

N° 493

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2008-2009

Annexe au procès-verbal de la séance du 24 juin 2009

AVIS

PRÉSENTÉ

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, relatif à la **programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense,***

Par M. François PILLET,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Jacques Hiest, *président* ; M. Nicolas Alfonsi, Mme Nicole Borvo Cohen-Seat, MM. Patrice Gérard, Jean-René Lecerf, Jean-Claude Peyronnet, Jean-Pierre Sueur, Mme Catherine Troendle, M. François Zocchetto, *vice-présidents* ; MM. Laurent Béteille, Christian Cointat, Charles Gautier, Jacques Mahéas, *secrétaires* ; M. Alain Anziani, Mmes Éliane Assassi, Nicole Bonnefoy, Alima Boumediene-Thiery, MM. Elie Brun, François-Noël Buffet, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Mme Marie-Hélène Des Esgaulx, M. Yves Détraigne, Mme Anne-Marie Escoffier, MM. Pierre Fauchon, Louis-Constant Fleming, Gaston Flosse, Bernard Frimat, René Garrec, Jean-Claude Gaudin, Mmes Jacqueline Gourault, Virginie Klès, MM. Antoine Lefèvre, Dominique de Legge, Simon Loueckhote, Mme Josiane Mathon-Poinat, MM. Jacques Mézard, Jean-Pierre Michel, François Pillet, Hugues Portelli, Roland Povinelli, Bernard Saugey, Simon Sutour, Richard Tuheiava, Alex Türk, Jean-Pierre Vial, Jean-Paul Virapoullé, Richard Yung.

Voir le(s) numéro(s) :

Assemblée nationale (13^{ème} législ.) : 1216, 1552, 1558, 1615, 1720, T.A. 299

Sénat : 462 (2008-2009)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS.....	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL.....	7
I. LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE.....	8
A. LA PORTÉE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE.....	9
B. UN TEMPÉRAMENT : LE RÔLE DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE	12
C. LES INCERTITUDES DU DROIT	15
II. LE PROJET DE LOI - LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE DEUX OBJECTIFS CONSTITUTIONNELS.....	18
A. LE TEXTE INITIAL DU GOUVERNEMENT	20
B. LES MODIFICATIONS INTRODUITES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE.....	21
C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES LOIS.....	24
EXAMEN DES ARTICLES.....	27
CHAPITRE VI DISPOSITIONS RELATIVES AU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE.....	27
• <i>Article 12</i> (art. 56-4 nouveau, 57 et 96 du code de procédure pénale) Perquisitions dans des lieux classifiés ou comportant des éléments couverts par le secret de la défense nationale	27
• <i>Article 13</i> (art. 413-9 à 413-11 ; art. 413-9-1, 413-10-1 et 413-11-1 nouveaux ; art. 322-3 du code pénal) Précisions relatives aux éléments couverts par le secret de la défense nationale – Création des « lieux classifiés »	36
• <i>Article 14</i> (art. L. 2312-1, L. 2312-4, L. 2312-5 et L. 2312-7-1 nouveau du code de la défense) Coordinations relatives aux nouvelles attributions de la Commission consultative du secret de la défense nationale	41
EXAMEN EN COMMISSION LE MERCREDI 24 JUIN 2009.....	43
ANNEXES.....	49
Annexe 1 Liste des personnes entendues par le rapporteur	51
Annexe 2 Avis du Conseil d'Etat du 5 avril 2007	53
Annexe 3 Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation : infractions sanctionnées et condamnations	57
Annexe 4 La protection du secret de la défense nationale : comparaisons internationales	59

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION DES LOIS

Réunie le 24 juin 2009, sous la présidence de **M. Jean-Jacques Hyst, président**, la commission des lois a examiné sur le rapport pour avis de **M. François Pillet**, les articles 12, 13 et 14 du **projet de loi n° 462** (2008-2009), adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la **programmation militaire** pour les années **2009 à 2014** et portant diverses **dispositions** concernant la **défense**.

Tout en regrettant que des dispositions modifiant le code de procédure pénale et le code pénal aient été incluses dans un projet de loi de programmation militaire, le rapporteur pour avis a estimé que, compte tenu des améliorations apportées par l'Assemblée nationale au texte présenté par le Gouvernement, les dispositions prévues aux articles 12 à 14 réalisaient un équilibre satisfaisant entre deux objectifs constitutionnels : la protection des intérêts de la Nation et la poursuite des infractions.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a relevé qu'en l'état du droit, l'accès du magistrat aux documents classifiés dans le cadre d'une perquisition, l'exposait au délit de compromission d'un secret de la défense nationale et que l'article 12 du projet de loi permettrait à cet égard de fixer un cadre juridique sécurisé pour ce type d'opérations.

Il a relevé en outre qu'il existait de fait aujourd'hui des lieux auxquels le juge n'avait pas accès sans qu'il puisse surmonter l'impossibilité qui lui était opposée d'y pénétrer. Le projet de loi permettrait de fixer des critères de détermination précis de ces lieux tout en mettant en place une procédure de déclassification.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a observé que le dispositif proposé donnait une place accrue à la Commission consultative du secret de la défense nationale dont l'indépendance et l'impartialité avaient été reconnues par tous les magistrats qu'il avait rencontrés.

La commission des lois a estimé qu'il n'était pas souhaitable d'ouvrir de nouveau le débat sur le dispositif désormais équilibré, auquel l'Assemblée nationale était parvenue dans des conditions difficiles en première lecture.

Elle a proposé en conséquence d'adopter sans modification les articles 12, 13 et 14 du présent projet de loi dont elle s'est saisie pour avis.

Mesdames, Messieurs,

Votre commission des lois s'est saisie pour avis du chapitre VI (articles 12 à 14) concernant le secret de la défense nationale au sein du projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, examiné au fond par la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées.

Le dispositif proposé vise principalement à :

- définir des **lieux classifiés** dont l'accès même dévoile un secret de la défense nationale ;
- clarifier le cadre juridique des **perquisitions** dans ces lieux ainsi que dans ceux qui accueillent de manière habituelle ou fortuite des informations touchant au secret de la défense nationale.

Les modifications proposées au code de procédure pénale et au code pénal répondent aux incertitudes de notre état de droit, relevées par un avis du Conseil d'Etat du 5 avril 2007¹. Elles s'inspirent de la volonté de concilier deux objectifs de valeur constitutionnelle : la recherche des auteurs d'infractions et la sauvegarde des intérêts de la Nation. Le texte initial du projet de loi n'en a pas moins suscité de vives critiques, en particulier de la part des magistrats inquiets des atteintes excessives, justifiées par le secret de la défense, au déroulement des procédures judiciaires. Les travaux de l'Assemblée nationale, grâce aux efforts conjugués de la commission de la défense et de la commission des lois pour parvenir à une position commune, ont permis des avancées significatives. Ils n'ont pas dissipé toutes les appréhensions comme votre rapporteur a pu le mesurer à la faveur des entretiens préparatoires à l'examen de ce texte².

¹ Voir la reproduction de cet avis en annexe 2.

² Voir la liste des personnes rencontrées en annexe 1.

A la suite de l'analyse approfondie des articles 12, 13 et 14 du projet de loi de programmation, votre commission des lois est convaincue :

- d'une part, que l'équilibre difficile auquel les députés sont parvenus entre les préoccupations constitutionnelles liées à la protection du secret de la défense nationale et le respect des prérogatives de la justice doit être préservé ;

- d'autre part, que certaines des inquiétudes suscitées par le texte reposent sur des malentendus que le présent rapport s'est efforcé de lever.

*

* *

I. LE SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

Le secret de la défense nationale trouve son origine dans la volonté de lutter contre l'espionnage en temps de guerre¹. Il a, par la suite, justifié l'incrimination de comportements qui ne concernaient pas seulement le domaine militaire et pouvaient aussi être commis en temps de paix. Ainsi le crime d'intelligence avec les puissances étrangères, puni de mort en temps de guerre par le code pénal de 1810, a été élargi par la loi du 18 avril 1886 à la divulgation de « *plans, écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat* ».

Le décret-loi du 21 juillet 1939 est le premier texte normatif à définir le secret-défense. Il distingue les **secrets par nature** –renseignements militaires, diplomatiques, économiques et industriels, qui ne devaient être connus que des personnes habilitées ainsi que tous objets, matériels ou documents dont la possession pouvait conduire à la découverte des renseignements visés précédemment- des **secrets par extension**, à savoir les informations militaires, non secrètes par nature, que le Gouvernement n'avait pas rendues publiques et susceptibles de conduire à la découverte de secrets par nature.

L'énumération proposée présentait cependant des lacunes. Comme le souligne Mme Roseline Letteron « *la diversité des informations à protéger comme leur complexité rendaient illusoire toute définition du secret de la défense nationale par son contenu* »². Renonçant ainsi à toute définition matérielle, l'ordonnance du 4 juin 1962 interdit la divulgation de tout « *renseignement, objet, document ou procédé qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale* ».

¹ Selon le décret de la Convention du 16 juin 1793 : « *tout français ou tout étranger qui sera convaincu d'espionnage dans les places fortes et dans les armées sera puni de mort. Ils seront jugés par une commission militaire, suivant les formes établies, pour les émigrés pris les armes à la main* ».

² Le secret de la défense nationale in *Questions internationales* n° 35, janvier-février 2009.

De même, le dispositif actuel tel qu'il est prévu par l'article 413-9 du code pénal écarte toute énumération pour ne retenir qu'une définition procédurale du secret-défense.

A. LA PORTÉE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

- ***Une définition procédurale***

Aux termes de l'article 413-9 du code pénal :

« Présentent un caractère de secret de la défense nationale au sens de la présente section les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion.

« Peuvent faire l'objet de telles mesures les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale. »

Est donc considérée comme secret de la défense nationale une information qui a fait l'objet de mesures particulières de la part de la puissance publique. Ainsi le secret-défense peut s'appliquer à tous les supports possibles.

- ***Les différents niveaux de secret-défense***

La protection du secret-défense varie selon les niveaux de classification dont la définition est renvoyée par l'article 413-9 du code pénal à un décret en Conseil d'Etat.

Le décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 prévoit trois niveaux de classification :

- le niveau « **très secret-défense** » est réservé aux informations dont la divulgation est de nature à **nuire très gravement** à la défense nationale et à la sûreté de l'Etat, et qui concernent les priorités gouvernementales en matière de défense ;

- le niveau « **secret-défense** » vise les informations dont la divulgation est de nature à **nuire gravement** à la défense nationale et à la sûreté de l'Etat, notamment à la capacité des moyens de défense ;

- le niveau « **confidentiel-défense** » est réservé aux informations ou supports protégés dont la divulgation est de nature à **nuire** à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale classifié au niveau « très secret-défense » ou « secret-défense ».

En pratique, cette classification apparaît sous la forme d'un marquage effectué sur le document lui-même.

- ***Une prérogative de l'exécutif***

La qualification du secret-défense relève de l'exécutif.

Il appartient au **Premier ministre** de prendre toutes mesures propres à assurer la protection des secrets et des informations sensibles, assisté dans cette mission par le secrétaire général de la défense nationale qui « *prépare, diffuse, fait appliquer et contrôler les mesures nécessaires à la protection du secret-défense* »¹.

A ce titre, comme le décret du 17 juillet 1998 le précise, le Premier ministre « *détermine les critères et les modalités d'organisation de la protection des informations ou supports protégés classifiés au niveau très secret-défense* ». Dans les conditions ainsi fixées par le Premier ministre, il incombe à chaque ministre, selon ses attributions, de déterminer les informations qu'il y a lieu de protéger à ce niveau.

De même, « *dans les conditions fixées par le Premier ministre, les informations ou supports protégés classifiés au niveau secret-défense ou confidentiel-défense, ainsi que les modalités d'organisation de leur protection, sont déterminés par **chaque ministre** pour le département dont il a la charge* » (article 6).

Les ministres définissent ainsi par des directives les niveaux de protection secret-défense et confidentiel-défense concernant leurs ministères. Ils sont assistés par **les hauts fonctionnaires de la défense**, responsables de l'application de ces directives.

La classification peut porter sur des marchés conclus entre des personnes publiques et des **personnes privées** qui peuvent ainsi être soumises aux règles particulières liées au secret de la défense nationale.

- ***Les effets de la qualification***

La qualification a pour conséquence de restreindre l'accès des informations concernées aux personnes habilitées et qui doivent avoir besoin de connaître ces informations pour l'exercice de leurs missions.

- **L'habilitation** : la décision d'habilitation précise le niveau de classification des informations dont le titulaire peut connaître ; elle est prise par le Premier ministre pour le niveau très secret-défense et par chaque ministre pour les niveaux de classification secret-défense et confidentiel-défense². Les personnes morales de droit privé peuvent être habilitées dans le cadre des marchés classés.

- **La qualification** : la personne habilitée doit en outre avoir besoin de connaître l'information ; cette condition est appréciée par l'autorité qui a procédé à l'habilitation et son examen est nécessaire pour chaque information.

¹ Art. 7 du décret n° 78-78 du 25 janvier 1978 fixant les attributions du secrétaire général de la défense nationale.

² L'habilitation doit être renouvelée périodiquement. Certaines personnes -ministres- sont dispensées d'habilitations en raison de leurs fonctions.

• *Un contrôle juridictionnel très limité*

Le **juge pénal** compétent pour réprimer les atteintes au secret-défense, se borne à constater l'existence d'une mesure administrative de protection sans se prononcer sur son bien-fondé. Sous l'empire des anciennes dispositions du code pénal -avant que le secret-défense ne procède d'un acte officiel de qualification- les juges demandaient, en pratique, l'avis du Gouvernement sur le point de savoir si l'information était couverte par le secret. La Cour de cassation avait cependant rappelé qu'il n'y avait aucune obligation de demander cet avis, ni de le suivre¹.

L'habilitation d'un magistrat au secret de la défense nationale soulèverait des difficultés dans la mesure où, selon les principes de la procédure pénale, le juge doit donner aux autres parties à la procédure l'accès aux éléments dont il a connaissance. S'il existe des magistrats habilités au sein du pôle anti-terroriste, cette exception se justifie au titre de leur participation à des réunions organisées dans le cadre de la coopération internationale et non de leurs fonctions juridictionnelles dans une affaire donnée.

De même, le juge administratif se borne au constat de la classification de l'information en cause².

• *Les infractions relatives au secret de la défense nationale*

Le code pénal distingue selon la qualité de l'auteur de l'infraction qui peut être soit le dépositaire d'un tel secret, soit un tiers.

- **Le dépositaire** du secret-défense « *soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente* » (article 413-10).

Les faits punissables sont de deux ordres : soit le fait de détruire, détourner, soustraire ou reproduire l'information protégée, soit le fait d'avoir laissé commettre de tels actes. Dans les deux hypothèses, le coupable est passible d'une peine de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende. Dans le cas où ces faits ont été commis par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de **trois ans d'emprisonnement** et de **45.000 euros d'amende**.

¹ (Chambre criminelle de la Cour de cassation, 24 septembre 1891 et 6 décembre 1967, Maucherat).

² Le Conseil d'Etat a ainsi reconnu (11 mars 1955, assemblée, Secrétaire d'Etat à la guerre c/M. Coulon) que le pouvoir de la juridiction administrative d'ordonner la communication de certaines pièces « comporte une exception pour tous les documents dont l'autorité compétente croit devoir affirmer que leur divulgation [...] est exclue par les nécessités de la défense nationale ».

- **Le tiers** (article 413-11) -toute personne revêtant la qualité de tiers à l'égard des secrets pour lesquels elle n'a reçu aucune habilitation. Trois types de comportement sont alors punissables : s'assurer la possession d'un des objets couverts par le secret ; détruire, soustraire ou reproduire un tel objet ; enfin, le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée¹. Ces faits sont passibles d'une peine de **cinq ans d'emprisonnement** et de **75.000 euros d'amende**.

B. UN TEMPÉRAMENT : LE RÔLE DE LA COMMISSION CONSULTATIVE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

La déclassification et la communication de secrets de la défense nationale ne sont possibles que dans le cadre d'une procédure juridictionnelle après l'intervention de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN).

Cette commission, créée par la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998, est une **autorité administrative indépendante** composée de cinq membres : trois **magistrats** (parmi lesquels le président, le vice-président et un autre membre) nommés pour six ans par le Président de la République sur une liste de six membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes établie conjointement par les chefs de ces juridictions ; un **député désigné par le Président de l'Assemblée nationale** pour la durée de la législature ainsi qu'un **sénateur désigné par le Président du Sénat** après chaque renouvellement partiel du Sénat. Aucun de ces mandats n'est renouvelable. Les membres sont habilités au secret-défense par la loi et, par voie de conséquence, ils sont astreints aux obligations qui découlent du code pénal en la matière, leur responsabilité pouvant être engagée à ce titre².

La Commission n'intervient que dans l'hypothèse où, dans le cadre d'une procédure, un juge français³ demande la déclassification et la communication d'une information classifiée au ministre ayant pris cette mesure de protection⁴. Cette demande doit être **motivée**.

Le ministre saisit sans délai la Commission dont le président peut mener toutes investigations utiles, sans que l'administration puisse s'y opposer. Il peut, ainsi que les autres membres de la commission, prendre connaissance de toute information classifiée dans le cadre de sa mission.

¹ A la différence de l'ancien code pénal (articles 76-2° et 76-3°), l'article 413-11 n'incrimine ni le fait pour un tiers de laisser soustraire, reproduire ou porter à la connaissance du public un objet classifié, ni le fait d'étendre la divulgation d'un secret à des personnes autres que celles qu'une première divulgation a déjà touchées.

² Les membres de la commission demeurent soumis à la seconde condition permettant d'avoir accès à une information -à savoir le besoin d'en connaître.

³ La commission ne peut être saisie de demandes émanant d'une juridiction étrangère ou d'un juge français en exécution d'une commission rogatoire internationale.

⁴ En pratique, la demande intervient le plus souvent au stade de l'instruction.

Dans les **deux mois** de sa saisine, la commission formule un **avis** dont le sens peut être favorable, favorable à une déclassification partielle ou défavorable. Cet avis est transmis au ministre mais ne le lie pas.

Dans le délai de **quinze jours** francs à compter de la réception de l'avis de la commission, « *l'autorité administrative notifie sa décision, assortie du sens de l'avis à la juridiction ayant demandé la déclassification et la communication d'informations classifiées* » (article L. 2312-8 du code de la défense). Le sens de cet avis est **publié au journal officiel**.

Chaque élément classifié est revêtu d'une mention expresse de déclassification précisant la date de la décision du ministre. Comme le rappelle une circulaire du ministre de la justice¹, « *la compromission d'un secret protégé non déclassifié expose son auteur à des poursuites sur le fondement des articles 413-10 et 413-11 du code pénal. La compromission est sanctionnable lorsqu'elle est commise par négligence. Le versement au dossier par erreur d'une pièce classifiée peut donc avoir des conséquences pénales* ».

Rapport de la commission consultative du secret de la défense nationale (2005-2007)

Lors de son dernier rapport bisannuel d'activités, la commission consultative du secret de la défense nationale indique un doublement du nombre de saisine. **80 % des avis qu'elle a rendus ont fait droit totalement ou partiellement à la demande de déclassification**. Les ministres ont suivi **intégralement** l'avis de la CCSDN 12 fois sur 14 en 2005, 25 fois sur 26 en 2006, 20 fois sur 22 en 2007 et 16 fois sur 17 en 2008. Les crédits alloués à la commission ont permis son fonctionnement normal, mais la commission évoque la possibilité de mutualiser ses moyens avec ceux d'autres autorités.

Sur la saisine du ministre

La saisine des ministres est pour l'essentiel le fait des autorités judiciaires.

Dans un souci de bonne administration de la justice, la commission a admis à côté de la traditionnelle saisine du juge d'instruction et de celle de la formation de jugement, la saisine du parquet. Mais elle a refusé que le ministre soit saisi par un OPJ agissant par délégation dans le cadre d'une enquête préliminaire.

La commission constate avec satisfaction une amélioration des motivations des demandes et lorsque cela est possible de leur précision quant aux documents recherchés.

¹ Circulaire de la DACG n° CRIM 08-01/G1 du 3 janvier 2008 relative au secret de la défense nationale.

Sur la saisine de la commission

La commission rappelle qu'elle ne peut connaître que des informations classifiées en application du décret du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale. Elle invite les autorités administratives à utiliser avec discernement leur pouvoir de classification et de déclassification et rappelle que le pouvoir de déclassification des ministres est suspendu lorsqu'elle est saisie d'une demande de déclassification.

La commission a refusé de rendre un avis le 22 juin 2006 (Affaire Clearstream) s'agissant de documents déjà publiés.

La commission relève que les documents sur support informatique posent des difficultés matérielles de traitement.

Les autorités administratives sont invitées à respecter le délai de saisine. La commission admet que la saisine puisse être tardive lorsque des nécessités matérielles ont rendu complexe la recherche des documents mais refuse des retards, au demeurant exceptionnels, résultant de la mauvaise volonté des autorités.

Sur l'instruction et la délibération de la commission

La commission considère que le point de départ du délai de deux mois dans lequel elle doit rendre son avis court à partir du moment où la commission a reçu la demande et les documents.

La commission rappelle que les six critères permettant de statuer sur la demande prévus à l'article L. 2312-7 du code de la défense se partagent entre ceux relevant des finalités juridictionnelles et ceux relevant de la protection des intérêts fondamentaux de la Nation. Certains critères ont été entendus extensivement ; ainsi les droits de la défense ont été étendus aux droits des parties civiles, la préservation de la sécurité des personnels à toutes personnes concourant à divers titres aux missions de défense et de sécurité.

La commission, qui délibère de façon consensuelle, a décidé de faire parvenir une lettre d'observation à l'autorité de saisine afin de lui faire toutes remarques utiles et ainsi faciliter sa réponse.

2. Le contrôle parlementaire

Le secret de la défense nationale est, en principe, opposable aux parlementaires. Ainsi, l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires prévoit que les commissions d'enquête sont habilitées à se faire communiquer tous documents de service à l'exception de ceux revêtant un caractère secret et concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat.

Au reste, le Conseil constitutionnel¹ a censuré la disposition permettant à la commission de vérification des fonds spéciaux de recevoir des informations sur les dépenses relatives à des opérations militaires en cours et d'envoyer un de ses membres pour les contrôler.

¹ Décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001 (sur la loi de finances pour 2002).

Néanmoins, la loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007 portant création d'une **délégation parlementaire au renseignement** a ouvert la voie à une information du Parlement dans ce domaine. Ainsi, les membres de cette délégation, constituée de quatre sénateurs et quatre députés, sont habilités *es qualités* à recevoir communication d'informations classifiées « *à l'exclusion des données dont la communication pourrait mettre en péril l'anonymat, la sécurité ou la vie d'une personne relevant ou non des services intéressés, ainsi que les modes opératoires propres à l'acquisition du renseignement* ».

C. LES INCERTITUDES DU DROIT

Les éléments classifiés intéressant la procédure peuvent être obtenus par deux voies : la **réquisition** et la **perquisition**. Si la première ne risque pas d'exposer le magistrat à l'infraction de compromission du secret de la défense nationale, tel n'est pas le cas de la seconde.

1. La procédure réquisition

Dans le cadre de la réquisition, le juge adresse à l'autorité administrative dont relève la classification une demande aux fins de transmission des éléments utiles à la manifestation de la vérité. Soit le magistrat a identifié les éléments classifiés dont il souhaite la communication et adresse directement une demande de déclassification à l'autorité administrative compétente, soit le magistrat souhaite se voir communiquer un certain nombre d'éléments qu'il n'est pas en mesure d'identifier avec précision. Dans ce cas, comme le précise la circulaire du ministère de la justice du 3 janvier 2008, il peut faire une réquisition à l'administration concernée afin que celle-ci procède à la recherche de ces éléments et communique au magistrat les éléments qui ne sont pas classifiés -les documents ou objets classifiés pouvant faire ultérieurement l'objet d'une demande de déclassification du magistrat qui entraînera la saisine de la CCSDN.

2. La procédure de perquisition

La perquisition est, quant à elle, susceptible de soulever deux difficultés : l'accès aux zones où sont conservés les éléments classifiés, la prise de connaissance de documents classifiés.

• L'accès aux zones comportant des éléments classifiés

Aux termes de l'article 413-7 du code pénal, le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux ou terrains clos dans lesquels la circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications est puni de six mois d'emprisonnement et de 7.500 euros d'amende.

Le juge peut-il, au titre de ses prérogatives juridictionnelles, accéder à de telles zones sans autorisation ? L'état du droit ne donne de réponse précise que pour l'accès aux enceintes militaires.

En effet, en vertu de l'article 698-3 du code de procédure pénale, lorsque le procureur de la République, le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire sont amenés soit à constater des infractions dans les établissements militaires, soit à rechercher dans ces mêmes lieux des personnes ou objets relatifs à ces infractions, ils doivent adresser à l'autorité militaire des **réquisitions** tendant à obtenir l'entrée dans ces établissements. L'autorité militaire est **tenue de s'y soumettre** et se fait représenter aux opérations.

Le respect de ces prescriptions n'autorise cependant pas l'autorité judiciaire à s'affranchir des exigences légales relatives à la protection du secret de la défense nationale.

En revanche, aucune précision n'est actuellement donnée par le droit s'agissant de zones protégées qui ne constituent pas des enceintes militaires.

Dans un avis rendu le 5 avril 2007, le Conseil d'Etat a estimé que *« la perquisition décidée sur le fondement des dispositions de l'article 94 du code de procédure pénale ne peut toutefois être regardée comme entrant dans le champ d'application de l'incrimination prévue à l'article 413-7 du code pénal »*. Le juge d'instruction n'a donc pas, selon le Conseil d'Etat, à solliciter d'autorisation pour pénétrer dans une zone protégée à ce titre. Il lui incombe, cependant, lorsqu'il envisage de pénétrer dans une telle zone, de respecter la *« nécessité impérieuse »* d'éviter tout risque de compromission du secret de la défense nationale *« qui pourrait résulter du seul fait de sa présence dans cette zone, sous peine d'encourir des sanctions pénales qui assurent la protection de ce secret »*.

Or, il n'existe pas aujourd'hui de règles déterminant les conditions d'accès des magistrats aux lieux où peuvent se trouver des secrets de la défense nationale et où ils sont susceptibles de tomber sous le coup de l'infraction de compromission du seul fait de leur présence.

• La connaissance de documents classifiés résultant d'opérations de perquisition

Le juge peut être conduit, dans le cadre d'une opération de perquisition, à découvrir des documents classifiés.

Selon le Conseil d'Etat, dans l'avis précité du 5 avril 2007, *« il n'existe aucune certitude juridique applicable en cas de prise de connaissance de ces documents et, notamment, sur l'application des dispositions de l'article 413-11 du code pénal, qui punit de 5 ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende « le fait pour toute personne non visée à l'article 413-10 de s'assurer la possession d'un renseignement,*

procédé, objet, document, donnée informatisée au fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale... ».

Le Conseil d'Etat a précisé en outre que l'officier de police judiciaire ne saurait se prévaloir d'une habilitation au secret défense pour recueillir ces documents. En effet, la délégation que l'officier de police judiciaire reçoit par commission rogatoire du juge d'instruction en vertu de l'article 81 du code de procédure pénale ne saurait lui conférer plus de pouvoir que ceux que le magistrat tient de ces dispositions. La position du Conseil d'Etat contredit certaines pratiques observées au cours des dernières années¹.

Par ailleurs, il convient de rappeler que toute personne dépositaire d'éléments couverts par le secret de la défense nationale a le devoir de s'opposer à la communication de ces éléments à une personne non habilitée et ne justifiant pas du besoin d'en connaître, sous peine d'être poursuivie du délit de compromission passive prévu à l'article 413-10 du code pénal.

Ainsi, selon le Conseil d'Etat, la protection de ces secrets « *impose notamment que les pièces saisies, qui ne peuvent être versées au dossier de l'enquête avant une éventuelle déclassification, soient maintenues sur place et que le chef de service ou d'établissement soit désigné en tant que gardien des scellés* ».

Comme la CCSDN le rappelle dans son dernier rapport (2005-2007), afin d'éviter que des personnes non habilitées secret-défense puissent prendre connaissance de documents classifiés lors d'une perquisition, la commission a mis en place une procédure plus stricte que celle prévue par le Premier ministre qui consiste à inventorier les documents avant leur placement sous scellés. Les documents doivent donc, actuellement, être placés sous scellés, conservés par le service émetteur des documents et ouverts par un OPJ **devant un représentant de la Commission**.

De ces lacunes du droit positif, le Conseil d'Etat a conclu la nécessité pour le législateur :

- d'une part, de fixer les obligations et les pouvoirs respectifs du chef d'établissement, chargé de la protection des secrets de la défense nationale, et du juge d'instruction chargé de la manifestation de la vérité s'agissant de l'accès aux lieux où peuvent se trouver des informations couvertes par le secret de la défense nationale ;

¹ Comme l'indique le rapport pour avis de la commission des lois présenté par M. Emile Blessig (p. 21) « la perquisition qui s'est déroulée à la DGSE en 2006 par exemple a été menée par des magistrats accompagnés d'officiers de police judiciaire de la brigade financière, habilités au secret de la défense nationale. Ces derniers ont alors demandé à avoir accès à l'ensemble des documents, quel que soit leur niveau de qualification, afin d'opérer parmi eux un tri et de pouvoir saisir les documents relatifs aux faits incriminés ».

- d'autre part, de compléter les règles de procédure applicables à la saisie et à la mise sous scellés, sans risque de divulgation à des personnes non qualifiées de secrets protégés.

Le Conseil d'Etat avait suggéré, à cet égard, **d'étendre les prérogatives de la Commission consultative du secret de la défense nationale** afin de permettre à cette instance d'intervenir lors de la découverte de documents classifiés, en particulier en zone protégée.

II. LE PROJET DE LOI - LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE DEUX OBJECTIFS CONSTITUTIONNELS

Le chapitre VI du projet de loi relatif à la programmation militaire vise à répondre aux préconisations du Conseil d'Etat dans le souci de concilier les intérêts liés à la défense nationale à ceux qu'inspire la recherche de la vérité.

Le législateur s'est déjà efforcé, dans d'autres domaines, d'établir un équilibre entre différents intérêts légitimes, qu'il s'agisse du secret médical, du secret professionnel ou des droits de la défense. Le dispositif proposé reprend en particulier certains principes retenus par la procédure applicable aux perquisitions au cabinet ou au domicile d'un avocat.

Modalités de perquisition lorsque l'intéressé est soumis au secret professionnel

	Avocat	Journaliste	Médecin, notaire, avoué, huissier
	Art. 56-1 Code de procédure pénale	Art. 56-2 Code de procédure pénale	Art. 56-3 Code de procédure pénale
Lieu de la perquisition	Cabinet ou domicile	Locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle	Cabinet
Qui perquisitionne	Magistrat, les OPJ ne peuvent prendre connaissance des documents	Magistrat	Magistrat
Qui doit être présent lors de la perquisition	Bâtonnier ou son délégué	-	Personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant
Respect d'un principe spécifique de proportionnalité	Le magistrat veille à ce que les investigations ne portent pas atteintes au libre exercice de la profession d'avocat	Le magistrat veille à ce que les investigations ne soient pas un obstacle ou ne conduisent pas à des retards injustifiés dans la diffusion de l'information	-
Nécessité d'une décision écrite préalable	Décision écrite et motivée préalable du magistrat indiquant la nature de l'infraction justifiant la perquisition, les raisons et l'objet de la perquisition Décision portée à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué	Non	Non
Objets saisis	Uniquement les documents relatifs aux infractions visées dans la décision de perquisition à peine de nullité	Tout objet ayant trait à l'infraction poursuivie	Tout objet ayant trait à l'infraction poursuivie
Recours	- <i>Lors de la perquisition</i> : Le bâtonnier peut s'opposer à la saisie d'un document qu'il considère comme irrégulière. => Le document est placé sous scellé fermé et transmis sans délai au JLD qui tranche dans les 5 jours par ordonnance motivée non susceptible de recours. => Le document est soit restitué soit versé au dossier. - <i>A l'issue de la perquisition</i> : Demande de nullité de la saisie	Demande de nullité de la saisie	Demande de nullité de la saisie

A. LE TEXTE INITIAL DU GOUVERNEMENT

Le chapitre VI du projet de loi de programmation comporte trois articles.

• L'**article 12** complète le code de procédure pénale afin de prévoir dans un nouvel article 56-4 les modalités de perquisition dans **trois catégories de lieux** : les lieux précisément identifiés et qui sont déclarés à la CCSDN comme susceptibles d'abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale, les lieux neutres où sont incidemment découverts des éléments classifiés, les lieux classifiés.

Dans le projet de loi initial, le régime de perquisition dans les lieux susceptibles d'abriter un secret de la défense nationale ou dans les lieux classifiés était très proche. Il répondait en effet à cinq conditions identiques :

- la perquisition ne pourrait être effectuée que par un **magistrat** ;
- elle devrait se dérouler **en présence du président de la CCSDN** ou de son représentant ;
- elle ne pourrait être effectuée qu'en vertu d'une **décision écrite et motivée** des magistrats qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci ;
- cette décision serait **transmise au président de la Commission consultative** ;
- elle serait portée à la connaissance du chef d'établissement ou de son délégué au commencement de la perquisition.

Une **condition supplémentaire** serait requise pour la perquisition dans les lieux classifiés : la **déclassification préalable** de ces lieux. A cette fin, le président de la Commission consultative, saisi par le magistrat au moment de la transmission de la décision de perquisition, ferait connaître sans délai son avis à l'autorité administrative compétente sur la déclassification temporaire - totale ou partielle- du lieu.

Dans le troisième cas de figure, lorsque la perquisition se déroule dans un lieu qui se révèle abriter des secrets de la défense nationale, le magistrat en informerait le président de la CCSDN. La perquisition ne pourrait alors se poursuivre qu'en présence du magistrat et du président de la Commission consultative ou de son représentant.

Une fois ces différentes conditions réunies selon les trois cas de figure envisagés, la perquisition se déroulerait selon les mêmes principes :

- seul le président de la Commission consultative ou son représentant prendrait connaissance d'éléments classifiés découverts ;
- le magistrat ne saisirait, parmi les éléments classifiés, que ceux relatifs aux infractions sur lesquelles portent les investigations ;

- chaque élément saisi serait après inventaire par le président de la CCSDN, placé sous scellés et remis au président de la Commission consultative qui en deviendrait le gardien.

La déclassification de ces documents interviendrait selon les règles fixées par la loi du 8 juillet 1998.

- L'**article 13** réunit les différentes modifications du **code pénal**.

Il procède d'abord à plusieurs adaptations de la **définition actuelle des éléments couverts par le secret de la défense nationale** : il y intègre notamment, les réseaux informatiques.

Par ailleurs, il remplace la notion de « *renseignements* » par celle jugée plus générique d'« *informations* ».

Surtout, il institue les « **lieux classifiés** » définis comme les « *lieux auxquels il ne peut être accédé sans que, à raison des installations ou des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale* ». Il prévoit par ailleurs les différentes incriminations destinées à réprimer la violation de ces lieux classifiés.

- L'**article 14**, enfin, tend à compléter le **code de la défense** afin de prendre en compte dans l'énoncé des pouvoirs du président de la Commission consultative les nouvelles missions qui lui sont confiées dans le cadre des perquisitions visées à l'article 12.

B. LES MODIFICATIONS INTRODUITES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Le dispositif proposé par le Gouvernement a été substantiellement modifié et complété par l'Assemblée nationale.

- ***Le texte établi par la commission de la défense***

La commission de la défense prenant en compte plusieurs des amendements de la commission des lois, saisie pour avis sur les articles 12 à 14, a amélioré le texte sur deux points principaux.

Elle a d'abord mieux **encadré** la définition de la première catégorie des lieux mentionnés par le nouvel article 56-4 du code de procédure pénale : elle a ainsi substitué à la notion très extensive de lieux « *susceptibles d'abriter* » des secrets de la défense nationale celle, plus rigoureuse, de lieux « *abritant* » de tels secrets. En outre, il lui est apparu indispensable de préciser l'autorité responsable du choix de ces lieux et les formes que devait revêtir cette décision :

- le choix de lieu serait pris sous la forme d'un **arrêté du Premier ministre** ;

- cet arrêté fixerait une **liste établie de façon précise et limitative** ;

- la liste serait régulièrement actualisée et communiquée à la CCSDN et au ministère de la justice qui la rendraient accessible aux magistrats de façon sécurisée ;

- les conditions de délimitation des lieux seraient déterminées par décret en Conseil d'Etat.

En outre, la commission de la défense, d'un commun accord avec la commission des lois, a considéré que la suspension de la perquisition en cas de découverte fortuite d'éléments classifiés, constituerait une grave entrave au déroulement d'une procédure judiciaire. Elle a, en conséquence, substitué au mécanisme prévu par le Gouvernement, un dispositif selon lequel les éléments classifiés sont **placés sous scellés** par le magistrat ou l'officier de police judiciaire qui les a découverts puis remis au président de la Commission consultative afin qu'il en assure la garde.

La commission des lois de l'Assemblée nationale a cependant estimé que le texte établi par la commission de la défense ne permettait pas de répondre à cinq motifs de préoccupation rappelés par son président, M. Jean-Luc Warsmann, lors de son intervention dans la discussion générale sur ce texte à l'Assemblée nationale :

- **l'effet de surprise**, indispensable en matière de perquisition, pourrait être entamé dès lors que le président de la commission consultative est informé en amont de la décision du magistrat.

- le régime spécifique de perquisition pour les lieux abritant des secrets de la défense nationale pourrait conduire à **dissimuler** dans ces lieux des documents qui ne relèvent aucunement du secret de la défense nationale ;

- **l'insuffisance des effectifs** de la CCSDN pourrait en pratique limiter la possibilité de perquisitions simultanées dans des lieux différents dans le cadre d'enquêtes importantes ;

- la loi devrait préciser clairement que le président de la Commission n'exerce **aucune appréciation sur l'opportunité d'une perquisition** dans un lieu abritant un secret de la défense nationale et qu'il est en conséquence automatiquement présent dès lors qu'il est informé de la décision du magistrat ;

- il y aurait, enfin, un « *immense danger* » à « *définir sur notre territoire [sous la forme de lieux classifiés] des lieux où les magistrats ne pourraient plus se rendre* ».

• **Le texte adopté par l'Assemblée nationale**

Au cours de l'examen du projet de loi en séance publique, la commission de la défense, la commission des lois et le Gouvernement ont pu rapprocher leurs points de vue. Les députés ont ainsi adopté quatre amendements identiques de la commission de la défense et de la commission des lois visant :

- la faculté pour le président de la CCSDN de désigner, en dehors de la Commission, des **délégués dûment habilités au secret de la défense nationale**, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat ;

- la création d'un **délit de dissimulation** dans les lieux abritant un secret de la défense nationale des éléments non classifiés en tentant de les faire bénéficier de la protection attachée au secret de la défense nationale ;

- une nouvelle organisation de **l'information du président de la CCSDN** en cas de perquisition dans un lieu abritant un secret de la défense nationale : en amont, le président de la Commission consultative ne serait informé que des « *informations utiles à l'accomplissement de sa mission* » ; il devrait se transporter « *sans délai* » sur les lieux ; il prendrait connaissance, au commencement de la perquisition -au même moment que le chef d'établissement- des raisons justifiant la perquisition, de son objet et des lieux qu'elle vise ;

- la décision de classification des lieux serait prise pour une **durée de cinq ans par arrêté du Premier ministre, publié au Journal Officiel, après avis de la Commission consultative.**

**Les procédures de perquisition telles qu'elles résultent
du texte adopté par l'Assemblée nationale**

	Lieu classifié	Lieu abritant un secret de la défense nationale	Lieu neutre
Conditions de la perquisition	* décision écrite et motivée du magistrat transmise au président de la CCSDN * déclassification préalable * au commencement de la perquisition communication de la décision de perquisition au chef d'établissement	* décision écrite du magistrat transmise au président de la CCSDN et comportant les « informations utiles » à l'accomplissement de sa mission * au commencement de la perquisition, communication au président de la CCSDN et du chef d'établissement de la nature de l'infraction, des raisons justifiant la perquisition, de son objet et des lieux visés	* en cas de découverte d'éléments classifiés, information immédiate du président de la CCSDN
	* présence obligatoire du magistrat et du président de la Commission consultative ou de son représentant (qui pourrait être un délégué non membre de la commission dans le cas des lieux abritant un secret de la défense nationale)		
Déroulement de la perquisition	* seul le président de la CCSDN –ou son représentant– peut prendre connaissance d'éléments classifiés découverts sur les lieux * les éléments classifiés sont, après inventaire par le président de la CCSDN, placés sous scellés dont le président de la CCSDN devient le gardien	* éléments classifiés placés sous scellés par le magistrat -qui n'en prend pas connaissance- puis renvoyés au président de la CCSDN qui en assure la garde	

C. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES LOIS

Compte tenu des modifications introduites par les députés, votre commission estime que les conditions sont désormais réunies pour garantir un équilibre satisfaisant entre la protection du secret de la défense nationale et les intérêts de la justice.

Elle observe que le dispositif proposé apporte au déroulement des procédures judiciaires **des progrès** sur deux points :

- **l'accès aux documents classifiés** : jusqu'à présent, il repose, pour l'essentiel, sur la procédure de réquisition ; en effet, la perquisition risque d'exposer le magistrat ou le dépositaire de l'élément classifié au risque de compromission.

Le texte proposé à l'article 12 du projet de loi permettrait de déterminer un **cadre juridique sécurisé** pour ces opérations de perquisition. En outre, la sélection des documents susceptibles d'intéresser le juge qui relève de l'autorité administrative dans le cadre de la procédure de réquisition, serait confiée, s'agissant des perquisitions, au président de la Commission consultative ou à son représentant. L'intervention d'une **autorité administrative indépendante dans cette étape essentielle pour l'information du juge constitue une garantie nouvelle** qu'il convient de ne pas négliger ;

- **l'accès aux lieux classifiés** : il existe aujourd'hui au sein des espaces protégés des lieux auxquels le juge n'a pas accès car, comme l'a indiqué le Conseil d'Etat dans son avis du 5 avril 2007, la seule présence dans la zone considérée pourrait être constitutive du délit de compromission. Votre rapporteur constate d'ailleurs que ni les représentants de l'Union syndicale des magistrats, ni l'Association française des magistrats instructeurs ne contestent la nécessité de lieux classifiés très sensibles.

Or, la délimitation de ces lieux et le niveau de l'autorité chargée du pouvoir de décision laissent subsister bien des incertitudes. En outre, il n'existe à ce stade **aucun recours pour surmonter l'interdiction** ainsi posée. Le projet de loi a pour mérite d'une part de définir les **critères** rigoureux auxquels ces lieux doivent répondre et d'assortir leur choix de plusieurs garanties. D'autre part, par la voie de la procédure de déclassification, il donne au magistrat selon les règles prévues à l'article 12, la possibilité d'y accéder. Si la décision appartiendra, in fine, à l'autorité administrative, le rôle consultatif donné à la CCSDN constitue une réelle garantie, comme en témoigne la manière dont cette institution a accompli sa mission depuis sa création et le nombre très marginal de cas où l'administration s'est écartée des avis formulés sur la déclassification de documents.

Selon votre commission, la catégorie de lieux classifiés devrait être entendue de manière très restrictive tant dans le nombre de lieux considérés que dans leur délimitation.

Lors de son audition par votre rapporteur, M. Bertrand Warusfel, professeur de droit à l'université de Lille 2, a estimé que les nouvelles missions confiées à la CCSDN plaident pour la transformation de cette institution en organe quasi-juridictionnel doté d'un pouvoir décisionnel. Une telle réforme excèderait, à ce stade, la portée des dispositions soumises à l'examen de notre assemblée.

Compte tenu de ces observations, votre commission vous propose d'adopter les articles 12, 13 et 14 du présent projet de loi sans modification.

*

* *

EXAMEN DES ARTICLES

CHAPITRE VI DISPOSITIONS RELATIVES AU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

Article 12

(art. 56-4 nouveau, 57 et 96 du code de procédure pénale)

Perquisitions dans des lieux classifiés ou comportant des éléments couverts par le secret de la défense nationale

Cet article tend à insérer un nouvel article 56-4 dans le code de procédure pénale afin de déterminer les modalités de perquisition concernant des informations couvertes par le secret de la défense nationale –l'article 56-4 prendrait place ainsi à la suite des dispositions régissant les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile (article 56-1), dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle (article 56-2) et dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier (article 56-3).

Le présent article distingue trois hypothèses : la perquisition dans un lieu abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale et identifié comme tel ; la découverte, à l'occasion d'une perquisition dans un lieu « neutre », d'éléments couverts par le secret de la défense nationale ; la perquisition dans un lieu lui-même classifié au titre du secret de la défense nationale.

Selon la jurisprudence, la perquisition implique une pénétration dans un lieu normalement clos, en vue de la recherche d'indices matériels permettant d'établir l'existence de l'infraction poursuivie et d'en déterminer l'auteur.

Dérogatoire aux règles habituelles, le régime des perquisitions prévues par l'article 56-4 s'organise selon des modalités différentes en fonction des lieux concernés.

Comme le prévoit le IV du présent article, l'ensemble des dispositions relatives à ces perquisitions sont édictées **à peine de nullité**.

Par ailleurs, les modalités de perquisition telles qu'elles sont fixées par le nouvel article 56-4 pour l'**enquête de flagrance** sous la responsabilité du ministère public, seraient également applicables en vertu du dernier alinéa du présent article dans le cadre de l'**information judiciaire** conduite par le juge d'instruction.

I. DES CONDITIONS DIFFÉRENTES SELON LES LIEUX DE PERQUISITION

1. La perquisition envisagée dans un lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

- *Des critères plus rigoureux pour définir les lieux concernés*

La localisation des informations classifiées fait actuellement l'objet de règles très strictes, définies par l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale du 25 août 2003 :

- Les éléments classifiés « *très secret défense* » se répartissent, selon les classifications spéciales dont ils font l'objet, dans des « **antennes d'utilisation** » soumises à des mesures de contrôle et de protection renforcées. Aucun service ou organisme ne peut gérer de tels éléments sans y avoir été préalablement autorisé par le Premier ministre ;

- Les éléments classifiés « *secret défense* » sont, en dehors des périodes d'utilisation, conservés dans des coffres-forts ou des armoires fortes à combinaisons multiples, si possible équipés d'un système d'alarme ou d'un compteur d'ouverture.

- Des **zones réservées** sont mises en place à cette fin dans tous les services et organismes qui, de manière habituelle, élaborent, traitent, reçoivent ou détiennent des éléments classifiés « *secret défense* » -cette zone se caractérise notamment par des fenêtres protégées, des portes renforcées avec serrure de sécurité, un contrôle permanent de la zone...

- Ces zones réservées ne peuvent elles-mêmes être créées en dehors des « *zones protégées* » fixées par arrêté du ministre dont l'accès est interdit aux personnes non autorisées (article 413-7 du code de procédure pénale).

- Les éléments classifiés « *confidentiel défense* » sont conservés dans un coffre-fort ou une armoire forte.

Les autres informations classifiées « *confidentiel défense* » font l'objet de mesures appropriées dans un local ou une zone sécurisée.

Le texte initial du projet de loi visait l'hypothèse d'une perquisition envisagée dans un lieu précisément identifié « **déclaré à la commission consultative du secret de la défense nationale comme susceptible d'arbitrer des éléments couverts par le secret de la défense nationale** ».

L'Assemblée nationale a, à juste titre, déterminé des critères plus précis de détermination des lieux concernés. Elle a retenu sur ce point, pour l'essentiel, le texte proposé par sa commission de la défense et intégrant plusieurs amendements de la commission des lois.

Elle a, d'abord, remplacé la notion imprécise de lieu « *susceptible d'abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale* » pouvant donner lieu à une interprétation très extensive par celle, plus rigoureuse, de **lieux « abritant »** de tels éléments.

Les députés ont également souhaité que le choix de ces lieux fasse l'objet d'une **procédure précise** comportant **trois garanties** fixées par le législateur.

En premier lieu, ils ont prévu que ces lieux seraient mentionnés dans une **liste**. Dans un premier temps, la commission de la défense avait indiqué, dans le texte qu'elle a élaboré, que cette liste serait fixée par arrêté du Premier ministre et établie de façon précise et limitative par le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale. La référence à cet organe administratif ne paraissait cependant pas relever de la loi. Aussi, en séance publique, les députés ont-ils, à l'initiative de leur commission des lois, adopté un amendement afin de simplifier ce dispositif en prévoyant que la liste est établie de façon précise et limitative par **arrêté du Premier ministre**. L'intervention d'un arrêté présente l'avantage, d'une part, de soumettre l'application de la nouvelle procédure de perquisition à un acte juridique clairement identifiable et communicable aux magistrats ; d'autre part, de conduire le Premier ministre à s'assurer du bien-fondé des demandes d'inscription sur cette liste faites par les différentes administrations concernées.

En second lieu, cette liste devrait être **régulièrement actualisée et communiquée à la Commission consultative du secret de la défense nationale ainsi qu'au ministre de la justice, qui la rendent accessible aux magistrats de façon sécurisée**. Le magistrat pourrait ainsi, comme le prévoit le texte voté par l'Assemblée nationale, vérifier si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition figure sur cette liste.

Par ailleurs, l'Assemblée nationale a indiqué que les **conditions de délimitation des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale sont déterminées par décret en Conseil d'Etat**.

Enfin, les députés ont souhaité prendre en compte le risque que ces lieux soient utilisés à des fins détournées pour dissimuler des éléments non classifiés et les soustraire ainsi au régime de perquisition de droit commun. Ils ont ainsi adopté en séance publique deux amendements identiques de la commission des lois et de la commission de la défense appliquant à ces faits de dissimulation les sanctions prévues par l'article 434-4 du code pénal relatif aux entraves à la justice -à savoir trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende. Selon les informations recueillies par votre rapporteur, ces lieux, sans doute très nombreux, devraient toutefois être circonscrits à des espaces

précisément délimités. Ils ne concerneraient qu'exceptionnellement un bâtiment. Le plus souvent, ils seraient constitués d'un local clairement identifié au sein d'un établissement.

Les perquisitions dans les lieux abritant un secret de la défense nationale seraient soumises à trois séries de conditions.

- *Première condition : la présence du magistrat*

La perquisition ne serait possible que si elle est réalisée par le magistrat lui-même – procureur de la République pour une enquête de flagrance, juge d'instruction dans le cadre d'une information judiciaire. La perquisition ne pourrait donc être effectuée par un officier de police judiciaire comme tel est le plus souvent le cas.

- *Deuxième condition : la présence du Président de la CCSDN ou de son représentant*

La perquisition ne pourrait avoir lieu qu'en présence du président de la commission consultative du secret de la défense nationale. Ce dernier pourrait être représenté par un membre de la Commission et assisté de toute personne habilitée à cet effet.

Au regard du nouveau rôle dévolu à la Commission consultative, la commission des lois de l'Assemblée nationale avait craint que les effectifs actuels -cinq membres parmi lesquels deux parlementaires que les contraintes liées à leur mandat rendent *a priori* peu disponibles- ne soient pas suffisants.

Lors des débats en séance publique, le président Jean-Luc Warsmann, avait évoqué la possibilité de perquisitions simultanées et organisées dans des lieux éloignés les uns des autres¹. Les députés ont ainsi adopté en séance publique deux amendements identiques de la commission de la défense et de la commission des lois permettant au président de la CCSDN de se faire représenter par des délégués « *dûment habilités au secret de la défense nationale* » qu'il désignerait selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ces délégués pourraient être, par exemple, d'anciens membres de la CCSDN.

- *Troisième condition : la nécessité d'une décision écrite du magistrat*

La perquisition ne pourrait être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite du magistrat.

L'Assemblée nationale a profondément modifié les modalités d'intervention du président de la CCSDN.

¹ Cependant, comme l'avait relevé M. Jacques Belle, président de la CCSDN, lors de son audition par la commission des affaires étrangères et de la défense, le cas devrait se produire rarement : en effet, en tout état de cause, le magistrat devrait être, lui aussi, présent lors de la perquisition et une instruction est confiée de manière exceptionnelle à plus de deux juges.

Le dispositif initial du projet de loi impliquait que le président de la Commission soit informé en amont de la procédure de perquisition -le magistrat étant chargé de lui transmettre sa décision écrite et motivée assortie des indications relatives à la nature de l'infraction et aux raisons justifiant les perquisitions et l'objet de celle-ci. La commission des lois de l'Assemblée nationale avait estimé que, dans les mêmes conditions que pour le bâtonnier s'agissant des perquisitions concernant des avocats, le président de la Commission devait avoir connaissance de la décision écrite et motivée du magistrat **au moment où commence la perquisition**. En effet, une information préalable ne lui paraissait ni utile, ni souhaitable dans la mesure où la transmission préalable à une autorité administrative aurait pu donner à celle-ci un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité même de la perquisition, ce qui aurait été contraire au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs. Les députés, attentifs à ces considérations, ont adopté deux amendements identiques de la commission de la défense et de la commission des lois, modifiant les dispositions initiales du projet de loi -qui avaient été approuvées, pour l'essentiel, dans un premier temps par la commission de la défense¹.

La procédure s'organiserait ainsi selon la manière suivante :

- l'information préalable du juge serait limitée aux seules « **informations utiles** » à l'accomplissement de sa mission ;

- le président de la commission ou son représentant serait tenu de se transporter « sans délai » sur les lieux. Cette disposition interdirait toute possibilité pour le président de la commission de faire obstacle par son abstention à la perquisition ;

- les informations relatives à la nature de l'infraction sur laquelle portent les investigations, aux raisons justifiant la perquisition, à son objet et aux lieux visés par cette perquisition ne seraient communiquées au président de la commission qu'au commencement de la perquisition, à l'instant même où ces informations seraient également transmises au chef d'établissement, à son délégué, ou un responsable du lieu.

Ce dispositif, s'il permet de lever les objections d'abord formulées par la commission des lois de l'Assemblée nationale, n'en appelle pas moins certaines réserves. En effet, comme l'a observé M. Jacques Belle, président de la CCSDN, lors de son audition au Sénat, il a pour effet de donner accès à l'essentiel des informations relatives à la perquisition, dans les mêmes

¹ Sans souhaiter, comme le proposait la commission des lois, que la décision du magistrat soit portée à la connaissance du président de la CCSDN au commencement de la perquisition, la commission de la défense avait, dans le texte soumis à la séance publique, restreint la teneur de la décision du magistrat communiquée en amont au président en supprimant toute information concernant les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Cette modification avait néanmoins pour grave inconvénient de priver le président de la Commission consultative des éléments indispensables pour identifier les documents dont la déclassification est nécessaire à l'investigation du juge.

conditions, au président de la Commission consultative, autorité administrative indépendante, et au responsable d'établissement.

Selon votre commission, la procédure proposée ne doit traduire aucune défiance vis-à-vis de la CCSDN. L'esprit d'indépendance et d'équilibre avec lequel le président de cette institution et les autres membres se sont acquittés de leur mission a été salué par l'ensemble des magistrats rencontrés par votre rapporteur. Ce **lien de confiance** devrait continuer d'inspirer les relations entre la CCSDN et l'autorité judiciaire tout au long de la procédure prévue pour la perquisition dans les lieux abritant un secret de la défense nationale. Ainsi un dialogue pourrait s'engager dès le moment où les « informations utiles » sont transmises au président de la Commission consultative, celui-ci pouvant, le cas échéant, demander au magistrat de les compléter.

2. La perquisition intervenant dans les lieux classifiés

Les perquisitions dans les lieux classifiés au titre du secret de la défense nationale institués par le nouvel article 413-9-1 du code pénal (*voir commentaire de l'article 13*) sont soumises à des conditions plus strictes liées à la protection renforcée attachée à ces lieux.

Le dispositif initial proposé par le Gouvernement n'a été que peu modifié par l'Assemblée nationale.

Quatre conditions seraient requises.

En premier lieu, comme pour les lieux abritant un secret de la défense nationale, la perquisition ne pourrait être réalisée que par un **magistrat en présence du président de la CCSDN**. Ce dernier pourrait être représenté par un autre membre de la commission et assisté par toute personne habilitée à cet effet.

En revanche, les députés n'ont pas prévu, contrairement aux perquisitions organisées dans un lieu abritant un secret, que le président puisse être représenté par des délégués.

Le nombre limité de lieux classifiés ne paraît pas en effet exiger un tel dispositif.

En deuxième lieu, la commission de la défense a souhaité que le magistrat vérifie auprès de la CCSDN que le lieu dans lequel il envisage une perquisition fait l'objet d'une mesure de classification.

Ensuite, la perquisition ne pourrait être effectuée qu'en vertu d'une **décision écrite et motivée** qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celles-ci.

Les députés ont adopté un amendement de M. Michel Grall en séance publique précisant que la décision du magistrat devrait également mentionner le lieu visé par la perquisition. Cette décision devrait être transmise au président de la CCSDN. Au commencement de la perquisition, cette décision serait également portée à la connaissance du responsable de l'établissement.

Les députés n'ont pas contesté que l'information du président de la CCSDN soit faite en amont puisque la transmission de la décision de perquisition est indispensable pour déclencher la procédure de déclassification des lieux.

Ce dispositif qui était commun, dans le texte du Gouvernement, aux lieux abritant des éléments classifiés serait désormais réservé, compte tenu des modifications introduites par l'Assemblée nationale au premier volet de l'article 56-4, aux seuls lieux classifiés.

Ensuite, cette perquisition serait précédée d'une décision de déclassification temporaire des lieux aux fins de perquisition selon une procédure qui se distingue de la déclassification des documents sur trois points :

- le président de la CCSDN serait saisi directement par la décision du magistrat alors que dans le cadre de la procédure de réquisition, il ne peut l'être que par l'autorité administrative ;

- il devrait faire connaître **sans délai** son avis à l'autorité administrative –en principe, le Premier ministre auquel le nouvel article 413-9-1 du code pénal inséré par l'article 13 du projet de loi confie la décision de classification– qui elle-même, comme l'a prévu la commission de la défense, ferait connaître sa décision **sans délai** -ces délais sont respectivement de deux mois et de quinze jours dans la procédure de déclassification telle que prévue par les articles L. 2312-4 et suivants du code de la défense. Cette différence s'explique par le souci de conserver à la perquisition son effet de surprise ;

- enfin, l'avis de la CCSDN ne ferait pas l'objet d'une publication au journal officiel.

La perquisition ne pourrait être entreprise que dans les limites de la déclassification ainsi opérée. Ces limites sont doubles :

- la déclassification serait **temporaire** ; la déclassification prononcée par l'autorité administrative ne vaudrait que pour le temps des opérations ;

- comme pour un document, elle pourrait être **totale** ou **partielle** : dans ce dernier cas, la perquisition ne pourrait être réalisée que dans la partie des lieux qui fait l'objet de la décision de déclassification.

3. La découverte fortuite de documents classifiés dans des lieux neutres

Le II du nouvel article 56-4 concerne l'hypothèse où des documents classifiés sont découverts à l'occasion d'une perquisition dans un lieu qui ne relève pas des deux catégories précédentes.

Le cas ne devrait cependant se présenter que rarement puisque, par hypothèse, les lieux abritant de tels éléments devraient entrer dans la catégorie des « *lieux abritant des éléments classifiés* » figurant sur la liste prévue au I de cet article. Toutefois, cette liste ne saurait viser tous les lieux qui, de manière occasionnelle ou ponctuelle, accueille de tels éléments (*a fortiori* les documents « confidentiels défense » dont les conditions de conservation sont moins rigoureuses que pour les autres niveaux de classification). En outre, il peut arriver que des informations classifiées puissent se trouver de manière tout à fait irrégulière en dehors de leur lieu de conservation réglementaire.

M. Jean-Marie Huet, directeur des affaires criminelles et des grâces, a indiqué à votre rapporteur qu'une dizaine de cas de découverte inopinée d'éléments classifiés se présentait ainsi chaque année.

En cas de découverte fortuite, le projet de loi prévoit que si le magistrat ne se trouve pas sur les lieux, il est « immédiatement averti » par l'officier de police judiciaire. Dans tous les cas, il devrait informer le président de la CCSDN.

Le texte initial proposé par le Gouvernement imposait alors une suspension de la procédure de perquisition : celle-ci ne pouvait en effet se poursuivre qu'en présence du magistrat et du président de la commission ou de son représentant. La seule présence d'un document classifié -même si le magistrat ne cherchait nullement à en prendre connaissance- aurait suffi ainsi à paralyser la perquisition.

Cette disposition apportait une grave entrave au déroulement d'une procédure judiciaire d'autant plus injustifiée que l'élément classifié peut avoir été placé dans le lieu de la perquisition en toute illégalité. Elle supprimait l'effet de surprise indispensable, en matière de perquisition. Cette atteinte était manifestement disproportionnée à l'objectif recherché.

Aussi, la commission de la défense, en accord avec la commission des lois, a modifié ce dispositif dans le texte qu'elle a soumis à la séance publique afin de prévoir la **mise sous scellés** des éléments classifiés par le magistrat ou l'officier de police judiciaire, sans que ces derniers puissent en prendre connaissance, et la remise ou la transmission « *par tout moyen en conformité avec la réglementation applicable aux secrets de la défense nationale* », au président de la CCSDN, chargé d'en assurer la garde. Les opérations relatives aux éléments classifiés feraient l'objet d'un procès-verbal qui, afin de garantir la protection du secret, ne serait pas joint au dossier de la procédure. La déclassification de ces documents et leur communication relèveraient pour le

reste de la procédure habituelle prévue par les articles L. 2312-4 et suivants du code de la défense.

De l'avis de l'ensemble des magistrats entendus par votre rapporteur, ce dispositif apporte une amélioration significative au texte initial du Gouvernement et devrait contribuer au déroulement satisfaisant de la perquisition.

II. LE DEROULEMENT DE LA PERQUISITION

Le déroulement de la perquisition dans les lieux abritant des éléments classifiés et dans les lieux classifiés obéit aux mêmes principes, destinés à garantir la protection du secret de la défense nationale. Le dispositif proposé par le Gouvernement a, sur ce point, sous réserve de quelques modifications à caractère rédactionnel, été conservé par l'Assemblée nationale.

Il comporte cinq séries de garanties au regard de la sauvegarde de ce secret :

- seul le président de la CCSDN, son représentant (qui peut être un membre de la commission ou, s'agissant des lieux abritant un secret de la défense nationale, un délégué qu'il a désigné) pourrait prendre connaissance d'éléments classifiés découverts sur les lieux ;

- le magistrat ne pourrait saisir que les éléments classifiés relatifs aux infractions sur lesquelles portent ses investigations. Cette disposition est conforme au principe de la spécialité des perquisitions et saisies selon lequel le juge ne peut agir que dans la limite de sa saisine, laquelle résulte, en vertu de l'article 80 du code de procédure pénale, du réquisitoire du procureur de la République. Par ailleurs, la saisie ne porterait sur des originaux que dans le cas où les nécessités de l'enquête le justifient et, dans cette hypothèse, des copies devraient être laissées à leur détenteur ;

- les éléments classifiés saisis seraient inventoriés par le président de la Commission consultative puis placés sous scellés et confiés au président de la Commission ;

- les opérations relatives aux éléments saisis ainsi que l'inventaire de ces éléments feraient l'objet d'un procès verbal qui ne figurerait pas au dossier de la procédure et serait conservé par le président de la Commission ;

- les déclassifications et la communication des documents mentionnés dans l'inventaire interviendraient selon les règles actuelles prévues dans le cadre de la procédure de réquisition.

Toutefois, alors que dans le dispositif actuel il appartient à l'autorité administrative de saisir les documents requis par le magistrat, cette tâche reviendrait, dans le cadre de la procédure de réquisition, au président de la Commission consultative lui-même ou à son représentant. Cette **étape essentielle relèverait ainsi directement de l'autorité administrative indépendante.**

Les actes de perquisition qui ne concernent pas des éléments classifiés continueraient de relever du droit commun (à cette différence près que les opérations seraient conduites directement par le magistrat en présence du président de la commission ou de son représentant).

Votre commission vous propose d'adopter l'article 12 **sans modification**.

Article 13

(art. 413-9 à 413-11 ; art. 413-9-1, 413-10-1 et 413-11-1 nouveaux ; art. 322-3 du code pénal)

Précisions relatives aux éléments couverts par le secret de la défense nationale – Création des « lieux classifiés »

L'article 13 réunit les modifications apportées par le projet de loi au code pénal. Il comporte deux objets principaux : d'une part, la modification de la définition actuelle retenue par les articles 413-9 et suivants du code pénal pour les éléments classifiés, d'autre part, et surtout, l'introduction dans le droit de la notion de **lieux classifiés**.

1) La modification des dispositions actuelles relatives à la définition des éléments classifiés

Le présent article élargit à plusieurs titres le champ actuel des éléments présentant le caractère de secret de la défense nationale.

D'abord, il substitue au terme de « renseignements » celui d'« informations », plus large puisque le renseignement procède le plus souvent d'informations préalablement recueillies et traitées. Or, source du renseignement, l'information doit à l'évidence bénéficier aussi d'une protection. Au reste, la loi du 17 juillet 1998 fait référence aux « *informations protégées au titre du secret de la défense nationale* ». De même, l'article 414-9 du code pénal mentionne les « *informations échangées en vertu d'un accord de sécurité relatif à la protection des informations classifiées* ».

Ensuite, il complète la liste des éléments susceptibles de faire l'objet d'une classification en ajoutant les **réseaux informatiques**¹ -alors que le texte ne mentionnait dans ce domaine que les données informatisées et les fichiers. En conséquence, la terminologie des articles 413-9 à 413-11 est adaptée afin que soient réprimés non seulement la divulgation des éléments classifiés mais aussi leur « **accès** ».

En outre, la référence aux « mesures de protection » serait remplacée par la mention des « mesures de classification » –notion qui vise **spécifiquement** les secrets de la défense nationale.

¹ *Tel que le réseau ISIS destiné à l'échange de documents classifiés sous forme de fichiers électroniques.*

Enfin, le délit de compromission serait constitué dès lors qu'un tiers « prend connaissance » d'une information classifiée sans qu'il soit nécessaire, comme le prévoit l'article 413-11 du code pénal qu'il s'en assure la possession. Bien que la commission de la défense ait supprimé le mot « sciemment », il va de soi que l'intentionnalité conditionne l'incrimination.

2) La reconnaissance de « lieux classifiés »

Cet article tend à compléter le code pénal afin, d'une part, de prévoir les conditions de classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale et, d'autre part, de réprimer l'accès à ces lieux des personnes non qualifiées.

• *Les conditions de classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale*

Jusqu'à maintenant, le législateur n'a pas conféré le caractère de secret de la défense nationale à un lieu en tant que tel. Il a réservé cette qualification aux seuls « *renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers intéressant la défense nationale* » en vertu de l'article 413-9 du code pénal.

Toutefois, il existe, de fait, au sein des espaces intéressant la défense nationale et dont l'accès par une personne non autorisée est constitutif du délit puni par l'article 413-7 du code pénal, des lieux dont l'accès par lui-même, permet de prendre connaissance d'informations qui intéressent le secret de la défense nationale.

D'ores et déjà, ces lieux font l'objet de mesures de protection particulières : ainsi l'instruction générale interministérielle sur la protection du secret de la défense nationale du 25 août 2003 a prévu la création de « *zones réservées* » afin d'interdire notamment toute pénétration, par vues ou écoutes, directes ou indirectes, dans les lieux où des informations ou supports protégés classifiés au niveau secret-défense sont élaborés, traités, reçus ou détenus.

Le fait d'entrer dans ces lieux peut être constitutif, sur le fondement des articles 413-10 et 413-11 du code pénal, d'un délit de compromission de la défense nationale comme l'a clairement indiqué le Conseil d'État. Dans son avis du 5 avril 2007, la haute juridiction administrative a en effet précisé que le magistrat, s'il pouvait entrer dans les zones protégées visées par l'article 413-17¹ du code pénal, devait respecter la « *nécessité impérieuse d'éviter tout risque de compromission qui pourrait résulter du seul fait de sa présence dans cette zone, sous peine d'encourir les sanctions pénales qui assurent la protection de ce secret* ».

¹ *Sous réserve de l'accès aux enceintes militaires proprement dites, soumis en vertu de l'article 698-3 à une réquisition adressée par le juge à l'autorité militaire qui ne peut s'y opposer.*

Toutefois, la situation actuelle n'est pas satisfaisante à deux égards :

- la détermination de ces zones se fonde sur des dispositions purement réglementaires. La création de « zones protégées » procède, en vertu de l'instruction précitée, de la décision des autorités responsables de la détention d'informations classifiées. Elle pourrait donner lieu à contestation, au risque d'exposer au délit de compromission du secret de la défense nationale tant le magistrat que l'autorité administrative concernée ;

- dans le cas du refus de l'autorité administrative de permettre l'accès des lieux au juge, celui-ci n'a pas de réels moyens de surmonter cette opposition. Il est donc apparu opportun au Gouvernement de clarifier une situation juridique qui, si elle n'a pas donné lieu à difficultés particulières jusqu'à aujourd'hui, pourrait néanmoins devenir source de contentieux.

A cette fin, le projet de loi prévoit l'insertion dans le code pénal d'un nouvel article 413-9-1 autorisant la classification de certains lieux au titre du secret de la défense nationale.

Cet article fixe d'abord les conditions limitatives auxquelles doivent répondre les lieux classifiés : seuls pourraient en effet entrer dans cette catégorie les « *lieux auxquels il ne peut être accédé sans que, à raison des installations ou des activités qu'ils abritent, cet accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale* ».

Par ailleurs, les députés ont, en séance publique, adopté un amendement identique de la commission de la défense et de la commission des lois fixant, d'une part, l'autorité chargée de la décision de classification et, d'autre part, les trois garanties dont cette décision est assortie.

Ainsi, la décision de classification résulterait d'un arrêté du **Premier ministre**. Ce choix identique à celui retenu pour la détermination des lieux abritant un secret de la défense nationale paraît encore plus justifié ici dans la mesure où la concentration du pouvoir de décision à ce niveau politique devrait contribuer à une sélection rigoureuse des lieux classifiés.

L'arrêté serait lui-même soumis à deux conditions.

D'une part, il devrait -contrairement à l'arrêté fixant la liste des lieux abritant un secret de la défense nationale pour lequel cette précision n'a pas été prévue- faire l'objet d'une **publication** au journal officiel. La publication de lieux classifiés -et dont l'identité doit elle-même, en principe, ne pas être portée à la connaissance du public- a soulevé des interrogations. Selon les explications apportées par M. Jean-Marie Bockel, secrétaire d'Etat à la défense et aux anciens combattants, lors des débats sur l'article 13 à l'Assemblée nationale, « *la liste publiée sera très générale, le lieu sera connu de tous mais sans précisions. L'arrêté sera doublé d'une annexe non publiée, elle-même classifiée, qui comportera, sous le contrôle du Conseil d'Etat, les précisions utiles* ». Dans le prolongement de ces observations, votre commission estime que seule la décision de classification fait l'objet d'une publication. En revanche, la délimitation précise des lieux classifiés ne saurait

être rendue publique et devrait donc figurer nécessairement à l'annexe qui constituera elle-même un document classifié. Cette publication présente un double avantage : elle écartera le soupçon de classification de pure circonstance liée par exemple à l'ouverture d'une information judiciaire ; elle permettra en second lieu de connaître précisément le **nombre** de lieux classifiés.

D'autre part, la décision de classification devrait être prise **après avis** de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Il s'agit d'une garantie très appréciable dans la mesure où l'impartialité de la commission est saluée par l'ensemble de ses interlocuteurs et où ces avis ont, jusqu'à présent, dans leur quasi-totalité, été suivis par le Gouvernement.

Enfin, la classification devrait être prise pour une **durée de 5 ans** afin d'inviter le Premier ministre à vérifier le bien fondé de sa décision -un lieu pouvant, en effet, ne plus répondre aux critères fixés par le premier alinéa de l'article 413-9-1.

Le nombre de lieux classifiés devrait être très réduit. L'exposé des motifs du projet de loi les présente comme des « *lieux hautement sensibles qui abritent des activités ou des installations particulièrement essentielles à la protection des intérêts vitaux de la Nation. Ainsi, outre des locaux purement techniques, abritant des sites de stockage ou de production disposant d'une technologie hautement sensible classifiée, menacée par le seul accès de personnes non habilitées à en connaître, cette définition pourrait s'appliquer notamment à des centres de commandement, de transmission ou d'analyse ou aux instruments opérationnels liés à la dissuasion nucléaire ou au renseignement électromagnétique ou par imagerie* ».

Au cours des débats à l'Assemblée nationale, le ministre de la défense, M. Hervé Morin, a précisé que la liste envisagée comportait dix neuf sites –il a cité la base des sous-marins nucléaires lanceurs d'engins à l'Île Longue et le Centre de planification et de conduite des opérations (CPCO) de l'état major des armées.

En outre, compte tenu des contraintes lourdes qui régissent l'accès aux lieux classifiés –en particulier l'exigence d'une habilitation accordée selon des critères très rigoureux à un nombre restreint de personnes-, ces lieux, peu nombreux, devraient également, en principe, être étroitement circonscrits au sein des espaces protégés.

Comme le prévoyait le texte du Gouvernement, les conditions d'application de l'article 413-9-1 du code pénal et « notamment » les conditions de classification des lieux, seraient déterminées par décret en Conseil d'Etat.

• *L'institution de nouveaux délits*

Le projet de loi a cherché à viser de manière homothétique avec les articles 413-10 et 413-11 du code pénal, d'une part, les personnes responsables des lieux (article 413-10-1) et d'autre part, les personnes non qualifiées (article 413-10-2) dès lors que sont en cause soit l'**accès physique au lieu**, soit l'accès à des **informations** concernant les **installations** ou les **activités** qu'un tel lieu abrite – puisque les unes comme les autres constituent les critères de classification.

Ainsi, en vertu du nouvel article 413-10, serait puni le fait :

- d'une part, pour toute personne responsable d'un lieu classifié soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'avoir permis l'accès de ce lieu à une personne non qualifiée ;

- d'autre part, par toute personne qualifiée, de porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un élément relatif à la nature des installations ou des activités qu'un tel lieu abrite.

Ces faits seraient punis de sept ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende.

En outre, lorsque les faits ont été commis par imprudence ou négligence, ils seraient passibles de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

Par ailleurs, aux termes du nouvel article 413-11-1 serait puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende le fait pour toute personne non qualifiée :

- soit d'accéder à un lieu qualifié,

- soit de porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée des informations relatives à la nature des installations ou des activités des lieux qualifiés.

Le texte du Gouvernement prévoyait d'incriminer la destruction de tout ou partie d'un lieu classifié. A juste titre, la commission de la défense a estimé préférable de compléter l'article 322-1 afin d'aggraver le délit actuel de destruction ou de dégradation d'un bien lorsque ces faits sont commis à l'encontre d'un lieu classifié au titre du secret de la défense nationale (les peines retenues pour les circonstances aggravantes de ce délit – cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende- étant identiques à celles prévues par le nouvel article 413-11-1).

Votre commission vous propose d'adopter l'article 13 **sans modification**.

Article 14

(art. L. 2312-1, L. 2312-4, L. 2312-5
et L. 2312-7-1 nouveau du code de la défense)

**Coordinations relatives aux nouvelles attributions
de la Commission consultative du secret de la défense nationale**

Cet article réunit les différentes modifications apportées par le projet de loi au **code de la défense** afin de compléter les missions de la Commission consultative du secret de la défense nationale pour tenir compte des responsabilités qui lui sont imparties dans le cadre des nouvelles procédures de perquisition instituées à l'article 12. Cinq modifications seraient ainsi apportées au dispositif actuel.

- En premier lieu, le président de la Commission ou son représentant, membre de la Commission, serait chargé de donner un avis sur la déclassification temporaire d'un lieu classifié afin d'y permettre une perquisition.

En l'état du droit, la CCSDN a pour seule mission de donner un avis sur la déclassification et la communication d'éléments classifiés. Cette responsabilité relève en outre de la Commission tout entière.

Le choix de la confier, dans le présent texte, au président de la Commission ou à son représentant répond à des considérations pratiques : l'avis devrait être rendu sans délai et, dans ces conditions, il pourrait s'avérer difficile de réunir la Commission en formation plénière.

- Dans le même esprit, l'article L. 2312-4 serait complété afin de rappeler que le magistrat peut, dans le cadre d'une procédure engagée devant lui, demander la déclassification temporaire d'un lieu classifié. La commission de la défense de l'Assemblée nationale a modifié le texte du Gouvernement afin que cette demande soit adressée directement au président de la Commission et non, comme dans la procédure de réquisition, à l'autorité administrative. Cette simplification de la procédure, cohérente avec la procédure prévue à l'article 12 du projet de loi, répond au souci de rapidité qui doit prévaloir en matière de perquisition.

- Par ailleurs, la commission de la défense a prévu dans son texte que l'article L. 2312-5 du code de la défense serait complété afin de permettre que les membres de la Commission, déjà autorisés à connaître de toute information classifiée dans le cadre de leur mission, soient également autorisés à **accéder à tout lieu classifié**.

- En quatrième lieu, l'article L. 2312-5 serait complété afin de permettre à la commission ou, sur délégation, à son président de **procéder à l'ouverture des scellés** des éléments classifiés qui lui seraient remis en vertu du nouvel article 56-4 du code de procédure pénale.

Le pouvoir ainsi reconnu à la CCSDN déroge aux dispositions habituelles en matière d'ouverture des scellés prévus par les articles 56 et 97 du code de procédure pénale et en particulier au principe selon lequel

l'ouverture se fait, dans le cadre d'une instruction, « *en présence de la personne mise en examen assistée de son avocat ou ceux dûment appelés* ». Il n'est toutefois pas sans précédent puisque l'article 163 reconnaît une prérogative analogue aux experts.

Ce dispositif permet une articulation logique avec la procédure prévue par la loi du 8 juillet 1998 : l'ouverture des scellés devrait en effet permettre à la commission de se prononcer sur la déclassification des éléments ainsi réunis.

La CCSDN devrait faire mention de l'ouverture des scellés dans son procès-verbal de séance.

En outre, les documents seraient restitués à l'autorité administrative par la Commission lors de la transmission de son avis. La restitution des documents rend en effet effective la levée des scellés.

- Enfin, un nouvel article 2312-7-1 rappellerait que le président de la Commission consultative peut donner à un avis favorable à la déclassification, favorable à la déclassification partielle ou défavorable. Comme le prévoit l'article L. 2312-7 s'agissant de l'avis rendu sur la déclassification d'une information, il devrait prendre en compte différents critères d'appréciation tenant compte des intérêts de la justice, (prise en considération des missions du service public de la justice, respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense), et de ceux liés à la défense (respect des engagements internationaux de la France, nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels).

Votre commission vous propose d'adopter l'article 14 **sans modification**.

EXAMEN EN COMMISSION LE MERCREDI 24 JUIN 2009

La commission a examiné le rapport pour avis de M. François Pillet sur le projet de loi n° 462 (2008-2009), adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a d'abord rappelé que la commission des lois s'était saisie pour avis des seuls articles 12 à 14 du chapitre VI du projet de loi relatif à la programmation militaire, modifiant les dispositions du code de procédure pénale, du code pénal et du code de la défense concernant les perquisitions judiciaires et le secret de la défense nationale. Il a relevé que ces modifications répondaient aux recommandations formulées par le Conseil d'Etat dans un avis du 5 avril 2007 et visaient à établir des règles procédurales garantissant un équilibre satisfaisant entre deux objectifs constitutionnels d'égale portée : la sauvegarde des intérêts de la nation et la recherche des auteurs d'infractions pénales.

Le rapporteur pour avis a observé que les éléments classifiés intéressant une procédure judiciaire pouvaient être obtenus par deux voies : la réquisition et la perquisition. Si la première ne risquait pas d'exposer le magistrat à l'infraction de compromission du secret de la défense nationale, tel n'était pas le cas de la seconde qui comporte deux difficultés :

- l'accès aux zones comportant des éléments classifiés -hormis l'accès aux enceintes militaires, régi par l'article 698-3 du code de procédure pénale- est susceptible d'exposer le magistrat au délit de compromission du secret de la défense nationale du seul fait de sa présence sur les lieux ;

- la connaissance de documents classifiés résultant d'opérations de perquisitions reste soumise, comme le Conseil d'Etat l'a indiqué dans son avis, à plusieurs incertitudes : le magistrat n'est pas, en principe, autorisé à accéder à ces documents (l'officier de police judiciaire ne saurait, par ailleurs, se prévaloir d'une habilitation au secret défense pour les recueillir) tandis que le dépositaire de ces éléments ne doit pas les communiquer, sauf à tomber sous le coup du délit de compromission. Selon le Conseil d'Etat, la protection de ces secrets « impose notamment que les pièces saisies, qui ne peuvent être versées au dossier de l'enquête avant une éventuelle déclassification, soient maintenues sur place et que le chef de service ou d'établissement soit désigné en tant que gardien des scellés ».

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a indiqué que le projet de loi s'efforçait de répondre à ces difficultés. S'agissant de l'accès aux lieux, le texte distingue trois catégories :

- les lieux classifiés définis comme ceux « auxquels il ne peut être accédé, sans que, à raison des installations et des activités qu'ils abritent, cette accès donne par lui-même connaissance d'un secret de la défense nationale ».

Les modifications introduites par l'Assemblée nationale ont permis d'encadrer une notion qui, dans le projet de loi initial du Gouvernement, avait suscité de vives inquiétudes : d'une part, la décision de classification résulterait d'un arrêté du Premier ministre qui serait publié au Journal officiel et pris après avis de la commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) ; d'autre part, cette classification serait prise pour une durée de cinq ans ;

- les lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale. Grâce aux modifications introduites par l'Assemblée nationale, le choix de ces lieux résulterait d'une procédure précise comportant trois garanties : ces lieux figureraient sur une liste établie de façon précise et limitative par arrêté du Premier ministre ; cette liste serait régulièrement actualisée et communiquée à la CCSDN ainsi qu'au ministre de la justice qui la rendraient accessible aux magistrats de façon sécurisée ; les conditions de délimitation des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale seraient déterminées par décret en Conseil d'Etat ;

- les lieux neutres, soit tous ceux qui ne relèveraient pas des catégories précédentes et où, vraisemblablement, des informations classifiées se trouveraient de façon tout à fait irrégulière.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a présenté les conditions qui seraient requises pour une perquisition dans ces trois catégories de lieux :

- s'agissant des lieux classifiés, trois conditions seraient requises : la présence d'un magistrat et du président de la CCSDN, une décision écrite et motivée du magistrat transmise en amont au président de la CCSDN et une déclassification temporaire, totale ou partielle des lieux ;

- s'agissant des lieux abritant un secret de la défense nationale, deux conditions seraient requises : la présence du magistrat et du président de la CCSDN, la nécessité d'une décision écrite du magistrat, qui indiquerait au président de la CCSDN les informations utiles à l'accomplissement de ses missions –les raisons et l'objet de la perquisition lui étant communiqués au moment où celle-ci commence. Selon le rapporteur pour avis, ce dispositif ne devait traduire aucune défiance vis-à-vis de la CCSDN. En effet, selon lui, l'esprit d'indépendance et d'équilibre avec lequel le président de cette institution et les autres membres s'acquittent de leur mission garantit qu'un lien de confiance s'établisse tout au long de la procédure entre la CCSDN et l'autorité judiciaire. Il a noté qu'un dialogue pourrait ainsi s'engager dès le moment où les « informations utiles » seraient transmises au président de la commission consultative ;

- s'agissant des perquisitions amenant la découverte fortuite de documents classifiés dans les lieux neutres, le texte initial du Gouvernement qui prévoyait une suspension de la perquisition a été très opportunément modifié par les députés afin que la perquisition puisse se poursuivre et que soit simplement prévue la mise sous scellés des éléments classifiés.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a indiqué que le déroulement de la perquisition dans les lieux abritant des éléments classifiés et dans les lieux classifiés obéirait aux mêmes principes : seul le président de la CCSDN ou son représentant pourrait prendre connaissance d'éléments classifiés ; ces derniers seraient inventoriés puis placés sous scellés par le président de la CCSDN qui en deviendrait le gardien ; la déclassification et la communication des documents mentionnés dans l'inventaire interviendraient selon les règles actuelles prévues dans le cadre de la procédure de réquisition.

Le rapporteur pour avis a également noté que le projet de loi prévoyait de nouvelles incriminations liées à l'institution des lieux classifiés. Il a relevé que les députés avaient également souhaité prendre en compte le risque que les lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale soient utilisés à des fins détournées pour dissimuler des éléments non classifiés et les soustraire ainsi au régime de perquisition de droit commun ; un délit créé par le texte permettrait de réprimer de tels faits.

En conclusion, M. François Pillet, rapporteur pour avis, a souligné que les modifications introduites par l'Assemblée nationale avaient beaucoup amélioré le texte des articles 12, 13 et 14 qui, dans sa rédaction initiale, n'était pas satisfaisant. Par ailleurs, il a relevé que le cadre juridique fixé par le projet de loi excluait à l'avenir l'existence de lieux sanctuarisés et non identifiés comme tels. Il a ajouté que les procédures de perquisition s'inscrivaient dans une logique proche de celle retenue par l'article 56-1 du code de procédure pénale pour les avocats. En outre, ce dispositif conférait un rôle accru à la CCSDN dont chacun s'accordait à saluer le rôle qu'elle exerçait depuis sa mise en place en 1998.

Il a invité en conséquence la commission à proposer d'adopter sans modification les articles 12 à 14 du projet de loi.

M. Jean-Jacques Hyest, président, a estimé que la manière dont la CCSDN s'était acquittée de sa mission ne pouvait donner lieu à aucune suspicion. Il a observé que, si des améliorations techniques pourraient encore être apportées aux trois articles dont la commission s'était saisie, il ne lui paraissait néanmoins pas souhaitable que soit rouvert à l'Assemblée nationale un débat sur l'équilibre difficile qui avait été obtenu au cours de la première lecture.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a noté que la notion d'« information utile » communiquée par le magistrat au président de la CCSDN devait être entendue de manière ouverte dans le cadre d'un échange constructif entre le juge et le président de la commission consultative.

M. Bernard Frimat a regretté que ces dispositions, qui relèvent de la compétence de la commission des lois, soient intégrées dans une loi de programmation militaire renvoyée au fond dans son ensemble à la commission des affaires étrangères et de la défense nationale. Il a relevé que les objections soulevées par ce texte ne mettaient nullement en cause le rôle de la CCSDN et de son président. Il a craint que la définition par le projet de loi d'une nouvelle

catégorie de lieux classifiés ne favorise la possibilité de mettre à l'abri de toute perquisition des informations qui seraient susceptibles d'intéresser le juge, en particulier lorsqu'elles touchent à des faits de corruption. Il a indiqué que le groupe socialiste voterait contre ce texte.

M. Jacques Mézard a considéré que les difficultés soulevées par ces procédures tenaient beaucoup moins à l'existence de lieux classifiés ou abritant des informations couvertes par le secret de la défense nationale qu'aux hommes eux-mêmes. Selon lui, aucune suspicion ne devait s'attacher par principe au travail du magistrat. Le juge devait être en mesure d'accomplir pleinement sa mission aux côtés du représentant de la CCSDN dans le cadre des perquisitions.

M. Jean-Pierre Sueur a observé que l'examen de ce texte s'inscrivait dans un contexte particulier marqué, d'une part, par des affaires pour lesquelles le secret de la défense nationale avait été invoqué pour empêcher des investigations sur des faits de corruption, d'autre part, par le projet de supprimer les juges d'instruction et de dépenaliser le droit des affaires. Dans ces conditions, le découragement dont certains magistrats se font l'écho lui paraissait compréhensible. Il a demandé au rapporteur pour avis si l'avis du Conseil d'Etat imposait que soit reconnue dans notre droit la catégorie des lieux classifiés. En outre, il s'est interrogé sur la compatibilité du dispositif prévu par ces articles avec l'article 5 de la convention de l'OCDE contre la corruption.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a d'abord partagé le sentiment de M. Bernard Frimat sur le caractère inadéquat de l'insertion de dispositions concernant la procédure pénale dans un projet de loi de programmation militaire. Par ailleurs, il a relevé que des lieux sanctuarisés existaient de fait aujourd'hui et que les incertitudes du droit les protégeaient. Les dispositions prévues par les articles 12 à 14 auraient ainsi le mérite de fixer un cadre juridique clair autorisant l'accès du juge à ces lieux. Il a rappelé que la composition de la CCSDN formée de trois magistrats -choisis par le Président de la République sur une liste de six établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat, le Premier président de la Cour de cassation et le Premier président de la Cour des comptes- ainsi que de deux parlementaires, l'un de la majorité, l'autre de l'opposition, constituait une forte garantie d'indépendance.

M. François Pillet, rapporteur pour avis, a ajouté que l'avis du Conseil d'Etat invitait le Gouvernement à instituer la notion de lieux classifiés ; il mentionne en effet le risque de compromission du secret de la défense nationale « qui pourrait résulter du seul fait d'une présence dans cette zone, sous peine d'encourir des sanctions pénales qui assurent la protection de ce secret ». Il a estimé qu'il n'existait pas de contradiction entre l'article 5 de la convention de l'OCDE et les dispositions du projet de loi, relevant qu'il appartiendrait à la CCSDN d'indiquer les éléments qui lui paraissaient justifier une déclassification. Il a souhaité enfin rappeler que, entre 2005 et 2006, sur vingt-quatre demandes de déclassification traitées par le ministère de la

défense, trois seulement avaient fait l'objet d'une perquisition préalable. Il a noté, en outre, que le Gouvernement suivait intégralement, dans la très grande majorité des cas, les avis de la commission consultative.

M. Jean-Jacques Hyest, président, a observé que la liste des lieux classifiés concernerait un nombre très limité de sites essentiels pour la défense. Il a estimé par ailleurs que l'introduction d'une telle catégorie dans notre droit permettrait de mieux garantir la protection des agents de l'Etat qui y travaillent.

La commission a alors décidé de proposer l'adoption conforme des articles 12, 13 et 14 dont elle s'est saisie.

ANNEXES

ANNEXE 1

**LISTE DES PERSONNES ENTENDUES
PAR LE RAPPORTEUR**

Ministère de la Justice

M. Jean-Marie Huet, directeur des affaires criminelles et des grâces

Association française des magistrats instructeurs (AFMI)

Mme Catherine Giudicelli, présidente

Mme Sophie Clément, juge d'instruction au pôle économique et financier de Paris

Syndicat de la magistrature

Mme Emmanuelle Perreux, présidente

M. David De Pas, secrétaire général adjoint

Union syndicale des magistrats

M. Christophe Régnard, président

M. Laurent Bedouet, secrétaire général

Transparency international France

M. Jacques Terray, vice-président

Mme Myriam Savy, chargée d'études

Avocat

M. Stéphane Lataste, ancien membre du conseil de l'Ordre des avocats de Paris

Enseignant

M. Bertrand Warusfel, professeur de droit public à l'université Lille 2

ANNEXE 2

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT DU 5 AVRIL 2007

CONSEIL D'ÉTAT

Section de l'intérieur et Section des finances réunies

No 374 120

Mme Imbert-Quaretta, M. Forterre, rapporteurs

AVIS

Le Conseil d'État, saisi par la ministre de la Défense et le Garde des sceaux, ministre de la Justice, d'une demande d'avis portant sur les questions suivantes :

1° Les magistrats ou les officiers de police judiciaire agissant sur leur délégation, souhaitant pénétrer en zone protégée pour effectuer une perquisition en application de l'article 94 du Code de procédure pénale, doivent-ils solliciter l'autorisation mentionnée par les dispositions de l'article 413-7 du Code pénal qui incrimine le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire sans autorisation à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications ? Dans l'hypothèse où une autorisation serait nécessaire, quels peuvent être les motifs d'un refus éventuel de l'administration ? Cette autorisation peut-elle être refusée pour des motifs tirés de la sécurité ou de la protection du secret de la défense nationale ?

2° Les officiers de police judiciaire commis par le juge peuvent-ils, lors de perquisitions, accéder à des informations classifiées et en prendre connaissance aux fins de recherche, de tri, de saisie et d'inventaire, sans encourir les sanctions prévues par les dispositions de l'article 413-11 du Code pénal ?

Vu le Code pénal ;
Vu le Code de procédure pénale ;
Vu le Code de la défense ;

EST D'AVIS DE RÉPONDRE AUX QUESTIONS POSÉES, SOUS RÉSERVE DE
L'APPRÉCIATION DES JURIDICTIONS COMPÉTENTES, DANS LE SENS DES
OBSERVATIONS CI-APRÈS :

Sur la première question :

1° Aux termes de l'article 81 du Code de procédure pénale : « Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». Toutefois, ces pouvoirs se heurtent à de strictes limites s'agissant des informations couvertes par le secret de la défense nationale.

Ainsi que l'ont rappelé les avis du Conseil d'État du 19 juillet et du 29 août 1974, l'accès à ces informations est en effet réservé aux seules personnes habilitées pour l'accomplissement de leur fonction ou de leur mission par décision du Premier ministre ou du ministre concerné. Quiconque est détenteur d'un secret de la défense nationale ne peut le divulguer.

Afin de concilier les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la loi no 98-567 du 8 juillet 1998, codifiée aux articles L. 2312-1 à L. 2312-8 du Code de la défense, a déterminé les conditions dans lesquelles peuvent être opérées, dans le cadre d'une procédure engagée par une juridiction, la déclassification et la communication d'informations couvertes par le secret de la défense nationale. Il en résulte notamment que le juge d'instruction, qui ne tient pas du Code de procédure pénale qualité pour connaître de tels secrets, peut seulement solliciter de l'autorité administrative compétente la déclassification et la communication d'informations protégées à ce titre. Cette autorité ne peut se prononcer qu'après avoir saisi pour avis la Commission consultative du secret de la défense nationale créée par la loi susmentionnée et pris connaissance de son avis.

2° Le juge d'instruction qui confie à un officier de police judiciaire par Commission rogatoire, en vertu de l'article 81 du Code de procédure pénale, le soin d'exécuter un acte qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter lui-même ne peut conférer à l'intéressé plus de pouvoirs que ceux qu'il tient de ces dispositions. Dans le cadre de la délégation ainsi reçue du juge d'instruction, l'officier de police judiciaire ne saurait ainsi se prévaloir d'une habilitation qui aurait pu lui être conférée, par ailleurs, par l'autorité administrative.

3° Si, aux termes de l'article 94 du Code de procédure pénale : « les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets ou des données informatiques dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité », l'exercice de ces prérogatives ne saurait conduire le juge d'instruction à méconnaître l'interdiction qui lui est faite, comme à toute personne non qualifiée, de prendre connaissance « des renseignements, procédés, objets, documents, données informatiques ou fichiers » qui ont le caractère de secret de la défense nationale au sens de l'article 413-9 du Code pénal.

La perquisition décidée sur le fondement des dispositions de l'article 94 du Code de procédure pénale ne peut toutefois être regardée comme entrant dans le champ d'application de l'incrimination prévue à l'article 413-7 du Code pénal, qui punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait, dans les services, établissements ou

entreprises publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications. Le juge d'instruction n'a donc pas à solliciter d'autorisation pour pénétrer dans une zone protégée à ce titre.

Il lui incombe cependant, lorsqu'il envisage de pénétrer dans une telle zone, de respecter la nécessité impérieuse d'éviter tout risque de compromission du secret de la défense nationale, compromission qui pourrait résulter du seul fait de sa présence dans cette zone, sous peine d'encourir les sanctions pénales qui assurent la protection de ce secret.

Or le législateur n'a édicté aucune règle particulière de procédure permettant, s'agissant de l'entrée dans les lieux où peut intervenir l'autorité judiciaire et où peuvent se trouver des informations couvertes par le secret de la défense nationale, de concilier les objectifs constitutionnels mentionnés au 1^o cidessus. Seules font exception les enceintes militaires, l'accès à celles-ci, en vertu de l'article 698-3 du Code de procédure pénale, étant subordonné à une réquisition adressée par le juge à l'autorité militaire, laquelle ne peut d'ailleurs pas s'y opposer.

À l'instar des dispositions de procédure pénale qui énoncent, à peine de nullité de la procédure, les conditions dans lesquelles le pouvoir de perquisition du juge d'instruction se concilie avec la protection d'intérêts légitimes tels que le secret médical, le secret professionnel ou les droits de la défense s'agissant de la correspondance entre l'avocat et son client, il apparaît donc indispensable d'édicter des règles législatives fixant les conditions dans lesquelles sont définis les obligations et les pouvoirs respectifs du chef d'établissement, chargé de la protection des secrets de la défense nationale, et du juge d'instruction, chargé de la manifestation de la vérité.

Sur la seconde question :

La procédure mise en œuvre par la loi du 8 juillet 1998 répond pleinement au cas où les documents dont le juge souhaite la déclassification sont suffisamment identifiés ou identifiables.

En revanche, aucune disposition particulière ne fixe la procédure à suivre lorsque le juge ou les officiers de police judiciaire délégués par lui découvrent des documents classifiés dont ils ne peuvent savoir, avant d'en avoir obtenu la déclassification après avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale, s'ils sont utiles à l'instruction. Dans cette hypothèse, il n'existe aucune certitude sur le régime juridique applicable en cas de prise de connaissance de ces documents par l'autorité judiciaire et, notamment, sur l'application des dispositions de l'article 413-11 du Code pénal, qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende « le fait, par toute personne non visée à l'article 413-10, de s'assurer la possession d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale...».

Il est par conséquent nécessaire que l'autorité judiciaire veille, à l'occasion de la découverte de documents classifiés dont elle ne sait s'ils sont utiles à la manifestation de la vérité, à ce que soit écarté tout risque de prise de connaissance de secrets protégés.

La protection de ces secrets impose notamment que les pièces saisies, qui ne peuvent être versées au dossier de l'enquête avant une éventuelle déclassification, soient maintenues

sur place et que le chef de service ou d'établissement soit désigné en tant que gardien des scellés. Ces mesures sont de nature à réduire tout risque de compromission.

Afin de concilier plus sûrement, dans cette hypothèse, les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, il apparaît indispensable que le législateur complète les règles de procédure applicables et fixe précisément les conditions dans lesquelles peuvent être saisis et mis sous scellés, sans risque de divulgation à des personnes non qualifiées de secrets protégés, des documents classifiés dont l'autorité judiciaire ne peut savoir s'ils sont utiles à son instruction. À cette fin, les prérogatives de la Commission consultative du secret de la défense nationale pourraient être utilement étendues afin de lui permettre d'intervenir lors de la découverte de documents classifiés, notamment en zone protégée.

Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'État dans sa séance du jeudi 5 avril 2007.

ANNEXE 3

**LES ATTEINTES AUX INTÉRÊTS FONDAMENTAUX DE LA NATION :
INFRACTIONS SANCTIONNÉES ET CONDAMNATIONS**

Année			Infractions ayant donné lieu à condamnation	Condamnation Infraction Principale	Condamnation Infraction Unique
2 000	Délit	INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITÉ MILITAIRE	15	10	7
		INTRODUCTION NON AUTORISÉE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTÉRESSANT LA DÉFENSE NATIONALE	5	0	0
			20	10	7
2 001	Crime	LIVRAISON D'INFORMATION A UNE PUISSANCE ÉTRANGÈRE – ATTEINTE AUX INTÉRÊTS FONDAMENTAUX DE LA NATION	1	1	1
	Délit	APPROPRIATION D'UN SECRET DE DÉFENSE NATIONALE	1	0	0
		DÉTOURNEMENT DE SECRET DE DÉFENSE NATIONALE PAR SON DÉPOSITAIRE	2	2	0
		INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITÉ MILITAIRE	18	5	4
		INTRODUCTION NON AUTORISÉE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE	11	7	3
			33	15	8
2 002	Délit	INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITE MILITAIRE	38	18	14
		INTRODUCTION NON AUTORISÉE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE	8	3	2
			46	21	16
2 003	Délit	DIVULGATION DE SECRET DE DEFENSE NATIONALE	1	1	1
		INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITE MILITAIRE	20	8	6
		INTRODUCTION NON AUTORISÉE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE	4	2	1
			25	11	8
2 004	Délit	INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITE MILITAIRE	14	5	4
		INTRODUCTION NON AUTORISÉE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE	5	3	1
		PROVOCATION A UN CRIME DE TRAHISON OU ESPIONNAGE, NON SUIVIE D'EFFET	2	2	2
			21	10	7

Année			Infractions ayant donné lieu à condamnation	Condamnation Infraction Principale	Condamnation Infraction Unique
2 005	Délit	INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITE MILITAIRE	18	8	1
		INTRODUCTION NON AUTORISEE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE	10	9	3
		SOUSTRACTION DE SECRET DE DEFENSE NATIONALE PAR SON DÉPOSITAIRE	1	1	1
			29	18	5
2 006	Délit	APPROPRIATION D'UN SECRET DE DEFENSE NATIONALE	4	1	0
		DIVULGATION DE SECRET DE DEFENSE NATIONALE	1	1	0
		DIVULGATION DE SECRET DE DEFENSE NATIONALE PAR LA NEGLIGENCE DU DEPOSITAIRE	1	1	1
		INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITE MILITAIRE	24	17	7
		INTRODUCTION NON AUTORISEE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE	2	0	0
		PROVOCATION A UN CRIME DE TRAHISON OU ESPIONNAGE, NON SUIVIE D'EFFET	1	1	1
		REPRODUCTION D'UN SECRET DE DEFENSE NATIONALE	1	0	0
		SOUSTRACTION DE SECRET DE DEFENSE NATIONALE PAR LA NEGLIGENCE DU DEPOSITAIRE	1	1	1
			35	22	10
2 007	Délit	DETournement DE SECRET DE DEFENSE NATIONALE PAR SON DEPOSITAIRE	2	1	1
		DIVULGATION DE SECRET DE DEFENSE NATIONALE PAR SON DEPOSITAIRE	1	1	0
		INTRODUCTION FRAUDULEUSE DANS CONSTRUCTION, TERRAIN, ENGIN, APPAREIL AFFECTE A AUTORITE MILITAIRE	31	19	10
		INTRODUCTION NON AUTORISEE DANS UN LOCAL OU TERRAIN CLOS DE SERVICE INTERESSANT LA DEFENSE NATIONALE	17	16	14
			51	37	25

Source : Ministère de la justice

ANNEXE 4

**LA PROTECTION DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE :
COMPARAISONS INTERNATIONALES**

Le secret-défense en droit comparé

	Accès aux documents classés secret-défense	Contrôle du refus de divulgation d'un document classé secret-défense nécessaire au procès			Perquisitions conduisant à prendre connaissance de documents classifiés
		Autorité de contrôle	Privilège de l'exécutif	Limites au privilège	
Allemagne	Le champ d'application du secret-défense est déterminé par la loi.	Le juge	Oui. Le refus, admis par le juge pénal, peut être contesté devant le juge administratif.	Si le juge considère que la décision de refus est arbitraire ou non fondée, il peut ordonner la levée du secret-défense.	L'armée effectue sur demande de l'autorité judiciaire les perquisitions dans les lieux sous contrôle militaire. En cas d'opposition du ministre, le juge tranche le conflit.
Espagne	Les modalités d'accès aux informations classifiées font l'objet de réglementation stricte.	Le juge	Non. Le tribunal suprême a fait prévaloir le droit à la protection de la justice sur le principe de la sécurité de l'État.		nc
Italie	La compromission est sanctionnée.	Le président du conseil	Le président a 60 jours pour confirmer le refus. S'il ne répond pas dans les 60 jours, le juge peut demander au témoin de déposer.	S'il confirme le refus de déclassifier, le président du conseil doit justifier sa décision auprès du comité parlementaire restreint. Si ce comité considère que la décision du président du conseil est infondée, seule une sanction politique est encourue.	Les documents classifiés sont placés sous scellés et transmis au président du conseil qui se prononce sur le levée ou non du secret-défense.
Royaume-Uni		Le juge	Les ministres peuvent produire un « certificat d'immunité ». L'examen de la demande d'immunité fait l'objet de procédures différentes selon l'analyse que fait le procureur de la nature des pièces classifiées.	La diffusion des informations doit risquer de causer un réel tort.	La police sollicite la remise des documents auprès de l'autorité administrative ; à défaut de remise, les documents sont placés sous scellés et remis au procureur chargé des poursuites.
États-Unis		Le juge	Le président peut invoquer le « privilège de l'exécutif ».	Un intérêt de sécurité nationale doit être en jeu. Le juge est alors conduit à apprécier les motifs du refus de divulgation sans toutefois pouvoir examiner les documents.	nc
			Principe coutumier du secret d'État	Le juge contrôle les documents et les motifs du refus.	