compétence de leurs tribunaux à l'égard des auteurs d'une infraction visée par la convention qui viendraient à se trouver sur leur territoire.

Les modifications adoptées en 2005 enrichissent le texte de 1988 de deux dispositifs répressifs qui ciblent toutes les infractions à caractère terroriste commises depuis ou à l'encontre d'un navire, ainsi que toutes les infractions de prolifération par mer d'armes biologiques, chimiques ou nucléaires (BCN), commises avec ou sans motif terroriste.

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

• Les autres textes visés par cet article 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, adoptés à Pékin le 10 septembre 2010.

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

Ces textes créent notamment de nouvelles infractions visant à incriminer, par exemple, l'utilisation d'aéronefs civils comme armes dans le but de donner la mort ou répandre des substances BCN. Ils précisent également les règles de compétences de l'État pour connaître des infractions qu'ils définissent ainsi que les conditions d'extradition et de coopération judiciaire internationale.

La France a signé la Convention et le protocole « de Pékin » le 15 avril 2011 et leur ratification a été autorisée par la loi n° 2016-1323 du 7 octobre 2016.

• Enfin, le présent article tire les conséquences de l'adhésion de la France au deuxième **protocole relatif à la convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé**, signé à La Haye le 26 mars 1999.

Ce texte définit les violations graves commises à l'encontre des biens culturels et précise les conditions de poursuite de leurs auteurs par les États parties. Il s'agit de lutter contre l'impunité en engageant des poursuites pénales contre toute personne qui accomplirait un acte grave.

L'adhésion de la France à ce protocole a été autorisée par la loi n° 2017-226 du 24 février 2017.

II. LA NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER POUR RENDRE LE DROIT FRANÇAIS CONFORME À CES TEXTES

La signature, par la France, de ces protocoles et conventions implique de sa part qu'elle modifie son droit national afin de le rendre conforme à ces dispositions.

Le **1° du présent article** modifie en conséquence l'article 689-5 du code de procédure pénale pour :

– actualiser les références à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et au protocole relatif à la sécurité des plates-formes fixes (**alinéa 4**) ;

– compléter les infractions pouvant faire l'objet de poursuites pénales au titre de l'article 689-1 du code de procédure pénale (**alinéas 6 à 11**).

Le **2°** modifie pour sa part l'article 689-6 du même code pour actualiser les références des protocoles (**alinéa 13**) et également compléter les infractions pouvant faire l'objet de poursuites pénales (**alinéas 15 à 17**).

Le **3° de l'article**, enfin, introduit un article 689-14 dans le code de procédure pénale pour ajouter un nouveau chef de compétence quasi-universelle du juge français pour juger les auteurs des violations graves au protocole sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé (**alinéa 19**).

*

* *

La Commission émet un avis favorable à l'adoption de l'article 24 sans modification.

CHAPITRE VIII Mesures de simplification

Article 32

(art. L. 151-4, L. 154-4, L. 711-1, L. 711-2, L. 711-3 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre, art. L. 4125-1 du code de la défense et art. 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives)

Transfert du contentieux des pensions militaires d'invalidité à la juridiction administrative

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 32 entreprend une réforme du contentieux des pensions militaires d'invalidité, actuellement confié à des juridictions spécialisées, par le transfert de celui-ci à la juridiction administrative de droit commun.

Dernières modifications législatives intervenues :

Les articles du code des pensions militaires d'invalidité ont été modifiés par l'ordonnance n° 2015-1781 du 28 décembre 2015 relative à la partie législative du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre. L'article L. 4125-1 du code de la défense a été modifié par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

I. L'ÉTAT DU DROIT

- Créé par la loi du 31 mars 1919 pour les militaires souffrant d'une infirmité due à la guerre, et, en cas de décès des militaires, pour venir en aide aux veuves, orphelins et ascendants, le régime des pensions militaires d'invalidité est désormais étendu à l'ensemble des militaires et à leurs conjoints ou partenaires survivants, orphelins ou ascendants.

Ce droit leur est ouvert pour les blessures ou maladies contractées par le fait ou à l'occasion du service, dès lors que les infirmités atteignent un taux minimum d'invalidité, par exemple 10 % pour les blessures et 30 % pour les maladies.

Les demandes sont instruites par la sous-direction des pensions (SDP) du ministère des Armées, qui octroie ensuite une pension dont le montant est déterminé par le taux d'invalidité et le grade détenu. Un peu plus de 230 000 personnes percevaient une pension militaire d'invalidité en 2016.

- Le contentieux des pensions militaires d'invalidité est traité, depuis sa création, par des juridictions spécifiques, les juridictions des pensions militaires d'invalidité. Présidées par des magistrats de l'ordre judiciaire, ces juridictions comprennent 38 tribunaux des pensions et, pour l'appel, 37 cours régionales des pensions.

Le volume du contentieux traité par les tribunaux des pensions a considérablement chuté ces dernières années, pour s'établir à 585 requêtes enregistrées en 2016, contre 1 377 en 2010, et 237 en appel auprès des cours régionales, contre 770 en 2010 – à titre de comparaison un juge d'instance rend entre 1 000 et 1 500 décisions par an.

Cette forte baisse du nombre de recours devant les juridictions des pensions militaires d'invalidité constatée ces dernières années s'explique, outre par la baisse continue du nombre de bénéficiaires, par la fin de deux contentieux qui avaient fait l'objet de nombreux recours, celui du « taux de grade » et celui de la « dé cristallisation ».

● Le traitement du contentieux des pensions militaires d'invalidité ne donne plus pleinement satisfaction depuis plusieurs années : le délai moyen de traitement constaté est proche de deux ans, et tend à s'accroître, alors même que le nombre de décisions rendues diminue.

Ce délai excessif a conduit l'État français à être condamné à plusieurs reprises pour la durée des procédures devant les juridictions des pensions et la Cour européenne des droits de l'homme à conclure à une violation par la France de l'article 6§1 de la Convention, relatif au droit à un procès équitable.

Ces dysfonctionnements s'expliquent par plusieurs raisons, ainsi que le souligne l'étude d'impact :

– 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 représentants des pensionnés qui siègent dans ces juridictions ne bénéficient parfois pas de conditions d'accueil leur permettant de prendre connaissance des dossiers avant l'audience. Il est en outre difficile de renouveler le vivier des anciens combattants y siégeant ;

– le fonctionnement de ces juridictions échappe aux processus de dématérialisation et de diffusion de la jurisprudence prévus dans les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire et aucune modernisation de son traitement n'est pour l'instant envisagée. Cela est de nature à créer une disparité des pratiques procédurales dans les diverses juridictions, pouvant faire obstacle à l'égalité d'accès à la justice.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

● Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le présent article entreprend une réforme du contentieux des pensions militaires d'invalidité par le transfert de celui-ci à la juridiction administrative de droit commun.

Pour cela, le chapitre unique du titre I^{er} du livre VII du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre est entièrement refondu.

La nouvelle rédaction de l'article L. 711-1 dispose désormais que les recours contentieux sont « *introduits, instruits et jugés conformément aux dispositions du code de justice administrative* » (**alinéa 9**).

La nouvelle rédaction de l'article L. 711-3 crée, en amont, un recours administratif préalable obligatoire avant la saisine du juge administratif. Les conditions d'exercice de ce recours, lequel sera de nature à limiter le nombre de litiges, seront précisées par décret en Conseil d'État (**alinéa 10**).

En conséquence, les titres II, III et IV du livre VII, relatifs respectivement à l'organisation des tribunaux des pensions et des cours régionales des pensions, à la procédure, et à l'applicabilité outre-mer, sont abrogés (**alinéa 11**).

Ces dispositions entreront en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le 1^{er} janvier 2020 (**alinéa 15**).

• L'article 32 comprend par ailleurs d'autres dispositions, pour abroger l'article L. 151-47 du code des pensions militaires d'invalidité, lequel prévoit que les demandes de pensions sont recevables sans condition de délai (**alinéa 2**), ainsi qu'une disposition du code de la défense, relative au recours administratif préalable des militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle, rendue obsolète par l'adoption de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (**alinéa 13**).

*

* *

La Commission émet un avis favorable à l'adoption de l'article 32 sans modification.

CHAPITRE IX Dispositions diverses et finales

Article 40

Habilitation du Gouvernement à légiférer par ordonnance pour tirer les conséquences de la ratification prochaine de deux protocoles internationaux

Résumé du dispositif et effets principaux :

L'article 40 habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour définir les conditions d'exercice des nouvelles compétences de police en mer de l'État issues de deux protocoles internationaux.

La France va prochainement ratifier 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, adoptés à Londres le 14 octobre 2005. Cette ratification a en effet été autorisée par la loi n° 2017-1576 du 17 novembre 2017.

Alors que l'article 24 du présent projet de loi modifie l'article 689-5 du code de procédure pénale pour le rendre conforme à ces textes, le présent article habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour 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.

Il s'agit en effet de préciser les conditions dans lesquelles les commandants militaires des navires de l'État pourront, en haute mer, procéder aux opérations de contrôle permises par la nouvelle rédaction de l'article 8 *bis* de la Convention.

L'ordonnance devra être prise dans un délai de douze mois à compter de la publication de la présente loi.

*
* *

*La Commission émet un avis **favorable** à l'adoption de l'article 40 sans modification.*

*Elle émet, enfin, un avis **favorable** à l'adoption de l'ensemble des dispositions dont elle est saisie, **modifiées**.*