

# LA RÉFORME DU SECRET DE DÉFENSE EN FRANCE

par

**Bertrand WARUSFEL**

*Maître de conférences à l'Université René Descartes-Paris V,*

*Conseil en propriété industrielle*

Près de six années jour pour jour après le vote du nouveau Code pénal qui établissait une nouvelle définition du secret de défense (et à peine quatre années après son entrée en vigueur), la loi du 8 juillet 1998 vient compléter notre dispositif juridique en ouvrant la voie à un véritable contrôle de l'usage du secret de défense. Il existe, en effet, un lien fort et nécessaire entre ces deux dimensions du droit : à quoi bon définir quelque chose si l'on n'en contrôle pas l'usage mais comment contrôler si l'on ne dispose pas d'une définition juridique objective. Et cette loi, à peine promulguée, a été suivie par un décret du 17 juillet 1998 sur la protection du secret qui, s'il tire explicitement les conséquences du nouveau Code pénal en matière de protection du secret, oriente également la pratique de l'administration vers un usage plus rigoureux et mieux encadré du secret, ce qui n'est sans doute pas sans lien avec le fait que désormais celui-ci pourra faire l'objet d'un certain contrôle externe.

## **I. UN DISPOSITIF CONSULTATIF POUR CONTRÔLER LE SECRET DE DÉFENSE**

La nécessité du contrôle de l'existence et de la consistance du secret de défense n'est pas seulement une réponse politique à un risque de discrédit engendré par des affaires sulfureuses (dont la dernière en date est relative aux écoutes imputées à l'ancienne "cellule antiterroriste" de l'Élysée), elle est d'abord la résultante de la modernisation juridique introduite par le nouveau code pénal.

### **1.1. Une réforme justifiée par la nouvelle définition du secret de défense**

Par son article 413-9, le nouveau code pénal a, en effet, créé pour la première fois un lien entre la protection exercée par l'administration et le caractère secret d'une information. En effet, cet article a défini le secret de défense comme "*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*" (art. 413-9 nCP). Ainsi, faute d'un critère matériel (c'est-à-dire dépendant du contenu, et donc nécessairement subjectif) que de nombreux textes depuis 1886 ont tenté d'établir sans succès, notre droit fait désormais appel à un critère formel objectif (la décision administrative de classification) pour identifier le secret<sup>1</sup>.

Dès lors, le juge, muni de ce critère objectif, devrait pouvoir exercer plus fortement sa liberté d'appréciation, comme le sous-entend le second alinéa de l'article 413-9 qui précise que "*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 défense nationale*". Ainsi, l'administration ne doit soumettre à des mesures de classification

<sup>1</sup> Cf. notamment Bertrand Warusfel, "Définition juridique et contrôle du secret de la défense nationale", in *Le secret et l'État. Cahiers de la Fondation pour les études de Défense*, n° 12, 1998, pp. 15-30.

que des informations dont le contenu nécessite le secret et il appartient au juge de contrôler sur ce point le bien-fondé des mesures de classification, ainsi que cela a été clairement précisé par les travaux parlementaires<sup>2</sup>.

Est-ce pour autant que les juridictions clairement investies du droit d'évaluer la pertinence du secret de défense devraient pouvoir accéder au contenu de celui-ci, afin d'en effectuer un contrôle au fond ? La logique voudrait qu'il en soit ainsi, car que peut valoir une prérogative de contrôle sans les pouvoirs d'investigation qui lui sont attachés ? C'est pourquoi nous sommes persuadés que ce contrôle direct par le juge s'avérera à terme inéluctable et qu'il convient dès à présent de réfléchir aux modalités dans lesquelles cette action de la justice pourrait s'exercer sans porter atteinte aux nécessités légitimes de la défense nationale. Mais il faut convenir néanmoins qu'une telle perspective suscite encore de lourdes réticences politiques et psychologiques. C'est pourquoi sans doute il fut suggéré de recourir à une solution intermédiaire, à savoir le recours à une autorité administrative indépendante.

Reprenant à son compte des propositions déjà formulées dans le même sens<sup>3</sup>, le Conseil d'État avait déjà recommandé dans son rapport public pour 1995 "*la création d'une Commission nationale du secret Défense*"<sup>4</sup>. L'idée centrale était de créer "*entre l'espace de transparence et celui du secret, (...) un "sas" qui soit aussi un filtre, permettant de favoriser les échanges tout en assurant les étanchéités nécessaires*". Indirectement aussi, une telle institution présentait l'avantage de satisfaire au besoin de renforcement du contrôle sur la pratique du secret de défense sans permettre néanmoins l'accès direct du juge au secret.

C'est très exactement ce projet qui a été mis en forme et proposé au Parlement en

décembre 1997<sup>5</sup>, puis voté successivement par les deux Assemblées. La loi du 8 juillet 1998 crée donc la commission consultative du secret de la défense nationale, autorité administrative indépendante chargée de donner un avis au gouvernement sur toute demande d'une juridiction française concernant l'accès à un document ou à une information classifiée. Et, par là, une nouvelle étape est franchie dans le contrôle indépendant de nos systèmes de défense et de sécurité (après les précédents de la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés depuis 1978, puis de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité depuis 1991).

## 1.2. Les principes du contrôle

La réforme engagée par le gouvernement suit les orientations reprises dans le rapport du Conseil d'État : elle vise à mettre en place une autorité administrative indépendante ayant une mission purement consultative mais disposant de quelques moyens juridiques contraignants pour inciter l'administration à faire un usage légitime du secret de défense.

### 1.2.1. Une autorité administrative indépendante

La nouvelle commission consultative en charge du contrôle du secret de défense est explicitement dénommée "*autorité administrative indépendante*" dans la loi. Elle disposera donc de moyens propres (budget, personnel) et ses membres seront inamovibles, ce qui lui donnera une autonomie matérielle et hiérarchique vis-à-vis de l'État, tout en restant - comme les autres autorités de même nature - un simple démembrement de l'État dépourvu de toute personnalité juridique et exerçant une activité de contrôle non juridictionnelle.

Ce statut volontairement ambigu d'autorité administrative indépendante a été choisi en connaissance de cause par les rédacteurs du projet qui voulaient explicitement interposer une structure intermédiaire entre la demande du juge et la décision gouvernementale. Du même coup, ce choix - que nous approuvons, pour notre part, en tant qu'il nous paraît constituer une "*voie intermédiaire*" vers un véritable contrôle

2 Cf. notamment, l'exposé des motifs du projet de loi, *Assemblée nationale*, seconde session ordinaire de 1990-1991, document n° 2083, 5 juin 1991, p. 8 et l'intervention du garde des sceaux, *Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 2ème séance du 7 octobre 1991, p. 16.

3 Cf. notamment, Bertrand Warusfel, *Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information*, thèse, Université Paris V, 1994, pp.491 et 494.

4 Conseil d'État, *Rapport public 1995*. La documentation française, 1996, p. 143.

5 Cf. *Droit et Défense*, n° 97/4, pp. 72-74.

juridique du secret de défense - est déjà critiqué par certains qui ironisent sur cette forme de "contrôle contrôlé"<sup>6</sup>.

Mais plus importante sans doute que le principe de l'autorité administrative indépendante, il faut souligner que sa composition fait finalement une place significative à des parlementaires (deux membres - l'un de chaque assemblée - sur cinq), alors que le projet originel du gouvernement ne prévoyait que la présence de magistrats. Il faut, certainement voir là une retombée directe de l'expérience réussie de la CNCIS qui, depuis 1991, associe deux parlementaires au contrôle des interceptions de sécurité. Certes, durant les débats, il a été parfois soutenu qu'une telle tâche de contrôle dans des matières aussi sensibles pouvait s'avérer en contradiction avec la nature même des fonctions d'élu et la nécessaire transparence qu'imposent celles-ci, mais dans le même temps, l'idée d'un contrôle des questions de renseignement fait aussi son chemin<sup>7</sup>. Il fallait donc que le Parlement et le Gouvernement fasse un choix. Ils ont finalement opté pour l'extension au contrôle du secret de la participation parlementaire. Cela ne pourra qu'avoir un impact favorable sur la légitimité politique et la neutralité de ce nouveau mécanisme de contrôle.

Également discuté fut le profil du président de la commission. Le premier projet prévoyait que serait nommé, de plein droit, à ce poste, le magistrat exerçant déjà la présidence de la CNCIS. Mais ce principe de la présidence commune avait finalement différents inconvénients. Outre une indiscutable rigidité, il créait une fausse symétrie entre deux fonctions proches, mais distinctes, puisque si la CNCIS peut accéder au secret, c'est uniquement pour statuer sur la légalité d'une interception, alors que le contrôle de la nouvelle commission porte spécifiquement sur le secret en lui-même. Nous avons, de plus, soulevé le précédent du refus de témoigner

de M. Paul Bouchet, alors président de la CNCIS, pour montrer quelles difficultés pourrait rencontrer un président commun (qui se verrait consulté sur la consistance d'un secret qu'il aurait refusé de transgresser, au titre de ses autres fonctions à la CNCIS<sup>8</sup>). Là encore, la sagesse des travaux parlementaires fit reculer cette idée de présidence commune et, tout au plus, le gouvernement s'est-il réservé, dans le silence du texte, de nommer comme premier président de la commission, M. D. Mandelkern, conseiller d'État et actuel président de la CNCIS.

### 1.2.2. Un rôle consultatif et indirect

Pour éviter de remettre en cause, par cette réforme, le pouvoir régalien de classification de l'État, la mission confiée à la commission est de nature purement consultative. Cela a été longuement rappelé durant les travaux parlementaires, au point que les parlementaires ont fait voter un amendement ajoutant l'adjectif "consultative" à la dénomination officielle de la commission.

Ce caractère consultatif n'est pas inhabituel dans le domaine des autorités administratives indépendantes (cf. notamment le pouvoir d'avis de la CNIL ou de la CADA). Mais, dans le cas de la nouvelle commission, ce pouvoir d'avis est explicitement limité à ce que les juristes appellent la procédure d'"avis obligatoire", par opposition à la procédure d'"avis conforme" (où l'administration est tenue par le contenu de l'avis rendu, ce qui donne à l'autorité consultée un rôle de co-décision, comme c'est le cas en ce qui concerne le rôle de la CNIL vis-à-vis des traitements du secteur public).

Pour accentuer l'autonomie que veut conserver le gouvernement par rapport à l'intervention de la commission, la loi prévoit un mode de saisine indirect. En effet, l'article 4 précise que la juridiction souhaitant obtenir l'éventuelle déclassification au fin de communication d'une information, doit saisir l'autorité administrative concernée, qui aura seule la charge de saisir la commission. Si cette étape intermédiaire entre la juridiction et la

<sup>6</sup> Cf le débat reproduit in *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 30, 4/1997, pp. 146-154.

<sup>7</sup> On peut citer, toutes tendances confondues, les prises de position favorable à ce contrôle de M. Quilès, président de la commission de la défense de l'Assemblée, ou du sénateur Nicolas About (par ailleurs rapporteur du projet de loi sur la commission consultative du secret de la défense nationale) et du député Arthur Paecht.

<sup>8</sup> *Droit et Défense*, n° 97/4, p. 74.

commission doit être sans conséquence (puisque nous verrons ci-dessous que l'autorité a l'obligation de saisir la commission), elle est cependant symbolique du désir du législateur de ne pas permettre un dialogue direct entre le juge et la commission et de cantonner celle-ci dans un rôle indirect de conseiller du gouvernement, et de lui refuser toute mission d'auxiliaire de la justice.

Tout au plus, ce caractère consultatif et indirect donné à l'intervention de la commission - qui laisse toute liberté de décision finale à l'État - est-il tempéré par quelques dispositions contraignantes s'imposant à l'administration.

### 1.2.3. Quelques dispositions contraignantes

La première disposition contraignante est justement le caractère obligatoire de la saisine de la commission, l'autorité administrative à laquelle est transmise la demande de déclassification et de communication ayant l'obligation de saisir sans délai la commission (article 4, 3ème alinéa). Sur ce point, le texte final ne suit pas l'amendement qui avait été voté par le Sénat, selon lequel l'autorité administrative aurait eu l'alternative soit de saisir la commission, soit de donner immédiatement son accord à la déclassification demandée, rendant alors cette saisine inutile. Cette disposition aurait sans doute pu constituer une incitation à la déclassification préventive de certains documents par l'administration avant que la commission ne le recommande elle-même (et en ce sens, elle aurait pu avoir un effet pratique favorable). Mais elle aurait eu le grave désavantage d'atténuer le caractère automatique (et donc contraignant) de la saisine de la commission par l'administration, ce qui reste l'un des principaux points forts de cette réforme.

Une fois l'administration contrainte de saisir la commission, elle se doit ensuite de respecter les pouvoirs attribués à celle-ci. Il s'agit, pour l'essentiel, du droit reconnu par l'article 5 à ses membres de "*connaître de toute information classifiée*", ce qui est l'essence même du rôle de la commission, laquelle est chargée, d'une certaine façon, d'exercer - pour le compte de la juridiction concernée - une sorte de "*droit d'accès indirect*" (tel que le pratique la CNIL

s'agissant des fichiers de défense dans le cadre de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978). A cela s'ajoute un pouvoir particulier d'"*investigation*" confié par le premier alinéa de l'article 5 au seul président de la commission. Le contenu de ce pouvoir demeure quelque peu mystérieux, mais d'après les travaux parlementaires et par analogie au précédent de la CNCIS, il semble bien que cela doit lui permettre d'aller au-delà du simple accès à l'information classifiée, pour effectuer - par exemple - des auditions ou des visites. Mais, l'on peut interpréter cette différenciation ainsi introduite entre les moyens d'action des membres et du président, comme la marque de la volonté du législateur de cantonner le travail de la commission et d'éviter qu'elle ne se lance - en formation plénière - dans de véritables travaux d'enquête ou d'expertise susceptibles de déstabiliser certains secteurs sensibles.

Enfin, et logiquement, le prononcé de l'avis et sa diffusion font l'objet de différentes obligations. La commission doit formuler son avis dans un délai de deux mois à compter de sa saisine (article 7, premier alinéa) et - surtout - l'administration à laquelle elle a transmis cet avis a l'obligation d'en transmettre le sens à la juridiction concernée et de publier parallèlement celui-ci (article 8). Par "*sens de l'avis*", il faut entendre la teneur de la recommandation formulée par la commission, à savoir l'un des trois choix suivants : avis défavorable à la déclassification, avis favorable à celle-ci ou favorable à une déclassification partielle (article 7, troisième alinéa). Ainsi, la commission peut espérer pouvoir user d'un pouvoir d'influence et du caractère dissuasif que représentera nécessairement, dans l'opinion, la formulation d'un éventuel avis favorable.

Mais là encore, en ne prévoyant qu'une publicité partielle (qui exclut celle des motifs détaillés de l'avis), la réforme vise tout à la fois à éviter toute atteinte abusive au secret légitime (qui pourrait être partiellement compromis par la connaissance d'un avis trop précis) et à laisser à l'autorité gouvernementale une plus grande marge de liberté vis-à-vis de l'avis rendu. De plus, les membres de la Commission demeurent tenus au respect du

secret de défense (comme cela est également le cas pour ceux de la CNCIS ou de la CNIL) ce qui aura pour effet de les empêcher de révéler le contenu et les conclusions des investigations qu'ils mèneront.

### 1.3. Les limites du nouveau dispositif de contrôle

Bien que cette nouvelle commission n'est pas encore rendue ses premiers avis, on peut relever certaines limites structurelles du dispositif de contrôle dont la commission consultative du secret de la défense nationale est désormais le pivot.

La première difficulté qui devrait surgir pourrait provenir de l'articulation qu'il faudra bien assurer entre cette commission consultative du secret de défense et les autres autorités administratives indépendantes. En premier lieu, se pose le cas de la CNCIS dont la mission est directement liée à celle du secret de défense (puisque toutes les interceptions sont classifiées), et ce d'autant plus durant la période où M. Mandelkern assurera, à titre personnel, la présidence des deux autorités. Mais l'articulation pourra également poser quelques difficultés avec d'autres instances, comme la CADA (qui a également la tâche de refuser l'accès aux documents administratifs classifiés, sans pouvoir - pour autant - y accéder), la CNIL ou encore le nouveau Conseil supérieur de la déontologie de la sécurité, qui sera chargé d'intervenir dans les affaires concernant les forces de police et de sécurité publique.

Mais, plus profondément les limites du contrôle institué par la réforme de 1998 sont celles que le législateur a voulu explicitement fixer à l'étendue du rôle de la commission.

Limitation des cas de saisine, tout d'abord : le projet s'est cantonné à prévoir le cas des demandes de juridictions françaises (ce qui exclut - logiquement - les juridictions étrangères ou internationales) alors que - comme l'avaient souhaité les sénateurs en première lecture - il pouvait être également utile de saisir la commission lorsque le secret de défense est opposé à une commission parlementaire (conformément à l'ordonnance du 17 novembre 1958). De même, avons-nous envisagé aussi le cas

d'une saisine pour consultation avant un projet de publication (par un organe de presse, par exemple) d'une information sensible susceptible de faire l'objet d'une classification<sup>9</sup>. Mais en cherchant ainsi à limiter l'intervention de la commission aux seules affaires contentieuses, la loi de juillet 1998 risque, en réalité, d'aboutir à l'effet inverse de celui recherché et à inciter les personnes intéressées à envisager une possible déclassification d'un document à agir directement par la voie juridictionnelle, alors que toute la logique de la réforme administrative contemporaine tend à privilégier les voies amiables et précontentieuses. Là où le système fédéral américain a mis en place - avec le *Freedom of Information Act (FOIA)* - un dispositif administratif de requête en déclassification d'informations et où, pour sa part, la jurisprudence administrative a confirmé que la saisine de la CADA demeurerait un préalable obligatoire à tout recours contentieux relatif à la communication d'un document administratif<sup>10</sup>, l'excessive prudence de cette loi va peut-être faire de la voie contentieuse le seul moyen de faire se prononcer la nouvelle commission.

Limitation, en second lieu, de ce que la commission pourra préconiser. A l'origine, le projet de loi gouvernemental ne prévoyait que le choix entre la déclassification totale d'un document et son refus. Les amendements parlementaires ont réussi à introduire une troisième possibilité, celle de la déclassification partielle (pratique très en vogue aux États-Unis où de nombreux documents déclassifiés sont publiés recouverts de caches qui occultent certains mots ou passages du texte). Cette évolution va évidemment dans le bon sens, puisqu'elle offre une souplesse qui devrait éviter à la commission de se prononcer trop systématiquement pour le maintien au secret de documents dont l'essentiel du contenu mériterait une communication ouverte.

Mais un pas beaucoup plus substantiel n'a pas été franchi : il ne sera pas possible, en effet, à la commission de proposer comme

<sup>9</sup> Cf. notre audition devant la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat, document n° 337, séance du 5 mars 1998, p. 49.

<sup>10</sup> Cf. CE Sect., 19 février 1982, *Mme Commaret*, Rec. p. 78. concl. Dondoux, *A.J.D.A.*, 1982, p. 375.

alternative à la déclassification (partielle ou totale) la simple communication, à titre confidentiel, à la juridiction d'une information qui demeurerait classifiée pour les tiers. L'ambiguïté sur ce point pouvait subsister à la lecture du texte initial du projet de loi qui confiait à la commission le soin de donner un avis sur "*la déclassification et la communication*" d'une information classifiée. Mais le texte final de l'article 4 précise, aujourd'hui, que c'est la juridiction qui demande ensemble la déclassification et la communication (ce qui semble exclure toute possibilité de saisine de la commission dès lors que la juridiction ne demanderait que la communication sans la déclassification) et les débats parlementaires ont rejeté toute interprétation permettant à la commission de recommander la communication confidentielle sans déclassification.

Les motifs de ce refus sont toujours identiques : respect du contradictoire (l'une des parties au contentieux se verrait refuser l'accès à une information du dossier) et la non-habilitation des magistrats. Il nous paraît pourtant que cette position est juridiquement discutable (puisque un tel accès du juge au secret se pratique dans certains cas <sup>11</sup>) et qu'elle possède le grave inconvénient de priver notre système juridique d'une modalité intermédiaire conciliant justice et sécurité et que plusieurs pays ont retenu depuis longtemps (en particulier les États-Unis où les cours pratiquent les examens "*in camera*" et disposent d'une procédure légale organisant la présentation en justice d'informations classifiées, le *Classified Information Procedures Act* <sup>12</sup>).

On doit donc considérer la loi du 8 juillet 1998 comme une simple étape dans la modernisation de nos institutions de défense et dans la meilleure conciliation entre leurs impératifs de sécurité et ceux d'un État de droit. Il s'agit d'une étape importante et significative, notamment par sa portée symbolique. Néanmoins, il est très vraisemblable que les différentes limites

qui ont été imposées au nouveau système de contrôle contraindront celui-ci à évoluer rapidement et à se rapprocher d'un réel contrôle juridictionnel de l'usage du secret de défense. Il importe donc, dès maintenant de se préparer à cette éventualité, de réfléchir aux manières de l'organiser de façon non préjudiciable aux intérêts légitimes de sécurité nationale et à préparer, en parallèle, le système administratif de classification des informations à subir progressivement le feu de la critique et du contrôle.

C'est dans cette perspective d'adaptation progressive de nos systèmes de sécurité de défense et de classification des informations qu'il est utile de faire le lien entre l'innovation juridique et politique majeure que consacre la loi du 8 juillet 1998 et les modestes - mais réelles - évolutions réglementaires qui découlent du décret du 17 juillet 1998 relatif à la protection du secret de défense. Bien qu'il ne soit établi aucun rattachement juridique formel entre les deux textes, il doit exister une nécessaire cohérence entre les modalités de protection du secret mises en oeuvre par l'administration et le contrôle qu'exercera désormais la nouvelle commission consultative sur les conséquences de cette protection.

## II. UNE RÉFORME LIMITÉE DES MODALITÉS DE CLASSIFICATION

Le décret du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale <sup>13</sup> abroge le décret du 12 mai 1981 qui organisait jusqu'alors les règles de protection du secret de défense <sup>14</sup>.

Si la publication de ce décret moins de dix jours après la promulgation de la loi du 8 juillet 1998 n'est certainement pas fortuite, il faut cependant remarquer immédiatement que cette nouvelle loi ne fait pas partie des visas du décret. Celui-ci n'est, en effet, en rien, un texte d'application de la loi

<sup>11</sup> Cf. notamment la jurisprudence du Conseil d'État. 16 juin 1988, *Banque de France c./ M. Huberschwiller* ; B. Warusfel. "Le contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'état de droit". *Droit et Défense*, n° 96/4, pp. 30-31.

<sup>12</sup> *Classified Information Procedures Act*. Pub. L.96-456. Sec. 9. 15 octobre 1980.

<sup>13</sup> Décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale, *J.O.R.F.*, 19 juillet 1998, p. 11118.

<sup>14</sup> Décret n° 81-514 du 12 mai 1981 relatif à l'organisation de la protection des secrets et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État, *J.O.R.F.*, 15 mai 1981, p. 1427.

organisant le contrôle du secret mais, au contraire, un texte qui vient préciser les droits de l'administration en matière de classification des informations et d'habilitation des personnes.

En ce sens, ce nouveau décret de 1998 est, en réalité, le texte qui devait - depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994 - remplacer le décret de 1981 et dont l'adoption avait été plusieurs fois retardée. L'article 413-9 est, d'ailleurs, au premier rang des visas de ce décret.

## 2.1. La prise en compte formelle de la définition pénale du secret de défense

Le troisième alinéa de l'article 413-9 nCP du nouveau Code pénal, tirant logiquement la conclusion de la reconnaissance légale des mesures de classification administrative effectué dans son premier alinéa (cf. supra), a voulu créer - pour la première fois - un lien formel entre les définition pénales et administratives du secret de défense, en disposant que :

*"les niveaux de classification des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale et les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'État".*

On pouvait donc s'attendre à ce que, dans la foulée de l'adoption du nouveau Code pénal, un décret en Conseil d'État, prenant en compte la définition formelle du secret désormais donnée par l'article 413-9 nCP ne soit publié et ne vienne remplacer le décret du 12 mai 1981 qui avait été adopté, en son temps, pour codifier - *a posteriori* - les pratiques administratives de classification qui s'étaient développées sans texte et sans référence à la loi pénale.

Pourtant, il aura fallu attendre quatre années pour que ce nouveau décret soit publié. En effet, les autorités gouvernementales d'alors différencièrent cette refonte en deux étapes.

En premier lieu, elles firent adopter par le Parlement, avant même l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, une légère modification du texte de son article 413-9 de manière à limiter la portée des

transformations à faire subir au texte du décret du 12 mai 1981<sup>15</sup>. Une fois cette modification du texte pénal acquise, le décret de 1981 (qui évoquait, brièvement, la répartition des responsabilités au sein de l'administration entre les différents services) redevenait conforme aux intentions de la loi. C'est pourquoi, quelques jours plus tard, le Gouvernement s'est contenté d'intégrer dans la partie réglementaire du nouveau Code pénal un article R.413-6 nCP qui établissait le lien formel entre l'article 413-9 nCP et le décret du 12 mai 1981<sup>16</sup>.

Après de telles péripéties, destinées essentiellement à éviter à l'administration d'être obligée de publier le détail de sa réglementation interne concernant la protection du secret (et particulièrement, le détail des règles de classification et d'habilitation), on pouvait s'attendre, à ce que si finalement un nouveau décret venait remplacer celui de 1981, il n'en bouleverse pas l'économie.

C'est bien le cas avec ce décret du 17 juillet 1998, dont la première qualité est de se mettre en harmonie formelle avec la définition du secret de défense désormais donnée par le nouveau code pénal. Là où l'article 1er du décret de 1981 venait souligner qu'il était nécessaire d'organiser la

---

<sup>15</sup> Loi n°94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *J.O.R.F.*, 2 février 1994, p. 1803. Le texte original de l'article 413-9, issu de la loi du 22 juillet 1992, prévoyait que le décret à venir devait préciser *"les modalités selon lesquelles est organisée (la) protection"* des secrets de défense, ce qui obligeait le Gouvernement à publier officiellement les principes essentiels de son dispositif de protection, jusqu'alors prévus par l'instruction interministérielle n° 1300 et d'autres instructions spécialisées, classées "diffusion restreinte" (c'est ce qu'estima le Conseil d'État, saisi pour avis, qui constata que le décret du 12 mai 1981 ne précisait que les niveaux de classification sans rentrer dans les détails de leur protection et, de ce fait, ne répondait pas aux exigences nouvelles fixées par l'article 413-9). La loi de février 1994 limita l'exigence à la détermination par le décret des *"autorités chargées de définir les modalités ..."*

<sup>16</sup> *"Pour l'application de l'article 413-9, les niveaux de classification des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale ainsi que les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminées par le décret n°81-514 du 12 mai 1981 relatif à l'organisation de la protection des secrets et informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État."* (art. 16 du décret n° 94-167 du 25 février 1994, *J.O.R.F.*, 26 février 1994, pp. 3197 et 3198).

protection des renseignements intéressant la défense nationale, celui de 1998 fait directement référence aux *"renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers présentant un caractère de secret de la défense nationale"*, renvoyant ainsi pour la définition de cette notion à l'article 413-9. Ce rattachement lui permet aussi, du point de vue formel, d'alléger sa rédaction en décidant de dénommer dans le reste du texte ces éléments couverts par le secret par les termes *"informations ou supports protégés."*<sup>17</sup>

Enfin - et logiquement - l'article 10 du décret procède à une nouvelle modification de l'article R.413-6 nCP afin de substituer à la référence du décret du 12 mai 1981 celle du nouveau décret du 17 juillet 1998<sup>18</sup>.

Pour autant, la réécriture du contenu de ce texte a permis aux autorités gouvernementales de se livrer à quelques adaptations de fond de leur dispositif de protection du secret, qui ne sont, peut-être, pas sans rapport avec la mise en place concomitante, par la loi du 8 juillet 1998, d'un certain contrôle du secret de défense.

## **2.2. Un renforcement des règles de classification compatible avec le nouveau contrôle du secret**

La différence la plus visible entre le contenu du nouveau décret de 1998 et celui de son prédécesseur de 1981 est relative aux critères des trois niveaux de classification.

S'agissant du niveau Très Secret-Défense, l'article 3 précise qu'il est réservé *"aux informations ou supports protégés dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la défense nationale et qui concernent les*

*priorités gouvernementales en matière de défense"*. Cette dualité de critère existait déjà depuis 1981, mais jusqu'alors s'il fallait que les informations en question touchent bien aux priorités en matière de défense, il suffisait que leur divulgation soit *de nature à nuire à la défense"*. Entre les deux formulations, l'introduction de l'adverbe *"gravement"* indique un renforcement de l'exigence requise, et donc - indirectement - une restriction à l'usage de cette haute classification. Si, en effet, il est difficile de ne pas considérer que toute information concernant une priorité gouvernementale en matière de défense peut nuire, par sa divulgation, à cette même défense, il sera désormais exigé de l'autorité classificatrice (en l'occurrence, le Premier ministre et ses services) qu'elle ne protège à ce niveau que celles qui pourraient occasionner une nuisance particulière.

La différence avec la rédaction de 1981 se perçoit aussi s'agissant des critères indiqués pour la classification aux niveaux inférieurs. En ce qui concerne le Secret-Défense, la modification est tout à fait homothétique à celle effectuée pour le Très Secret-Défense. La différence entre les deux niveaux demeure le lien existant - ou non - avec une priorité gouvernementale de défense : dès lors, pour le Secret-Défense, le critère de la simple nuisance est également remplacé par l'exigence de *"nuire gravement"* à la défense (art. 3, alinéa 2), avec le même effet restrictif sur la capacité pour les autorités ministérielles concernées de classer à ce niveau des informations dont les conséquences d'une divulgation seraient d'une moindre gravité.

En revanche, la définition du Confidentiel-Défense change assez profondément. Dans l'esprit de 1981 (et des instructions d'application non publiées), ce niveau CD ne constituait pas un véritable niveau de secret<sup>19</sup> mais uniquement un instrument de protection périphérique des véritables secrets (qui pouvaient se trouver indirectement compromis par la révélation du contenu du CD). Pour autant, cette définition *a minima* débouchait sur une grande hypocrisie administrative et

17 La coexistence de deux termes, l'un pour le contenu (*"informations"*), l'autre pour le contenant (*"supports"*) nous paraît justifier au regard, d'une part, des contraintes matérielles (c'est généralement le support qui reçoit la mention matérielle de classification) et, d'autre part, de l'usage croissant des technologies de l'information (où il est de coutume de distinguer entre la donnée et son support).

18 Autre adaptation textuelle mineure, mais bienvenue, le nouveau décret ne parle plus - à propos de la procédure d'habilitation des personnes - d'*"autorisation préalable"* ou de *"décision d'admission"* (comme le faisait l'article 7 du décret de 1981) mais, plus simplement, d'une *"décision d'habilitation"* (article 8).

19 Il s'appliquait *"aux informations ne présentant pas en elles-mêmes un caractère secret"* (art. 5, alinéa 2 du décret du 12 mai 1981).



juridique, puisqu'un document CD était pratiquement considéré comme un secret à part entière et sa violation était susceptible d'entraîner le même type de sanction pénale. C'est sans doute pourquoi le troisième alinéa de l'article 3 n'affirme plus que, par principe, les informations classifiées au niveau CD ne sont pas des secrets, mais - au contraire - les définit comme des "*informations ou supports protégés*" dont la divulgation serait de "*nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense classifié au niveau Très Secret-Défense ou Secret-Défense*".

Cette nouvelle formulation redonne donc bien au Confidentiel-Défense toute sa dignité. Dans la mesure où il couvre explicitement des "*informations ou supports protégés*" (définis comme des secrets de la défense nationale, dans l'article 1er), il ne peut être mis en oeuvre que pour couvrir de véritables secrets de défense, qui peuvent être de deux sortes : soit des secrets en eux-mêmes suffisamment sensibles pour que leur divulgation nuise à la défense, soit ce que la doctrine traditionnelle appelle souvent des "*secrets par extension*"<sup>20</sup>.

Là encore, cette redéfinition du Confidentiel-Défense va dans le sens d'un durcissement des conditions de classification des informations puisque sous l'ancien régime du décret de 1981, l'ambiguïté du texte laissait une certaine latitude à l'administration pour couvrir de toutes les contraintes administratives et juridiques du secret, des informations qui n'en étaient pas réellement. Autrement dit, la rédaction du décret de 1981 pouvait permettre de fabriquer, grâce à la classification CD, ce que l'on pourrait ironiquement dénommer des "vrais-faux secrets de défense", et encourageait ainsi à l'abus de la surclassification. Au contraire, le nouveau CD est désormais un secret de défense comme les autres qui doit pouvoir justifier, notamment aux yeux de la justice, de sa consistance et des risques que sa divulgation ferait courir - directement ou indirectement - à la défense nationale.

On peut estimer qu'une autre innovation de ce décret du 17 juillet 1998 contribue indirectement à encadrer plus strictement l'usage du secret. Il s'agit de la disparition de toute mention de ce que l'article 6 de l'ancien décret de 1981 appelait "*les informations qui doivent faire l'objet d'une diffusion restreinte*." Dans la pratique antérieure fondée sur ce décret de 1981, les informations dites "DR" ne constituaient pas non plus juridiquement un secret de défense, mais elles se voyaient pourtant appliquer des mesures de restriction de communication et d'identification physique (par tampon encreur) qui les assimilaient là aussi à de quasi "sous-secrets".

Pour les mêmes raisons évoquées plus haut s'agissant du CD, il faut considérer la disparition de toute mention réglementaire relative à cette catégorie Diffusion Restreinte comme la volonté gouvernementale de ne plus restreindre la diffusion que des seuls véritables secrets qui nécessitent réellement ce niveau de protection. Et un effet indirect de cette suppression de la Diffusion Restreinte devrait être de rendre accessible à tous, le texte de la plupart des instructions gouvernementales relatives à l'organisation de la protection du secret (lesquelles vont d'ailleurs devoir être refondues pour tenir compte de ce nouveau décret). Juste retour des choses, en somme, ces textes réglementaires dont nous appelions de nos vœux la diffusion et qu'une modification législative de dernière minute en février 1994 avait dispensé de cette obligation, vont demain sans doute être accessibles (sauf si tout ou partie d'entre eux, étaient véritablement classifiés), par la vertu de ce nouveau décret de 1998.

En dissuadant ainsi l'administration de créer de pseudo-secrets de défense et en rehaussant, à chacun des trois niveaux, les exigences que doit satisfaire une décision de classification pour être légitime, ce nouveau décret s'inscrit donc indirectement dans le prolongement du mouvement engagé par la loi du 8 juillet 1998, à savoir celui d'un meilleur encadrement, voire d'un contrôle, de l'usage du secret de défense. Il faut, en effet, imaginer d'ores et déjà que ces deux textes vont être simultanément sollicités lorsqu'un justiciable ou une juridiction souhaiteront contester la validité d'un secret qui leur sera opposé.

<sup>20</sup> Cf. notamment notre thèse. *op. cit.*, pp.41-42.

La loi du 8 juillet obligera à la saisine de la commission consultative qui, une fois en possession du contenu du secret, aura la tâche - par référence aux nouvelles exigences du décret du 17 juillet 1998 - d'évaluer si sa divulgation serait susceptible de nuire (gravement ou non, directement ou non) à la défense nationale.

On formulera cependant un regret s'agissant du contenu du décret du 17 juillet 1998. Pour aller dans le même sens que la création de la nouvelle commission consultative, ce texte réglementaire aurait dû instituer une règle générale de déclassification des informations et des documents. On sait, en effet, que la plupart des effets pervers de la sur-classification ne proviennent généralement pas de l'intention malveillante et délibérée des autorités de classification mais plutôt du maintien de la classification originelle au-delà de la période durant laquelle le secret se justifiait. La France se distingue, en cela, d'autres États, comme les États-Unis, qui ont prévu un processus obligatoire de révisions périodiques et de déclassification automatique. L'introduction dans notre dispositif juridique de dispositions allant dans le même sens, aurait été non seulement un signe de la volonté gouvernementale de réduire les risques d'abus dans l'usage du secret, mais aussi un moyen de limiter préventivement le nombre de cas où la commission consultative aura à être saisie.

B.W.