

Paris, le 11 juin 2009

12-14 rue Charles Fourier

75013 PARIS

Tel 01 48 05 47 88

Fax 01 47 00 16 05

Mail : syndicat.magistrature@wanadoo.fr

site : www.syndicat-magistrature.org

Observations sur les dispositions relatives au secret de la défense nationale contenues dans le projet de loi de programmation militaire pour les années 2009-2014

Le chapitre VI du projet de loi de programmation militaire prévoit d'étendre le champ du secret défense et institue un cadre extrêmement contraignant relatif aux pouvoirs d'enquête des juges d'instruction, s'agissant essentiellement de la perquisition.

Le Ministère de la défense prend prétexte d'un avis du Conseil d'Etat en date du 5 avril 2007 dont le texte intégral se trouve en annexe du rapport 2005/2007 de la commission consultative du secret de la défense nationale.

En réalité, il existe un contexte judiciaire qui a probablement été déterminant pour élaborer ces nouvelles normes.

C'est ainsi que l'on peut citer la perquisition effectuée à l'Elysée dans l'affaire Borrel, l'instruction de l'affaire des frégates de Taïwan qui s'est vue entraver par la classification de documents au titre du secret défense et enfin la perquisition effectuée dans l'affaire Clearstream au siège de la DGSE.

Dans le cadre du débat sur ce chapitre VI du projet de loi, il y a lieu de rappeler les termes d'un rapport de l'association Transparency International, section française, sur le secret défense, qui critique l'état du droit français de la manière suivante :

« Le Code pénal (...) donne de la Défense, à travers la notion des « intérêts fondamentaux de la nation », une définition qui englobe toutes les activités imaginables et qualifie de secrètes toutes les données que l'administration compétentes aura déclarée comme

tel », ce qui présente « le risque que le secret soit abusivement utilisé pour couvrir un comportement délictueux, sous couvert d'une opération à laquelle il se rattache et qui relève effectivement de la défense ».

Or, le projet de loi, au lieu de restreindre le champ du secret défense, ou de mieux le définir, prévoit au contraire de l'étendre non plus seulement à des documents mais à des lieux qui deviendraient inaccessibles ou pour le moins difficilement accessibles aux autorités judiciaires dans le cadre d'enquêtes pénales.

En outre, pour justifier cette extension inquiétante, le gouvernement, dans l'exposé des motifs de ce projet de loi, fait une interprétation pour le moins déformée de l'avis rendu par le Conseil d'Etat. En effet, s'il est exact que cet avis conclut à la nécessité de compléter les règles actuellement en vigueur sur le secret défense, il ne spécifie aucunement qu'il conviendrait de classer des lieux au nom de ce secret.

Enfin, la France est signataire de la convention de l'OCDE (ratifiée en 2001) contre la corruption dont l'article 5 interdit d'invoquer, pour s'y soustraire, le dommage qui pourrait résulter de l'application de ladite convention pour les intérêts commerciaux du pays ou pour ses relations avec un autre Etat. Le respect de cette convention implique donc de limiter la classification secret défense qui ne doit pas être utilisée pour protéger une infraction de corruption.

Ainsi, il y a un équilibre à respecter entre l'impératif de sécurité de la nation et la nécessité d'un contrôle démocratique des actes de l'exécutif, qu'il s'agisse de la classification elle-même ou des éventuelles infractions commises par des agents de l'Etat.

En l'état, ce texte ne respecte pas cet équilibre et apparaît au contraire comme une volonté de renforcer le champ du secret défense qui aboutira à entraver certaines investigations judiciaires, dans le domaine de la corruption notamment.

1- Description et analyse du dispositif prévu par le projet de loi

L'article 12 du chapitre VI du projet distingue trois hypothèses. A chacune de ces hypothèses correspond un régime juridique spécifique plus ou moins contraignant pour le magistrat instructeur.

- Hypothèse n°1 : La perquisition dans des lieux déclarés comme susceptibles d'abriter des éléments couverts par le secret défense

1-II s'agit ici de créer des lieux qui seraient protégés du seul fait de leur déclaration à la CCSDN.

On est ici dans l'arbitraire le plus total :

- - Qui décide de faire cette déclaration ?
- - Comment cette déclaration est elle faite et quelle publicité lui est-elle donnée ?
- - Quel contrôle s'exerce sur cette déclaration ?
- - Quels sont les lieux susceptibles d'être concernés ?

Sur les trois premières questions, l'exposé des motifs du projet de loi ne fournit aucune précision, ce qui laisse totalement ouvert le champ des possibles.

Quant à la 4^{ème} question, l'exposé des motifs indique clairement que pourraient être concernés, non seulement « *des services administratifs sensibles* », mais aussi « *certaines locaux d'entreprises privées intervenant dans le domaine de la recherche ou de la défense* ».

Ainsi, une usine du groupe MONSANTO qui fabrique en France des semences transgéniques pourrait parfaitement faire l'objet d'une telle classification au motif qu'elle abriterait des documents classifiés.

De même, une entreprise comme THALES, visée par l'affaire des frégates de Taïwan, pourrait bénéficier d'une telle protection.

Il est probable que la réponse à ces questions, pourtant essentielles, sera renvoyée au décret d'application de la loi et risque ainsi d'échapper à tout débat public. Or, la nature des enjeux en cause justifierais un débat démocratique devant la représentation nationale.

2- S'agissant du régime applicable à ces lieux, le texte prévoit que le juge d'instruction qui entend les perquisitionner soit accompagné du président de la CCSDN.

Une telle présence suppose un mécanisme d'information et de rendez-vous

préalables parfaitement contraire aux exigences du secret de l'instruction dans des affaires où, par définition, les faits sont particulièrement sensibles et le risque de fuites très élevé.

Cette atteinte au secret des investigations est d'autant plus caractérisée que le juge d'instruction a l'obligation d'indiquer à la fois la nature de l'infraction, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

Autrement dit, l'autorité judiciaire se trouve en position de dire à l'avance quels documents l'intéresse et de se soumettre à un contrôle préalable du président de la CCSDN, autorité administrative, sur la pertinence de son investigation.

Cette disposition apparaît totalement contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

Hypothèse N° 2 : La découverte de documents classifiés dans un lieu non protégé par le secret

Il s'agit ici du cas où un juge d'instruction, au cours d'une perquisition, découvre des documents classifiés.

Dans cette hypothèse, le juge devra interrompre sa perquisition et informer le président de la CCSDN. La perquisition ne pourra reprendre qu'en présence dudit président ou de son délégué.

Jusqu'à présent, les documents classifiés ainsi découverts étaient placés sous scellés fermés par un OPJ habilité secret défense en attendant une éventuelle décision de déclassification.

La nouvelle procédure ne permet pas de mieux protéger le secret défense puisqu'il est de toute façon sanctionné pénalement de prendre connaissance d'un document classifié. Aucun dérapage n'a d'ailleurs été constaté jusqu'à présent.

En revanche, ce système entrave l'action du juge qui ne pourra plus opérer jusqu'à l'arrivée du président de la CCSDN. Imaginons une perquisition à Papeete pour comprendre l'ampleur de la difficulté...

Hypothèse n°3 : La perquisition dans des lieux eux même classifiés

Jusqu'à présent, la législation ne protégeait pas d'une perquisition les lieux abritant des installations ou des activités sensibles pour la défense nationale.

Or, le texte dans son article 13 prévoit d'étendre le champ du secret défense à des lieux qui seraient classifiés en tant que tels sur décision du premier ministre, après avis de la CCSDN.

Si l'on peut admettre que les intérêts supérieurs de la défense nationale justifient que des sites particulièrement sensibles fassent l'objet d'une telle classification, la définition de tels lieux par l'article 13 du projet de loi apparaît dangereusement large.

En effet, cet article fait référence à « des installations ou des activités », sans aucune précision sur la nature de celle-ci.

Là encore, le texte sera précisé par décret sans contrôle démocratique. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, il n'est même pas indiqué si l'avis de la CCSDN devra être conforme ou non...

Quant au régime de la perquisition, il obéit à des contraintes encore plus fortes que celles applicables aux lieux « déclarés » .

En effet, non seulement la perquisition dans ces lieux devra être précédée d'un avis favorable de déclassification temporaire rendu par le président de la CCSDN, mais encore le lieu devra faire l'objet d'une déclassification opérée par l'autorité administrative elle-même.

Enfin, la perquisition ne pourra être entreprise que dans les limites de cette déclassification, c'est à dire, dans les lieux que l'autorité administrative concernée aura bien voulu exposer au regard du juge.

Autant dire que de telles perquisitions deviennent du domaine du virtuel.

Si elles étaient malgré tout entreprises, il est clair qu'elles n'aboutiraient à rien puisque le perquisitionné aura largement eu le temps de faire disparaître les pièces compromettantes.

Cette procédure est un exemple flagrant d'entrave au cours de la Justice et crée, de fait, des citadelles d'impunités.

2- Contre-propositions : pour une approche démocratique du secret défense

a) Pour une CCSDN renouvelée aux pouvoirs renforcés

1-Il y a d'abord matière à réformer le mode de nomination des membres de la CCSDN, actuellement régi par la loi du 8 juillet 1998.

En l'état, et compte tenu du fait majoritaire, ils sont désignés par les représentants les plus emblématiques de la formation politique au pouvoir : président de la République, président de l'Assemblée nationale et président du Sénat.

Ce mode de nomination ne traduit aucunement le pluralisme de la représentation nationale. Au regard de la gravité des enjeux, il conviendrait que les membres de la CCSDN soient nommés par le Parlement après un vote à la majorité renforcée garantissant un consensus politique dans l'intérêt de la Nation.

Une telle exigence, légitime en soi, apparaît d'autant plus justifiée qu'il est aujourd'hui question d'élargir le champ d'intervention de la CCSDN. Il est en effet fondamental que celle-ci ne soit ni n'apparaisse comme un alibi institutionnel. La confiance des citoyens est à ce prix.

2-De même, il est impératif que cette CCSDN renouvelée se voit attribuer de véritables pouvoirs de contrôle et de décision. Ainsi, toute opération de classification ou de déclassification devrait faire l'objet d'une décision de la commission.

Par ailleurs et conformément à ce que propose la section française de l'association Transparency International dans le rapport précité, il nous semble indispensable que les décisions de la CCSDN soient susceptibles de recours, comme c'est le cas pour le Conseil de la concurrence.

A cet égard et pour éviter tout risque de divulgation du secret, une formation spéciale de la cour d'appel de Paris composée de magistrats habilités secret défense pourrait être créée comme le propose Transparency International.

b) Pour le principe d'une liberté de perquisition

Le Syndicat de la magistrature soutient qu'il n'est pas nécessaire d'encadrer

les perquisitions effectuées dans des lieux dits « neutres ».

En effet, l'incrimination de la prise de connaissance de documents classifiés prévue par l'article 413-9 du Code pénal suffit à la protection des intérêts nationaux.

Le Syndicat de la magistrature est par ailleurs formellement opposé à la procédure de « déclaration » de lieux susceptibles d'abriter des documents classifiés, totalement arbitraire et susceptible d'engendrer de graves dérives.

Enfin, si l'on peut admettre que des lieux fassent l'objet d'une classification secret défense, cette classification doit intervenir sur décision de la CCSDN et doit être cantonnée aux seuls intérêts de la défense nationale.

Dans ce cas, le cadre de la perquisition doit se concevoir de manière à permettre de concilier les intérêts nationaux avec les impératifs d'une enquête pénale.

La perquisition ne sera dès lors pas soumise à une procédure de déclassification préalable du lieu. La présence du président de la CCSDN ou de son représentant apparaîtrait, dans cette hypothèse, comme une garantie suffisante.

3- Les travaux de l'Assemblée nationale: des avancées?

Le projet de loi de programmation militaire est en débat devant l'Assemblée nationale depuis lundi.

Fait rarissime sous la cinquième République, les articles 12 à 14 du dit projet sont à l'origine d'une opposition frontale entre la commission des lois (qui s'est saisie pour avis sur ces trois articles) et la commission de la défense nationale.

En effet, la commission de la défense a refusé d'entériner certains amendements proposés par la commission des lois et ce refus a conduit cette dernière à émettre, à l'unanimité de ses membres, un avis défavorable sur ces trois articles.

Cet avis défavorable a été émis au nom de « l'équilibre démocratique » qui ne serait plus assuré.

Le Syndicat de la magistrature ne peut que rejoindre la commission des lois

sur cette inquiétude majeure qui aboutit à créer, de fait, des zones de totales impunités.

En effet, les quelques amendements adoptés par la commission de la défense nationale ne sont pas de nature à rétablir l'équilibre entre l'impératif de recherche des auteurs d'infractions pénales et l'impératif de sécurité nationale.

a) Les amendements de la commission de la défense nationale et les objections de la commission des lois:

- Hypothèse n°1 : La perquisition dans des lieux déclarés comme susceptibles d'abriter des éléments couverts par le secret défense

Dans cette hypothèse, la commission de la défense se contente de remplacer les mots « susceptibles d'abriter » par « abritant ». Elle ajoute que la liste de ces lieux sera établie par le premier ministre et communiquée au garde des Sceaux comme au président de la CCSDN. Elle sera consultable par les magistrats.

La commission précise 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'État. »*

Pour opérer une perquisition en ces lieux, le magistrat devra toujours transmettre à l'avance au Président de la CCSDN une ordonnance qui toutefois précisera plus les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.

Ces amendements ne sont pas de nature à empêcher l'arbitraire que nous dénonçons depuis plusieurs mois.

En outre, la commission des lois avait demandé que l'ordonnance du juge, à l'instar de ce qui existe pour les perquisitions dans les cabinets d'avocat, ne soit portée à la connaissance du président de la CCSDN qu'au moment de la perquisition, pour éviter tout risque de divulgation. Elle n'a manifestement pas été entendue sans que les raisons de ce refus ne soient clairement exposées.

Enfin, comme l'exprime monsieur Warsmann, *« Le troisième problème concerne toutes les procédures dans lesquelles le secret défense n'est pas en jeu. En effet, dans une préfecture par exemple, un dossier peut avoir été*

rangé dans une armoire où se trouvent des documents classifiés. De ce fait, pour une perquisition dans le cadre d'une affaire quelconque, un magistrat sera contraint, pour être sûr d'avoir accès aux documents qu'il recherche, de se faire accompagner par un membre de la CCSDN ! En plus, il devra avoir prévenu celle-ci, trois jours avant, de ce qu'il veut faire... Il y a là un véritable déséquilibre. »

Nous ne pouvons admettre un tel déséquilibre qui s'apparente à une obstruction au travail de la Justice.

Hypothèse N° 2 : La découverte de documents classifiés dans un lieu non protégé par le secret

Dans cette hypothèse, un équilibre semble avoir été trouvé puisqu'aux termes des amendements adoptés par la commission de la défense nationale, en cas de découverte de documents classés secret défense, la perquisition ne sera plus interrompue dans l'attente d'un représentant de la CCSDN.

Il est en effet prévu que les documents fassent l'objet d'une saisie et soient ensuite adressés au président de la CCSDN avant éventuelle procédure de déclassification.

Hypothèse n°3 : La perquisition dans des lieux eux-mêmes classifiés

C'est dans cette hypothèse que les oppositions entre les deux commissions de l'Assemblée nationale sont les plus fortes.

D'abord parce qu'aux termes des auditions effectuées, il semble que le nombre de lieux qui seront classifiés à ce titre varie de la dizaine à la centaine.

M Blessig, rapporteur de la commission des lois a ainsi indiqué: « Le président de la CCSDN nous a lui-même confié qu'il ne serait pas étonné de voir le nombre des lieux classifiés atteindre la centaine si la définition de la liste était entièrement laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif. »

Pour sa part, Le ministre de la défense lors des débats à l'assemblée nationale conteste ce chiffre et indique: « La liste précise que nous avons pour l'instant arrêtée concerne dix-neuf sites. »

En tout état de cause, laisser un pouvoir absolu à l'exécutif pour déterminer les lieux classifiés crée une suspicion légitime d'arbitraire et est source d'abus

considérables.

Ces abus seront d'autant plus aisés que la décision de classification sera elle-même classifiée et ne sera donc soumise à aucun contrôle démocratique.

La commission des lois avait demandé que la CCSDN donne au moins un avis conforme sur la décision de classification.

Cet amendement a été rejeté par la commission de la défense pour des motifs totalement inopérants et tenant au fait que la CCSDN ne serait pas une véritable autorité administrative indépendante mais une simple commission consultative.

Il aurait suffi, comme nous le demandons, de reformer la CCSDN pour lui donner une vraie envergure et de vraies compétences pour y remédier.

Pour conclure, sur cette troisième hypothèse, nous tenons à reprendre les mots de Jean-Luc Warsmann lors des débats publics sur le texte, lundi 8 juin à la tribune de l'assemblée nationale:

«À ce nouveau dispositif s'est ajoutée une excroissance – oserais-je dire une **tumeur maligne** – qui n'a été en rien demandée par le Conseil d'État dans son avis. J'appelle solennellement votre attention sur ce point. Il nous est demandé de voter un texte de loi définissant des lieux classifiés dans lesquels les magistrats ne pourront plus entrer, des lieux classifiés où l'application de la loi ne pourra plus se faire par les magistrats. Certains collègues ont parlé de zone de non-droit législative : c'est à peine un raccourci. Je souligne évidemment l'immense danger qu'il y aurait à définir sur notre territoire des lieux où les magistrats ne pourraient plus se rendre. Je n'en comprends d'ailleurs pas les raisons, monsieur le ministre. Le conseil d'État ne l'a pas demandé, et la procédure de classification et d'intervention de la commission consultative répond déjà à toutes ses observations.

De plus, je ne vois pas comment le Gouvernement pourra délimiter strictement ces lieux classifiés. S'il est interdit à des juges de se rendre dans certains lieux, encore faut-il les préciser. Il a été indiqué que cette décision devait incomber au seul Premier ministre parce qu'il ne pourra pas y avoir de contrôle judiciaire : le juge administratif et le juge judiciaire ne peuvent, en effet, connaître de données relatives au secret défense.

Et puis cela a fait naître des espoirs partout ! Quand la commission des lois a commencé ses auditions, on nous a dit qu'il n'y aurait pas plus de dix lieux classifiés. En commission de la défense, monsieur le ministre, vous avez parlé

de trente ou quarante et M. le rapporteur de la commission de la défense de plusieurs dizaines. Chaque chef de service espère que son service en fera partie, ses fonctionnaires pourront alors travailler sans qu'un juge puisse les déranger. Je dis d'ailleurs aux chefs de service que c'est une illusion, que ce n'est pas une bonne solution de vouloir protéger l'activité de centaines ou de milliers de fonctionnaires en leur faisant croire que la justice ne pourra pas intervenir, car il y aura inmanquablement des dérapages et des abus, et ceux qui cherchent la tranquillité juridique ne récupéreront que la polémique.

Mes chers collègues, si vous créez des zones où les magistrats ne pourront jamais entrer, il y aura toujours – la nature humaine est ainsi faite – quelques personnes qui commettront des infractions de droit commun en se disant qu'elles sont sûres de ne jamais être poursuivies.

Et n'en profitera-t-on pas demain pour y stocker des documents qu'on ne veut pas qu'un magistrat trouve ? En âme et conscience, réfléchissez aux affaires de ces trente dernières années. Si cette loi avait été votée, croyez-vous qu'un exécutif n'aurait pas eu la tentation, quand une affaire judiciaire commençait à pointer le nez, de classer un lieu, d'inventer un nouveau centre de contrôle opérationnel pour y organiser des écoutes prohibées par la loi ou y stocker des documents ?

Voter ces dispositions, c'est ouvrir par la loi de telles possibilités, et il est du devoir de la commission des lois de vous appeler à ne pas leur apporter votre voix.

C'est une question grave et importante. Je souhaite que l'on trouve des solutions pragmatiques aux quatre problèmes que j'ai soulevés. J'appelle le Gouvernement à jouer son rôle et à apporter des réponses. Je lui demande surtout de faire preuve de sagesse s'agissant des lieux classifiés. Ce qui serait sage, monsieur le ministre, est très clair pour moi : c'est que vous retiriez les dispositions sur les lieux classifiés, qui n'apporteront que des polémiques et ne feront qu'affaiblir notre outil militaire dans les années à venir. »

b) Les dispositions finalement votées en première lecture à l'Assemblée nationale:

Mardi 9 juin, il semble qu'un compromis ait été trouvé dans l'hémicycle entre le gouvernement, la commission de la défense d'une part et la commission des lois d'autre part.

En effet, les articles 12 à 14 adoptés ont pris en compte certaines remarques de la commission des lois.

C'est ainsi que s'agissant des lieux « abritant », il est désormais prévu que :

- la CCSDN sera dotée de délégués habilités au secret de la défense nationale pour la représenter sur le territoire. Cet amendement a vocation à permettre des perquisitions multiples au même moment.
- le fait de dissimuler dans les lieux protégés des éléments non classifiés pour tenter de les soustraire à la justice devient une infraction pénale.
- L'assistance du président de la CCSDN ou de son délégué à la perquisition doit se faire « sans délai » pour éviter un éventuel report dilatoire.
- la décision de perquisition est notifiée au président de la CCSDN mais n'indique que les éléments d'information utiles . Au moment de la perquisition, le juge précise au président de la CCSDN la nature des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons de cette perquisition, comme son objet et les lieux visés.

Ces aménagements du régime des perquisitions dans les lieux « abritant » constituent certes des améliorations, mais il reste que la procédure de classification de ces lieux n'est pas mieux garantie alors que c'est au stade de l'établissement de la liste de ces lieux que les abus les plus graves sont possibles.

En effet, cette liste est dressée par le premier ministre sans qu'aucun avis ne soit recueilli. La CCSDN n'est notamment pas associée à cette procédure.

En tout état de cause, le Syndicat de la magistrature continue d'affirmer que la protection de tels lieux n'est pas utile puisque la protection accordée aux documents suffit amplement à garantir le secret défense.

S'agissant des lieux classifiés, les concessions accordées par le gouvernement sont les suivantes :

- la décision de classification est prise pour une durée limitée de 5 ans ce qui oblige à un réexamen périodique.
- L'arrêté de classification des lieux pris par le premier ministre fera l'objet d'une publication au journal officiel.

Contre toute attente, Monsieur Warsmann, après avoir qualifié de « tumeur maligne » la création de tels lieux classifiés, a indiqué que ces deux

modifications satisfaisaient à l'équilibre nécessaire entre l'impératif de sécurité nationale et celui de recherche des auteurs d'infractions.

Or, l'avis de la commission des lois s'attachait justement à renforcer les garanties quant à la procédure de classification en exigeant que la CCSDN donne un avis conforme.

Si la mesure de publicité est de nature à éviter les abus les plus flagrant, il n'en demeure pas moins que la procédure de classification relève toujours du seul imperium du pouvoir exécutif.

Eu égard aux graves entraves pour les investigations judiciaires qu'engendre une telle classification et qui aboutit à créer des zones d'impunités donc de non droit, nous ne pouvons que contester ces dispositions du projet de loi.

Conclusions :

Le chapitre VI du projet de loi de programmation militaire apparaît dans son architecture actuelle comme totalement inacceptable.

Il aboutit à entraver gravement l'action de la justice, voire, dans certains cas, à neutraliser toute investigation.

Dans un contexte politique où la dépénalisation du droit des affaires est revendiquée et où l'on annonce la suppression du juge d'instruction pour confier les enquêtes pénales au parquet soumis aux pressions hiérarchiques, ce projet est une nouvelle manifestation de la volonté de l'exécutif de porter atteinte à l'indépendance de la justice.

C'est également une justice pénale à deux vitesses qui se voit renforcer, avec d'un côté des citadelles d'impunités pour les puissants, et de l'autre une politique pénale ultra répressive pour les plus faibles.

A l'heure de la crise mondiale, ce projet de texte apparaît comme en contradiction flagrante avec les annonces des gouvernements tendant à « moraliser » les marchés financiers et le commerce international.