

## Vers des milices privées françaises en Opex ?

Le 31 octobre dernier, le gouvernement adoptait un décret, le [décret n° 2025-1030 du 31 octobre 2025 relatif aux opérateurs de référence du ministère des armées pour la coopération militaire internationale](#).

Le texte ouvre la possibilité pour le gouvernement d'avoir recours, pour les opérations militaires extérieures (Opex), à des sociétés privées (les « opérateurs de référence », selon le texte). Ils suppléeront l'armée française dans différentes tâches laconiquement définies, ce qui laisse une marge de manœuvre considérable au ministère de la défense.

Le recours à des opérateurs privés, nommée externalisation, est une pratique qui s'est installée dans l'armée française au cours des dernières décennies, essentiellement pour la logistique et le plus souvent pour des raisons budgétaires (économies attendues – ce qui est loin d'être toujours vérifié – ; refus ou impossibilité d'investir à long terme).

Cependant, cette pratique a soulevé de nombreuses critiques, de parlementaires notamment, pour un ensemble de raisons qui seront développées plus loin. Néanmoins, le décret du 31 octobre dernier n'a tenu aucun compte de ces observations et a donné un véritable blanc-seing au gouvernement.

Ainsi, selon le décret du 31 octobre :

Les « *opérateurs de référence* » sont dotés de « *droits exclusifs ou spéciaux* » (article 1) afin d'assurer des « *missions de formation, d'entraînement, de **maintien en condition opérationnelle** ou de **soutien*** » dans le cadre de l'assistance à un « **État partenaire** » (paragraphe 1 de l'article 3) ;

L'« *État partenaire* » est désigné par des « *instruments internationaux* » qui organisent les modalités de coopération (paragraphe I de l'article 2) ;

Les « *opérateurs de référence* » sont susceptibles d'intervenir lors de coopérations dans **les domaines terrestres, maritimes, aérien, spatial et la cybergdéfense** (paragraphe III de l'article 2) ;

Les « *opérateurs de référence* » sont créés pour « *accompagner et prolonger l'action de l'État en matière de coopération internationale militaire* ». (paragraphe I de l'article 2) ;

Lorsque l'État ne souhaite pas réaliser les missions lui-même, il confie aux « *opérateurs de référence* » les missions « *de formation, d'entraînement, de maintien en condition opérationnelle ou de soutien* » :

1° Au profit d'un État tiers faisant face à une situation de crise ou de conflit armé ;

2° En s'inscrivant dans le cadre d'un partenariat militaire opérationnel ;

3° En concourant à la réalisation d'une opération d'exportation d'équipements de défense précisément identifiée.

Ces « *opérateurs de référence* » peuvent être européens, établis dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

**NOTA :** Aucune limitation n'est donnée sur l'origine des « *opérateurs de référence* » « **établis** » dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, notamment le lieu de résidence, le pays d'origine du ou des propriétaires financeurs dudit « *opérateurs de référence* ».

Pour les projets de coopération comportant plusieurs composantes indissociables relevant de domaines distincts, l'« *opérateurs de référence* » chef de file est désigné par le ministre de la défense.

**NOTA :** Le chef de file peut donc être établi dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen contrôlé par une « maison mère », financeur de la filiale « européenne », installée dans n'importe quelle partie du monde.

Les « *opérateurs de référence* », **opérateurs privés**, pouvant être **européens** ou installés ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, peuvent :

- **Être habilités [...] à exploiter des documents classifiés au titre de la protection du secret de la défense nationale [...]** (paragraphe III de l'article 3) ;
- **Transmettre à l' « État partenaire », les savoir-faire militaires des forces armées françaises et formations rattachées [...]** (paragraphe I de l'article 3) ;
- **Effectuer des prestations sur le territoire national français** en s'associant aux services de l'État (paragraphe IV de l'article 3) ;
- **Être placés sous le commandement d'États partenaires pour réaliser des missions sur le territoire national français** « *afin de proposer aux États partenaires une offre cohérente avec les moyens publics existants* » (paragraphe IV de l'article 3).

L'un des aspects du texte qui interroge tout spécialement est **l'absence de condition de nationalité des opérateurs de référence**. Autrement dit, des sociétés – anglo-saxonnes, en particulier, puisque ce sont les plus importantes sur ce marché – pourront être amenées à suppléer l'armée française, en Opex, pour des tâches dont la définition sera à la discrétion du ministère de la défense. Qu'en sera-t-il si ces tâches ont ou, une fois sur le théâtre d'opérations, se révèlent avoir une importance stratégique ? Qu'en sera-t-il si l'allié d'hier qui aurait eu accès à des informations opérationnelles sur les forces armées françaises, devient l'ennemi de demain ? Ce ne sont que quelques-unes des nombreuses questions qui demeurent sans réponse.

D'un point de vue juridique, le texte soulève également de sérieuses interrogations, qui peuvent s'articuler autour de trois problématiques :

- Le gouvernement pouvait-il adopter un tel texte ou un changement de cette importance dans les principes qui gouvernent la défense nationale ou devait-il être approuvé par le Parlement ?
- Le droit français autorise-t-il le transfert de prérogatives pouvant avoir trait à la souveraineté nationale à des sociétés privées ?
- Qu'en est-il si les opérations menées par ces sociétés dégénèrent en un incident plaçant objectivement la France en situation de déclaration de guerre, celle-ci étant l'apanage de l'exécutif sous le contrôle du Parlement ?

## I. Le gouvernement pouvait-il adopter un changement de cette importance dans les principes qui gouvernent la défense nationale ?

La [Constitution du 4 octobre 1958](#) répartit les compétences entre le législateur (le domaine de la loi) et le gouvernement (le domaine du règlement). Cette répartition détermine l'équilibre des pouvoirs entre le législatif (qui avait, jusqu'en 1958, la pleine compétence) et l'exécutif. Elle est déterminée par les articles 34 et 37 de la Constitution. Selon la Constitution, le gouvernement peut adopter des actes réglementaires (décrets, arrêtés) d'exécution de la loi et des actes réglementaires sans loi préalable, les décrets autonomes, mais dans les limites posées par l'article 34.

Le décret du 31 octobre est un décret autonome, qui n'a pas été précédé par une loi, dont il constituerait la mise en œuvre. Or, la compétence du ministre de la défense pour adopter ce décret peut être sérieusement interrogée. Le texte :

- Crée un régime d'opérateurs privés dotés de prérogatives spéciales dans le domaine militaire ;
- Organise la délégation de missions de défense à des personnes privées ;
- Définit des modalités de « substitution » aux forces armées françaises ;
- Concerne directement l'organisation de la défense nationale.

Or, l'article 34 de la Constitution de 1958 réserve, d'une part, la fixation des règles concernant « **les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État** » et, d'autre part, la détermination des « **principes fondamentaux de l'organisation générale de la Défense nationale** » au législateur. Le gouvernement a donc excédé sa compétence en ayant recours au décret autonome.

D'abord, **le décret affecte les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État**, dont le statut, voire l'existence même pour ce qui concerne certains postes dans le domaine logistique en particulier, pourront être mis en cause par la réorganisation profonde qu'implique la substitution d'opérateurs privés aux forces militaires françaises pour certaines tâches, telles qu'anticipées par le décret.

**En premier lieu**, il s'agit de substituer des employés privés, donc soumis au droit privé (droit du travail et droit social, notamment) aux fonctionnaires des armées et, ce, dans des proportions qui ne sont ni précisées, ni limitées par le décret contesté.

On observe ainsi que les personnels privés ne sont, en particulier, pas soumis au droit de retrait et ne sont pas soumis au même niveau d'entraînement et d'engagement que les personnels des forces armées, ce qui, en soi, porte atteinte au prestige de l'armée française et des fonctionnaires qui lui consacrent leur carrière.

Rappelons, dans ce sens, que le statut général des militaires, tel qu'il résulte de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005, dispose dans son article premier que « *l'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême* ».

Les personnels privés peuvent bénéficier de conditions d'emploi et de rémunération plus avantageuses que leurs *alter ego* fonctionnaires, ce qui est de nature à fragiliser le statut des fonctionnaires des forces armées françaises et à rendre le recrutement problématique.

L'expérience d'OPEX passées a ainsi montré que : « *la mise à disposition d'entreprises privées de personnels rémunérés par le ministère de la Défense peut avoir des conséquences inattendues. Outre que cela ne simplifie pas la gestion administrative de l'entreprise, cette situation aboutit généralement à ce que les personnels mis à disposition par le ministère soient mieux rémunérés que leurs collègues placés sous convention collective* » ([Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense](#), juill. 2011, p. 27).

**En second lieu**, l'expérience a également montré que « **les externalisations contribuaient à la désorganisation du ministère** sans que soit apportée la preuve chiffrée qu'elles permettaient de réaliser les économies promises » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 27).

**En troisième lieu**, l'externalisation conduira inévitablement à la suppression de postes, dans des proportions inconnues, parmi les fonctionnaires des forces armées françaises.

C'est la conclusion à laquelle était parvenu un rapport parlementaire dédié au sujet de l'externalisation :

« 3.– *Suppressions d'emplois et pertes de compétences :*

*Sur le plan humain, l'externalisation des fonctions de télécommunications militaires par satellites se traduira par la disparition d'une trentaine de postes militaires localisés au centre de mise en œuvre de Maisons-Laffitte. Ces suppressions de personnels feront suite aux réductions d'effectifs déjà enregistrées sur ses sites de Favières (Eure-et-Loir) et de Bram (Aude) dans le cadre de la révision générale des politiques publiques »* (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle

budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 59).

**En quatrième lieu**, le décret contesté ne fournit aucune indication quant au volume des personnels dont les postes pourraient faire l'objet d'une substitution par des opérateurs privés.

Or, déjà en 2011, les projections prévoyaient une accélération du phénomène. Ainsi, « *les externalisation engagées sur la même période portent sur des services regroupant au total 16 000 personnes. Peut-on dire que ces 16 000 postes s'ajoutent aux 54 000 en cours de suppression, **portant la déflation totale des effectifs du ministère à 70 000 en six ans ?*** » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 27).

**En cinquième lieu**, le décret contesté ne fournit aucune indication quant la nature des personnels dont les postes pourraient faire l'objet d'une substitution par des opérateurs privés, alors même que certaines fonctions ont, par leur nature, un caractère stratégique qui s'oppose à leur transférabilité.

**On peut donc en conclure que les modifications profondes du statut et des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État qui résultent du décret attaqué relevaient de la compétence exclusive du législateur.**

Ensuite, le décret affecte indiscutablement **les principes fondamentaux d'organisation de la défense nationale**, lesquels ressortissent notamment de la [Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789](#) (plus loin « DDHC ») et de la Constitution du 4 octobre 1958.

En effet, d'une part, la défense nationale doit se comprendre au regard du principe fondateur de la souveraineté nationale, tel que défini par l'article 3 de la DDHC, qui dispose que : « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ».

Dès lors, le respect de la souveraineté nationale est assuré par l'expression de la représentation nationale (outre le référendum) et elle seule, comme le prévoit l'article 34 de la Constitution.

Dans le domaine de la défense tout particulièrement, le respect de la souveraineté nationale est également garanti en réservant les fonctions les plus sensibles aux ressortissants nationaux, ce à quoi contrevient le décret contesté, comme il sera démontré.

Dans ce sens, **il est de jurisprudence constante que la loi ne saurait autoriser l'accès au profit des ressortissants des États membres de la Communauté économique européenne autres que la France qu'à ceux des corps, cadres d'emplois et emplois**

dont les attributions sont « **séparables de l'exercice de la souveraineté** » (Cons. const. 23 juill. 1991, n° 91-293 DC § 11).

D'autre part, la DDHC est explicite sur le contenu de la souveraineté nationale en matière de défense et de force publique.

**Ainsi, selon son article 12 : « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».**

**Il en résulte notamment l'interdiction traditionnelle de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique nécessaire à la garantie des droits** (Cons. const. 16 juin 2017, *Assoc. nat. supporters*, n° 2017-637 QPC § 4 ; Cons. const. 29 mars 2018, *Rouchdi B. et a.*, n° 2017-695 QPC § 26 ; Cons. const. 25 oct. 2019, *Sté Air France*, n° 2019-810 QPC § 11 ; Cons. const. 21 janv. 2022, n° 2022-835 DC § 40 ; Cons. const. 31 mars 2023, *Synd. Nat. unifié des personnels des forêts et de l'espace naturel*, n° 2023-1042 QPC § 21 ; Cons. const. 16 nov. 2023, n° 2023-855 DC § 94).

**A fortiori, la force militaire ne saurait être déléguée à des personnes privées.**

**L'importance de cette exigence se déduit de l'interprétation du Conseil constitutionnel, selon qui les dispositions de l'article 12 établissent un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »** (Cons. const. 15 oct. 2021, *Sté Air France*, n° 2021-940 QPC § 15).

**Conséquemment, l'article 13 de la DDHC précise que : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».**

Le Conseil constitutionnel en déduit que **les missions régaliennes de police, de justice, de diplomatie ou de guerre ne sauraient être financées par une technique les soumettant à la volonté des personnes privées** (Cons. const. 10 mars 2011, n° 2011-625 DC § 66).

Dès lors, la possibilité même du recours à l'externalisation dans le domaine de la Défense nationale figure indiscutablement parmi les principes généraux en la matière, qui relèvent de la compétence exclusive du législateur.

Ainsi, le législateur ne saurait se décharger de sa compétence, en l'occurrence fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État et déterminer les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale, sur le pouvoir réglementaire, ce qui constituerait une **incompétence négative**, censurée en tant que telle par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 21 janv. 1997, n° 96-387 DC).

Il est, en outre, notable qu'il appartient au seul législateur, spécialement sur une question aussi fondamentale que celle de la privatisation de pans entiers de l'armée, d'assortir de garanties légales adéquates les dispositions qui pourraient, comme en l'espèce, affecter les principes constitutionnels ci-dessus énoncés (Cons. const. 28 juill. 1993, n° 93-322 DC).

**Donc, en créant par voie réglementaire un régime d'opérateurs privés dans le domaine de la défense, le décret méconnaît la répartition constitutionnelle des compétences.**

## **II. Le droit français autorise-t-il le transfert de prérogatives pouvant avoir trait à la souveraineté nationale à des sociétés privées ?**

Le décret du 31 octobre, comme tout acte réglementaire, doit respecter ce qu'il est convenu d'appeler la légalité administrative, constituée des lois et des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État.

Or, ce texte ne respecte pas :

- le principe de clarté et d'intelligibilité de la loi et, de ce fait, le principe de souveraineté nationale ;
- les principes posés par le Code pénal relatifs aux intérêts supérieurs de la Nation ;
- le principe général du droit d'interdiction de déléguer des compétences régaliennes à des personnes privées.

### **1. Les principes de clarté et de l'exigence d'intelligibilité de la loi et de souveraineté nationale**

Le décret du 31 octobre viole le principe de clarté et d'intelligibilité de la loi et, ce faisant, il viole également le principe de souveraineté nationale.

Comme dit précédemment, le décret du 31 octobre est un règlement autonome, tel que visé à l'article 37 de la Constitution.

Or, un règlement autonome qui méconnaîtrait une norme à valeur constitutionnelle serait entaché du vice de violation de la règle de droit, le juge administratif opérant un contrôle de constitutionnalité direct de l'acte.

Ainsi, le Conseil d'État annule des actes administratifs pour violation d'une norme constitutionnelle (CE 26 juin 1959, req. no 92099, Ingénieurs Conseils, Lebon 394 ; CE, ass., 8 déc. 1978, GISTI, CFDT et CGT, req. no 10097, Lebon 493 ; CE 29 mai 1992, Assoc. amicale des professeurs titulaires du Muséum d'histoire naturelle, req. no 67622, Lebon 217).

Tel est le cas du décret du 31 octobre, qui **viole l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'accessibilité de la loi** et, du fait de son imprécision, il viole également **l'article 3 de la Constitution et l'article 3 de la DDHC relatif à la souveraineté nationale**.

#### **a. Le principe de clarté et d'accessibilité de la loi**

Le Conseil constitutionnel reconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ([Cons. const. 16 déc. 1999, no 99-421 DC](#), Rec. Cons. const. 136), qui résulte des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC et impose ainsi au législateur d'être clair et précis. **L'exigence de clarté** est déjà ancienne (Cons. const. 29 déc. 1983: no 83-164 DC § 30), **tout comme l'exigence de précision** (Cons. const. 20 juin 1998, no 98-401 DC § 16).

Il s'assure, en particulier, que le législateur énonce « de façon précise les nouvelles règles » dans le respect de « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi* » (Cons. const. 19 déc. 2000, no 2000-437 DC, Rec. Cons. const. 190) et du « *principe de clarté de la loi* » (Cons. const. 12 janv. 2002, no 2001-455 DC).

Il appartient, par suite, au législateur de « *respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (Cons. const. 12 janv. 2002, no 2001-455 DC).

En effet, selon le Conseil, l'égalité devant la loi, au sens de l'article 6 de la DDHC, et la garantie des droits, au sens de l'article 16 de la DDHC, « *ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée* » (Cons. const. 29 déc. 2005, no 2005-530 DC).

La même exigence de clarté de la loi découle de la jurisprudence de la CEDH (CEDH, gr. ch., 5 juin 2015, Lambert c. France, req. no 46043/14, § 160). **L'obligation s'impose à la loi, entendue dans son sens le plus large, laquelle comprend les actes réglementaires et la jurisprudence** (CEDH 26 avr. 1979, req. no 6538/74, Sunday Times).

**De la même manière, le Conseil d'État applique cet objectif au décret** (CE, 29 octobre 2013, Les amis de la rade et des calanques, Req. n° 360085, § 3).



**Il adopte, en effet, une interprétation large de l'objectif d'intelligibilité de la « norme » ou de la « règle de droit », allant au-delà de la loi et incluant le pouvoir réglementaire** : CE, 18 février 2004, Req. n° 251016 ; CE, ord., 14 avril 2015, Req. n° 388776, § 5 ; CE, 5 mai 2011, Req. n° 337251 ; CE, ord., 15 décembre 2011, Req. n° 354199 ; CE, Ass, 24 mars 2006, n° 288460 ; CE, 18 septembre 2019, Req. n° 410738, § 24.

**Or, le décret du 31 octobre est tout sauf clair, précis, intelligible et accessible.**

Ainsi, trois notions qui constituent le socle du décret contesté ne font l'objet d'aucune explicitation, en dépit de leur importance, rendant impossible l'appréhension de la pleine portée du texte.

**Premièrement, la qualification « d'opérateur de référence » et, par suite, « d'opérateur chef de file » ne comporte aucune définition précise.**

Comme il a été noté, le décret contesté ne prend pas en considération pas la question de la sensibilité de certaines fonctions et de la nécessité consécutive d'opérateurs de nationalité française.

Au contraire, le mécanisme prévue de recours au Code de la commande publique, combiné aux dispositions de l'article 5-II, alinéa 2 du décret, selon lequel l'opérateur : « doit être **établi** dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen » **ouvre la possibilité d'attributaires de nationalité étrangère.**

Le décret ne tient pas compte des exceptions aux règles de mise en concurrence lorsqu'il s'agit d'un domaine **lié aux intérêts vitaux de l'État** : « *L'offre française existe mais elle est faible. Cette situation s'explique d'abord par des difficultés politiques ou culturelles : le domaine fait peur car il est associé à certaines pratiques (le mercenariat) ou pourrait justifier des externalisations. Cela n'a pas permis jusque-là d'avoir le débat nécessaire à une clarification de la législation, maintenant les principaux acteurs dans le flou, d'où certainement les faiblesses de ce secteur, relativement peu structuré en France. Cette situation doit évoluer car elle pose un problème de souveraineté* » ([Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées](#), févr. 2012, p. 31).

« *Le droit commun des contrats passés avec des ESSD relève du code des marchés publics, qui suppose une mise en concurrence ouverte aux entreprises des États membres de l'UE. Des exceptions existent lorsque les sites ou personnes concernées sont liés aux intérêts vitaux de l'État. Le droit européen vise les intérêts essentiels de sécurité nationale (directive 2009/81/CE). Sont couvertes par ces exceptions les dispositions relatives à la protection du secret de la défense nationale (arrêté du 23 juillet 2010)* » ([Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées](#), févr. 2012, p. 35).

« *L'une des données de la réticence française est culturelle : l'hypothèse d'une coopération étroite entre diplomates, agents de renseignements et ESSD semble trop*

souvent perçue en France comme un « mélange des genres », voire comme le démantèlement de fonctions régaliennes. Ainsi, les professionnels du secteur ont manifesté aux rapporteurs leurs regrets d'une « incompréhension dramatique en France » qui pouvait inciter certains prestataires peu sérieux à agir aux limites du droit. Les entreprises anglo-saxonnes semblent quant à elles bénéficier d'un soutien systématique de leur État d'origine. La complémentarité public-privé paraît mieux acceptée dans ces pays, voire même revendiquée.

Il faut dire cependant que nombre d'entreprises revendiquent bruyamment le soutien de l'État, tout en montant des structures de droit anglo-saxon pour échapper à l'imposition française ou pour proposer des contrats de travail offshore, plus libéraux. Il existe en outre de nombreux cas d'entreprises se revendiquant comme françaises car leur fondateur, leur recrutement ou leurs capitaux sont français, mais dont le siège se trouve en dehors du territoire national. **Il s'agit d'un artifice : ces sociétés ne sont nullement françaises et n'auront donc pas vocation à bénéficier des mesures de soutien préconisées par les rapporteurs** » (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 41).

L'absence de précision et d'encadrement de cette condition d'établissement au sein de l'UE ou de l'EEE **ne permet pas d'assurer la protection des intérêts essentiels de sécurité nationale**.

Lors de son audition le 5 juin 2013 par la commission des affaires étrangères et de la défense du Sénat, l'amiral Édouard Guillaud, alors chef d'état-major des armées, affirmait ainsi que :

« On arrive à distinguer les domaines dans lesquels des choses peuvent être faites, et certaines pistes envisagées au départ se sont révélées peu praticables, comme l'externalisation. Autant celle-ci, en matière de maintenance par exemple, est possible en métropole pour les civils, autant **c'est inenvisageable en OPEX, sauf à déléguer à des entreprises spécialisées anglo-saxonnes** ! Je préfère être maître chez moi, et je vois ici plus d'ennuis potentiels que de gains » ([Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014](#), p. 19).

Aucun élément n'est, par ailleurs, fourni par le décret quant aux garanties que doivent présenter les opérateurs candidats à l'accord-cadre, s'agissant de questions directement liées à la souveraineté nationale et à l'indépendance stratégique de la France et susceptible de concerner des questions couvertes par le secret-défense.

C'est ce qu'observait un rapport parlementaire relatif aux sociétés militaires privées :

**« Le législateur devra également s'intéresser au suivi de nos anciens agents ou militaires qui s'engagent au service de sociétés étrangères, sociétés dont on a bien vu qu'aucune n'est totalement hermétique aux intérêts de son État d'origine. Ces agents ont certes le droit d'exporter leurs compétences et savoir-faire, mais il convient de préciser les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire, sans nuire aux intérêts français. En un mot, il faut nous garantir qu'ils ne feront pas bénéficier à des rivaux**

**de nos réseaux, de nos techniques, de nos modes opératoires, ce qui serait de nature à fragiliser nos services.** À ce stade, on trouve peu d'anciens commandos britanniques ou d'agents des services de renseignement américains se mettre au service d'ESSD françaises, alors que, comme on l'a vu, l'inverse est aujourd'hui fréquent » (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 51).

Le même rapport parlementaire soulignait la nécessité, pour le législateur, en amont de tout projet d'externalisation de tâches relevant des forces armées françaises **« d'aménager le code de la défense afin de soumettre les personnels de ces sociétés à un droit strict** (limitation du droit de retrait, encadrement rigoureux de la légitime défense, etc.) » (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 33).

De même, selon un rapport postérieur : *« La question de la fiabilité des moyens mis en œuvre dans le cadre d'une opération militaire est évidemment cruciale et se pose y compris lorsque ces moyens sont strictement patrimoniaux. Elle présente cependant des spécificités dès lors que recours est fait à des prestataires privés. Le risque ne porte alors plus simplement sur la fiabilité technique et le respect du cahier des charges, mais sur la solidité du cocontractant et la disponibilité de son personnel. **Comment faire face à une faillite du prestataire ? Quelles seraient les conséquences d'une grève ou de l'exercice du droit de retrait, qui demeurerait licite de la part d'employés civils ?** »* (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 25).

**Il appartiendrait donc au législateur, le cas échéant, de faire évoluer le droit dans ce sens, préalablement à l'adoption de tout acte réglementaire du type du décret attaqué.**

La critique est réitérée par un autre rapport parlementaire sur le sujet, selon lequel :

*« L'externalisation de fonctions de soutien en OPEX implique ainsi que le personnel extérieur, souvent local, ait accès aux emprises militaires et y circule. Des garanties doivent être prises pour assurer aussi bien la sécurité de ces prestataires que celle de l'opération, en termes de renseignement comme de protection des personnels et matériels militaires.*

*Dans un rapport du 28 septembre 2010, la commission des forces armées du Sénat américain a ainsi révélé que « des sociétés privées auxquelles l'armée américaine avait notamment confié la sécurité de bases militaires employaient des personnels locaux ayant des liens avérés avec les Talibans »* (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 26).

Les recommandations parlementaires sur le sujet sont, elles aussi, claires :

« 2. Il est nécessaire d'identifier clairement, en amont et précisément, les modalités de mise en œuvre de l'externalisation : conduite des appels d'offres, solidité des organismes d'État en charge de contractualiser ;

3. Il est indispensable d'organiser rigoureusement le contrôle étatique. Outre la mise en place d'organismes de contrôle, cela suppose également de solides capacités juridiques du côté du ministère de la défense pour la contractualisation et le suivi ;

4. Un contrôle a priori doit être mis en place. Il suppose une forme de labellisation ou d'agrément des sociétés, ainsi que le contrôle de leurs activités. Un contrôle en amont des personnels peut être organisé, par exemple en impliquant la DPSD. Il faut être très exigeant en matière de contrôle. N'oublions pas que, sur les théâtres d'opération, de nombreuses transactions sont réglées en liquide.

Il s'agit de connaître la bonne moralité des employés ainsi que la solidité technique et financière des entreprises. Confier un marché à une entreprise contrôlée par des capitaux étrangers pourrait, dans certains cas, poser problème.

Lorsqu'ils avoisinent des lieux ou côtoient des personnels sensibles, les employés des ESSD doivent présenter des garanties minimales, au même titre que l'on exige des agents de sécurité en France qu'ils disposent d'un agrément pour exercer leur profession. Cela invite à concevoir une forme de label.

5. L'exécution du contrat doit également être l'objet d'une attention particulière. Le recours aux services d'ESSD n'est envisageable que s'il organise leur coordination étroite avec les armées. Il faut les associer aux ordres d'opération et qu'elles aient accès à l'ensemble des informations intéressant leur sécurité. Il n'y a pas d'alternative à leur étroite association, qui pourrait se traduire par la mise en place de détachements de liaison chargés de faire rapport quotidiennement à la hiérarchie militaire et qui recueilleraient les informations utiles à l'accomplissement de leur mission, comprenant notamment des éléments de contexte. **Se posera en outre la question de l'accès au renseignement**, qu'il conviendra de régler au cas par cas.

**Sur le fond enfin, la prudence doit être de mise afin d'éviter certains effets pervers : risque de comportement oligopolistiques voire monopolistiques**, ou encore, sur le plan budgétaire, annulation des économies de titre 2 (rémunérations et charges sociales) par des dépenses de titre 3 (fonctionnement) » (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 33).

De nombreuses autres questions qui ont trait aux garanties de choix de l'attributaire, ne sont pas traitées par le décret contesté.

Ainsi : « Le plus inquiétant selon les organisations syndicales est **la mise en cause de la sécurité**. En effet, alors que les personnels qui pénètrent sur les sites les plus sensibles font légitimement l'objet de contrôles stricts, il semblerait que les véhicules des sociétés extérieures, par exemple les engins d'enlèvement des ordures, y accèdent sans aucune difficulté. Plus grave : il apparaît que le gardiennage des sous-marins nucléaires, à

*Cherbourg par une société privée n'a pas donné satisfaction, ce qui est particulièrement regrettable s'agissant de la dissuasion, activité indissociable du cœur de métier ; de la même manière, le ministre a reconnu le manque de fiabilité de la société chargée du gardiennage de l'îlot Saint-Germain, cœur du ministère de la Défense » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 22).*

*De même : « L'externalisation d'une partie croissante des moyens de transport militaire ne doit pas occulter les contraintes de ce mode de fonctionnement. Sans exclure a priori cette pratique, les Rapporteurs, comme la Cour des comptes, insistent sur la nécessité de conserver un socle de moyens patrimoniaux compatible avec les ambitions internationales de notre pays.*

#### *1.- Les spécificités de l'affrètement de navires civils par la Marine nationale*

*Ces navires seront logiquement soumis au droit de retrait et au droit de grève, inhérents au personnel civil qui y travaillera. Les risques de répercussion sur le caractère opérationnel des missions paraissent inévitables et devront être gérés au mieux. Et une fois sur cent ou sur mille, ils devront être traités sur un mode exceptionnel, a reconnu le général Patrick Huguet.*

*Les équipages civils accepteront-ils de se rendre dans des zones réputées dangereuses, en raison d'actes de piraterie ou de fait de guerre ? Les limitations ne viendront probablement pas des équipages, mais des assureurs. Dans le monde des assurances maritimes, le Joint war committee décide des zones dans lesquelles il est possible de naviguer au tarif de droit commun, des zones où les navires peuvent se rendre à condition de payer des surprimes, et des zones dans lesquelles les assureurs refusent de couvrir le risque » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 47).*

**On le voit, le décret du 31 octobre n'apporte pas les précisions nécessaires à la notion « d'opérateur de référence ».**

**Deuxièmement, la qualification de « prestation » ou de « mission », dont les éléments de compréhension sont trop limités pour en permettre la bonne compréhension.**

En effet, l'article 3 du décret contesté donne, certes, une liste des « missions » susceptibles d'être confiées à des opérateurs privés.

**Mais, d'une part, cette liste est loin d'être précise et non-équivoque.**

Ainsi, selon l'article 3-I, sont transférables : « des missions de formation, d'entraînement, de maintien en condition opérationnelle ou de soutien. Pour ce faire, ils assurent la transmission contrôlée, directe ou indirecte, des savoir-faire militaires des forces armées françaises et formations rattachées et en garantissent la protection ».

Cependant, le « *maintien en condition opérationnelle* », qui vise notamment l'entretien du matériel militaire, **peut concerner des fonctions hautement liées à l'indépendance stratégique**, telles que l'entretien de matériels stratégiques comme les satellites militaires.

**L'absence de précision du décret contesté laisse, par conséquent, la possibilité pour le pouvoir réglementaire de transférer des fonctions stratégiques.**

Dans le même sens, la notion de missions de « soutien » à l'État partenaire est particulièrement large, ce qui la rend très ambiguë.

Ainsi, selon la doctrine militaire française : « **Le soutien est une des quatre fonctions-clefs décrites par la doctrine d'emploi des forces**. Le soutien consiste à assurer la combinaison et l'ordonnancement des différentes activités mises en place au profit des forces engagées afin de leur permettre de se déployer, de vivre, d'agir, de combattre, de soigner, de se remettre en condition et de durer » (Doctrine du Soutien, « Le Soutien aux engagements opérationnels », Doctrine interarmées, DIA-4(B)\_SOUT(2013), N° 040/DEF/CICDE/NP du 14 mars 2013).

**Il s'agit donc d'une mission, à la fois, vaste et cruciale pour la bonne organisation des forces armées.**

La doctrine militaire précitée précise le champ des missions de soutien de la manière suivante :

« On distingue **un cycle du soutien** qui se décompose en trois phases :

a. Le soutien d'acquisition (§ 1023) est lié à **la fabrication** des matériels et à la prise en compte, la plus précoce possible, des considérations de soutien ;

b. Le soutien de production (§ 1025) est celui qui a lieu en **service courant**, hors engagement opérationnel. Il a lieu principalement sur le territoire national, dans les conditions de **préparation à l'engagement opérationnel** ;

c. Le soutien de consommation (§ 1027) est le volet de soutien qui va utiliser les moyens acquis et préparés par les deux volets précédents, **au cours d'un engagement opérationnel**.

On distingue également trois catégories de soutien :

a. **Le soutien spécialisé** (§ 1030) : il s'agit du soutien conduit exclusivement par un certain nombre d'organismes fonctionnels, de nature interarmées, voire ministérielle, et spécialisée en général autour d'une sous-fonction logistique ou d'administration militaire. Il est conduit par les Services interarmées (SIA) : SSA, SEA, SCA, SIMu, DIRISI. Le SID qui dépend du SGA peut y être assimilé.

**b. Le soutien spécifique (§ 1031) :** il s'agit du maintien en condition opérationnelle des matériels dédié de façon spécifique aux trois milieux (terrestre, naval, aéronautique). Il est confié, suivant le principe MOA-MOAD-MOE (voir RDIA 4) :

i. Pour le milieu terrestre : à la SIMMT, OVIA relevant organiquement du CEMAT ;

ii. Pour le milieu maritime : au Service de Soutien de la Flotte (SSF), au Service Logistique de la Marine et au Service logistique de la marine, relevant organiquement du CEMM ;

iii. Pour le milieu aérien : à la Structure intégrée du maintien en condition opérationnelle du matériel aéronautique de la défense (SIMMAD), OVIA relevant organiquement du CEMAA.

**c. Le soutien commun de proximité (§ 1035)** est mis en œuvre par les bases de défense ».

**Ainsi, le soutien peut avoir d'importantes implications en termes de sécurité, qu'ils s'agisse de missions menées sur un théâtre opérationnel ou de protection des bases militaires françaises.**

Selon un rapport parlementaire sur le sujet : « *Le transport terrestre peut consister à un simple acheminement de fret, pour lesquels les moyens civils et militaires sont aisément substituables, souvent au net avantage des premiers, en termes de coût et de capacité. Dans un environnement hostile, les ravitaillements par voie routière deviennent pourtant de véritables opérations de combat qui n'ont plus rien à voir avec de simples convois logistiques (...). L'externalisation de la fonction ISR illustre également la **difficulté à tracer une ligne nette entre ce qui relève du soutien externalisable et les fonctions opérationnelles ne pouvant être déléguées** » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 33).*

**Pourtant, et en dépit de l'existence d'une doctrine et d'une nomenclature militaire très claires, le décret contesté ne précise pas les missions de soutien transférables, ce dont il faut déduire qu'elles le seraient toutes, ce qui contrevient au principe même de la souveraineté nationale.**

**Il en va de même « des savoir-faire de forces armées françaises », une expression susceptible d'acceptions très différentes et à laquelle aucune limite n'est posée.**

De même, selon l'article 3-II du décret contesté, les opérateurs peuvent se voir transférer « *des capacités d'accueil, d'adaptation et de réaction permanentes en matière de déploiement humain et matériel et d'infrastructure* ».

En particulier, la mission « *de réaction permanentes en matière de déploiement humain et matériel et d'infrastructure* » interroge.

**Quel pourrait-être le périmètre d'une mission de réaction en matière de déploiement humain ou d'infrastructures, deux missions qui peuvent être critiques, spécialement sur un théâtre d'opérations ?**

Ainsi, selon le **Glossaire interarmées de terminologie opérationnelle**, la **force de réaction se situe dans le volet opérationnel de l'échelon des forces**, lequel est un : « *ensemble constitué de forces conventionnelles d'action ou de réaction, projeté en vue d'un engagement dans le cadre d'une montée en puissance.*

*Note : Il existe quatre échelons :*

- l'échelon de *forces de réaction immédiate*, projeté dans un délai de 72 heures ;
- l'échelon de *forces de réaction rapide*, mis en place entre 4 et 15 jours ;
- l'échelon de *forces d'action à temps*, mis en place dans un délai de 16 à 45 jours ;
- l'échelon de *forces d'action différée*, mis en place dans un délai de 46 à 100 jours.

*Les différents échelons de forces sont définis au moment de la planification de l'engagement, donc pour une opération donnée, en fonction de l'option stratégique retenue et des capacités de projection disponibles » (Document cadre, DC-004\_GIATO(2013), N° 212 /DEF/CICDE/NP du 16 décembre 2013, Amendée le 1er juin 2015).*

**Dans ce cadre, quelles sont exactement les missions de « réaction » qui peuvent être transférées à des opérateurs privés, sans porter atteinte au principe de souveraineté nationale ? Le texte du décret contesté ne permet pas d'y répondre.**

**Ensuite, aux termes de l'article 3-III, les opérateurs peuvent être habilités « à exploiter des documents classifiés au titre de la protection du secret de la défense nationale ou protégés au titre de la propriété intellectuelle ».**

Le décret contesté est particulièrement laconique sur la transférabilité de « *secrets de la défense nationale* », dont le caractère hautement sensible n'est pas à démontrer.

**Pourtant, le Code de la défense classe les secrets relevant de la défense nationale, ce sur quoi le décret contesté aurait pu s'appuyer pour atteindre l'objectif de clarté et d'intelligibilité.**

Ainsi, selon le [Code de la défense](#) :

« *Les informations et supports classifiés font l'objet d'une classification comprenant deux niveaux:*

*1° Secret;*

*2° Très Secret » (art. R. 2311-2).*

« *Le niveau Secret est réservé aux informations et supports dont la divulgation ou auxquels l'accès est **de nature à porter atteinte à la défense et à la sécurité nationale**. Le niveau Très Secret est réservé aux informations et supports dont la divulgation ou auxquels l'accès aurait **des conséquences exceptionnellement graves pour la défense et la sécurité nationale** » (art. R. 2311-3).*



*« Les informations et supports classifiés qui ne doivent être communiqués, totalement ou partiellement, en raison de leur contenu qu'à certaines organisations internationales ou à certains États ou à leurs ressortissants, portent, en sus de la mention de leur niveau de classification, une mention particulière précisant les États, leurs ressortissants ou les organisations internationales pouvant y avoir accès.*

***Les informations et supports classifiés qui ne doivent en aucun cas être communiqués totalement ou partiellement à des organisations internationales, à des États étrangers ou à leurs ressortissants ainsi qu'à des personnes morales de droit étranger*** portent, en sus de la mention de leur niveau de classification, la mention particulière "Spécial France"» (art. R. 2311-4).

Aucune mention n'est, non plus, faite par le décret des conditions, le cas échéant, du transfert de secrets relevant de la défense nationale à des opérateurs privés pour l'exercice de leurs missions.

Pourtant, une habilitation, conforme à ce que prévoit le Code de la défense, devait être prévue.

Ainsi, selon le Code de la défense :

***« Sauf exceptions prévues par la loi, nul n'est qualifié pour connaître d'informations et supports classifiés s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation et s'il n'a besoin, au regard du catalogue des emplois justifiant une habilitation, établi selon les modalités précisées par arrêté du Premier ministre, de les connaître pour l'exercice de sa fonction ou l'accomplissement de sa mission »*** (art. R. 2311-7).

***« Sauf exceptions prévues par la loi, nul n'est qualifié pour accéder à un système d'information ou à ses dispositifs, matériels ou logiciels, de protection, lorsque cet accès permet de connaître des informations classifiées qui y sont contenues ou de modifier les dispositifs de protection de ces informations, s'il n'a fait au préalable l'objet d'une décision d'habilitation et s'il n'a besoin, selon l'appréciation de l'autorité responsable de l'emploi du système, d'y accéder pour l'exercice de sa fonction ou l'accomplissement de sa mission »*** (art. R. 2311-7-1).

**En l'absence d'une autorisation législative, l'article 3-III du décret est illégal, outre son imprécision, elle-même, contraire au principe de clarté et d'intelligibilité.**

Enfin, l'article 3-IV du décret du 31 octobre autorise « *les prestations exécutées sur le territoire national* », sans donner les teneurs et la limite de telles prestations.

Pourtant, le décret vise à « *répondre aux besoins de la France en matière de coopération internationale militaire et (à) préserver ses capacités opérationnelles* ».

**Dans ce cadre, quelles peuvent-être les prestations, qui ne relèveraient ni des missions des forces armées ou de la police judiciaire, qui pourraient se dérouler sur le territoire national ?**

L'importance de la question au regard de la souveraineté nationale imposerait une rédaction plus complète et plus précise qui permette de déterminer avec exactitude les prestations concernées.

**D'autre part, l'énumération de l'article 3 du décret ne fournit aucune indication sur le point fondamental de savoir quelles sont les « missions » transférables à des opérateurs privés.**

Seul est précisé que les opérateurs sont susceptibles d'intervenir dans le cadre des champs suivants : « le terrestre, le maritime, l'aérien, le spatial et la cyberdéfense ». Soit **tous les corps d'armée.**

Or, certaines missions ne peuvent, par nature, être transférées à des opérateurs privés.

C'est, par exemple, ce qu'expose un rapport parlementaire sur le sujet :

*« Il n'existe pas de liste des activités « externalisables » par le ministère de la défense. Celui-ci se réfère à la notion de « cœur de métier » pour définir de manière négative les fonctions pouvant être confiées à un cocontractant.*

*Cette référence est inadéquate mais compréhensible. Le mouvement général d'externalisation qui a touché le secteur privé se fonde en effet sur l'idée que le recentrage sur le cœur de métier est une condition absolue de la performance d'une organisation : ce qui ne relève pas de ce cœur de métier doit être délégué à une autre organisation dont c'est la spécialité et qui fournira une prestation de meilleure qualité à un moindre coût (...).*

*Le « cœur de métier » ne reçoit pas aisément de définition positive. On pourrait même considérer qu'il se définit comme ce qui reste lorsqu'on a enlevé toutes les activités que l'on avait intérêt à externaliser.*

*Ceci étant posé, la question des limites de l'externalisation en matière de défense ne se résume pas à la recherche d'un optimum organisationnel correspondant à un « recentrage sur le cœur de métier ».*

**Les forces armées exercent en effet des fonctions régaliennes de l'État, consistant notamment à exercer le « monopole de la violence légitime » et ne pouvant faire l'objet d'une délégation à un prestataire privé.**

**Ce monopole a été rappelé par la loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire une définition du cœur de métier et une directive du ministère de la défense sur la politique d'externalisation précise que « l'activité régaliennne des différentes structures de la Défense est exclue a priori du domaine externalisable » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 31 et p. 33).**

Cette analyse est constante : « Le droit français limite les possibilités de recours à des prestataires privés pour sous-traiter des activités. **Les missions régaliennes sont exclues de ce champ.** Le Conseil constitutionnel a ainsi estimé que l'État devait assumer la réalisation des services publics dont « l'existence et le fondement » sont exigés par la Constitution (décision des 25 et 26 juin 2006). **Cela concerne en particulier certaines des missions du ministère de la défense ou de celui de l'intérieur qui sont clairement placées dans le domaine régalien.** En complément, le Conseil d'État a estimé que les services publics non déléguables par nature (tels que le maintien de l'ordre public) ne pouvaient pas être confiés à une personne privée. **Les missions mettant directement en œuvre la souveraineté ne sont donc pas déléguables** » (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 35) » (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 35).

En effet : « les externalisations liées aux OPEX ne représentent pas un remède adéquat aux contraintes que subit le budget de la défense et **comportent de graves inconvénients sur le plan de l'autonomie stratégique de la France** » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures », juill. 2014).

Le caractère non-transférable de prérogative relevant de la souveraineté nationale est reconnu de longue date par une jurisprudence constante.

En outre, la doctrine militaire, comme de nombreux travaux parlementaires fournissent un cadre de réflexion qui aurait pu permettre au pouvoir réglementaire de préciser ce point essentiel, par exemple en établissant une nomenclature ou des critères de détermination des missions transférables à des opérateurs privés.

Ainsi, selon la doctrine militaire française :

#### **« Les activités « externalisables » selon le ministère de la défense**

Les opérations d'externalisation engagées par le ministère depuis la mise en œuvre de la loi de programmation militaire pour les années 2009-2014, lui ont permis de concentrer ses efforts et ses moyens sur les missions relevant de son cœur de métier. La notion de "cœur de métier" appliquée au ministère de la défense et des anciens combattants doit s'analyser au travers du critère de la "participation directe aux hostilités", mentionné dans la loi n° 2003-340 du 14 avril 2003 relative à la répression de l'activité de mercenaire, s'inspirant du protocole I du 8 juin 1977 additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949. En effet, bien que cette loi et ce protocole international n'aient pas pour vocation première d'apporter une définition à la notion de "cœur de métier", ils en font néanmoins apparaître clairement le périmètre en rappelant à plusieurs reprises que **l'État doit seul exercer le monopole de la mise en œuvre de la "violence légitime" au moyen de ses forces militaires. Cette prérogative revêt un caractère régalien qui ne saurait, par conséquent, faire l'objet particulier des armes, en dehors du strict cadre de la légitime défense, même de manière implicite ; d'aucune externalisation. Elle correspond : aux missions impliquant l'usage de la force, en au soutien direct des**

**phases d'une opération impliquant des affrontements directs ; au soutien de contact des formations tactiques engagées dans une zone hostile, y compris de leurs équipements et systèmes d'armes. Ainsi, la mission de combattre et celle d'assurer le soutien des forces déjà engagées dans les combats fondent le cœur de métier de nos forces armées. Elles ont pour objectif d'assurer en tout temps et en tout lieu la sécurité des Français, garantir l'indépendance de la Nation, et consolider la puissance militaire et diplomatique de notre pays.** Par opposition, sont considérées comme potentiellement "externalisables" toutes les activités menées par le ministère de la défense et des anciens combattants en périphérie du cœur de métier des forces armées, au cas par cas, selon les besoins, et sous certaines conditions. » Source : ministère de la défense (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 31).

Enfin, comme le recommande un rapport parlementaire sur le sujet :

« **1. Il faut une définition précise et raisonnable de ce que les armées peuvent externaliser.** Cela exclut par avance les actions de force mais couvre le soutien et la logistique. Il faut avoir en tête l'exigence de réversibilité de certaines externalisations ou en tout cas se donner les moyens de conserver un minimum de compétences militaires dans certains domaines a priori externalisables mais qui deviennent critiques dans un contexte de combat (restauration ou encore télécommunications) », (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 33).

Enfin, comme l'observe la Cour des comptes, il existe des indications législatives. Le décret contesté pouvait sans difficulté s'en inspirer pour rendre précises et intelligibles les qualifications de « prestation » et de « mission » transférable.

Ainsi : « Si la loi du 14 avril 2003 précitée ne définit pas le périmètre des fonctions liées à la défense pouvant être confiées à un prestataire privé, **la Cour des comptes estime qu'elle fait tout de même « apparaître un noyau dur qui ne saurait être l'objet d'aucune externalisation et qui correspond :**

- **aux missions impliquant l'usage de la force**, en particulier des armes, en dehors du strict cadre de la légitime défense, même de manière implicite ;
- **au soutien direct des phases d'une opération** impliquant des affrontements directs (entrée en premier, coercition) ;
- **au soutien de contact des formations tactiques** engagées dans une zone hostile, y compris de leurs équipements et systèmes d'armes » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 32).

Comme le conclut un rapport parlementaire sur la question :

« Je voudrais pour finir insister sur trois points.  
Le premier est que l'externalisation est utile mais qu'**il faut que nous gardions nos savoir-faire, notamment en situation dégradée.**

*Le deuxième est que **l'externalisation ne doit pas être une réponse ponctuelle à des choix qui n'ont pas été faits par le passé**. L'affrètement de moyens aériens fonctionne plutôt bien, **mais cela pose problème quant à l'autonomie stratégique de nos armées**. Le dernier point, en lien avec la question de l'autonomie de la France, est la nécessité d'organiser la coopération européenne, afin de **limiter notre dépendance à l'égard de certains prestataires privés** » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 42).*

De même : « **La mission recommande la plus extrême prudence à l'égard des sociétés militaires privées, tant en ce qui concerne la délivrance d'agréments que dans le choix des missions qui leur sont confiées. Elle demande au ministère de la Défense de définir rapidement le périmètre dans lequel il pourrait faire appel aux services de ces sociétés** » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 70).

**Pourtant, le décret du 31 octobre ne donne aucune précision quant aux types d'externalisation qu'il autorise et encourt l'annulation de ce fait.**

**Troisièmement, la qualification de « droits exclusifs ou spéciaux » qui, bien que connue dans le droit des services publics et difficilement transposable, telle quelle, à la matière du décret, n'est pas explicitée plus avant par ce dernier.**

Traditionnellement, les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits accordés par l'autorité compétente, ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux. Il s'agit essentiellement de la mise à disposition de réseaux fixes pour les services publics de l'eau potable, de l'électricité ou du gaz, la mise à disposition de réseaux de télécommunications, l'exploitation exclusive d'une aire géographique (aéroports, ports fluviaux ou maritimes).

La particularité des entreprises attributaires est qu'elles sont en situation de monopole et donc, en partie au moins, soustraites à la concurrence, ou en situation privilégiée au titre de droits spéciaux.

L'éventail des droits entrant dans la catégorie des droits spéciaux ou exclusifs est donc particulièrement large et, de ce fait, susceptible de concerner, par exemple, des infrastructures stratégiques.

**Pourtant, le décret contesté ne permet pas, du fait de son caractère trop général, d'appréhender la réalité de l'étendue des droits pouvant être transférés à des opérateurs privés et contrevient ainsi au principe de clarté et d'intelligibilité.**

L'imprécision du décret contesté ne se limite pas aux éléments discutés ci-dessus et l'on peut schématiquement les récapituler de la manière suivante :

**Article 1 : « Opérateurs de référence du ministère des armées », titulaires de :  
- « droits exclusifs » : Quels droits exclusifs ?**

- « **droits spéciaux** » : Quels droits spéciaux ?

**Article 3 : « I. - Les opérateurs de référence se voient confier, dans le cadre de l'assistance à l'État partenaire, des missions » :**

- « **de formation** » : Quel type de formation ?

- « **d'entraînement** » : Quel type d'entraînement ?

- « **de maintien en condition opérationnelle** » : Quel maintien en condition opérationnelle ?

- « **ou de soutien** » : Quel type de soutien ?

**« Pour ce faire, ils assurent » :**

- « **la transmission contrôlée** » : Quel contrôle, qui contrôle ?

- « **directe ou indirecte** » : Qu'est-ce que cela signifie ?

- et « **formations rattachées** » : Quelles formations ?

- en « **garantissent la protection** » : Quel type de protection ? Avec quels moyens et quel contrôle ?

**« II. - Les opérateurs doivent pouvoir mettre en œuvre » :**

- des « **capacités d'accueil** » : Quel type de capacité d'accueil ? Sur ou en dehors des théâtres d'opération ?

- « **d'adaptation** » : Quel type d'adaptation ? A quel risque ou quel danger ?

- « **d'adaptation et de réaction permanentes en matière de déploiement humain et matériel et d'infrastructure** » : Quels types d'adaptation et de réaction permanentes ? Quels types de déploiement ? Quels types de matériel et d'infrastructure ? Sur ou en dehors des théâtres d'opération ?

## **b. Violation de l'article 3 de la Constitution et l'article 3 de la DDHC**

L'imprécision des termes du décret du 31 octobre, laquelle constitue un motif suffisant d'annulation, doit être comprise dans la totalité de ses conséquences, constituant ainsi un motif supplémentaire d'annulation.

En effet, la matière dont il s'agit a directement trait à **la substance même de la souveraineté nationale**. De ce fait, l'exigence de précision quant aux atteintes à la **souveraineté nationale** qu'autorise le décret contesté s'en trouve nécessairement renforcée.

Selon l'article 3 de la Constitution :

*« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.*

*Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.*

*Ainsi, les dispositions du présent article qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit ».*

Et, selon l'article 3 de la DDHC : « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ».

Il en résulte que, dans les matières touchant directement à la souveraineté nationale, **le peuple doit pouvoir prendre la pleine mesure des atteintes à la souveraineté nationale** qu'opère, en l'occurrence, le pouvoir réglementaire.

## **2. La loi pénale relative à la protection des intérêts supérieurs de la Nation**

Le décret du 31 octobre, en ce qu'il confie aux opérateurs de référence et/ou à l'opérateur chef de file « *la transmission contrôlée, directe ou indirecte, des savoir-faire des forces militaires françaises* » (art. 4-I) et les autorise à « *exploiter des documents classifiés au titre de la protection du secret de la défense nationale ou protégés au titre de la propriété intellectuelle* » (art. 4-III) méconnaît les principes posés par les dispositions des articles 410-1 et suivants du code pénal relatifs à la répression des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation.

Préalablement, il est de jurisprudence constante que la loi pénale étant de portée générale, elle peut être invoquée au soutien d'une demande d'annulation d'un acte réglementaire.

**Comme l'écrit M. Piveteau, dans ses conclusions sous l'arrêt « société Lambda » : « *Le principe n'est guère discutable ; la loi pénale est une loi, et les lois s'imposent aux décrets* ».** (Denis Piveteau, « Le « pantouflage » devant le Conseil d'État », Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 6 décembre 1996, Société Lambda, RFDA 1997 p.173).

Ainsi, s'agissant d'un acte individuel, le Conseil d'État a-t-il pu décider que les dispositions de l'article 432-13 du code pénal font « *obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions* » (CE, ass., 6 déc. 1996, Sté Lambda, Lebon 466, concl. Piveteau).

Il en va de même de tout acte réglementaire qui contreviendrait aux principes posés par la loi pénale.

La jurisprudence en fournit de nombreux exemples (CE, 12 juill. 1979, Kahn, Rec. p. 311, concl. J.-F. Théry ; Ass., 12 mars 1982, Conseil national de l'ordre des médecins, Rec. p. 109, concl. J.-F. Verny ; 3 juill. 1991, Syndicat des psychiatres des hôpitaux, Rec., tables p. 1205 ; et pour l'art. 184 : 2 déc. 1983, Ville de Lille, Rec. p. 470 ; 6 avr. 1987, Dailloux, Rec. p. 123).

**Il ressort de la jurisprudence que deux conditions doivent toutefois être remplies : que cette loi régit la matière et qu'elle puisse être regardée comme créant une obligation à l'égard de l'acte déferé.**

**Tel est le cas du décret du 31 octobre.**

D'une part, les dispositions invoquées du code pénal régissent indiscutablement les questions relatives à l'organisation des forces armées françaises, dès lors qu'elles sont susceptibles d'entrer dans le champ des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation.

D'autre part, si l'on considère les articles 410-1 et suivants du Code pénal dans leur volet de « *droit déterminateur* » et non plus dans leur volet de « *droit sanctionnateur* », lequel est étranger à la légalité administrative, donc indépendamment de la « *disposition purement pénale* », ceux-ci posent des principes fondamentaux auxquels contrevient le décret contesté (concl. sur Consorts Schutz, Sect, 17 mai 1957, RD publ. 1957, p. 895).

**L'article 410-1 du Code pénal définit ainsi les intérêts fondamentaux de la nation :**

*« Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, **des moyens de sa défense** et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique, notamment agricole, et de son patrimoine culturel ».*

**Comme cela a été synthétisé lors des débats parlementaires, le droit pénal entend réprimer les « agissements tendant à entamer par la force la stabilité et la capacité de lutte du pays »** (M. SAPIN, JO Débats parlementaires, Ass. Nat., 1<sup>re</sup> séance, 7 oct. 1991).

**Or, le décret du 31 octobre porte atteinte à plusieurs des principes essentiels posés par les article 410-1 et suivants du Code pénal.**

Il convient de rappeler liminairement que **le transfert de « missions » à des opérateurs privés, tel que prévu par le décret contesté, peut être fait au profit d'opérateurs de nationalité étrangère, dès lors qu'ils peuvent démontrer être « établis dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État partie à l'espace économique européen »** (art. 5-II)

**Premièrement**, le décret contesté porte atteinte aux dispositions, ci-dessus exposées, du Code pénal relatives à la protection du **secret de la défense**.

Ainsi, selon son article 3 : « **I. - Les opérateurs de référence se voient confier, dans le cadre de l'assistance à l'État partenaire, des missions de formation, d'entraînement, de maintien en condition opérationnelle ou de soutien. Pour ce faire, ils assurent la**



**transmission contrôlée, directe ou indirecte, des savoir-faire militaires des forces armées françaises et formations rattachées** et en garantissent la protection. »

« III. - **Les opérateurs** peuvent être habilités par le ministre des armées, **pour les besoins de leurs missions, à exploiter des documents classifiés au titre de la protection du secret de la défense nationale** ou protégés au titre de la propriété intellectuelle ».

Ce faisant, le décret du 31 octobre autorise la transmission à des opérateurs privés d'informations couvertes par un régime spécial de protection et autorise ces derniers à les transmettre aux États partenaires, au sens dudit décret.

Or, en autorisant le transfert des savoir-faire des forces armées françaises, lesquels peuvent comprendre des savoir-faire classifiés, ou des documents relevant du secret de la défense nationale, le décret contesté contrevient aux principes posés par les articles 410-1 et suivants du Code pénal, qui prévoient un **régime de protection renforcée** de ce type d'information.

C'est ce qui ressort des articles 411-6 à 411-8 du Code pénal, relatifs à « *la livraison d'informations à une puissance étrangère* » qui répriment :

- « **Le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation** » (art. 411-6).

- « **Le fait de recueillir ou de rassembler, en vue de les livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents, des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation** » (art. 411-7).

- « **Le fait d'exercer, pour le compte d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou de leurs agents, une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de dispositifs, renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation** » (art. 411-8).

Et des dispositions du Code de justice militaire, qui répriment : « **Le fait pour tout militaire, toute personne embarquée de dissiper ou détourner les armes, munitions, véhicules, deniers, effets et autres objets qui lui sont remis pour le service ou à l'occasion du service** » (article L. 322-13).

**Deuxièmement**, le décret contesté autorise les opérateurs privés, d'une part, à « *mettre en œuvre des capacités (...) de réaction permanentes en matière de déploiement humain et matériel et d'infrastructure* » (art. 3-II).

Or, les capacités de réaction humaine et en termes d'infrastructures, en particulier, peuvent concerner des missions opérationnelles sur le théâtre d'opération, donc des missions stratégiques.

**Donc, ce faisant le décret viole le principe, posé par le Code pénal, d'unité du commandement armé, sous la responsabilité du législateur.**

Ainsi, l'article 412-7 du Code pénal réprime le fait : « *sans droit ou sans autorisation, de prendre un commandement militaire quelconque* » et celui de « *lever des forces armées, sans ordre ou sans autorisation des autorités légales* ».

Et, selon l'article 431-16, est interdit : « *le fait d'organiser un groupe de combat* ».

Enfin, l'article 436-1 réprime le fait : « *1° Par toute personne, spécialement recrutée pour combattre dans un conflit armé et qui n'est ni ressortissante d'un État partie audit conflit armé, ni membre des forces armées de cet État, ni n'a été envoyée en mission par un État autre que l'un de ceux parties au conflit en tant que membre des forces armées dudit État, de prendre ou tenter de prendre une part directe aux hostilités en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération nettement supérieure à celle qui est payée ou promise à des combattants ayant un rang et des fonctions analogues dans les forces armées de la partie pour laquelle elle doit combattre ;*

*2° Par toute personne, spécialement recrutée pour prendre part à un acte concerté de violence visant à renverser les institutions ou porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État et qui n'est ni ressortissante de l'État contre lequel cet acte est dirigé, ni membre des forces armées dudit État, ni n'a été envoyée en mission par un État, de prendre ou tenter de prendre part à un tel acte en vue d'obtenir un avantage personnel ou une rémunération importants* ».

**Troisièmement**, comme il a été exposé, les conditions d'emploi par les opérateurs privés généralement meilleures que celles des fonctionnaires des forces armées françaises créé un effet d'appel d'air, de nature à détourner ces dernières vers l'emploi privé chez lesdits opérateurs.

**Ceci est de nature à désorganiser les forces armées françaises et contrevient au principe de protection des forces armées françaises, posé par l'article 413-1 du Code pénal, qui réprime : « *Le fait, en vue de nuire à la défense nationale, de provoquer des militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère* ».**

De la même manière, est prohibé « *le fait, en temps de guerre :*

*1° De provoquer des militaires appartenant aux forces armées françaises à passer au service d'une puissance étrangère ;*

*2° De participer à une entreprise de démoralisation de l'armée ;*

*3° D'entraver le fonctionnement normal du matériel militaire ou le mouvement normal de personnel ou de matériel militaire* » (article L.332-1 du Code de procédure pénale).

**Ainsi que les dispositions de l'article 413-4 du Code pénal, qui réprime : « *Le fait de participer à une entreprise de démoralisation de l'armée en vue de nuire à la défense nationale* ».**

Et, celles de l'article 436-2 du Code pénal, qui interdit : « ***Le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet le recrutement, l'emploi, la rémunération, l'équipement ou l'instruction militaire d'une personne définie à l'article 436-1*** ».

**Quatrièmement**, le périmètre des « *prestations* » ou « *missions* » transférables à des opérateurs privés n'étant pas défini, **aucune limite n'est posée au pouvoir réglementaire de ce point de vue**.

Or, l'une des conséquences est la détermination par le pouvoir réglementaire lui-même, **hors de tout contrôle législatif**, du transfert de tout type de « *prestation* » ou « *mission* ».

**Comme il a été exposé, l'absence de précision donnée par le décret ne permet notamment pas de garantir que les transferts vers des opérateurs privés ne concerneront pas des missions relevant directement de la souveraineté** (voir, ci-dessous, les différentes hypothèses d'externalisation).

Les dispositions du décret contesté peuvent ainsi entraîner une désorganisation des services des forces armées françaises et expose ces dernières à une perte définitive de compétences et de savoir-faire, comme l'ont souligné les travaux parlementaires précités.

Ce risque est bien connu :

**« Le risque lié à la perte de compétence est aujourd'hui limité mais ne peut qu'augmenter à l'avenir, si le mouvement d'externalisation se poursuit et touche des domaines de haute technicité. Il ne peut être affronté qu'en définissant avec plus de précision que ce n'est aujourd'hui le cas, les socles de compétences qui doivent impérativement être conservés en interne. La Cour (des comptes) rappelle que « la question est cependant clairement posée dès aujourd'hui en matière de télécommunications satellitaires, si le projet Nectar [cession d'usufruit des satellites de télécommunication] était mis en œuvre dans toutes ses dimensions ».**

*Enfin, le risque de défaillance de l'opérateur extérieur est identifié, en particulier pour s'assurer que la disponibilité des matériels mis à disposition dans le cadre de contrats innovants est bien garantie en toutes circonstances.* « Les solutions envisagées pour y remédier n'apparaissent cependant pas toutes suffisamment robustes, en particulier dans les secteurs où le ministère de la défense n'a plus la compétence suffisante pour y remédier de façon temporaire. **La capacité opérationnelle pourrait être ponctuellement affectée** » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011).

Comme le souligne un autre rapport parlementaire sur le sujet :

**« Le soutien au développement des ESSD ne doit pas nuire aux capacités opérationnelles. Les armées mettent légitimement en avant les besoins liés aux opérations et insistent pour conserver des capacités minimales en propre. On pense par exemple à la restauration, domaine d'activité de plus en plus systématiquement confié à la gestion du secteur privé, mais pour lequel des compétences militaires sont indispensables en campagne. Dans une situation de guerre ou de grand danger, le militaire ne peut en effet exercer son droit de retrait. »**

*Il est donc des domaines dans lesquels le recours au secteur privé est envisageable, sous réserve de conserver une capacité minimale pour assurer la projection des forces sur les théâtres difficiles » (Rapp. par la commission de la défense nationale et des forces armées sur les sociétés militaires privées, févr. 2012, p. 33).*

Pourtant, de plus en plus :

*« Les SMP fournissent également des services logistiques intégrés (c'est le concept anglo-saxon de « total base support ») : elles proposent la gestion d'emprises militaires dont elles assurent la construction, l'entretien, le gardiennage, la sécurité incendie, la restauration, les transports... Il s'agit quasiment de fournir des camps militaires « clés en mains » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 47).*

Ce qui ne peut qu'accroître la **dépendance des forces armées françaises vis-à-vis d'opérateurs privés.**

**La définition précise du champ de la transférabilité à des opérateurs privés est un élément fondamental qui détermine les capacités opérationnelles, tout autant qu'il conditionne l'indépendance stratégique de la France.**

Les travaux parlementaires sont unanimes à ce sujet.

Ainsi, le rapport d'information précité de 2014, distingue trois grandes catégories d'externalisation, lesquelles ont chacune des conséquences propres sur l'intégrité et la cohérence des forces armées.

D'abord « l'externalisation additionnelle ». Selon les rapporteurs : « elle se justifie notamment par la complexité croissante des technologies mises en œuvre. La modernisation des armées passe par la maîtrise de technologies déjà développées dans le secteur privé, qu'il serait trop coûteux pour le ministère de la défense de répliquer de manière autonome (...). Si, dans certains domaines très pointus, la rationalité économique impose aux armées d'avoir recours à des sociétés de services spécialisées plutôt que de former et d'entretenir les moyens et le personnel adéquats, **ceci pose le problème de l'autonomie de nos forces et des capacités d'intervention sur des**

**théâtres extérieurs** » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 15).

Ensuite, « *l'externalisation de substitution* » : « Ce type d'externalisation consiste à remplacer les personnels militaires et les moyens patrimoniaux existants par un prestataire extérieur » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 15).

**Ce type d'externalisation pose, à terme, la question du maintien des capacités opérationnelles propres des forces armées françaises.**

Enfin, « *l'externalisation palliative* » : « L'externalisation palliative vient combler une lacune capacitaire. Lorsqu'il s'agit de répondre à un besoin opérationnel imprévu, propre au théâtre d'opération, pour lequel nos armées ne disposent pas de moyens patrimoniaux, le recours à l'externalisation est parfaitement légitime, **même s'il doit toutefois donner lieu à une réflexion sur l'opportunité de se doter de capacités propres (...).** Lorsque le recours à des moyens non patrimoniaux conditionne la capacité des forces armées à réaliser l'opération décidée par le pouvoir politique, se pose de manière aiguë la question de l'autonomie stratégique de la France, autonomie qui implique de disposer de l'outil militaire permettant d'agir seul. C'est particulièrement le cas lorsque les prestataires ressortissent d'une puissance étrangère, comme par exemple les sociétés russes et ukrainiennes qui assurent l'essentiel du transport stratégique aérien de nos forces armées » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 16).

Par exemple, l'une des questions actuellement posées est celle de l'externalisation du ravitaillement en vol : « Compte tenu des inconvénients liés à l'éventuelle externalisation du ravitaillement en vol, notamment au vu de l'expérience britannique, **et compte tenu du fait que la composante aéroportée de notre dissuasion stratégique repose sur le ravitaillement en vol**, la Mission préconise fermement l'achat patrimonial des ravitailleurs MRTT » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 59).

Un autre exemple du risque pour les capacités opérationnelles des forces armées françaises est donné par le transport stratégique, les lacunes n'ayant pas été comblées depuis les conclusions des rapporteurs, en 2014 : « Le transport stratégique, qui permet l'acheminement de personnels et de fret sur une longue distance, constitue, s'agissant notamment des vecteurs aériens, **une des lacunes capacitaires les plus importantes et les plus préoccupantes des forces françaises**, comblée par le recours à différents marchés d'affrètement » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 17).

Outre le risque de voir mécaniquement mises en cause les compétences, savoir-faire et capacités opérationnelles des forces armées, le recours à l'externalisation à des

opérateurs privés pose également **la question de la réversibilité et, si besoin, de la reprise en régie d'un service défaillant.**

En effet, l'on peut s'interroger sur une **« éventuelle réversibilité de la plupart des externalisations, faute de moyens et techniques, mais aussi en raison des inévitables pertes de savoir-faire »** (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 21 ).

Ainsi, comme l'observe le rapport parlementaire précité : *« En opération extérieure, la situation sécuritaire est toujours susceptible d'évoluer. Le niveau de risque, à un moment compatible avec des externalisations, peut s'aggraver et conduire au retrait des prestataires. Il importe d'assurer la continuité du soutien en palliant toute défaillance du contractant. Pour cela, **le ministère de la défense doit être en mesure de reprendre en régie les fonctions indispensables à la poursuite de l'opération. Cela implique le maintien du savoir-faire et d'un minimum de moyens patrimoniaux.***

***Afin d'éviter la dépendance des forces vis-à-vis d'un prestataire et de faciliter un changement de cocontractant en cas de nécessité, il importe de prévoir dès l'origine les conditions de transfert du marché à un autre prestataire ou d'une reprise en régie »*** (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 29).

Le rapport poursuit dans ce sens : *« Les externalisations ne doivent pas obérer les capacités nationales d'entrée en premier sur un théâtre et d'un soutien autonome pendant au moins plusieurs dizaines de jours : ce qui fonctionne en France et en temps de paix n'est pas forcément projetable sur un théâtre d'opération.*

*De ces capacités dépendent l'autonomie stratégique de la France et le maintien de son rang de puissance militaire complète.*

*Dès lors que les fonctions externalisées ont vocation, le cas échéant, à contribuer au soutien sur place d'une OPEX, **il est nécessaire de conserver un minimum de savoir-faire et de moyens proprement militaires (...)***

**L'exigence d'autonomie stratégique et de réversibilité de l'externalisation implique le maintien d'un savoir-faire et de moyens suffisants pour pallier toute défaillance, d'origine économique (faillite), politique (prestataire étranger) ou sécuritaire (accroissement du risque, droit de retrait), du prestataire intervenant sur un processus critique pour la capacité opérationnelle de nos forces »** (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 29 s.).

Et le rapport de conclure que : **« Certaines externalisations ne sont qu'un palliatif de lacunes capacitaires mettant en cause l'autonomie stratégique de la France. Le recours à l'affrètement d'aéronefs privés, notamment pour le transport stratégique, est**

*aujourd'hui indispensable compte tenu de l'insuffisance des moyens de l'armée de l'air que les opérations extérieures mettent en lumière. D'après le ministère de la défense, 75 % du fret projeté par voie aérienne au cours du premier semestre 2013 a été transporté par des avions affrétés (SALIS et ICS) auprès de deux sociétés, l'une ukrainienne, l'autre russe, dépendant du ministère de la défense russe » (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 33).*

La Cour des comptes fait un constat similaire quant au risque de **perte d'autonomie stratégique** résultant de transferts inadéquats vers des opérateurs privés :

**« Les critiques de la Cour des comptes à l'égard de l'externalisation du transport stratégique »**

*« Dans un secteur opérationnel sensible comme le transport stratégique, le ministère de la défense considère que les externalisations sont destinées à satisfaire des pics d'activité exceptionnels, qui ne justifient pas d'effectuer des investissements lourds, au-delà d'un « socle » indispensable, garantissant le fonctionnement autonome des armées au quotidien.*

*Ce n'est pourtant pas le cas, puisque 92% du transport stratégique (en tonnage), au profit des troupes en OPEX ou pré-positionnées, est assuré dans le cadre de 49 marchés externalisés. Au total, le tiers de la dépense de transport stratégique des armées françaises est externalisé. Cette situation traduit une **insuffisance capacitaire structurelle avérée**, les armées ne disposant que de 41 % des moyens prévus par le contrat opérationnel, loin du socle indispensable. Même si le ministère ne considère pas que le recours aux externalisations pénalise son fonctionnement, **il est à craindre que, en cas de crise majeure, la disponibilité et, donc, le coût des moyens de transport stratégique à affréter, sur un marché mondial tendu, rendent leur mobilisation aléatoire.***

*Si le recours à des moyens de transport ou de soutien externalisés présente un intérêt économique (éviter des investissements inutiles, par exemple pour les transports en métropole), voire opérationnel (affrètements d'urgence de petits volumes), il ne dispense pas d'une réflexion sur le socle de capacités patrimoniales nécessaires pour que l'externalisation soit choisie et non subie. **Or, les décisions de conclure les différents marchés ont été prises au coup par coup, pour répondre à des besoins urgents et pallier des déficits capacitaires croissants.** La création du centre multimodal des transports en 2007, chargé de coordonner l'ensemble des moyens utilisés par les armées, n'a permis que de rationaliser la gestion de moyens insuffisants.*

***L'externalisation du transport stratégique est ainsi subie et indispensable, car elle vient pallier un déficit capacitaire structurel.*** » Source : Cour des comptes, Un premier bilan des externalisations au ministère de la défense, 2011 (Rapp. d'information fait au nom de la commission des finances sur les externalisations en opérations extérieures, juill. 2014, p. 37).

La réversibilité doit aussi se comprendre au regard d'une éventuelle **dépendance à l'égard d'opérateurs privés, combinée avec des circonstances défavorables.**

Ainsi : « Les événements survenus récemment en Libye et en Côte d'Ivoire montrent que le Gouvernement peut décider d'une opération en quelques heures. **Les modalités de mobilisation des moyens affrétés auxquels peuvent recourir les armées apparaissent peu compatibles avec les exigences d'un monde instable, où les interventions doivent être rapides.**

Autre désagrément, survenu dans des circonstances moins dramatiques : l'armée de l'air néerlandaise, qui devait effectuer une rotation de troupes prépositionnées françaises entre Toulouse et Dakar en échange d'un service rendu antérieurement par l'armée de l'air, a dû se décommander au dernier moment, leur seul DC-10 disponible étant tombé en panne.

Par ailleurs, se pose la question de la concurrence capacitaire entre différents pays confrontés subitement à un même besoin. Malgré les propos rassurants parfois entendus sur les capacités du marché à absorber la demande, **que se passe-t-il lorsqu'une coalition engagée sur un territoire extérieur dans le cadre d'un conflit majeur assèche le marché de l'affrètement aérien et naval ?**

Ainsi que l'a rappelé le général Patrick Huguet, responsable du projet d'affrètement de navires rouliers à l'état-major des armées, « lors de la crise irakienne, quand les prix ont triplé en moins de quinze jours, il n'aurait pas été possible de se rendre dans la région : il n'y avait plus aucun roulier disponible » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 48).

Ainsi, à propos de l'externalisation des fonctions de télécommunications militaires par satellites :

« Le ministère reconnaît que cette cession d'usufruit induira une perte de compétence au profit des opérateurs privés. Ainsi, la compétence « maître de satellite », détenue par des militaires possédant un savoir-faire très spécialisé pour diriger la charge utile, s'éteindra en 2012. Les formations en la matière viennent de prendre fin. La question de la réversibilité se pose, car il faudrait de nombreuses années pour retrouver cette compétence. Il s'agira d'un métier supplémentaire pour lequel les armées semblent accepter de perdre la compétence au profit d'acteurs privés.

**La Mission attire l'attention du Gouvernement sur les dangers induits par une perte de compétence dans un domaine aussi technique et essentiel pour le caractère opérationnel des armées. À la lumière des expériences étrangères, notamment britannique, ils constatent qu'une compétence perdue l'est généralement de manière irréversible** » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 59).



Un problème similaire a été posé par l'éventualité d'externaliser les prestations de ravitaillement en l'air pour l'armée de l'air :

*« Un problème d'ordre matériel est ensuite venu s'ajouter à cette question capacitaire : comme tous les aéronefs sophistiqués, les avions ravitailleurs ont ou auront besoin de faire l'objet, de temps à autre, de modifications qui, pour être le plus souvent modestes, n'en sont pas moins rendues nécessaires par l'évolution des techniques. Sur des appareils dont l'armée est propriétaire, de telles modifications sont courantes et faciles à réaliser. Or, les nouveaux ravitailleurs n'appartiennent plus à la RAF qui ne fait qu'acheter un service. Il semblerait que la réalisation de modifications sur des avions ne lui appartenant pas ne soit pas simple à réaliser par la RAF.*

*Le dernier aléa survenu est le plus grave, dans la mesure où il remet en cause l'économie même du contrat : le matériel de ravitaillement en vol, fourni par des constructeurs américains, est considéré comme sensible par le Pentagone qui l'a placé sous le régime ITAR (International Traffic in Arms Regulations), ce qui ne permet pas de louer ces avions à des compagnies privées pour les rentabiliser lorsque les militaires n'en n'ont pas l'usage. À lui seul, cet aléa, auquel on peut s'étonner que les co-contractants n'aient pas pensé avant de s'engager, réduit à néant l'intérêt économique du projet en supprimant toute source annexe de revenus.*

*L'analyse de la composition des équipages révèle aussi quelques surprises : le contrat signé par l'armée de l'air britannique prévoit la fourniture par le prestataire privé d'un service global de ravitaillement : les équipages des ravitailleurs sont donc composés de salariés civils de la société attributaire du marché. Tout au moins, tant que les missions ne présentent pas de danger opérationnel. En effet, le contrat prévoit que pour les missions susceptibles de comporter un danger de nature militaire, notamment en Opex, des équipages militaires remplacent les civils à bord des appareils. Ce que certains peuvent qualifier de souplesse – la possibilité de substituer des équipages militaires à des équipages civils – constitue en réalité une lourdeur qui oblige la Royal Air Force à conserver et à entraîner des équipages opérationnels supposés ne pas voler en temps de paix » (Rapp. d'information par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion de la mission d'évaluation et de contrôle sur les externalisations dans le domaine de la défense, juill. 2011, p. 59).*

**Par suite, le décret contesté viole les dispositions du Code pénal qui répriment : « Le fait, en vue de nuire à la défense nationale, d'entraver le fonctionnement normal des services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale » (art. 413-6). Il doit donc être annulé de ce fait.**

### **3. Le principe général d'interdiction de déléguer des compétences de police à une personne privée**

Aux termes de l'article 12 de la Déclaration de 1789 : « *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ».

Il en résulte l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* » nécessaire à la garantie des droits (décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, §§. 18 et 19 ; décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017, § 4).

Or, le terme de force publique comprend non seulement les missions de police, mais aussi, à plus forte raison, les **missions d'ordre militaire relevant du domaine de la Défense**. Ce terme entend donc toutes les missions régaliennes relevant de l'État gendarme. *A fortiori*, ce qui vaut pour l'ordre public vaut aussi pour la Défense nationale, ainsi que pour des missions se rattachant directement à l'exercice de missions militaires de la France à l'étranger.

**Ainsi une personne publique ne peut-elle, contrairement à ce que se propose de le mettre en œuvre le décret attaqué : « *légalement ni se décharger globalement sur une personne de droit privé de ses compétences [...]. ni davantage exercer celles-ci sous-couvert d'une structure de droit privé* »** (CE, 27 mars 1995, Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes, Req. n°108696, Rec. p. 143).

L'interdiction de déléguer une mission strictement régalienne au secteur privé relève d'une jurisprudence constante : « *Considérant que la délibération annulée par l'arrêté attaqué ratifiait un abonnement souscrit à la Fédération audoise chasse-pêche-agriculture pour l'utilisation d'un des gardes particuliers de cette Fédération à la surveillance intermittente des propriétés rurales; que le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration: qu'en confiant la charge de ce service à une fédération de propriétaires privés, le conseil municipal de Castelnaudary a excédé ses pouvoirs ; que, par suite, la commune requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêté déclarant nulle de droit ladite délibération* » (CE, Ass., 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, Req. n° 12045, Rec. p. 595).

De même : « *il résulte des dispositions de la loi du 12 juillet 1983 éclairées par les travaux préparatoires que les sociétés régies par ces dispositions ne peuvent se voir confier des tâches de surveillance de la voie publique, lesquelles, conformément aux dispositions précitées du code des communes, relèvent, dans les communes, de la police municipale ; qu'un tel contrat, qui ne se limitait pas à confier à la société des tâches de surveillance et de gardiennage des immeubles et du mobilier urbain de la commune, et avait pour effet de lui faire assurer une mission de surveillance des voies publiques de l'ensemble de la commune, était entaché d'illégalité* » (CE, 29 décembre 1997, Req. n° 170606, Rec. T.).

Qui plus est : « *l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits. Cette exigence constitue un principe inhérent à l'identité*

**constitutionnelle de la France** » (Conseil constitutionnel, décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, Société Air France, § 15).

Il ressort de la jurisprudence que les fonctions régaliennes ne peuvent faire l'objet d'un contrat avec un opérateur privé. Dans le cadre des jurisprudences précitées, les fonctions de police de la sécurité des voies publiques ne peuvent se voir déléguer à des opérateurs privés et ne peuvent être exercées que par des personnes publiques.

Le principe a pu être légèrement assoupli par le Conseil constitutionnel en 2025, qui confirme néanmoins l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* », mais considère que cette exigence ne fait pas obstacle :

*« 1/ à ce que des prérogatives **de portée limitée** puissent être exercées par des personnes privées, dans des lieux déterminés relevant de leur compétence, lorsqu'elles sont strictement nécessaires à l'accomplissement des missions de surveillance ou de sécurité qui leur sont légalement confiées.*

*à ce que ces personnes puissent être associées à la mise en œuvre de telles prérogatives dans l'espace public, **à la condition qu'elles soient alors placées sous le contrôle effectif des agents de la force publique** »* (DC, n° 2025-878 DC du 24 avril 2025).

Concrètement, les personnes privées pourront être dotées de prérogatives limitées en ces domaines, mais sans pouvoir notable de contrainte.

Or, le décret du 31 octobre, notamment en ce qu'il ne précise à aucun moment la nature et l'étendue des « *prestations* » et « *missions* » pouvant être confiées à des opérateurs privés, parmi lesquelles certaines peuvent donc être des prérogatives inhérentes à la force publique, et en ce qu'aucune précision n'est, non plus, donnée sur l'absence du pouvoir de contrainte qui pourrait être confié aux opérateurs privés qui serait alors choisi par contrat par le ministère de la Défense, ni sur la nature du contrôle qui serait exercé sur ces derniers viole le principe d'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police et encourt l'annulation de ce fait.

### **Qu'en est-il d'opérations menées par ces sociétés qui dégèneraient en un incident plaçant objectivement la France en situation de déclaration de guerre ?**

Le détournement de pouvoir consiste en l'utilisation d'une prérogative – en l'espèce du pouvoir réglementaire – dans un but autre que celui pour lequel elle a été instituée.

En effet, depuis un arrêt du Conseil d'État Pariset du 26 novembre 1875 (Rec. p.934, concl. David), un acte contesté, qui a toutes les apparences de la légalité peut toutefois être censuré s'il apparaît que l'auteur de l'acte a utilisé ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés. Il s'agit d'un détournement de pouvoir. Ce

vice est d'ordre subjectif et repose sur l'intention de l'auteur de l'acte.

En effet, dans certains cas, le pouvoir est utilisé dans l'intérêt personnel de l'auteur de l'acte ou pour favoriser ou pour nuire à d'autres intérêts privés.

Dans d'autres cas, l'acte administratif est pris dans un intérêt public, mais qui n'est pas celui pour lequel les pouvoirs nécessaires pour prendre l'acte ont été conférés à son auteur.

Il existe une hypothèse proche de celle du détournement de pouvoir qui est celle du détournement de procédure. Dans ce cas, l'administration utilise, pour arriver à un but précis, une procédure réservée par les textes à des fins autres que celles qu'elle poursuit, ce qui lui permettra d'éviter d'accomplir les formalités plus lourdes prévues par la procédure qui aurait normalement dû être utilisée.

Le détournement de procédure peut dans certains cas être assimilé à une erreur de droit, lorsque l'auteur de l'acte n'est pas mu par une intention coupable, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte exclusivement d'une mauvaise interprétation des textes.

Exemples jurisprudentiels :

Une décision municipale visant à compenser une augmentation de taxe d'habitation a été annulée pour détournement de pouvoir, car elle poursuivait un intérêt financier étranger à l'intérêt général (CE, 23 mars 1988, n° 96124).

Une décision de reconduite à la frontière a été annulée pour détournement de pouvoir, car elle visait à empêcher un mariage soupçonné d'être frauduleux (CE, 29 juillet 2002, Préfet du Languedoc-Roussillon).

Le détournement de pouvoir peut résulter de ce que l'agent n'a pas poursuivi un but d'intérêt public mais son intérêt propre ou celui d'un tiers ou bien s'est déterminé en fonction d'un mobile politique.

Le décret du 31 octobre précise, en son article 2 : « *II. - **Lorsqu'il ne souhaite pas les réaliser lui-même**, le ministère de la défense confie aux **opérateurs** tout ou partie des missions prévues à l'article 3 dans l'un des cadres d'action de coopération suivants :*  
*1° **Au profit d'un État tiers faisant face à une situation de crise ou de conflit armé** ».*

**Le décret du 31 octobre constitue ainsi un détournement de procédure.**

**En effet, l'intervention d'une société militaire privée, agissant au nom ou pour le compte du gouvernement français, sur un théâtre d'opération étranger revient à engager la France sur ce conflit au regard du droit international.**

Or, l'article 35 de la Constitution est clair : « *La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement* ».

En d'autres termes, le gouvernement ne saurait engager la France dans un conflit international, sans l'accord du Parlement.

En outre, selon l'article 14 du Préambule de la Constitution de 1946, lequel a valeur constitutionnelle : *« La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ».*

Pourtant, le décret du 31 octobre permet un **contournement de l'article 35 de la Constitution, dans l'hypothèse où le gouvernement ne rechercherait pas ou ne pourrait pas obtenir du Parlement l'autorisation de déclarer la guerre.**

Le décret contesté permet, en effet, à des opérateurs privés agissant sous pavillon français d'intervenir dans des théâtres d'opération étrangers, créant un risque d'engagement de fait de la France dans des conflits, dans l'hypothèse où la France n'aurait pas obtenu d'autorisation parlementaire. L'exemple du conflit russo-ukrainien illustre ce risque : l'intervention d'opérateurs français aux côtés des forces ukrainiennes pourrait entraîner une escalade impliquant directement la France dans la guerre.

L'actualité géopolitique révèle un théâtre d'opération latent, qui est le conflit russo-ukrainien. La France pourrait, compte tenu de plusieurs déclarations explicites de l'exécutif, est conduite à intervenir dans ce conflit qui deviendrait un théâtre d'opération potentiel pour des « *opérateurs de référence* » visé par le décret :

- « ***De toute façon, dans l'année qui vient, je vais devoir envoyer des mecs à Odessa*** », (hors micro à l'Élysée, le 21 février 2024 devant une poignée d'invités (« Guerre en Ukraine : la métamorphose d'Emmanuel Macron, colombe devenue faucon », Le Monde, 14 mars 2024) ;

- « ***Il n'y a pas de consensus aujourd'hui pour envoyer de manière officielle, assumée et endossée des troupes au sol. Mais en dynamique, rien ne doit être exclu. Nous ferons tout ce qu'il faut pour que la Russie ne puisse pas gagner cette guerre*** » (Le Parisien, 26 février 2024) ;

- ***Une avancée du front « vers Odessa ou vers Kiev(...) pourrait engager une intervention » car « il ne faudrait en aucune manière laisser faire [Moscou]*** », (Réunion des chefs de partis à l'Élysée le 7 mars 2024 in Le Monde) ;

- « ***Toutes les options sont possibles*** » (Interview J.T. de TF1-France 2, 14 mars 2024) ;

- « ***Peut-être qu'à un moment donné – je ne le souhaite pas, n'en prendrai pas l'initiative, il faudra avoir des opérations sur le terrain, quelles qu'elles soient, pour contrer les forces russes. La force de la France, c'est que nous pouvons le faire*** » (Le Parisien, 16 mars 2024) ;

- L'armée française « ***se tient prête. Quelles que soient les évolutions de la situation internationale, les Français peuvent en être convaincus : leurs soldats répondront présent (...). Pour se prémunir d'agressions à son égard et défendre ses intérêts,***

***l'armée française se prépare aux engagements les plus durs, le fait savoir et le démontre*** » (Pierre Schill, Chef d'état-major de l'armée de terre in Le Monde, 19 mars 2024) ;

Dès lors, le décret du 31 octobre ouvre la possibilité d'un **détournement de la procédure prévue par l'article 35 de la Constitution**, en particulier s'il venait à être utilisé dans le cadre de ce conflit, et eu égard à la situation du Donbass, une telle intervention placerait l'auteur de l'acte en situation de **porter atteinte au principe constitutionnel issu de l'alinéa 14 de la Constitution du préambule de 1946**.

K.S.