

**Circulaire du 25 juin 2010 relative au secret de la défense nationale.
NOR : JUSD1016986C**

La ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés

Pour attribution

Mesdames et Messieurs les Procureurs généraux près les Cours d'appel

Mesdames et Messieurs les Procureurs de la République près les tribunaux de grande instance

Pour information

Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents des Cours d'appel

Mesdames et Messieurs les Présidents des tribunaux de grande instance

Monsieur le Représentant national auprès d'Eurojust

Textes de référence :

Articles 322-3, 413-5, 413-7, 413-9 à 413-12, 434-4, R.413-3 et R.644-1 du code pénal ; articles 56 alinéa 4, 56-4, 81, 94, 96, 97 alinéa 3 et 698-3 du code de procédure pénale ; articles 12 à 14 de loi de programmation militaire 2009 ; articles L.2311-1 à L.2312-8 du code de la défense ; décret n° 2010-678 du 21 juin 2010 relatif à la protection du secret de la défense nationale ; arrêté du 21 juin 2010 fixant en application de l'article R. 2311-9-1 du code de la défense la liste des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale et arrêté du 21 juin 2010 portant, en application de l'article R. 2311-9-3 du code de la défense, décision de classification de lieux; instruction générale interministérielle 1300 du 25 août 2003 dont la mise à jour est à paraître prochainement relative à la protection du secret de la défense nationale.

Annexes (non publiées):

Annexe 1 : Avis du Conseil d'Etat du 5 avril 2007

Annexe 2 : Instruction générale interministérielle 1300.

Annexe 3 : Schéma de synthèse des différentes procédures de perquisition

Annexe 4 : Coordonnées de la Commission consultative du secret de la défense nationale et de la permanence de la DACG

Texte abrogé :

La présente circulaire annule et remplace la circulaire CRIM 2008-1/G1-03/01/08 (NOR : JUS D 0800121C), en date du 3 janvier 2008, de la direction des affaires criminelles et des grâces, relative au secret de la défense nationale.

La protection du secret de la défense nationale a pour objectif d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation dans les domaines de la défense, de la sécurité intérieure et de la protection des activités économiques et du patrimoine de la France.

Afin d'encadrer les conditions dans lesquelles un ministre peut autoriser ou refuser la déclassification d'éléments protégés par un secret de la défense nationale demandée par une juridiction française, la loi du 8 juillet 1998 (désormais codifiée aux articles L.2312-1 à L.2312-8 du code de la défense) a créé une autorité administrative indépendante, la Commission consultative du secret de la défense nationale.

Par ailleurs, dans son avis du 5 avril 2007, le Conseil d'Etat, en vue de concilier parfaitement les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales, d'une part, et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, d'autre part, a estimé « 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 des secrets protégés, des documents classifiés dont l'autorité judiciaire ne peut savoir s'ils sont utiles à son instruction. A cette fin, les prérogatives de la Commission

consultative du secret de la défense nationale pourrait être utilement étendues afin de lui permettre d'intervenir lors de la découverte de documents classifiés, notamment en zone protégée.»

Pour répondre à ces préconisations, la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, prévoit de nombreuses mesures pénales relatives au secret de la défense nationale, modifiant le code de procédure pénale, le code pénal et le code de la défense.

Une première présentation des dispositions immédiatement applicables de cette loi avait été faite dans la dépêche-circulaire du 4 janvier 2010 (disponible sur le site intranet de la DACG) La présente circulaire, qui intègre l'apport des textes réglementaires d'application et notamment le décret du 21 juin 2010, a pour objectif de rappeler les règles générales de la protection du secret de la défense nationale (I), les modalités de levée de ce secret (II), et les sanctions prévues en cas d'inobservation de ces prescriptions (III).

I – LA PROTECTION DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

A – La protection des lieux et éléments

1° La protection des lieux

Il existe trois catégories de lieux concernés par la protection du secret de la défense nationale :

1.1 Les lieux abritant des éléments classifiés

Selon la définition de l'article 56-4 I du code de procédure pénale, ces lieux sont précisément identifiés comme abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale.

A titre d'exemple, il peut s'agir de services administratifs sensibles, ou de locaux d'entreprises privées intervenant dans le domaine de la recherche et de la défense.

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.

Le fait de dissimuler dans les lieux visés des procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers non classifiés, en tentant de les faire bénéficier de la protection attachée au secret de la défense nationale, expose son auteur aux sanctions prévues à l'article 434-4 du code pénal.

1.2 Les lieux classifiés

La loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire, a créé, parmi les endroits où sont conservés des éléments couverts par le secret de la défense nationale, une nouvelle catégorie appelée « lieux classifiés », qui sont désormais définis aux articles 413-9-1 du code pénal et 56-4 III du code de procédure pénale.

Le nouvel article 413-9-1 du code pénal dispose en effet que : « seuls peuvent faire l'objet d'une classification au titre du secret de la défense nationale, 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 ».

Cette définition restrictive¹ couvre les lieux, au demeurant très peu nombreux, où le seul accès par des personnes non habilitées porte atteinte au secret de la défense nationale, et est dès lors constitutif d'une compromission.

Il s'agit de lieux hautement sensibles qui abritent des activités ou des installations essentielles à la protection des intérêts vitaux de la Nation. Ainsi, en est-il, selon l'arrêté du 21 juin 2010², de « chacun des centres techniques et opérationnels relevant du ministre de l'intérieur et du ministre de la défense décrits dans l'annexe jointe » à l'arrêté.

¹ Reprise à l'article R 2311-9-2 du code de la défense

² Arrêté du Premier ministre portant, en application de l'article R 2311-9-3 du code de la défense, décision de classification de lieux

Pourraient éventuellement être concernés par cette définition des centres de commandement, de transmission, ou abritant des instruments opérationnels liés à la dissuasion nucléaire ou au renseignement.

De façon plus générale, il peut s'agir de locaux purement techniques, abritant des sites de stockage ou de production disposant d'une technologie classifiée particulièrement sensible, menacée par le seul accès de personnes non habilitées à en connaître.

Ces lieux, dont la classification est décidée pour cinq ans renouvelables, font l'objet de mesures de protection physique adéquates. Leur liste est arrêtée par le Premier ministre après avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Elle est elle-même classifiée. Ils sont inclus dans les zones protégées au sens de l'article 413-7 du Code pénal³.

1.3 Les lieux « neutres »

Aux termes de l'article 56-4 II du code de procédure pénale, il s'agit d'un lieu dans lequel rien ne permet au magistrat de penser qu'il peut abriter des éléments classifiés, mais dans lequel sont découverts incidemment de tels éléments.

2° La protection des éléments

2.1 Définition des éléments protégés

La loi de programmation militaire du 29 juillet 2009 et le décret du 21 juin 2010 ont modifié la définition des éléments protégés pour préciser ce que sont les « informations et supports classifiés ».

Les nouveaux textes ont ainsi supprimé dans les articles 413-9 du code pénal et R 2311-1 du code de la défense le terme « renseignements », et ajouté les notions « d'informations et de réseaux informatiques », cette dernière venant en complément de celle de « données » informatisées, qui existait déjà.

L'article 413-9 du code pénal dispose désormais que présentent un caractère de secret de la défense nationale les «procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de classification destinées à restreindre leur diffusion », qui sont, dans la présente circulaire, dénommés « éléments classifiés ».

2.2 Les autorités de classification

a) les autorités françaises

Le Premier ministre est l'autorité compétente pour définir les critères et les modalités de protection des éléments classifiés « Très Secret Défense », qui concernent les priorités gouvernementales majeures de défense. La classification des autres éléments est de la seule responsabilité de chaque ministre, à l'intérieur de son département ministériel.

La décision de classification est matérialisée par l'apposition de tampons ou de marquages destinés à traduire un niveau de classification « Très Secret Défense » « Secret Défense » ou « Confidentiel Défense »⁴.

b) les autorités étrangères

Certains éléments, émis par d'autres autorités que des autorités administratives françaises, peuvent également bénéficier, en vertu des articles 414-8 et 414-9 du code pénal, de la protection pénale applicable au secret de la défense nationale. Il existe en effet des accords de sécurité liant la France à des Etats étrangers et des réglementations internationales qui imposent de protéger des éléments classifiés émis par des Etats étrangers ou des organisations internationales. Il s'agit, par exemple, d'accords passés dans le cadre de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN) ou de l'Union européenne.

³ Mais, selon l'avis du Conseil d'Etat du 5 avril 2007, « 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 (cf. III B)

⁴ Voir annexe 2 : Instruction Générale Interministérielle 1300 du 25 août 2003, dont la mise à jour est à paraître prochainement, et qui est disponible sur l'intranet à l'adresse suivante :

http://intranet.justice.gouv.fr/dacg/cabinet/docs/2008/igi_1300_25aout_2003.pdf

B - Les personnes habilitées pour accéder aux lieux et éléments protégés

L'accès à ces éléments et lieux classifiés est limité aux seules personnes habilitées, et qui justifient du « besoin d'en connaître ». Ce besoin, « lié aux fonctions exercées », est apprécié par « l'autorité hiérarchique compétente », selon les termes de l'Instruction Générale Interministérielle 1300 précitée.

Une personne habilitée ne peut être déliée de ses obligations contractées au titre de son habilitation. Elle ne peut donc déposer devant un magistrat ou un tribunal en révélant des informations sur des éléments classifiés, même après la cessation des fonctions ayant justifié son habilitation. Seule la déclassification préalable de l'élément concerné autorisera l'agent habilité à déposer dans le cadre d'une procédure judiciaire sur le contenu de cette information ou de ce support.

C- Organisation et missions de la Commission consultative du secret de la défense nationale

1°- L'organisation de la commission

1.1 Définition

La Commission consultative du secret de la défense nationale est une autorité administrative indépendante. Il lui est dévolu deux types de missions. Selon l'article L.2312-1 du code de la défense :

- d'une part, la commission est « chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des dispositions de l'article 413-9 du code pénal, à l'exclusion des informations dont les règles de classification ne relèvent pas des seules autorités françaises.

A ce titre, elle est saisie par le ministre en charge de la classification, auprès duquel la déclassification aura été sollicitée par l'autorité judiciaire ;

- d'autre part, « Le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, ou son représentant, membre de la commission, est chargé de donner, à la suite d'une demande d'un magistrat, un avis sur la déclassification temporaire aux fins de perquisition de lieux ayant fait l'objet d'une classification» .

1.2 Composition

Elle est composée, selon l'article L.2312-2 du code de la défense, d'une part, d'un membre du Conseil d'Etat, d'un magistrat de la Cour de cassation et d'un magistrat de la Cour des Comptes, nommés par le Président de la République à partir d'une liste de six noms établie conjointement par les trois chefs de ces Cours, et d'autre part, d'un député et d'un sénateur.

Le mandat des premiers est de six ans, celui des seconds correspond à la durée des mandats parlementaires. Ce mandat n'est pas renouvelable, sauf si la nomination d'un membre a eu lieu moins de deux ans avant l'expiration du mandat de son prédécesseur.

Cette composition mixte, souhaité par le Législateur, a vocation à garantir la compétence, l'indépendance et l'impartialité de la Commission. Cette dernière ne siège pas de façon permanente, mais se réunit, ou rend disponible l'un de ses membres, lorsqu'elle est saisie pour les missions décrites ci-après (voir infra 2°).

1.3 La possibilité de recourir à des « représentants » habilités au secret de la défense nationale

Lors des perquisitions, le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale est la seule personne à pouvoir prendre connaissance des éléments classifiés découverts.

Néanmoins, l'article R.2312-1 du code de la défense, issu du décret du 21 juin 2010⁵ dispose que le président peut se faire représenter :

a) s'agissant des lieux classifiés : par un membre de la commission (qui est de plein droit habilité au secret de la défense nationale);

b) s'agissant des lieux abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale : par un membre de la commission ou un délégué, dûment habilité au secret de la défense nationale et choisi sur une liste établie par la commission ;

Sur la liste des délégués pourront ainsi figurer :

- le secrétaire général et les anciens membres de la Commission,

- des personnes présentant des garanties au regard des deux objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, et n'exerçant pas de fonctions susceptibles de leur donner à connaître de la procédure judiciaire à l'origine de la perquisition.

c) dispositions communes aux représentants (membres et délégués) du président de la commission

Le président doit désigner ce représentant (membre ou délégué) dès la réception de la décision du magistrat. Il doit immédiatement, par tous moyens, informer tant le magistrat mandant que le représentant de la désignation à laquelle il vient de procéder (article R.2312-2 du code de la défense).

Le représentant doit être en mesure d'assurer sa présence effective sur le lieu de la perquisition, pendant toute la durée prévisible de celle-ci.

Le président ou son représentant peut lui-même se faire assister par des agents habilités à connaître des secrets.

2° Les missions de la commission

2.1 La mission traditionnelle de la Commission : l'avis sur la demande de déclassification d'éléments protégés

En cas de requête en déclassification, unique mission de la Commission jusqu'à la loi de programmation militaire du 29 juillet 2009, les pouvoirs de la commission sont doublement encadrés :

- d'une part, l'article L. 2312-1 du code de la défense dispose que l'avis de la commission consultative du secret de la défense nationale est rendu à la suite de la demande d'une juridiction française. Il en résulte que la commission ne peut être directement saisie de demandes émanant d'une juridiction étrangère ou d'un juge français agissant en exécution d'une commission rogatoire internationale ;

- d'autre part, le ministre ne peut déclassifier que des éléments classifiés par ses propres services. Il ne peut donc pas saisir la commission d'éléments classifiés par un autre ministère, par des autorités étrangères ou par des organismes internationaux comme l'OTAN ou l'Union Européenne. Il appartient dans cette dernière hypothèse au tribunal ou au magistrat français de s'adresser à l'instance exécutive de ces organismes. Une autorité française ne peut jamais déclassifier elle-même un élément classifié par une autorité étrangère, même en lui demandant une autorisation de déclassification. En pratique, le ministre concerné peut, à la demande du magistrat, solliciter cette déclassification auprès de l'autorité étrangère.

Selon l'article L2312-4 du code de la défense, la saisine de la commission nécessite une demande motivée lorsque le magistrat adresse une requête en déclassification au ministre concerné. Ce dernier transmet ensuite la

⁵ L'article R.2312-1 du code de la défense prévoit que :

« Art. R. 2312-1. - Le Président de la commission consultative du secret de la défense nationale peut lors de perquisitions réalisées par un magistrat, en application des dispositions du I de l'article 56-4 du code de procédure pénale, se faire représenter par un membre de la commission ou un délégué choisi sur une liste établie par la commission. En ce cas, il procède à la désignation de ce représentant dès la réception de la décision du magistrat.

« Peuvent figurer sur la liste le secrétaire général et les anciens membres de la Commission consultative du secret de la défense nationale, ainsi que des personnes présentant des garanties au regard des deux objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, et n'exerçant pas de fonctions susceptibles de leur donner à connaître de la procédure judiciaire à l'origine de la perquisition. Les personnes figurant sur la liste doivent être habilitées au secret de la défense nationale pour l'accomplissement de leur mission.

« Le choix du représentant doit permettre la présence effective de celui-ci sur le lieu de la perquisition envisagée par le magistrat, pendant toute la durée prévisible de celle-ci. »

demande sans délai pour avis à la commission. (voir infra II, B 2°, 2.2: la motivation de la requête en déclassification) ;

La Commission consultative du secret de la défense nationale a rappelé à plusieurs reprises dans ses rapports l'importance de cette motivation. Cette dernière a d'abord pour but de permettre à la commission de s'assurer de la validité de sa saisine.

Les membres de la commission ont libre accès, dans le cadre de leur mission, à l'ensemble des éléments classifiés. Son président peut, en outre, mener toutes investigations utiles, et les ministres, les autorités publiques, les agents publics doivent prendre toutes mesures utiles pour faciliter l'action de la commission.

La loi de programmation militaire du 29 juillet 2009 a introduit une nouvelle disposition : pour l'accomplissement de sa mission, la commission, ou sur délégation de celle-ci, son président, est habilitée à procéder à l'ouverture des scellés des éléments classifiés qui lui sont remis (voir infra II -C 4°). Quand elle use de cette faculté, elle doit en faire mention dans son procès-verbal de séance.

La commission se fonde, afin de rendre son avis motivé, sur les critères de l'article L.2312-7 du code de la défense qui indique que l'avis prend en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels. Il fait connaître cet avis sans délai à l'autorité administrative compétente.

Le sens de l'avis peut être favorable à la déclassification demandée, favorable à une déclassification partielle ou défavorable. 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 de la République française.

L'avis de la commission est rendu dans un délai de deux mois à compter de la saisine. Il est consultatif. Le ministre a donc toute latitude pour ordonner une déclassification malgré un avis défavorable de la commission ou pour refuser la déclassification malgré l'avis favorable de la commission. Il n'a pas à motiver sa décision.

Chaque élément déclassifié est revêtu d'une mention expresse de déclassification précisant la date de la décision du ministre. L'élément déclassifié portant cette mention peut alors être versé au dossier de la procédure et soumis au débat contradictoire.

Il est, par conséquent, impérieux de s'assurer que chaque élément transmis comporte bien la mention de déclassification. Les éléments sont parfois nombreux et il est recommandé que le magistrat ou les officiers de police judiciaire procèdent à cette vérification et établissent un inventaire des éléments déclassifiés.

2.2 La mission nouvelle du président de la Commission en cas de perquisition dans un lieu « abritant » ou « classifié »

Cette nouvelle mission de la Commission consultative du secret de la défense nationale, prévue par la loi du 29 juillet 2009, relève en premier lieu de son président.

En effet, le magistrat qui souhaite perquisitionner dans un lieu abritant des éléments couverts de la défense nationale, doit adresser au président de la commission une décision écrite lui indiquant les informations utiles à l'accomplissement de sa mission. Le président ou son représentant (ou même son délégué) se transporte alors sans délai sur le lieu de perquisition (voir infra II C 1°).

Par ailleurs, si le lieu visé par la perquisition est « classifié », cette information est donnée par le président de la commission au magistrat mandant lors du premier contact décrit ci-dessus.

Le magistrat doit alors adresser au président de la commission sa décision de perquisitionner, celle-ci doit être écrite et motivée (voir infra II C 2°, pour les règles relatives à ce type de perquisition). Cette décision vaut demande de déclassification du lieu aux fins de perquisition.

L'avis que le président transmet à l'autorité administrative, qui n'a pas ici besoin d'être motivé, prend en considération, comme dans le cas des éléments classifiés, les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels. Cet avis peut être favorable à la déclassification demandée, favorable à une déclassification partielle ou défavorable.

L'avis du président est consultatif. Le ministre a donc toute latitude pour ordonner une déclassification malgré un avis défavorable de la commission ou pour refuser la déclassification malgré l'avis favorable de la commission. Il n'a pas à motiver sa décision.

II - LA LEVÉE DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

La levée du secret de la défense nationale peut intervenir à la demande du magistrat suite à une réquisition judiciaire préalable, une requête en déclassification ou une perquisition.

A- La réquisition judiciaire

Afin d'obtenir les éléments classifiés intéressant la procédure, la réquisition judiciaire préalable est adressée à l'autorité administrative dont relève la classification, aux fins de transmission des éléments utiles à la manifestation de la vérité.

Cette solution est la plus compatible avec le respect des règles concernant le secret de la défense nationale. Elle protège les magistrats et les officiers de police judiciaire, même habilités, de tout risque de compromission. Elle est, d'ailleurs, en pratique fréquemment utilisée par les juges d'instruction.

Il existe en effet une alternative :

- Soit le magistrat a identifié le ou les éléments classifiés dont il souhaite obtenir communication ; dans ce cas, il peut adresser directement une demande de déclassification à l'autorité administrative compétente ;
- Soit le magistrat souhaite obtenir un certain nombre d'éléments qu'il ne peut identifier avec précision ; il a alors la possibilité de faire une réquisition préalable à l'administration concernée, afin que celle-ci procède à la recherche de ces éléments, en fasse le tri, et communique au magistrat les éléments qui ne sont pas classifiés. Les éléments classifiés feront ultérieurement l'objet d'une demande de déclassification du magistrat qui entraînera la saisine de la Commission consultative du secret de la défense nationale.

B. La requête en déclassification

1°- Les lieux et éléments susceptibles de faire l'objet d'une requête en déclassification

1.1 Les lieux concernés

L'article L. 2312-4 du code de la défense dispose qu'« un magistrat dans le cadre d'une procédure engagée devant lui, peut demander la déclassification temporaire aux fins de perquisition de lieux protégés au titre du secret de la défense nationale au président de la commission. Celui-ci est saisi et fait connaître son avis à l'autorité administrative dans les conditions prévues par l'article 56-4 du code de procédure pénale » (voir infra C 2° pour le contenu de la requête).

1.2 Les éléments concernés

L'autorité judiciaire peut demander la déclassification et la communication d'informations protégées au titre du secret de la défense nationale, à l'autorité administrative en charge de la classification. Il s'agit des éléments ayant fait l'objet d'une classification « très secret défense », « secret défense » ou « confidentiel défense », que les magistrats estiment nécessaires à la recherche de la vérité

2°- Les destinataires et la motivation de la requête

2.1 Les destinataires de la requête

La requête en vue d'obtenir la déclassification d'éléments couverts par le secret de la défense nationale doit être adressée par la juridiction ou par le magistrat qui sollicite la déclassification au ministre qui a procédé à la classification. Elle ne peut être demandée directement à la Commission consultative du secret de la défense nationale. Il appartient alors au ministre de procéder à des investigations auprès de ses services, afin d'identifier les éléments visés par la demande, puis de les transmettre pour avis à la Commission consultative du secret de la défense nationale.

L'article L. 2312-4 du code de la défense prévoit que le ministre doit saisir sans délai la commission. Cependant, le délai de saisine dépend du temps nécessaire à l'identification des éléments demandés. En pratique, il a été constaté que certaines requêtes visaient de façon trop imprécise un ensemble de documents dont la recherche pouvait s'avérer délicate. Il apparaît donc souhaitable que leur identification soit aussi précise que possible.

S'agissant de la requête en déclassification d'un lieu, elle est adressée directement au président de la commission consultative du secret de la défense nationale. Celui-ci est saisi et fait connaître son avis à l'autorité administrative en charge de la classification dans les conditions prévues à l'article 56-4 du code de procédure pénale.

2.2 La motivation de la requête

Le même article L. 2312-4 du code de la défense exige que la demande du magistrat soit motivée. La commission, dans ses rapports successifs, a regretté que, dans certains cas, les magistrats n'aient pas précisé davantage la motivation de leur requête.

Cette motivation a d'abord pour but de permettre à la commission - ou à son président s'agissant des lieux classifiés - de s'assurer de la validité de sa saisine.

Elle a également pour objectif, dans le cas des lieux classifiés, de permettre au président d'apprécier, au vu des motifs fournis, la pertinence de la perquisition.

Dans les deux cas, cette motivation doit permettre à la commission ou à son président, l'exercice éclairé de sa mission.

En ce qui concerne les éléments dont la déclassification est sollicitée, la commission doit vérifier qu'ils intéressent effectivement la procédure en cause. Par ailleurs, afin que toutes les pièces classifiées de nature à éclairer la justice soient soumises à l'examen collégial de la commission, la motivation permet de guider les investigations complémentaires du président et les délibérations de celle-ci.

La commission a souligné qu'elle avait toujours proposé une déclassification plus large, lorsque les motifs de la demande présentée par le magistrat étaient explicites. Si la demande de saisine de la commission n'a pas à décrire le contexte de la procédure ni à dévoiler des éléments couverts par le secret de l'instruction qui ne sont pas directement utiles à la mission de la commission, il apparaît en revanche très utile de lui permettre d'apprécier ce qui, dans les documents qui lui seront soumis, relève ou non de la procédure judiciaire, en mettant notamment en évidence les liens entre la procédure judiciaire et la requête présentée.

La protection du secret de l'enquête n'apparaît pas incompatible avec cette exigence : en effet, le secret de l'instruction et le « secret-défense » sont deux obligations de nature légale et d'égale portée, et la Commission consultative sur le secret de la défense nationale a besoin de partager le secret de l'instruction pour la partie strictement en rapport avec sa saisine.

C - La perquisition dans un lieu bénéficiant d'une protection relative au secret de la défense nationale

Les nouvelles dispositions issues de la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire pour les années 2009 à 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense, sont directement inspirées des textes existant notamment pour les médecins, avocats ou notaires. Ces règles sont destinées à protéger les droits de la défense, le secret professionnel et médical, ou encore le secret des sources des journalistes, sans pour autant restreindre plus que nécessaire le déroulement des investigations judiciaires.

L'ensemble du dispositif concilie donc les objectifs constitutionnels de recherche des auteurs d'infractions pénales, d'une part, et de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation, d'autre part.

Quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le lieu considéré, les règles posées pour le déroulement de la perquisition sont sanctionnées par la nullité de la procédure.

Trois hypothèses doivent être distinguées pour déterminer le régime de perquisition applicable.

1°- la perquisition dans un lieu abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale (article 56-4 I du code de procédure pénale)

Ces lieux sont répertoriés dans une liste, établie de façon précise et limitative par arrêté du Premier ministre. Selon l'article R 2311-9-1 du code de la défense, cette liste « désigne les lieux en cause dans des conditions de nature à permettre l'identification exacte de ceux-ci par la Commission consultative du secret de la défense nationale et les magistrats. Elle peut comporter des catégories de locaux, classés par département ministériel, lorsque cette désignation suffit à l'identification des lieux, ou, dans le cas contraire, des localisations individuelles. Elle est régulièrement actualisée ».

« La liste est transmise au ministre de la justice et au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Le ministre de la justice met en œuvre, dans des conditions définies par arrêté du Premier ministre, un accès sécurisé à la liste, de nature à préserver la confidentialité de celle-ci et permettant à chaque magistrat de vérifier si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition figure sur cette liste »

L'arrêté du 21 juin 2010 dispose, dans son article 2, « qu'afin de savoir si le lieu dans lequel il envisage d'effectuer une perquisition figure sur la liste, le magistrat interroge le ministère de la justice, détenteur de la liste. Ce dernier répond au magistrat par tous moyens et dans les meilleurs délais possibles, compatibles avec l'urgence de la procédure engagée ».

En pratique, le magistrat doit effectivement vérifier si le lieu dans lequel il souhaite effectuer une perquisition figure sur cette liste, en prenant attache, par tous moyens (notamment courrier électronique ou appel téléphonique), avec le bureau compétent au sein de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâce, ou à défaut avec la permanence de cette direction ⁶.

Le dispositif est opérationnel chaque jour de l'année, 24 heures sur 24, et prévoit que le magistrat demandeur communique à son collègue de permanence à la Direction des Affaires Criminelles et des Grâce, la dénomination du lieu qu'il souhaite perquisitionner. Le magistrat de la DACG vérifie si l'endroit visé figure sur la liste des lieux abritant des secrets de la défense nationale. Il l'indique par tous moyens et dans les meilleurs délais possibles à son collègue mandant.

Si la réponse est positive, la perquisition ne peut ensuite être effectuée que par un magistrat, et en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale de son représentant, membre de la commission, ou d'un délégué désigné selon la procédure décrite précédemment (cf. I - C, 1°, 1.3). Le président de la commission, son représentant, ou son délégué, se transporte sur les lieux sans délai.

La perquisition ne peut être effectuée qu'en vertu d'une décision écrite⁷ du magistrat, qui indique au président les informations utiles à l'accomplissement de sa mission.

Avant de commencer la perquisition, le magistrat porte à la connaissance du président de la commission, son représentant, ou son délégué, ainsi qu'à celle du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu, la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition, son objet et les lieux visés par cette perquisition.

Le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale peut seul prendre connaissance des éléments classifiés découverts, il peut à cet effet se faire assister d'agents habilités.

Le magistrat ne peut saisir que les éléments classifiés se rapportant aux infractions sur lesquelles portent les investigations.

2° La perquisition dans un lieu classifié (article 56-4 III du code de procédure pénale)

⁶ Voir annexe 4

⁷ Le texte ne prévoit pas l'obligation de motivation dans cette hypothèse

A la différence des précédentes, une perquisition n'est possible dans cette catégorie de lieux « classifiés » qu'après déclassification temporaire, et elle exige le respect des règles suivantes :

- la perquisition ne peut être réalisée que par un magistrat ;
- elle est effectuée en présence du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale ou de son représentant, obligatoirement membre de la commission ;
- elle intervient en vertu d'une décision judiciaire écrite et motivée indiquant la nature des infractions recherchées, les raisons et l'objet de la perquisition, qui est adressée lors de sa saisine au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, puis notifiée aux responsables des lieux⁸, lors de la perquisition ;
- le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale peut seul prendre connaissance des éléments classifiés découverts, il peut à cet effet se faire assister d'agents habilités ;
- le magistrat ne peut saisir que les éléments classifiés se rapportant aux infractions sur lesquelles portent les investigations.

En pratique, le magistrat qui souhaite perquisitionner un lieu qui pourrait entrer dans cette catégorie doit :

- prendre l'attache de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, selon la procédure décrite au paragraphe précédent (1°), afin de savoir si l'endroit visé figure sur la liste des lieux abritant des secrets ;
- en cas de réponse positive, contacter la Commission consultative du secret de la défense nationale - qui détient la liste des lieux classifiés - pour vérifier si le lieu dans lequel il entend procéder à la perquisition est en outre « classifié »⁹ ;
- dans l'hypothèse d'une réponse affirmative, adresser au président de la commission sa décision écrite et motivée de perquisition valant demande de déclassification temporaire. Il indique « la nature de l'infraction sur laquelle portent ses investigations, les raisons justifiant l'opération et l'objet de celle-ci, ainsi que le lieu visé »¹⁰.

La perquisition doit donc être précédée d'une décision de déclassification temporaire du lieu aux fins de perquisition et ne peut être entreprise que dans les limites de la déclassification ainsi décidée. A cette fin, le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, saisi par la décision écrite et motivée du magistrat, fait connaître sans délai son avis à l'autorité administrative compétente sur la déclassification temporaire, totale ou partielle, du lieu.

L'autorité administrative fait à son tour connaître sa décision sans délai. La déclassification prononcée par l'autorité administrative ne vaut que pour le temps des opérations. En cas de déclassification partielle, la perquisition ne peut être réalisée que dans la partie des lieux qui fait l'objet de la décision de déclassification de l'autorité administrative.

3° la perquisition dans un lieu « neutre » (article 56-4 II du code de procédure pénale)

Il s'agit là de l'hypothèse où, au cours de la perquisition, et alors que rien ne le laissait présumer, le magistrat découvre incidemment des éléments classifiés (article 56-4 II du code de procédure pénale).

Dans ce cas, et afin de ne pas suspendre les opérations en cours, le texte prévoit que les enquêteurs avisent immédiatement le magistrat en charge du dossier, qui en informe le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale. Les éléments classifiés sont placés sous scellés, sans que le magistrat ou l'officier de police judiciaire qui les a découverts ne puisse en prendre connaissance, sous peine de compromission.

Ces éléments sont remis ou transmis, par tout moyen en conformité avec la réglementation applicable aux secrets de la défense nationale, au président de la commission, afin qu'il en assure la garde.

⁸ Le magistrat doit en effet porter à la connaissance du chef d'établissement ou de son délégué, ou du responsable du lieu, au commencement de la perquisition, la décision écrite et motivée qui sert de base à son acte (Article 56-4 III du code de procédure pénale)

⁹ Dès ce stade de la procédure, la commission fait authentifier, s'il y a lieu, par la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces l'identité et la qualité du requérant ; après avoir effectué les vérifications nécessaires, le ministère de la Justice avise par tout moyen de leur résultat la commission, afin de lui permettre de répondre à la demande

¹⁰ Article 56-4 III du code de procédure pénale

Le procès-verbal relatant les opérations relatives à ces éléments classifiés n'est pas joint au dossier de la procédure judiciaire mais remis au président de la commission.

Ces scellés sont ensuite restitués par la commission à l'autorité administrative lors de la transmission de son avis (article L. 2312-5 du code de la défense).

Ce régime propre aux lieux « neutres », entré en vigueur dès la promulgation de la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire, a servi de dispositif transitoire dans l'attente de la parution des textes réglementaires précisant les règles applicables aux perquisitions dans des lieux abritant des secrets de la défense nationale.

Dans les lieux « neutres » comme dans les deux autres catégories de lieux précitées, l'intervention du président de la commission au moment de la perquisition ne dispense naturellement pas le magistrat de solliciter s'il le juge utile, et selon les règles habituelles posées par les articles L. 2312-4 et suivants du code de la défense, la déclassification des éléments ainsi découverts.

4° les règles relatives au placement sous scellés d'éléments classifiés

Lors de la perquisition, il conviendra de veiller au respect du principe de continuité du service public, notamment pour les activités relatives à la défense nationale, qui contribuent à la protection des intérêts fondamentaux de l'Etat.

Seul le président de la Commission consultative du secret de la défense nationale, son représentant et, s'il y a lieu, les personnes qui l'assistent, peuvent prendre connaissance des éléments classifiés découverts sur les lieux classifiés ou abritant de tels éléments.

Le magistrat ne peut saisir, parmi les éléments classifiés, que ceux relatifs aux infractions sur lesquelles portent les investigations. Si les nécessités de l'enquête justifient que les éléments classifiés soient saisis en original, des copies sont laissées à leur détenteur.

Chaque élément classifié saisi est, après inventaire dressé par le président de la commission, placé sous scellé. Les scellés sont remis au président de la Commission consultative du secret de la défense nationale qui en devient gardien. Les opérations relatives aux éléments classifiés saisis, ainsi que l'inventaire de ces éléments, font l'objet d'un procès-verbal qui n'est pas joint au dossier de la procédure et qui est conservé par le président de la commission.

Une procédure dérogatoire est prévue pour permettre à la commission d'ouvrir les scellés hors la présence de toutes les personnes présentes lors de la saisie. En effet, l'article L. 2312-5, alinéa 4 dispose que « pour l'accomplissement de sa mission, la commission, ou sur délégation de celle-ci, son président, est habilitée, nonobstant les dispositions des articles 56 et 97 du code de procédure pénale, à procéder à l'ouverture des scellés des éléments classifiés qui lui sont remis. La commission en fait mention dans son procès-verbal de séance.

Cet article prévoit également que : « Les documents sont restitués à l'autorité administrative par la commission lors de la transmission de son avis ».

Par ailleurs, il pourra utilement être recouru, en cas de saisie de données sur un support informatique, à la procédure visée aux articles 56 alinéa 4 et 97 alinéa 3 du code de procédure pénale, en plaçant sous main de justice une copie du support plutôt que l'original. A défaut, et quel que soit le support de l'élément classifié, une copie de travail devra être effectuée et laissée à la disposition de l'autorité administrative.

Les copies informatiques et les éditions sur support papier de données protégées devront être effectuées dans le respect des dispositions de l'instruction générale interministérielle 1300¹¹, en présence du représentant de l'autorité administrative.

Si les éléments classifiés sont établis sur support numérique, et qu'ils sont en outre intégrés à un réseau entièrement classifié, il devra être veillé à ce que les copies ne concernent que les éléments strictement en rapport avec la mission concernée. Il en va de même pour la copie du support informatique ou pour l'impression papier des données qui devront être réalisées sur les lieux et selon les modalités de traitement spécifiques à la protection des éléments classifiés.

Ces éléments ne pourront évidemment être versés à la procédure judiciaire qu'après déclassification par

11 Voir annexe 2

l'autorité administrative compétente. La déclassification et la communication des éléments mentionnés dans l'inventaire relèvent de la procédure prévue par les articles L.2312-4 et suivants du code de la défense, déjà décrite.

En effet, l'intervention du président de la Commission consultative du secret de la défense nationale au moment de la perquisition, bien qu'il soit gardien des scellés portant sur des éléments classifiés, ne dispense en aucun cas le magistrat, s'il le juge utile, de saisir le ministre d'une requête en déclassification des éléments ainsi découverts. Le ministre saisira alors officiellement la commission, qui rendra l'avis prévu par la loi, dans le cadre de sa mission traditionnelle.

III- LES SANCTIONS PÉNALES PRÉVUES EN CAS DE NON RESPECT DES RÈGLES DE PROTECTION DU SECRET DE LA DÉFENSE NATIONALE

A – Le délit de compromission

La compromission d'un secret protégé non déclassifié est un délit réprimé par les articles 413-10 et 413-11 du code pénal¹². Il expose son auteur à des poursuites devant le tribunal correctionnel. L'infraction de compromission est constituée même si la divulgation n'est pas réalisée mais seulement rendue possible. La tentative de compromission est sanctionnée comme le délit consommé¹³.

La compromission peut être sanctionnée même lorsqu'elle est commise par négligence¹⁴. Le versement à un dossier judiciaire par erreur d'une pièce classifiée peut donc avoir des conséquences pénales.

La compromission d'un secret consiste à le révéler ou à rendre possible sa divulgation, en tout ou partie, à quelqu'un qui n'a pas à en connaître. Si la compromission délibérée demeure rare, les compromissions par négligence du détenteur ou par accès illicite sont fréquentes.

Les dispositions sur la compromission ont été récemment élargies par la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire: d'une part, à la notion d'« information », terme employé dans les accords internationaux et qui se substitue à la notion de « renseignement », trop restrictive ; et d'autre part, à celle de « réseau informatique », pour tenir compte des pratiques liées à l'usage des nouvelles technologies, les « fichiers » étant déjà protégés.

L'auteur de l'infraction peut être une personne qualifiée ou un simple tiers. Est dite « qualifiée » la personne qui, par son état, sa profession, sa fonction ou sa mission, temporaire ou permanente, est habilitée à avoir accès à une information classifiée et a le besoin d'en connaître.

En matière d'accès aux lieux protégés, est assimilée à une personne qualifiée celle qui, en raison de ses obligations professionnelles, a fait l'objet d'un contrôle élémentaire de son passé personnel. Est considérée comme tiers toute personne à laquelle l'accès au secret est interdit. A la différence de la personne qualifiée, le simple tiers ne peut se voir reprocher pénalement une attitude passive ou négligente.

En matière d'informations ou supports protégés, la classification ne connaît pas de limite dans le temps : tant que l'élément n'a pas été déclassifié, quelle que soit l'ancienneté ou la pertinence de la mesure, le délit de compromission peut être caractérisé. Une personne habilitée n'est pas déliée de ses obligations lorsque cesse son habilitation.

En vertu des articles 414-8 et 414-9 du code pénal, les dispositions sur la compromission concernent également les actes commis au préjudice des puissances signataires du traité de l'Atlantique Nord et de l'organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN), elle-même. Elles s'appliquent également aux informations échangées :

- en vertu d'un accord de sécurité, régulièrement approuvé et ratifié, conclu entre la France et un ou

¹² Ces dispositions ne sont pas les seules à protéger le secret, les articles consacrés à la trahison et à l'espionnage y faisant également référence, de manière indirecte (art. 411-6 du code pénal pour la livraison d'un secret à une puissance étrangère, 411-7 pour la collecte de renseignements afin de transmission à une puissance étrangère, 411-8 pour l'exercice d'une activité ayant pour but la livraison de renseignements à une puissance étrangère).

¹³ Art. 413-12 du code pénal

¹⁴ Peut ainsi par exemple être incriminée une attitude négligente ou imprudente, consistant à méconnaître les instructions et consignes administratives relatives à la protection du secret

plusieurs autres Etats étrangers ou une organisation internationale ;

- entre la France et une institution ou un organe de l'Union européenne et classifiée en vertu des règlements de sécurité de ces derniers, publiés au Journal officiel de l'Union européenne.

B – Le champ d'application de la compromission

1° Le risque de compromission résultant de la pénétration dans les zones protégeant des secrets de la défense nationale

Les règles de conservation et d'accès à des renseignements classifiés sont réglementées par l'instruction générale interministérielle du 25 août 2003¹⁵ (IGI 1300). Cette instruction prévoit notamment que les supports classifiés sont entreposés dans une zone protégée, érigée en « zone réservée » pour les éléments classifiés « secret défense » ou « très secret défense ».

Les zones protégées sont, aux termes de l'article R. 413-3 du code pénal, créées par arrêté du ministre ayant déterminé le besoin de protection.

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, 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 Conseil d'Etat avait estimé, dans son avis du 5 avril 2007¹⁶, que cette incrimination ne pouvait concerner le magistrat menant des investigations.

Néanmoins si la zone protégée recouvre un lieu classifié, l'entrée dans le lieu expose le magistrat et l'autorité administrative à un risque pénal de compromission. En effet, les lieux classifiés bénéficient d'une protection particulière, instaurée par la loi de programmation militaire du 29 juillet 2009. Constitue un délit, au regard de l'article 413-11-1 du code pénal, le fait d'accéder sans autorisation à un lieu classifié ou de porter à la connaissance d'une personne non qualifiée un élément relatif à la nature des installations ou des activités qu'un tel lieu abrite.

Caractérise un délit, réprimé plus sévèrement encore, le fait, pour une personne qualifiée, de permettre, à une personne non qualifiée d'accéder à un lieu classifié ou de divulguer un élément relatif à la nature des installations ou des activités qu'il abrite. Ces faits sont punissables, qu'ils aient été commis de façon délibérée ou seulement par imprudence ou négligence¹⁷.

2° Le risque de compromission au cours d'une perquisition

L'opération de perquisition elle-même est susceptible d'engager la responsabilité pénale des personnes qui y participent du chef de délit de compromission d'un secret de la défense nationale. En effet, non seulement les magistrats n'ont pas qualité pour connaître des secrets de la défense nationale, mais, de plus, la délégation que l'officier de police judiciaire reçoit du juge d'instruction, en vertu des dispositions de l'article 81 du code de procédure pénale, ne saurait lui conférer plus de pouvoirs que ceux que le juge tient de ces dispositions.

L'officier de police judiciaire ne saurait, ainsi, selon l'avis précité du Conseil d'Etat le 5 avril 2007, se prévaloir d'une habilitation qui aurait pu lui être conférée par ailleurs par l'autorité administrative, pour connaître de certaines informations classifiées.

Le Conseil d'Etat a souligné à cette occasion qu'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, accéder à, ou

15 Voir annexe 2

16 Voir annexe 1

17 Art. 413-10-1 du code pénal

prendre connaissance d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale (...) ».

Au cas où le magistrat procéderait à une perquisition en vue de saisir et de placer sous scellés des documents classifiés sans respecter la procédure issue de la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009 relative à la programmation militaire, le risque de compromission, résultant de la prise de connaissance de secrets protégés, ne saurait donc être écarté.

De surcroît, toute personne dépositaire d'éléments couverts par le secret de la défense nationale en est responsable. Elle 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 prévu à l'article 413-10 du code pénal.

Les opérations de perquisition devront en conséquence se dérouler dans le plus strict respect des règles issues des nouvelles dispositions législatives et réglementaires présentées dans cette circulaire.

Les dispositions de la présente circulaire sont de nature à préserver au mieux le nécessaire équilibre entre les exigences de la manifestation de la vérité et la protection du secret attaché à des informations relatives à la défense nationale.

J'appelle à nouveau votre attention sur le fait que les dispositions ci-dessus évoquées sont prescrites à peine de nullité.

Vous voudrez bien me rendre compte des difficultés que vous pourriez rencontrer dans la mise en œuvre des présentes instructions sous le timbre du bureau de la lutte contre la criminalité organisée, le terrorisme et le blanchiment.

*Pour la ministre d'État, garde des sceaux,
ministre de la justice et des libertés,
La directrice des affaires criminelles et des grâces*

Maryvonne CAILLIBOTTE