Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information

Bertrand Warusfel

▶ **To cite this version:**

Bertrand Warusfel. Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information. Droit. Université Paris 5 René Descartes, 1994. Français. ⟨NNT : ⟩. ⟨tel-01903827⟩

HAL Id: tel-01903827

https://theses.hal.science/tel-01903827v1

Submitted on 17 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

HAL Authorization

HAL
archives-ouvertes.fr

Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information

Bertrand Warusfel

▶ **To cite this version:**

Bertrand Warusfel. Le secret de la défense nationale - Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information. Droit. Université Paris 5 René Descartes, 1994. Français. <tel-01903827>

HAL Id: tel-01903827

https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01903827

Submitted on 24 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE RENE DESCARTES (PARIS V)
FACULTE DE DROIT

LE SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information

THESE

pour le Doctorat d'Etat en Droit
présentée et soutenue publiquement par

Monsieur Bertrand WARUSFEL

Préparée sous la direction de
Monsieur le Professeur Bernard CHANTEBOUT

JURY

Monsieur Jean RIVERO
Professeur émérite à l'Université de Paris II

Monsieur le Contrôleur général Jean-Claude ROQUEPLO
Chef du Contrôle général des Armées

Monsieur Bernard CHANTEBOUT
Professeur à l'Université de Paris V

Monsieur Olivier GOHIN
Professeur à l'Université de Paris V

Monsieur Herbert MAISL
Professeur à l'Université de Paris X

Monsieur Jacques-Henri ROBERT
Professeur à l'Université de Paris II

1994

L'Université René Descartes (Paris V) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements très sincères vont d'abord à mon directeur de thèse, le professeur Bernard Chantebout qui m'a accueilli dans son équipe de recherches du centre Droit et Défense et qui, tout au long de ce travail, m'a assuré de sa confiance avant d'être le premier lecteur et le principal critique de ce texte.

Autour de lui, j'ai pu compter en permanence sur le soutien très utile et très amical de toute l'équipe du centre et de la revue Droit et Défense, au sein de laquelle je suis fier de travailler.

Pour la relecture, la correction et le tirage de ce travail, j'ai bénéficié du soutien efficace de ma collaboratrice, Marie Pasquier, de l'ensemble de l'équipe de mon cabinet et de toute ma famille. Ils ont tous contribué, directement ou indirectement, à cet effort et à son achèvement. Ils savent que je leur en suis très reconnaissant.

Mais c'est, bien naturellement, ma femme Marie-Françoise qu'il me faut remercier le plus car elle a subi toutes les contraintes de ce travail avant de m'apporter l'aide matérielle et morale irremplacable dont j'avais besoin pour pouvoir terminer et mettre au point cet ouvrage. Il lui est donc naturellement dédié.

Je voudrais également rappeler que ce travail tient beaucoup à l'année que j'ai passé au sein de la Direction des affaires juridiques du ministère de la défense, que dirigeait alors le Contrôleur général Jean-Claude Roqueplo, auquel je dois notamment d'avoir choisi ce sujet et que je remercie de son intérêt personnel pour mon travail tout au long de ces années.

Les deux premières années de ce travail ont fait également l'objet d'une allocation de recherche versée par le Ministère de la Recherche et de la Technologie.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE
LA DEFINITION DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

Chapitre Ier
La difficile recherche d'une définition légale

Chapitre II
Le secret de défense, composante de la protection des intérêts fondamentaux de la nation

Chapitre III
Les champs d'application du secret de défense

DEUXIEME PARTIE
LA PROTECTION DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

Chapitre Ier
Les services responsables : la structure générale du contre-espionnage

Chapitre II
Les règles de protection du secret

Chapitre III
La protection du secret dans le contexte de la société d'information contemporaine

TROISIEME PARTIE
LES LIMITES DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

Chapitre Ier
Des risques d'abus susceptibles de discréditer l'usage du secret

Chapitre II
Un équilibre fragile entre le secret et les nouveaux droits des citoyens

Chapitre III
Une prérogative sans contre-pouvoir

CONCLUSION GENERALE
ORGANISER LE CONTROLE DU SECRET

LE SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

Protection des intérêts de la nation et libertés publiques dans une société d'information

RESUME DE LA THESE

Le secret de la défense nationale est un concept juridique et administratif difficile à définir, dont la protection obéit à des règles complexes et en pleine évolution et qui, pour ne pas déboucher sur des abus graves, doit être encadré et limité.

La définition du secret de la défense nationale

Etant à l'origine une pratique de pouvoir très individualisée entre les mains des princes, le secret étatique s'est transformé progressivement en un concept reconnu par le droit pénal : celui du secret de la défense nationale. Pour autant, la nécessaire définition de son contenu et de l'étendue de son application a toujours été un exercice difficile.

L'histoire des lois pénales fondant le secret de défense est donc un cheminement législatif qui - depuis le Code pénal de 1810 jusqu'à celui de 1994 - a toujours été marqué par la difficile recherche d'une définition de ce secret.

La nouvelle définition du secret de la défense nationale qu'en donne le nouveau Code pénal présente deux innovations, par rapport aux textes antérieurs :

- Elle fait désormais du secret de défense, une simple composante d'un dispositif plus vaste de protection des intérêts fondamentaux de la nation.

- Elle lie étroitement l'existence juridique d'un secret de défense aux mesures que prend l'administration pour le protéger.

Plus que jamais, la pratique administrative et la jurisprudence pénale paraissent donc les sources essentielles permettant de connaître les champs d'application du secret. La pratique produit le secret plus que la loi ne le définit.

La protection du secret de la défense nationale

Le *"système du secret"* s'appuie largement sur les services de sécurité et de contre-espionnage, responsables de sa protection - qui sont autant les maîtres du secret de la défense nationale qu'ils en sont les serviteurs. Ils définissent et mettent en oeuvre tout un ensemble de règles de protection du secret relatives aux supports d'information (classification), aux personnes (habilitation et "besoin d'en connaître") et à la protection physique des sites.

Ce dispositif de protection est confronté aujourd'hui aux réalités de la vie sociale et économique contemporaine, qui se caractérise par d'importantes mutations quant à l'objet du secret (les secrets technologiques ou économiques deviennent essentiels), aux acteurs du secret (les entreprises privées sont de plus en plus concernées au travers des marchés qu'elles passent) et aux supports du secret (qui deviennent majoritairement des systèmes d'information).

Les principes et les modalités de la protection du secret sont donc profondément remis en question dans le contexte de la société d'information contemporaine.

Les limites du secret de la défense nationale

Comme toute pratique sociale, l'usage du secret de défense atteint obligatoirement ses propres limites ou se heurte à celles des autres activités individuelles et collectives. Cette limitation est inévitable et elle est, en même temps, nécessaire. Aux contraintes intrinsèques du *"système du secret"*, s'ajoutent celles qui tiennent aux nouvelles réalités de la société d'information et aux exigences juridiques d'un Etat de droit.

Risquant d'être discrédité par les abus périodiques que peut engendrer sa pratique excessive et inconsidéré, le secret de défense se trouve aujourd'hui limité juridiquement par l'étendue des textes organisant la protection et l'information des citoyens. Entre ces droits nouveaux et les prérogatives traditionnelles de l'Etat qui s'expriment au travers de l'usage du secret, il existe un équilibre fragile et susceptible d'évoluer au fil de la pratique administrative et de la jurisprudence.

Cette limitation *a priori* du secret, par les lois et les autorités organisant la protection et l'information des citoyens, ne peut suffire à cacher la défaillance des dispositifs de limitation *a posteriori* et nous conduit à penser qu'il est urgent - dans l'intérêt même de la sécurité nationale - de mettre en place un contrôle de la pratique du secret. Ce contrôle devrait être, en toute logique juridique, un contrôle juridictionnel doublé, peut-être, d'un contrôle parlementaire. Mais, bien que rien ne s'y oppose formellement en droit français, cette perspective reste trop aléatoire du fait des habitudes existantes en la matière. Dès lors, nous proposons plutôt la mise en oeuvre d'un contrôle minimum par les juridictions administratives et judiciaires, s'appuyant éventuellement sur une structure administrative indépendante qui aurait la charge d'accéder directement au secret et de formuler des avis.

Touchant à la fois une prérogative essentielle de l'Etat (la sécurité) et la dimension majeure de la société contemporaine (l'information), ce débat sur la politique du secret et son encadrement juridique nous paraît au coeur de la problématique sur le rôle et l'avenir de la fonction étatique dans les sociétés d'information.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

A.E.M.G.	Autorisation d'exportation de matériel de guerre
A.F.P.	Agence France Presse
A.J.D.A	Actualité juridique de droit administratif
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
Art.	Article
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
Bull. civ.	Bulletin des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
c/	contre
C.A.	Cour d'appel
C.A.A.	Cour administrative d'appel
C.A.D.A.	Commission d'accès aux documents administratifs
C.C.A.G.	Cahier des clauses administratives générales
C.C.A.G./M.I.	Cahier des clauses administratives générales - Marchés industriels
C.C.A.G./P.I.	Cahier des clauses administratives générales - Prestations intellectuelles
C.D.F.	Contrôle de la destination finale
C.E.	Conseil d'Etat
C.E. Ass.	Conseil d'Etat, assemblée
C.E. Sect.	Conseil d'Etat, section
C.J.C.E.	Cour de justice des Communautés européennes
C.N.I.L.	Commission nationale de l'informatique et des libertés

Cass.	Cour de cassation
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Chr.	Chronique
C.C.I.	Chambre de commerce internationale
C.E.E.	Communauté économique européenne
C.E.A.	Commissariat à l'énergie atomique
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.R.N.	Centre d'études et de recherche nucléaire
C.J.C.E.	Cour de Justice des communautés européennes
C.I.A.	Central Intelligency Agency
C.I.E.E.M.G.	Commission interministérielle d'étude des exportations de matériel de guerre
C.N.C.I.S.	Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité
C.N.E.S.	Centre national d'études spatiales
C.N.I.L.	Commission nationale de l'informatique et des libertés
C.N.R.S.	Centre national de la reherche scientifique
C.S.T	Computer Security Center
CO-COM	Coordinating Committee
D.	Recueil Dalloz
D.E.A.	Diplome d'études approfondies
D.E.S.S.	Diplome d'études supérieures spécialisées
D.I.S.S.I.	Délégation interministérielle à la sécurité des systèmes d'information
D.C.R.G.	Direction centrale des renseignements généraux
DG XIII	Direction générale XIII de la Commission des Communautés européennes
D.G.A.	Délégation générale pour l'armement
D.G.S.E.	Direction générale de la sécurité extérieure
D.P.S.D.	Direction de la protection et de la sécurité de défense

D.R.E.T.	Direction des recherches, études et techniques (D.G.A.)
D.R.M.	Direction du renseignement militaire
D.S.T.	Direction de la surveillance du territoire
éd.	éditeur
et s.	et suivant
F.E.D.N.	Fondation pour les Etudes de défense nationale
F.O.I.A.	Freedom of Information Act
Gaz. Pal.	Gazette du palais
G.C.R.	Groupement de contrôles radioélectriques
G.C.H.Q.	Government Communications Headquarters
G.I.C.	Groupement interministériel de contrôle
H.M.S.O	His Majesty Stationnery Office
I.E.P.	Institut d'Etudes politiques
I.F.S.A.	Institut français de science administrative
I.H.E.D.N.	Institut des hautes études de défense nationale
I.H.E..S.I.	Institut des hautes études de sécurité intérieure
J.C.P.	Jurisclasseur périodique. Edition générale
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.A.N.	Journal officiel des débats de l'Assemblée nationale
K.G.B.	Comité pour la sécurité de l'Etat (ex-U.R.S.S.)
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence

M.T.C.R.	Missile technology control regime
N.A.C.S.I.M.	National Communication Security Information
N.A.S.A.	National Aerospace Agency
N.S.A.	National Security Agency
nCP	Nouveau Code pénal
Obs.	Observations
op.cit.	Opere citato
O.C.D.E.	Organisation pour la coopération et le développement économique
O.T.A.N.	Organisation du traité de l'Atlantique nord
p.,pp	page, pages
P & T	Postes & télécommunications
P.U.F.	Presses universitaires de France
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux et du tribunal des Conflits et des jugements des tribunaux administratifs (dit recueil LEBON)
réed.	réédition
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.F.A.	République fédérale d'Allemagne
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.G.	Renseignements généraux
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen

S.	Recueil Sirey
S.C.S.S.I.	Service central de sécurité des systèmes d'information
S.D.E.C.E.	Service de documentation extérieure et de contre-espionnage
SIAR	Service de la surveillance industrielle de l'armement (D.G.A.)
S.G.D.N.	Secrétariat général de la défense nationale
Somm. comm.	Sommaire commenté (Dalloz Sirey)
sous la dir.	sous la direction (ouvrage collectif)
S.R.I.	Stanford Research Institute
T.A.	Tribunal administratif
Tempest	Transient Electromagnetic Pulse Emanation Standard
T.C.	Tribunal de commerce
U.E.	Union européenne
U.E.O.	Union de l'Europe occidentale
U.S.C.	United States Codes
Vol.	Volume

INTRODUCTION GENERALE

Si le concept de secret de la défense nationale n'est réellement connu en droit français que depuis un siècle environ, il se rattache à une longue tradition de prérogatives régaliennes dont l'évolution a accompagné l'institutionnalisation du pouvoir étatique en France (Section I.). Sa difficile intégration dans les cadres de notre droit public contemporain témoigne donc de la crise structurelle du modèle de l'Etat-nation face à l'essor d'une société d'information fondée sur les technologies du savoir et la mondialisation des échanges (Section II.). La rédaction du Livre IV du nouveau Code pénal peut, de ce point de vue, être considérée comme une synthèse audacieuse - mais sans doute impossible - pour dépasser les contradictions majeures du "*système du secret*" [1] contemporain (Section III).

SECTION I. - Le développement progressif d'un "système du secret"

Un rapide survol historique de l'usage du secret comme moyen d'Etat nous permet d'identifier plusieurs étapes successives, correspondant chacune à un moment du développement du pouvoir étatique.

§ *1. - Le secret comme pratique du pouvoir absolu*

Au commencement, le secret est d'abord une pratique de pouvoir personnel, celle du "*secret du Roi*", celle des "*arcana imperii*". Le secret du prince constitue l'un des aspects essentiels d'un mode de gouvernement autocratique dont les usages se sont fixés progressivement entre le XVème et le XVIIIème siècle [2]. Après les travaux des jurisconsultes et des théoriciens du pouvoir (Machiavel, Bodin) qui proposent des

---

[1] Nous empruntons ce concept à Jean-Pierre Chrétien-Goni, "*Institutio arcanae* - Théorie de l'institution du secret et fondement de la politique" in Christian Lazzeri & Dominique Reynié (sous la dir.), *Le pouvoir de la raison d'Etat*, PUF, 1992, p. 147.

[2] Dès le XVIème siècle, les premières pratiques formalisées en matière de secret apparaissent avec, par exemple, l'institution en 1588 du serment que doivent prêter les membres du Conseil du Roi de garder le secret de leurs délibérations (cf. H. de Lucay, "Des origines du pouvoir ministériel en France", *Revue historique du Droit français et étranger*, 1866, p. 564, cité *in* Jean-Claude Séché, "L'intérêt public et le secret en régime démocratique", *Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Clermont-Ferrand*, Dalloz, 1964, p. 38).

méthodes de gouvernement fondées à la fois sur la raison et sur la ruse [3], de grands politiques (Richelieu, Mazarin, dont on a pu dire qu'il avait cherché à *"élever l'espionnage au niveau d'une institution d'Etat"* [4]) vont systématiser et intégrer la pratique du secret dans leur mise en place progressive des structures politiques et administratives de l'absolutisme.

A cette époque, qui ne connait encore ni opinion publique structurée ni liberté d'information, le secret est à la fois l'outil indispensable des manoeuvres extérieures (guerres, négociations secrètes, alliances) et l'instrument nécessaire pour contrôler et exploiter le système courtisan dont le Prince s'entoure pour désarmer ses oppositions intérieures et établir son autorité centralisatrice :

> *"Etre souverain, c'est organiser le secret, c'est l'instituer, le divulguer, l'effacer, le retenir, c'est, à la limite, hiérarchiser le monde en fonction de la place de chacun vis-à-vis de ce qui peut devenir un immense système généralisé du secret ; à la singularité opaque du souverain s'oppose, en un lent dégradé, la série de ceux qui sont plus ou moins initiés jusqu'à la masse des gouvernés qui, elle, est, par principe, dépourvue de secret."* [5]

Au travers de ces jeux de la ruse et de la confidence, le Prince cherche à imposer sa logique propre et à développer autour de sa personne un réseau d'allégeance et de fidélité, puissamment encadré par des légistes et quelques grands commis [6]. Au fur et à mesure que la pratique du secret se formalise entre le XVIème et le XVIIIème siècle, l'appareil d'Etat se développe en parallèle et remplace progressivement l'ancien ordre social et politique d'origine féodale. Avec l'avènement des Etats-nations, le secret du prince devient alors réellement un *"secret d'Etat"* et cesse d'être une pratique individuelle et un jeu de cour pour devenir une institution administrative rationalisée et structurée.

---

[3] *"La raison suscita l'idée que l'homme était plus dissimulé qu'apparent et, comme toujours dans le développement de la pensée rationnelle, Machiavel en fut le pionnier. Le courtisan, le manipulateur d'antichambre,, l'intriguant de couloir soutenait qu'un homme devait cacher beaucoup de choses s'il voulait surpasser ses rivaux"* (John R. Saul, *Les bâtards de Voltaire - La dictature de la raison en Occident*, Payot, 1993, p. 301).

[4] Oscar Ray, *Histoire de l'espionnage*, Gallimard, 1936, p. 41.

[5] J.-P. Chrétien-Goni, *op. cit.*, p. 152.

[6] Sur le rôle de ces *"robins"* dans *"l'invention de l'Etat"* et *"l'autonomisation d'un champ bureaucratique"*, cf. Pierre Bourdieu, *La noblesse d'Etat - Grandes écoles et esprit de corps*, Editions de minuit, 1989, pp. 539-548.

§ 2. - *La "bureaucratisation" du secret*

Qu'il s'agisse de la France révolutionnaire et post-révolutionnaire ou des grandes monarchies conservatrices d'Europe, on assiste à partir de la fin du XVIIIème siècle [7] et durant tout le XIXème siècle à un phénomène général : le secret se dote d'une organisation sociale et administrative, il s'institutionnalise et se *"bureaucratise"* [8], suivant en cela le processus de professionnalisation qui marque le véritable avènement de l'Etat-nation, comme l'a décrit le professeur Bernard Chantebout, selon lequel

> *"il y a Etat - au sens large du terme - lorsqu'il existe une différentiation entre le pouvoir social exercé par l'oligarchie dominante et la fonction gouvernante confiée à des spécialistes de l'action politique. L'Etat, c'est un phénomène qui naît de la professionnalisation de la politique."* [9]

Jusqu'alors considéré comme une pratique régalienne, attachée à la personne des dirigeants [10]- le secret s'établit à présent comme un outil naturel de défense des prérogatives extérieures de l'Etat. Dans le contexte de la constitution de véritables Etat-nations munis d'un territoire et d'une administration publique souveraine, le secret se consacre à la protection extérieure de leurs éléments essentiels, à savoir l'outil militaire et l'outil diplomatique qui le prolonge. A cette période, la nature du secret colle véritablement à la nature du système international interétatique classique : il est l'instrument du soldat et du diplomate (en qui Raymond Aron a vu les deux

---

[7] Plusieurs auteurs signalent la guerre d'indépendance américaine comme un moment-clé dans la prise de conscience des risques d'espionnage et de la nécessité d'organiser le secret. On signale notamment les histoires symétriques de deux espions adverses, le capitaine américain Nathan-Hale (qui fut pris et fusillé par l'armée anglaise) et le major André qui travaillait pour les Britanniques avant d'être arrêté, jugé et exécuté par les Américains (Cf. Lieutenant A. Froment, *L'espionnage militaire - Les fonds secrets de la guerre et le service des renseignements en France et à l'étranger*, Editions F. Juven, Paris, 1897, pp. 218 et 219 ; Oscar Ray, *op. cit.*, pp. 251-252 ; Jean-Pierre Alem, *L'espionnage - histoires, méthodes*, Lavauzelle, 1987, pp. 177 à 183).

[8] Cf. Alain Dewerpe, *Espion - Une anthropologie du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994, pp. 122 à 134.

[9] Bernard Chantebout, *De l'Etat - une tentative de démythification*, Consortium de la Librairie et de l'Edition, 1975, p. 31.

[10] Le procès en 1793 de la reine Marie-Antoinette - accusée de trahison pour avoir, notamment, correspondu et comploté avec son frère l'empereur d'Autriche - illustre clairement l'opposition entre une logique dynastique finissante et les premières manifestations d'une logique purement nationaliste, qui va bientôt dominer la répression des actes de trahison et d'espionnage.

représentants, par excellence, de l'Etat au niveau international [11]). Il est aussi géré d'une manière cohérente avec la logique "territoriale" qui prévaut à l'époque : de même que la nation s'efforce d'être à l'abri derrière ses frontières, le secret est enfermé à l'intérieur des structures de quelques corps fermés et spécialisés de l'administration. Le XIXème siècle voit ainsi apparaître des services de police politique ou de surveillance des étrangers, qui progressivement évoluent pour donner naissance à de véritables organes spécialisés de renseignement et de contre-espionnage.

C'est ainsi que, durant la guerre de Sécession, le président Lincoln créé l'un des premiers organismes spécialisés dans le contre-espionnage, dirigé par l'écossais Allen Pinkerton [12]. De même, c'est en 1867 que Bismarck confie au policier Wilhelm Stieber la responsabilité d'un "*Commissariat général à la sécurité*", chargé de détecter et de réprimer toutes les menaces dirigées contre l'Etat prussien et de protéger les hautes personnalités du régime [13]. En Grande-Bretagne, Scotland Yard constitue en son sein en 1883 la *Special Branch* (pour lutter, notamment, contre les attentats des nationalistes irlandais de Fenian, d'où son nom original d'*Irish Branch*) [14] et c'est en 1909 que le Ministère de la Guerre constitue un bureau autonome de contre-espionnage, le M.O.5 (Military Office 5) qui prendra de l'ampleur lors du premier conflit mondial et deviendra alors le M.I.5 (Military Intelligence 5) [15]. Quant à la France, nous verrons (cf. infra, IIème Partie, Chapitre Ier) que c'est également durant le XIXème siècle que se constituèrent les cadres des services de police politique [16], puis de renseignement extérieur.

---

[11] Cf. Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Calman-Lévy, 1962, nouvelle édition : 1984.

[12] Cf. J.-P. Alem, *op. cit.*, pp. 246 à 250 ; Ladislas Farago, *War of Wits*, traduction française : *Les secrets de l'espionnage*, Presses de la Cité, 1955, pp. 320 à 322.

[13] Cf. Wilhelm J.C.E. Stieber, *Spion des Kanzlers*, Seewald Verlag, 1978, traduction française : *Espion de Bismarck*, Pygmalion/Gérard Watelet, 1985, p. 119.

[14] Cf. Tony Bunyan, *The History and Practice of the Political Police in Britain*, Quartet Books, Londres, 1977, pp. 104 et s. ; Roger Faligot & Rémi Kauffer, *Histoire mondiale du renseignement - Tome 1 : 1870-1939*, Robert Laffont, 1993, p. 33.

[15] Cf. T. Bunyan, *op. cit.*, pp. 152 à 156 ; J.-P. Alem, *op. cit.*, p. 290 (qui commet une erreur de date en signalant 1906 au lieu de 1909) ; R. Faligot & R. Kauffer, *op. cit.*, p. 33 et surtout Nigel West, *MI5 : British Security Service Operations 1909-1945*, Bodley Head, 1981.

[16] Pour un exemple, cf. Gilles Bollenot, "Le modèle français de police secrète au début du XIXème siècle", *in* Claude Journès (sous la dir.), *Police et politique*, Presses Universitaires de Lyon, 1988, pp. 52 et s..

§ 3. - *La définition d'un statut compatible avec l'ordre juridique libéral*

La pratique du secret étant désormais rationnellement organisée au sein de structures administratives spécialisées, vient alors le temps de lui donner un statut juridique lui permettant de s'intégrer dans le droit positif, autrement que par le seul recours arbitraire à la *"raison d'Etat"*.

Mis à part quelques textes révolutionnaires français votés entre 1791 et 1793 pour combattre les émigrés et les espions étrangers (cf. infra, Ière Partie, Chapitre Ier), on reconnait également à Lincoln le bénéfice d'avoir - toujours durant la guerre de Sécession - promulgué les premiers textes juridiques spécifiquements dédiés à la répression de l'espionnage [17]. En France, le code pénal de 1810 ayant commencé à aborder imparfaitement le sujet, c'est la loi de 1886 qui établit le premier véritable statut juridique du secret. C'est également à partir de cette époque que sont édictées plusieurs directives administratives concernant la protection du secret et la répression de l'espionnage [18].

Par ces premiers textes, les Etats ont cherché à faire coexister au sein de l'ordre juridique libéral en cours de développement, le principe de *publicité* (au sens où Jürgen Habermas en fait le concept-clé de l'institution de la *"sphère publique bourgeoise"* [19]) et celui du secret étatique. Cette recherche d'un compromis juridique entre des valeurs contradictoires, empruntées l'une à l'idéologie libérale, l'autre à la tradition absolutiste s'est poursuivie également au niveau international avec, dès 1874, une première conférence sur le traitement de l'espionnage en temps de guerre, qui a abouti en 1907 au Réglement annexé à la Quatrième Convention de la Haye [20]. Par cet effort juridique international et la pratique diplomatique qui l'a suivi, les Etats - principalement

---

[17] Il s'agissait des *"Instructions for the government of armies of the United States in the field, prepared by Francis Lieber"* publiées à New-York en 1863, qui servirent de référence lors de la conférence internationale de Bruxelles en 1874 consacrée au traitement international des espions (cf. O. Ray, *op. cit.*, pp. 252-254).

[18] R. Mennevée reproduit ainsi huit circulaires ministérielles prises en la matière entre 1886 et 1911 (R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, tome II, Paris, chez l'auteur, 1929, pp. 421 à 434).

[19] Cf. Jürgen Habermas, *Struckturwandel der öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, traduction française : *L'espace public*, réédition Payot, 1992.

[20] Cf. notamment Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Pedone, 1983, p. 123 ; Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 379 et s. ; et pour une application du Réglement de La Haye à la situation française durant l'occupation allemande : Henri Donnedieu de Vabres, "Les relations du droit interne et du droit international dans la répression de l'espionnage", *D.* 1948.I.153.

européens - de la fin du XIXème siècle tentaient de concilier espionnage, contre-espionnage et souveraineté nationale, en donnant ainsi à leurs pratiques clandestines un semblant d'encadrement juridique [21]. De même, ont-ils cherché en droit interne à mieux définir la définition et le contenu du secret au fur et à mesure où, eux-mêmes, ont été amenés à s'engager plus activement dans la vie sociale et économique de leurs nations.

§ 4. - *Le secret de défense, reflet de l'"Etat social"*

En s'institutionnalisant et en se légalisant ainsi, le secret de défense est devenu un concept juridique qui a désormais partie liée avec l'évolution propre de l'Etat, de ses missions et de l'ensemble du droit public. On a donc assisté à partir de la première guerre mondiale à une nouvelle étape du renforcement des textes sur le secret (en France, par exemple, cela donna lieu à une loi de 1934 puis à différents textes de 1939, cf. infra - Ière Partie, Chapitre I) et à un élargissement progressif du concept et de son champ d'application.

C'est en effet, à cette même période-charnière que l'Etat accroit son champ d'intervention dans l'économie, l'industrie et la vie sociale. Dès lors, les menaces qui pèsent sur la *"sûreté de l'Etat"* et les moyens de s'en protéger ne doivent plus se limiter aux seuls champs militaires et diplomatiques. Suivant l'évolution de la notion de défense (cf. infra - Ière Partie, Chapitre II), le secret s'élargit donc progressivement en un secret de l'ensemble de l'Etat. Il prend en compte différents aspects économiques, techniques ou industriels qui apparaissent directement ou indirectement susceptibles d'influer sur la capacité d'action militaire ou diplomatique du pays. De même, tout en demeurant un secret de l'Etat, il commence à être traité hors de l'administration dans des lieux qui sont simplement en relation avec elle (des entreprises privées travaillant pour l'armement, principalement, auxquelles sont confiées des informations secrètes par voie contractuelle). Il faut sans doute y voir un parallèle avec le fait que l'action administrative dans son ensemble franchit, elle aussi, les frontières de la personnalité

---

[21] Même si, en temps de guerre, l'espion est passible de mort (dès lors qu'il agit clandestinement dans la zone d'opérations d'un belligérant pour y recueillir des renseignements au profit de son adversaire), cette activité n'est pas constitutive d'une violation du droit des gens (cf. Ch. Rousseau, *op. cit.*, p. 123 ; E. David, *op. cit.*, p. 381). Et, en temps de paix, la pratique internationale a considéré *"que l'acte d'espionnage se rattache à la catégorie des actes inamicaux, c'est-à-dire à cette catégorie d'actes d'un Etat dont se plaint un autre Etat sans prétendre qu'ils soient contraires au droit des gens, mais en alléguant qu'ils sont de nature à rendre plus difficiles les relations entre les deux gouvernements"* (Gérard Cohen-Jonathan & Robert Kovar, "L'espionnage en temps de paix", *A.F.D.I.*, 1960, p. 252).

publique et que la jurisprudence commence à reconnaître l'existence de personnes privées gestionnaires d'un service public [22].

En élargissant son champ d'application et pénétrant progressivement dans le tissu économique et la société civile, le secret de défense accompagne naturellement l'évolution de l'Etat constitutionnel libéral vers ce qu'Habermas a appelé un *"Etat social"*, marqué par un interventionnisme économique et social accru et où la sphère publique empiète fréquemment sur la sphère privée. L'ordonnance du 4 février 1960 qui, au seuil de la Vème République, vient modifier - une nouvelle fois - la définition pénale du secret de défense, consacre, en quelque sorte, cette évolution. Le secret de la défense nationale y est présenté dans des termes suffisamment imprécis pour pouvoir devenir l'un des instruments de cette *"défense nationale"* que l'ordonnance du 7 janvier 1959 conçoit comme étant globale, tout azimuts et interministérielle [23].

Le secret de la défense nationale, installé dans ce nouveau contexte juridique et constitutionnel, paraît définitivement institutionnalisé. Véritable secret d'Etat sans définition limitative, il doit être suffisamment souple pour protéger tout à la fois les secrets de la nouvelle puissance militaire française, les délibérations politico-stratégiques du Gouvernement et les nouveaux projets industriels et technologiques de la France des *"trente glorieuses"*.

Pourtant, le système français du secret d'Etat va devoir affronter à partir de cette date une modernité économique, sociale et juridique qui va exacerber ses ambivalences et ses contradictions. Trente années plus tard, le nouveau Code pénal tentera d'en tirer les conclusions en modifiant sensiblement les principes juridiques qui le régissent.

SECTION II. - La confrontation avec la société d'information

Les dernières décennies ont été du point économique, social et politique une période de mutations très rapides qui ont modifié en profondeur les relations entre l'Etat et la société civile, la politique et l'économie, le secret et l'information. La consécration législative du secret de défense comme l'un des piliers de la nouvelle architecture de défense nationale voulue par le général de Gaulle en 1959 n'a donc pas

---

[22] CE, 13 mai 1938, *Caisse Primaire "Aide et Protection"*, Rec. 417, *R.D.P.*, 1938.830, concl. Latournerie.

[23] Sur ce point, cf. Bernard Chantebout, *L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967 ; on se reportera également à notre analyse critique du concept de défense nationale (cf. infra - 1ère Partie, Chapitre II).

empêché une confrontation difficile entre le système français du secret, dont nous avons rappelé l'émergence progressive, et les nouvelles réalités de la "*société d'information*" qui s'est mise en place à partir des années soixante.

Sous-section I. - Les réalités de la société d'information

L'aspect le plus immédiatement visible de cette évolution a été le développement rapide des technologies de l'information (systèmes informatiques, logiciels et télécommunications, pour l'essentiel) sans lesquelles l'essor des médias et des services d'information n'aurait pas pu se faire. Cette révolution technologique - toujours en cours aujourd'hui - a, bien évidemment, transformé la manière dont les informations et les documents sont physiquement traités et dont ils sont acheminés vers leurs destinataires. De même, il est établi aujourd'hui que ces technologies de l'information ont beaucoup contribué à l'internationalisation des échanges et des activités [24]. Comme nous le montrerons ultérieurement, cette dématérialisation de l'information et cette internationalisation de son traitement représentent une remise en cause des pratiques traditionnelles de protection du secret de défense qui reposent sur le contrôle physique des supports à l'intérieur du territoire national (cf. infra - IIème Partie, Chapitre III).

Mais en entraînant une "*tertiarisation*" et une internationalisation croissantes de l'économie et de la société, ce développement technologique a également contribué à renverser le rapport de forces existant entre l'Etat et le monde économique. Mieux adaptées que les structures publiques aux exigences de la collecte et de la gestion de l'information, mieux à même d'investir dans les technologies avancées, les entreprises privées ont su s'imposer comme les acteurs majeurs de la nouvelle économie internationale de l'information et obtenir des Etats qu'ils se retirent des activités concurrentielles où ils s'étaient introduits précédemment. Désormais, l'entreprise privée se revendique "*citoyenne*" et aspire à ce que l'Etat privatise la plupart de ses services publics jusqu'à présent sous monopole, tels que les télécommunications, le transport, le service postal, ... Après trente ans d'interventionnisme économique intense, tout se passe finalement comme l'avait conjecturé - dès 1962 - Jürgen Habermas :

---

[24] On peut citer, par exemple, le rapport de synthèse du groupe d'experts du programme TEP de l'OCDE, qui estime que *"la percée des nouvelles technologies, et surtout de techniques élaborées d'information et de communication, est pour une large part à l'origine de ce que l'on a appelé la "globalisation" de l'économie, ou même le "technoglobalisme"."* (*La technologie dans un monde en évolution*, OCDE, 1991, p. 18).

> *"Au plus tard à la fin de la Deuxième Guerre Mondiale, l'évolution du droit commence donc à suivre jusqu'à un certain point celle de la société, et provoque une confusion savante des différents domaines juridiques que l'on a enregistrée en parlant tout d'abord d'une "publicisation du droit privé" ; on a compris plus tard qu'il fallait aussi considérer le même processus du point de vue symétriquement opposé et complémentaire d'une "privatisation du droit public".* " [25]

Tout cela est soutenu et amplifié par la dynamique libérale européenne du grand marché intérieur. Dans ce contexte, qui pose des problèmes potentiels en termes de défense [26], l'on constate notamment le rôle croissant des entreprises dans la production et le traitement du secret. Non seulement l'Etat recoure de plus en plus fréquemment à des entreprises pour exploiter (sur le plan industriel, essentiellement) des informations classifiées dans le cadre de marchés classés de défense (cf. infra - IIème Partie, Chapitre III), mais les entreprises deviennent elles-mêmes la source de nombreuses informations économiques, technologiques ou financières vitales pour la collectivité et donc potentiellement protégeables par des procédures de secret. Dès lors, il est possible de s'interroger sur une certaine *"privatisation"* du secret de défense et ses conséquences [27].

A ces évolutions technologiques et socio-économiques qui structurent la société contemporaine d'information, s'ajoute une dimension juridique essentielle : celle de l'affirmation des nouvelles libertés publiques, fondées sur les valeurs "privatives" du respect de l'intimité, de la liberté de communication et de la protection contre l'administration, et que l'on a voulu parfois regrouper sous la formule de *"troisième génération des droits de l'homme"* [28]. En organisant la *"transparence administrative"* [29] et le *"droit à l'information"* [30], un ensemble de textes législatifs de la

---

[25] J. Habermas, *op. cit.*, p. 156.

[26] Sur cette problématique de l'impact du libéralisme économique et de l'intégration communautaire sur les impératifs de sécurité nationale et européenne, cf. notamment l'ouvrage - assez polémique mais révélateur - d'Henri Prévot, *France, économie et sécurité*, Pluriel, 1994.

[27] D'ores et déjà, les responsables du SGDN semblent s'inquiéter d'*"une dérive inquiétante : les sociétés privées de renseignement"* (Rémy Pautrat, "L'intelligence économique : un nouveau défi et un grand enjeu pour la France", *Défense - Revue de l'Union des associations d'auditeurs de l'IHEDN*, n° 65, septembre 1994, p. 46).

[28] Expression utilisée par M. Guy Braibant en 1979 et reprise ultérieurement par plusieurs auteurs (par exemple, René Lenoir & B. Prot, *L'information économique et sociale*, La Documentation française, 1979).

[29] Cf. notamment Bruno Lasserre, Noëlle Lenoir & Bernard Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987 ; CURAPP, *Information et transparence administratives*, PUF, 1988.

fin des années soixante-dix ont bousculé certains principes fondateurs du droit public sur lequel reposait le "*système du secret*" et ont donné un rôle central à de nouveaux organes régulateurs, distincts à la fois de l'administration active et des ordres de juridiction.

Intervenant en 1985 dans le cadre d'un colloque juridique organisé sur le thème du secret, le professeur Jacques Robert estimait alors que le secret de défense était

"*une notion juridiquement floue et politiquement en pleine évolution.* " [31]

Près de dix ans après, il nous semble que l'on peut estimer que - confronté aux réalités de la société d'information - le secret de défense est devenu un concept juridiquement ambivalent (Sous-Section II) et qui se trouve au coeur d'une contradiction politique majeure (Sous-Section III).

Sous-section II. - L'ambivalence juridique actuelle du concept

Dans ce contexte nouveau, le secret de la défense nationale est devenu un concept juridique essentiellement ambivalent.

D'un côté, il apparaît toujours comme l'une des prérogatives publiques les plus légitimes, l'une de celles autour desquelles ce que certains appellent déjà l' "*Etat modeste* " [32], ou encore l' "*Etat minimum* ", devra de plus en plus recentrer ses activités. Même les théoriciens libéraux les plus extrêmes reconnaissent, en effet, généralement que la fonction première de l'Etat est d'assurer la sécurité de la collectivité [33], et que - pour ce faire - il doit légitimement assurer une certaine confidentialité aux informations relatives à cette mission de sécurité. Dans le même sens, un large accord existe pour estimer que nous assistons à une recrudescence depuis quelques années de diverses menaces graves sur l'ordre public ou la sécurité internationale, menaces qui justifient que les Etats usent de tous leurs pouvoirs pour assurer leur mission protectrice et

---

[30] Cf. les deux thèses soutenues sur le sujet : Alain-Louis Mie, *L'administration et le droit à l'information - Le secret en question*, Berger-Levrault, 1985 ; Roseline Letteron, *L'administré et le droit à l'information*, thèse dactylogr., Université de Paris X, 1987.

[31] Jacques Robert, "Secrets de défense et liberté de la communication", exposé aux XIIIème Journées d'études de l'Institut de criminologie de Paris, *La protection des secrets de la nation*, 20 juin 1985 (notes de l'auteur).

[32] Cf. Michel Crozier, *Etat modeste, Etat moderne : une stratégie pour un autre changement*, Fayard, 1987.

[33] Sur l'existence et l'analyse d'une demande croissante de sécurité dans les démocraties modernes, cf. infra - Ière Partie, Chapitre II.

régulatrice. En tant que prérogative de sécurité, l'usage du secret est donc unanimement légitimé [34] et la plupart des textes internationaux reconnaissent d'ailleurs, l'exercice d'une telle compétence aux Etats [35], qu'il s'agisse, par exemple, de la Convention européenne des droits de l'homme ou, même, du Traité de Rome qui stipule dans son article 223a, qu'

> *"aucun Etat n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité."* [36]

D'un autre côté, malgré cette légitimité théorique, le secret est de plus en plus cantonné dans la situation d'une exception limitée au principe dominant du droit à l'information. L'adoption des différentes lois portant sur la protection et l'information du citoyen a, en effet, transformé le statut juridique du secret administratif, en général - et celui du secret de défense, en particulier - à tel point que l'on a pu dire que *"le droit à l'information contribue ainsi à définir un nouveau droit au secret"* [37]. Mais ce droit du secret *a contrario*, qui ressort comme en creux de la lecture de ces dispositions législatives, est un droit dérogatoire qui trouve ses limites dans l'étendue de ces *"nouveaux droits des citoyens"*, ce qui faisait dire au professeur Roseline Letteron :

> *"Une évolution apparaît, orientée vers une pénétration du droit dans la sphère de la "raison d'Etat" auparavant définie, justement, par l'absence de*

---

[34] On peut noter comme exemple, à ce propos, que le débat parlementaire sur le Livre IV du nouveau code pénal n'a pas donné lieu à de vives polémiques et qu'au contraire, d'un bout à l'autre de l'échiquier politique, les déclarations ont été plutôt empreintes d'un consentement unanime à l'existence d'un secret de défense.

[35] Cf. Paul Reuter, "Le droit au secret et les institutions internationales", *A.F.D.I.*, 1956, pp. 46 et s..

[36] Un des rares commentaires disponibles de ce texte en donne une interprétation qui confirme le caractère légitime et prééminent du secret de défense par rapport à toute autre considération de droit communautaire : *"il semble bien que ce soit à l'Etat intéressé qu'il appartient de vérifier le caractère confidentiel d'un renseignement (...) Toute autre conclusion mettrait en cause le secret qui doit s'y attacher et la responsabilité fondamentale de l'Etat dans la défense et la sécurité (...). Le secret doit pouvoir être opposé à la Communauté, sans distinction selon l'institution - dans la pratique la Commission, dotée de larges pouvoirs d'information, principalement - ou l'organe intéressé, et à ses Etats membres. Il n'y a pas lieu de faire une exception pour la Cour"* (V. Constantinesco, J.P. Jacquié, R. Kovar & D. Simon, *Commentaires du Traité instituant la CEE*, Economica, 1992, p. 1397).

[37] R. Letteron, *op. cit.*, p. 447 ; Sur une interprétation similaire de la loi du 17 juillet 1978 comme instituant le statut juridique du secret administratif, cf. Jean-Jacques Gleizal, "Le secret dans l'Etat", *in* Institut de Recherche économique et de planification du développement (IREP-D), *La justice et les fonctions sociales du secret*, Université des Sciences Sociales de Grenoble, 1981, p. 162 ; Jean Laveissière, "En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret", *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 181 et s..

soumission au contrôle du droit. Le droit à l'information n'a pas pour effet de supprimer cet espace de secret qui entoure les intérêts supérieurs de l'Etat, mais d'en définir, avec davantage de précision, les contours juridiques. " [38]

Cette soumission du secret de défense au droit, par l'intermédiaire des lois organisant les nouvelles libertés des citoyens, constitue - selon nous - une étape essentielle et irréversible dans le long cheminement que nous avons rappelé et par lequel un usage ancestral a mué en une pratique administrative organisée. Désormais, un contrôle de l'usage du secret devient possible puisqu'en quelque sorte, la charge de la preuve a été inversée : c'est à l'Etat de convaincre qu'il a invoqué à bon droit cette exception du secret de défense pour éviter d'appliquer les règles du droit à l'information [39]. Même si la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, ne permet pas encore aux magistrats d'aller aussi loin dans la mise en doute du secret, il nous paraît clair que l'opportunité ouverte par ce renversement juridique finira par être exploitée tant l'état de l'opinion publique et la pression des intérêts économiques vont dans le sens d'un rétrécissement des prérogatives étatiques et du primat des valeurs de communication sur toute autre considération.

Le paradoxe du positionnement juridique du secret de la défense nationale dans notre droit public contemporain est ainsi avéré : le principe de l'existence du secret fait l'objet d'un large consensus, alors qu'un doute permanent entoure les modalités de sa mise en oeuvre et suscite le besoin de leur contrôle. Cette ambivalence (ressentie tant par l'opinion publique que par les experts) s'explique, pour partie, par l'existence d'abus injustifiables qui discréditent périodiquement le système (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier). Mais nous croyons qu'elle se rattache, plus profondément, à une crise des fondements de l'institution étatique elle-même dans le nouveau contexte de la société d'information.

Sous-section III. - Une contradiction politique fondamentale

Dans la société technologique d'information, les facteurs de la puissance sont de moins en moins les éléments physiques, source des pouvoirs anciens, mais plutôt les ressources immatérielles du savoir et du traitement de l'information, sous toutes leurs

---

[38] R. Letteron, *op. cit.*, p. 550.

[39] Il est donc - nous semble-t-il - excessif d'affirmer que les lois organisant les droits des citoyens *"ne font que confirmer le principe selon lequel tout est secret à moins qu'on n'en ait décidé autrement. Le citoyen ne saura que ce qu'il demande spécifiquement. En réalité, les lois régissant le droit de savoir augmentent la rétention d'information"* (J. R. Saul, *op. cit.*, p. 315).

formes [40]. Dès lors, l'Etat-nation se sent obligé d'agir à la fois sur le traitement de l'information et sur les nouveaux domaines où paraît se dérouler la concurrence : l'économie, la technologie, la finance, la culture. D'où un intérêt toujours soutenu pour l'usage du secret - moyen de contrôle de l'information - et la volonté de l'utiliser, non seulement dans les domaines classiques (armement, forces armées, lutte contre l'espionnage politico-militaire, lutte contre les menaces majeures visant la sécurité publique) mais aussi pour défendre ses intérêts et contrecarrer d'éventuelles ingérences étrangères dans les nouveaux secteurs de la compétition internationale.

Cela débouche logiquement sur une problématique d'extension du domaine du secret de défense, par laquelle l'Etat envisage de faire du secret de défense un outil polyvalent, capable non seulement de protéger des informations nécessaires à la seule défense militaire ou aux mesures associées, mais surtout de protéger des informations de type industriel, technologique, économique, commercial ou financier [41]. L'émergence il y a une quinzaine d'années de la notion de "*patrimoine scientifique et technique national*" [42] a été l'une des premières manifestations de ce désir d'extension du secret hors de sa sphère originelle. De même que, symétriquement, l'offensive intellectuelle déclenchée récemment autour du concept d' "*intelligence économique*" par

---

[40] Pour une démonstration - parfois simplificatrice et pêchant par excès d'optimisme - de cette thèse, cf. Alvin Toffler, *Powershift : Knowledge, wealth and violence at the edge of the 21st Century*, Bantam Books, New York, 1990, traduction française : *Les nouveaux pouvoirs - Savoir, richesse et violence à la veille du XXIème siècle*, Fayard, 1991. Pour des analyses françaises plus modérées du même phénomène, cf. notamment Centre Droit et Défense / Ecole supérieure de journalisme / Fondation pour les études de défense, *Géostratégie de l'information*, FEDN, 1987 ; le numéro spécial "Maîtriser l'information économique", *Réalités industrielles / Annales des mines*, avril 1992.

[41] On peut citer dans ce sens, quelques réflexions révélatrices : "*ce secret de défense tend également à se développer à mesure où la technologie progresse et que la place de celle-ci devient prépondérante (...) Le volume des secrets de défense, nous l'avons vu, ne cesse de gonfler, du fait tout particulièrement du phénomène technologique et des convoitises qu'il exerce.*" (Henri Debrun, "Le secret de défense", in Jacques Robert (sous la dir.), *L'esprit de défense*, Economica, 1987, pp. 460 et 462) ; "*de plus en plus, les laboratoires publics sont incités à entrer dans le domaine des applications, et à nouer des contacts avec l'aval (...) Si cette évolution se poursuit, il est évident que les laboratoires des universités et du CNRS seront appelés, pour une partie au moins de leur activité, à prendre en compte de façon croissante les besoins de discrétion, voire de protection active, qu'impliquent les recherches finalisées.*" (Interview du général de Barry, SGDN, "Les limites du secret scientifique", *La Recherche*, n° 151, janvier 1984, p. 129).

[42] Sur ce sujet, cf. infra - IIème Partie, Chapitre III ; Jean-Pierre Bansard "La protection du patrimoine scientifique et technologique national : de la théorie à la pratique - d'hier à aujourd'hui" *in* Bertrand Warusfel (sous la dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, Travaux du centre Droit et Défense, Documentation Française, 1993, pp. 101-124.

les milieux militaires et gouvernementaux, vise à susciter un élargissement des pratiques d'espionnage en direction des champs économiques et technologiques [43].

C'est dans cette perspective d'un élargissement de la définition et de l'usage du secret de défense que différents organismes gouvernementaux (tels le Secrétariat général de la défense nationale, la direction de la protection et de la sécurité de défense, ou encore la direction de la surveillance du territoire) ont oeuvré depuis une quinzaine d'années, tant en vue de la réforme du code pénal [44] qu'en faveur de l'adoption de textes réglementaires, publiés ou non [45].

Or, cette volonté gouvernementale d'étendre le domaine du secret et de l'adapter à de nouveaux environnements est totalement antagoniste de la tendance dominante de l'opinion comme des magistrats à limiter au maximum l'usage du secret et à le cantonner, pour l'essentiel, à la protection des seules informations militaires ou diplomatiques vitales. L'analyse de la jurisprudence pénale montrait déjà que, depuis l'origine, le juge répressif a hésité à utiliser les infractions relatives à la violation du secret de défense dans des cas autres que ceux directement liés aux fonctions régaliennes traditionnelles de l'Etat (cf. infra - Ière Partie, Chapitre III). De même, il y a toujours eu des analyses critiques considérant que l'évolution de l'art militaire [46] ou des techniques modernes [47] condamnait le secret, sinon au dépérissement, tout au

---

[43] Cf. Commissariat général du Plan, *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, La Documentation française, 1994.

[44] On sait aujourd'hui que ces services se sont efforcés d'exercer une influence sur les rédacteurs du projet de réforme dans le sens d'une extension des incriminations protégeant les informations confidentielles (cf. "Sûreté de l'Etat : nouvelles définitions des infractions", *Le Monde*, 7 mars 1985, et nos développements infra - Ière Partie, Chapitre II).

[45] Si l'adoption et la publication du décret du 12 mai 1981 constituaient surtout la régularisation nécessaire d'une pratique administrative de classification, jusqu'alors sans fondement réglementaire opposable aux tiers (cf. infra - Ière Partie, Chapitre I et IIème Partie, Chapitre II), on relèvera cependant qu'à cette occasion, la mention *Confidentiel-défense* est devenue une mention de classification à part entière, alors qu'elle ne relevait précédemment que de la discrétion professionnelle. Le colonel Debrun considère donc à juste titre que cette innovation du décret de 1981 a constitué un élargissement du champ du secret et qu'*"il s'en est suivi une augmentation significative du volume des informations qui en relèvent"* (H. Debrun, *op. cit.*, p. 460).

[46] Un chroniqueur anonyme de l'Illustration, n'hésitait pas à écrire - en pleine affaire Dreyfus - que *"le sort d'une grande puissance ne peut dépendre aujourd'hui, en aucun cas, des manoeuvres d'un ou de plusieurs espions, car la science militaire, les engins de guerre, les lois nécessaires des concentrations de troupes, etc., ont des similitudes tellement grandes et tellement connues de tous en tous pays, que le domaine du secret se trouve par la même étroitement délimité"* (M***, "L'espionnage", *L'illustration*, n° 2698, 10 novembre 1894, p. 375).

[47] Citons, par exemple, l'économiste François Perroux qui - analysant en 1962 les répercussions (qu'il jugeait essentielles) de la conquête spatiale sur la souveraineté nationale - s'interrogeait sur

moins à une pratique très limitée. Mais depuis le début des années quatre-vingt et les évolutions juridiques, politiques et socio-économiques décrites plus haut, la pression en faveur d'un resserrement du secret est devenue largement publique.

Le déroulement public de plusieurs scandales politico-judiciaires impliquant l'usage plus ou moins direct du secret de défense a été la cause de nombreuses prises de position en faveur d'une restriction à l'usage du secret et de son contrôle [48]. Ces dernières années ont vu, en effet, se manifester dans ce sens, non seulement les habituels opposants aux différentes formes de la *"raison d'Etat"* [49], mais aussi - alternativement - des représentants des principaux partis politiques français [50].

Mais plus profondément, cette campagne critique a trouvé de nouveaux arguments d'ordre économique et organisationnel, notamment dans le contexte du resserrement des politiques de défense de l'après-guerre froide et la révision des programmes d'armement. Plusieurs études - principalement américaines - ont mis en lumière le fait que le secret avait pu être, dans de nombreux cas, un frein à l'innovation, un facteur de surcoût et une source d'échecs importants dans de nombreux programmes :

> *"tous ces grands projets ne connaissent que deux étapes d'élaboration : "Trop tôt pour en parler", pendant laquelle tous les problèmes sont passés sous*

---

la nécessité d'*"anéantir le monopole collectif que les nations exercent, en invoquant le secret militaire, sur des conquêtes de la science et de la technique (...) La souveraineté nationale conçue pour défendre les hommes et améliorer leur sort, se retourne contre eux. (...) Les techniques spatiales portent à un degré d'acuité non pareil cette contradiction qui leur était antérieure"* (François Perroux, "La conquête spatiale et la souveraineté nationale", *Diogène*, n° 39, juillet-septembre 1962, reproduit *in* François Perroux, *Oeuvres complètes, Tome I/3 : Textes complémentaires sur la coexistence pacifique*, Presses Universitaires de Grenoble, 1992, p. 309).

[48] Sur quelques-unes des *"affaires"* françaises et étrangères ayant mis en lumière les abus possibles de l'utilisation du secret de défense, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier.

[49] Concernant le Parti communiste français, on mentionnera, par exemple, la proposition de loi sénatoriale modifiant l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et portant création d'une délégation parlementaire permanente chargée du contrôle des activités des services secrets, *Sénat*, document n° 483, 4ème session extraordinaire de 1984-1985.

[50] A la suite de l'affaire *Greenpeace*, le député - et avocat - Jacques Thyraud, a déposé une proposition de loi tendant à remédier à l'usage abusif du secret défense, *Sénat*, document n° 32, 1ère session ordinaire 1985/1986. De leur côté, les rebondissements de l'affaire du Carrefour du développement, et particulièrement la question du "vrai-faux passeport" ont amené certains députés socialistes à critiquer fortement l'utilisation qui avait été faite du secret de défense dans cette affaire (cf. notamment *Le Monde*, 4 juin 1987 ; cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier).

silence ; "Trop tard pour s'arrêter", et alors rares sont les politiciens qui acceptent de reconnaître avoir dilapidé des sommes considérables. " [51]

Dans cette perspective, l'administration fédérale américaine s'est engagée dans un vaste réexamen de l'opportunité du secret de ses *"black programs"* [52]. De son côté, l'ancien conseiller scientifique du président Reagan, M. G. A. Keyworth II, n'hésite plus à affirmer que

"le prix de la protection de l'information est tellement élevé que la classification devient un handicap. " [53]

Cette nouvelle approche critique des pratiques de confidentialité a trouvé très naturellement des adeptes dans le domaine des questions de sécurité des systèmes d'information (domaine particulièrement sensible aujourd'hui, en ce qui concerne la protection du secret de défense, cf. infra - IIème Partie, Chapitre III). Le représentant d'un club de pirates informatiques expliquait ainsi récemment

"Il vaut mieux laisser plus ou moins libres les données qui ne servent à rien, et encrypter les quelques données à garder secrètes. Cela suffirait à éviter de sécuriser des bâtiments entiers juste pour cela. La question à se poser est donc : est-il nécessaire de crypter toutes les données ? Il faut faire un plan de classification des informations et ne sécuriser que les données vraiment sensibles. C'est la nouvelle philosophie qu'utilise la CIA (...). La classification des informations peut permettre une économie d'argent : une donnée cryptée, dite "grise" coûte environ dix fois plus chère qu'une donnée claire. Bloquer l'accès coûte parfois plus cher que de laisser les ordinateurs ouverts et de ne crypter que ce qui est absolument secret. " [54]

---

[51] Robert Bell, "Les dessous des échecs technologiques américains", *La Recherche*, n° 268, septembre 1994, volume 25, p. 874.

[52] Il s'agit de programmes secrets d'armement aux Etats-Unis dont l'existence même est confidentielle et dont le budget n'est pas mentionné dans les documents publics publiés par le Congrès (seuls 1% des parlementaires américains y ont accès). Cf. notamment "Rearming America - Where did all the dollars ago", *The Economist*, 13 avril 1985 ; "L'armement en crise par procuration", *Eurostratégies*, n° 25, Bruxelles, juin 1989, p. 21 ; "CIA, Pentagon To Scrutinize Black Programs", *Defense News*, 19 avril 1993, p. 3.

[53] Intervention de G. A. Keyworks au *First Symposium of Open Source Solutions*, Washington, décembre 1992, cité *in* Alvin & Heidi Toffler, *War and Anti-war*, Little, Brown & Co, New-York, 1993, traduction française : *Guerre et contre-guerre - Survivre à l'aube du XXIème siècle*, Fayard, 1994, p. 226.

[54] Interview de Jean-Bernard Condat, secrétaire général du Chaos Computer Club France, in *Stratégies Télécoms*, n° 31, 14 octobre 1994, p. 10.

Derrière toutes ces analyses qui prônent un revirement complet en matière de protection du secret, une même logique dominante se fait jour : le système administratif et juridique du secret cache une *"économie du secret"* dans laquelle la logique de marché interfère étroitement avec les objectifs de souveraineté [55]. Ainsi, les mécanismes publics de la protection du secret de défense sont désormais passés au crible des méthodes d'analyse appliquées habituellement dans la sociologie des organisations et la gestion des entreprises privées [56].

Section III. - Le nouveau Code pénal : la tentative audacieuse d'une synthèse impossible

Si la légitimité théorique du secret, en tant que prérogative conférée au Gouvernement pour faire face à ses objectifs de sécurité n'est pas sérieusement mise en cause, il existe aujourd'hui un divorce profond entre deux tendances politiques de gestion de ce secret de défense. Tandis que la logique étatique traditionnelle incite l'administration - confrontée aux nouvelles menaces non militaires - à vouloir étendre l'usage du secret hors de la sphère d'influence traditionnelle de l'Etat, une double logique libérale plaide pour le cantonnement de ce même secret, voire, à terme, pour sa déshérence dans une société de transparence et de concurrence parfaite : logique du libéralisme juridique privilégiant le droit à l'information et la protection du citoyen ; logique du libéralisme économique rejetant le secret en tant que frein à la productivité des activités informationnelles et qu'obstacle anti-économique à l'internationalisation des marchés.

---

[55] La *"privatisation du droit public"* identifiée par J. Habermas (cf. supra) a, notamment, pour conséquence que *"la norme centrale du référentiel des politiques publiques, c'est désormais la norme de marché"* (Pierre Muller, "Entre l'Europe et la décentralisation, la fin du pouvoir central ?", *Sciences Humaines*, n° 22, novembre 1992, p. 18). Dans cette nouvelle perspective, le secret de défense n'appartient plus complètement à la catégorie économique traditionnelle des *"biens collectifs non marchands"* (cf. Jacques Aben, *Economie politique de la défense*, Cujas, 1992) mais s'intègre progressivement dans une *"économie de la sécurité"* (pour une première approche de cette économie de la sécurité - effectuée à partir du domaine de la santé publique - et structurée autour du concept de la *"propension à payer le bien "sécurité""*, cf. Jean-Paul Moatti, *Economie de la sécurité - De l'évaluation à la prévention des risques technologiques*, INSERM, La Documentation française, 1989).

[56] L'assimilation du système du secret à une structure économique privée est évidente dans cette remarque d'Alvin & Heidi Toffler : *"l'on retrouve exactement le même problème auquel sont confrontés General Motors et tant d'autres sociétés qui essaient de survivre à la concurrence mondiale. Du fait du surcompartimentage de l'information, il est rare que le produit analytique, même de grande qualité, parvienne à la bonne personne au bon moment. L'ancien système n'a pas su livrer de renseignements "en temps opportun" à ceux qui en avaient le plus besoin. Pour toutes ces raisons, le produit "renseignements" a perdu de sa valeur aux yeux de nombre de ses clients"* (A. & H. Toffler, *op. cit.*, p. 224).

Touchant à la fois une prérogative essentielle de l'Etat (la sécurité) et la dimension majeure de la société contemporaine (l'information), ce débat sur la politique du secret nous paraît au coeur de la problématique sur le rôle et l'avenir de la fonction étatique dans les sociétés d'information.

Sous-Section I. - L'invention des "intérêts fondamentaux de la nation"

C'est certainement parce qu'ils étaient conscients de cet enjeu que les rédacteurs du nouveau code pénal ont voulu réorganiser complètement la base législative du secret. Soucieux de sortir de cette contradiction entre une pratique administrative très extensive justifiée par les nouvelles menaces et la nécessité de limiter au maximum l'atteinte aux libertés que représente le secret de défense, le législateur a cru trouver une voie médiane.

Il a fait éclater le système en deux niveaux : d'une part, un secret de défense mieux défini et aux ambitions strictement limitées ; d'autre part, un nouveau concept très large et très ambitieux, celui des "*intérêts fondamentaux de la nation*" dont la protection justifie l'application de lourdes peines et qui recouvre non seulement le domaine des informations de défense, mais aussi les autres secteurs engagés dans la concurrence internationale des puissances (économie, technologie, culture, environnement, ...).

Ce faisant, il a également renversé fondamentalement la hiérarchie conceptuelle interne du système. Dans une logique concentrique simple, l'ancien dispositif législatif de l'ordonnance de 1960 et des textes antérieurs faisait du véritable secret de défense (le "secret par nature" [57]) l'axe central de la protection, autour duquel s'organisait une protection périphérique des autres informations sensibles (les "secrets par extension" ou les "quasi-secrets").

Dans la nouvelle architecture retenue dans le Livre IV du nouveau Code pénal, notre analyse fait ressortir un véritable retournement "*copernicien*" du système dans la mesure où, désormais, les infractions relatives à la protection du secret de défense ne sont plus qu'un "*satellite*" subsidiaire du dispositif principal dédié à la protection des intérêts fondamentaux de la nation, et à laquelle sont rattachées les principales incriminations pénales et les sanctions les plus sévères.

---

[57] Sur ces concepts classiques utilisés par la doctrine pour l'interprétation de l'ordonnance de 1960, cf. infra - 1ère Partie, Chapitre I.

Une telle construction intellectuelle et juridique impressionne le commentateur [58] et séduit par son originalité et son audace. Une partie essentielle de notre travail sera donc de l'étudier et de l'analyser du point de vue de l'étude qui est la nôtre, à savoir le statut juridique du secret de défense. Mais d'ores et déjà, une évidence nous frappe, à la lumière de la problématique entre secret de défense et société d'information que nous venons d'esquisser.

Sous-Section II. - Les secrets de la nation supplantent le secret d'Etat

Il s'agit d'un symbole lourd de conséquences, qui a été justement relevé par l'un des premiers commentateurs du texte [59] : à l'ancienne dénomination des *"crimes et délits contre la sûreté de l'Etat"*, le nouveau Livre IV a substitué la formule des *"crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique"* et son premier titre qui contient toutes les dispositions concernant la protection du secret et la lutte contre l'espionnage ne parle que des *"intérêts fondamentaux de la nation"*. Il n'est pas dans notre propos de nous engager dans une discussion théorique sur les relations juridiques et philosophiques délicates entre ces deux concepts d'Etat et de nation. Ceux qui désireraient minimiser l'importance du glissement sémantique affirmeront, d'ailleurs, que ces deux termes ont souvent convergé (en France, notamment) pour se confondre dans le modèle de l'Etat-nation. On nous permettra, malgré tout, de penser que ce choix des mots est, ici, particulièrement *"producteur"* de sens. Si, comme nous le pensons, les ambivalences et les contradictions qui affectent actuellement la pratique du secret de la défense nationale sont, en quelque sorte, des signes avant-coureurs de la crise du modèle étatique, l'effacement de l'Etat au profit de la nation peut être interprété comme la tentative de réaliser un second niveau de synthèse. A la synthèse entre un secret restreint et une large protection des intérêts de la nation, s'ajouterait une synthèse entre un Etat contesté et un ensemble société-marché qui revendique sa liberté tout en craignant pour sa sécurité. La nation - concept subjectif, et donc accueillant - peut prétendre, en effet, résoudre l'opposition en les intégrant tous et en défendant un ensemble d'intérêts fondamentaux qui soient à la fois ceux de l'Etat, ceux de la société civile et ceux de l'économie.

---

[58] Au point d'ailleurs d'avoir été peu commentée jusqu'à présent. On citera principalement Geneviève Giudicelli-Delage, "Livre IV, les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique", *Revue de science criminelle*, n° 3, juillet-septembre 1993, pp. 493 et s. ; Marc Watin-Augouard, "Défense et réforme du Code pénal", *Droit et Défense*, juin 1993, n° 93/1, pp. 28 et s..

[59] Maître Henri Leclerc, dans son commentaire in *Le nouveau Code pénal*, Le Seuil, 1994, p. 222.

Dans ce modèle du dépassement de l'opposition public/ privé, l'Etat - n'ayant plus la capacité d'incarner à lui seul les intérêts de la collectivité et devant compter avec la société civile et le marché - reconnait qu'il n'est plus l'unique compétiteur dans le jeu mondial de la puissance et se contente de revendiquer le rôle de coordonnateur de l'effort national, de régulateur d'une société libéralisée et de garant ultime de la sécurité en cas de crise. Le secret d'Etat se mue alors en secret de la nation : il ne s'agit plus d'un secret d'essence étatique qui se risque parfois à des incursions périphériques dans des lieux privés ou dans des domaines concurrentiels, c'est véritablement un secret qui naît et se développe dans les différents espaces de la vie nationale (espace économique, civique, social, ...). L'Etat, qui ne se veut plus que le garant ultime des intérêts de la nation, conserve la prétention d'en garder le contrôle, au nom et pour le compte de l'ensemble de la collectivité. D'un secret de l'Etat parfois délégué à certains acteurs de la société civile, on en arrive à un secret de la nation dont la protection serait fonctionnellement déléguée à l'Etat.

Il ne nous appartient pas dans le cadre limité du présent travail de nous prononcer sur la faisabilité d'une telle mutation philosophique et politique. Mais nous avons le devoir d'en apprécier la pertinence et d'en envisager l'avenir dans notre seul domaine d'investigation : l'utilisation du secret à des fins de sécurité collective. De ce point de vue particulier (et dont nous venons de dire qu'il était désormais périphérique par rapport au nouveau dispositif pénal) il nous semble que l'exercice engagé par le nouveau Code pénal risque de manquer son objectif et de ne pas résoudre l'ensemble des contradictions qui agitent actuellement le système du secret.

PLAN DE LA THESE

Notre analyse examinera d'abord en quoi le nouveau dispositif légal s'attache à renouveler la difficile question de **la définition du secret** *(Première Partie)*.

Ayant constaté qu'il consacre les mesures administratives de protection comme critère du secret lui-même, nous confronterons aux nouvelles réalités de la société d'information, les structures et les modalités de **la protection du secret** *(Deuxième Partie)*.

Cela nous amena à souligner l'importance accrue qu'il y a - dans ce nouveau contexte - à rechercher et à établir **les limites du secret** *(Troisième Partie)*.

PREMIERE PARTIE

LA DEFINITION DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

"Qu'est-ce qui est secret ? Ce qui cache, ou cela même qui est caché ? Ce qui cache est, justement, manifeste, ne cache qu'à cette condition ; pourtant, il n'est pas manifeste qu'il cache, sauf s'il cache mal, ou va cesser de cacher ; il est donc secret en cette dissimulation du fait ou de l'acte de cacher."

Pierre Boutang, Ontologie du secret, PUF, 1973, nv. édition : 1988, p. 391

Dans la mesure où le secret de la défense nationale est devenu progressivement un concept juridique, sa définition objective est une nécessité, ne serait-ce que pour satisfaire au principe de la légalité des peines qui en assurent la sanction. Pourtant, la définition du contenu du secret et de l'étendue de son application demeure un exercice difficile. Par essence, le propre du secret est de ne pas se faire connaître, d'autant que son usage a toujours été lié à l'état politique, social ou diplomatique du moment : il répugne donc à se laisser décrire par le législateur.

Notre étude s'ouvrira par l'analyse de ce cheminement législatif qui, depuis le Code pénal de 1810 jusqu'à celui de 1994, a toujours été marqué par **la difficile recherche d'une définition légale** *(Chapitre Ier)*.

La présentation de la nouvelle définition du secret de la défense nationale donnée par le nouveau Code pénal nous amènera à constater que **le secret de défense** n'est plus qu'une **composante de la protection des intérêts fondamentaux de la nation** *(Chapitre II)*.

Après avoir décrit et apprécié cette notion, qui constitue désormais le cadre général dans lequel s'exerce l'usage du secret, nous nous attacherons à confronter cette nouvelle architecture juridique avec ce que les textes, la pratique administrative et la jurisprudence décrivent comme **les champs d'application du secret de défense** *(Chapitre III)*.

CHAPITRE IER

LA DIFFICILE RECHERCHE D'UNE DEFINITION LEGALE

L'analyse historique et juridique des différents textes de droit pénal qui ont organisé la protection du secret de défense en France depuis un siècle, nous révèle la difficulté - inhérente au sujet - de fixer une définition précise du concept de secret, qui assure totalement le respect du principe de légalité des peines. Après une tentative de définition matérielle en 1939, qui s'est soldée par un échec (Section I.), l'ordonnance de 1960 a choisi - comme d'autres législations étrangères - d'abandonner toute définition légale (Section II.) mais elle vient, à son tour, d'être écartée au profit d'une nouvelle définition purement formelle du secret proposée par le nouveau Code pénal (Section III.).

SECTION I. - L'échec de la définition matérielle du décret-loi de juillet 1939

Sous-Section I. - La situation avant 1939

Jusqu'en 1939, le droit pénal français n'avait pas établi très clairement la notion de "*secret de défense*". Tout au plus connaissait-on depuis la Révolution quelques infractions pénales réprimant l'espionnage, comme le décret de la Convention du 16 juin 1793, qui disposait que

> "*Tout français ou tout étranger convaincu d'espionnage dans les places fortes et dans les armées sera puni de mort. Ils seront jugés par une commission militaire, suivant les formes établies pour les émigrés pris les armes à la main.*"

Le Code pénal napoléonien de 1810, reprenant ces premiers textes révolutionnaires de 1791 et 1793, établissait différentes infractions relatives à la sécurité extérieure de l'Etat qui réprimaient en temps de guerre, d'une part

> "*la correspondance avec les sujets d'une puissance ennemie*" en vue de "*fournir aux ennemis des instructions nuisibles à la situation militaire ou politique de la France ou de ses alliés*" (article 78)

et, disposaient d'autre part, que

> *"Tout fonctionnaire public, tout agent, tout préposé du Gouvernement, chargé, à raison de ses fonctions, du dépôt des plans de fortifications, arsenaux, ports ou rades, qui aura livré ces plans ou l'un de ces plans à l'ennemi ou aux agents de l'ennemi, sera puni de mort. Il sera puni de la détention, s'il a livré ces plans aux agents d'une puissance étrangère neutre ou alliée"* (article 81) ;
>
> *"Toute autre personne qui, étant parvenue, par corruption, fraude ou violence, à soustraire lesdits plans, les aura livrés ou à l'ennemi ou aux agents d'une puissance étrangère, sera punie comme le fonctionnaire ou agent mentionné à l'article précédent, et selon les distinctions qui y sont établies"* (article 82).

Par ailleurs, l'article 76 de ce même Code créait le crime politique d'*"intelligences avec les puissances étrangères"* (sur le fondement duquel furent basés plusieurs grands procès de trahison intentés sous la IIIème République, tels Dreyfus ou Ullmo [1]) :

> *"Quiconque aura pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangères ou leurs agents, pour les engager à commettre des hostilités ou à entreprendre la guerre contre la France, ou pour leur en procurer les moyens, sera puni de mort. Cette disposition aura lieu dans le cas même où lesdites machinations ou intelligences n'auraient pas été suivies d'hostilité."*

En complément, des articles de plusieurs autres textes différents (Code militaire, notamment) réprimaient des crimes ou des délits en relation avec la violation des secrets militaires ou gouvernementaux. Mais l'ensemble manquait de cohérence, de sanctions efficaces et ne permettait de réprimer tous les cas d'espionnage, notamment en temps de paix :

> *"les articles 75 et suivants du Code pénal, comme les articles correspondants du Code de justice militaire, ne retiennent que la trahison et l'espionnage commis en temps de guerre. En temps de paix, seuls peuvent être poursuivis les actes pouvant avoir pour résultat de provoquer des hostilités avec une puissance étrangère ; l'espionnage commis en temps de paix n'est pas punissable."* [2]

---

[1] Sur ces différentes affaires criminelles, cf. infra - 1ère Partie, Chapitre III.

[2] Alain Noyer, *La sûreté de l'Etat (1789-1965)*, L.G.D.J., 1966, p. 55.

Dans la seconde moitié du XIXème siècle, la montée des antagonismes en Europe a poussé la plupart des Etats à s'inquiéter non plus seulement de l'espionnage militaire en temps de guerre mais de réprimer explicitement l'espionnage en temps de paix : ce fut le cas de l'Autriche (Code criminel de 1852), de l'Allemagne (Code pénal de 1870, art 92) ou encore de la Hollande (Code de 1881).

C'est en 1886 que, suite à la guerre de 1870 et dans l'ambiance d'espionnite qui régnait alors (cf. infra - IIème Partie, Chapitre Ier), fut votée une loi qui établissait d'une part une répression explicite de l'espionnage en temps de paix et, d'autre part, faisait apparaître indirectement l'idée d'un *"secret par nature"*, c'est-à-dire d'informations qui sont secrètes du seul fait de leur contenu. Le rapporteur du projet de loi devant la Chambre des députés expliquait ainsi :

> *"La loi est muette sur les cas de communication aux particuliers et au public de documents ou renseignements dont la nature même commande le secret le plus absolu. Elle est muette, même quand cette communication serait faite par voie de la presse, même quand ces documents ou renseignements seraient livrés par un fonctionnaire qui, à raison de ses fonctions, en serait le gardien ou le confident. Elle est muette à plus forte raison sur les indiscrétions, sur les négligences, insignifiantes en apparence, mais qui peuvent entraîner à un moment donné des conséquences terribles pour le pays."* [3]

Le 18 avril 1886 fut adoptée une loi qui créait de nouvelles infractions pénales et établissait une protection des *"plans, écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat"* :

> *"Article 1er : Sera puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 5.000 francs :*
>
> *1° Tout fonctionnaire public, agent ou préposé du Gouvernement qui aura livré ou communiqué à une personne non qualifiée pour en prendre connaissance ou qui aura divulgué en tout ou en partie les plans, écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat qui lui étaient confiés ou dont il avait connaissance à raison de ses fonctions. La révocation s'ensuivra de plein droit ;*

---

[3] Cité par le Lieutenant A. Froment, *L'espionnage militaire - Les fonds secrets de la guerre et le service des renseignements en France et à l'étranger*, Editions F. Juven, Paris, 1897, p. 221.

2° Tout individu qui aura livré ou communiqué à une personne non qualifiée pour en prendre connaissance ou qui aura divulgué en tout ou en partie les plans, écrits ou documents ci-dessus énoncés qui lui ont été confiés ou dont il aura eu connaissance soit officiellement, soit à raison de son état, de sa profession, ou d'une mission dont il aura été chargé ;

3° Toute personne qui, se trouvant dans l'un des cas prévus dans les deux paragraphes précédents, aura communiqué ou divulgué des renseignements tirés desdits plans écrits ou documents.

Art. 2 : Toute personne, autre que celles énoncées dans l'article précédent, qui, s'étant procuré lesdits plans, écrits ou documents, les aura livrés ou communiqués en tout ou en partie à d'autres personnes, ou qui, en ayant eu connaissance, aura communiqué ou divulgué des renseignements qui y étaient contenus, sera punie d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 500 à 3.000 francs. La publication ou la reproduction de ces plans, écrits ou documents, sera punie de la même peine.

Art. 3 : La peine d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 300 à 3.000 francs sera appliquée à toute personne qui, sans qualité pour en prendre connaissance, se sera procuré lesdits plans, écrits ou documents.

Art. 4 : Celui qui, par négligence ou par inobservation des règlements, aura laissé soustraire, enlever ou détruire les plans, écrits ou documents secrets qui lui étaient confiés, à raison de ses fonctions, de son état ou de sa profession, ou d'une mission dont il était chargé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 100 à 2000 francs. "

Les articles 5 à 7 réprimaient, quant à eux, différents actes dirigés contre la sécurité des sites ou navires militaires (pénétration clandestine, relevé de plans, ... cf. infra - IIème Partie, Chapitre III).

Malgré les progrès qu'il comportait (et les compléments qui lui furent apportés en 1890), ce texte parut rapidement insuffisant :

"*Cette loi devait à la longue se révéler difficile à manier, incomplète et insuffisamment sévère.* " [4]

---

[4] A. Noyer, *op. cit.*, p. 55.

Et l'une des premières thèses universitaires soutenues sur le sujet, en 1926, pouvait noter à propos de ce texte :

> *"Nombreuses étaient les critiques qu'on lui adressaient. Les principales étaient relatives à l'insuffisance des peines, à l'élasticité du texte qui permettait aux espions d'échapper aisément à la répression, à l'absence de discrimination entre le délit d'espionnage et le crime de trahison, à la qualification de crime ou délit politique attribuée à l'espionnage et à la trahison.* " [5]

C'est pourquoi après la première guerre mondiale, le législateur entreprit de la compléter puis de la remplacer.

Une première tentative avec la loi du 26 janvier 1934 tenta d'établir, pour la première fois, une énumération détaillée des informations secrètes et aggrava les pénalités de la loi de 1886 (qui ne prévoyait que cinq ans d'emprisonnement comme peine maximale) [6]. Ce texte réprimait, en effet, la livraison ou la communication des

> *"objets, matériels militaires ou maritimes, plans, cartes, écrits, documents ou renseignements secrets d'ordre militaire, diplomatique ou économique, intéressant la défense ou la mobilisation économique du territoire français, des colonies françaises ou des pays placés sous le protectorat de la France ou la sûreté extérieure de l'Etat.* " (article 1er)

Mais chez les spécialistes des services de contre-espionnage, l'insatisfaction demeurait, face notamment au danger grandissant de l'espionnage allemand (cf. infra - IIème Partie, Chapitre Ier).

> *"Des textes vagues et confus définissent mal les règles d'un secret auquel personne ne croit plus, tant les indiscrétions de tous ordres sont innombrables. (...) Vendre son pays pour cinq ans de prison, tout au plus, ne peut être que le prix de la malchance ... ou de la maladresse. Je mesure l'étrange et coupable faiblesse de nos moyens.* " [7]

---

[5] Pierre Cavadia, *L'espionnage et la trahison*, Jouve et Cie, 1926, p. 14.

[6] Loi du 26 janvier 1934 tendant à réprimer les délits d'espionnage et les agissements délictueux compromettant la sûreté extérieure de l'Etat, *J.O.R.F.*, 30 janvier 1934, p. 915.

[7] Paul Paillole, *Services spéciaux (1935-1945)*, Robert Laffont, 1975, p. 32.

Sous-Section II. - La définition du secret donné par l'article 78 du décret-loi du 29 juillet 1939

Pour les responsables du contre-espionnage français, la priorité législative devait être donnée à la définition claire du secret de défense :

> *"Protéger et surveiller ce qui peut présenter de l'intérêt pour l'Abwehr et les services nazis doit être l'aspect préventif et prioritaire de notre mission défensive - cela implique la définition préalable de ce qui doit être considéré comme "secret de défense nationale" (...). Au cours des procès d'espionnage dans lesquels nous sommes intervenus pour définir la valeur de renseignements divulgués, j'ai pu constater combien cette notion du secret de défense nationale demeure controversée. Aucune loi, aucun texte ne la précise. En Allemagne, est secret tout ce qui fait l'objet des recherches de l'ennemi. C'est net. C'est définitif. C'est hitlérien ! En France, tout alimente les controverses : le climat politique, social, la personnalité de l'espion, du traître. Le secret est devenue une notion mouvante avec laquelle on peut prendre d'autant plus de liberté que l'on occupe une situation privilégiée ou un poste de responsabilité élevé, voire même gouvernemental."* [8]

Cela aboutira, après de longues années de persuasion et de discussions juridiques, à l'adoption dans un premier temps du décret-loi du 17 juin 1938 qui pose des principes nouveaux :

> *"le caractère politique de l'espionnage est supprimé, les crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat deviennent des infractions de droit commun. L'acte dirigé contre la France est une trahison si son auteur est français. C'est de l'espionnage si son auteur est étranger. Le crime de lèse-majesté d'autrefois devient un crime de lèse-nation et est punissable, en tout temps, de la peine de mort."* [9]

Restait à faire rentrer les nouvelles dispositions dans le Code pénal et à remplacer définitivement celles de 1886. Ce fut chose faite le 29 juillet 1939,

> *"un autre décret-loi reprenant l'essentiel de ce décret, modifiera le Code pénal et codifiera la notion de secret de défense nationale dans les termes mêmes où,*

---

[8] *Ibid.*, p. 70.

[9] *Ibid.*, p. 105.

depuis 1938, nous nous efforçons d'instruire nos officiers de contre-espionnage. Ils donnent à la défense nationale sa plus grande dimension. " [10]

La principale disposition de ce texte, dont on a pu dire que *"clarté et sévérité le caractérisent"* [11], était son article 78 qui donnait une définition des secrets de la défense nationale :

"Seront réputés secrets de la défense nationale pour l'application du présent Code :

1° Les renseignements d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel qui, par leur nature, ne doivent être connus que des personnels qualifiés pour les détenir et doivent, dans l'intérêt de la défense nationale, être tenus secrets à l'égard de toute autre personne.

2° Les objets, matériels, écrits, dessins, plans, cartes, levés, photographies ou autres reproductions, et toutes autres documents quelconques qui, par leur nature, ne doivent être connus que des personnes qualifiées pour les manier ou les détenir et doivent être tenus secrets à l'égard de toute autre personne comme pouvant conduire à la découverte de renseignements appartenant à l'une des catégories visées à l'alinéa précédent.

3° Les informations militaires de toute nature non rendues publiques par le Gouvernement et non comprises dans les énumérations ci-dessus dont la publication, la diffusion, la divulgation ou la reproduction, aura été interdite par une loi ou par un décret, en conseil des ministres.

4° Les renseignements relatifs soit aux mesures prises pour découvrir et arrêter les auteurs et les complices de crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, soit à la marche des poursuites et de l'instruction, soit aux débats devant la juridiction de jugement".

Tel qu'il fut perçu, à l'époque, ce texte de l'article 78 constituait une tentative de définition matérielle du secret de défense, puisqu'il énumérait de manière limitative quatre catégories différentes de renseignements considérés comme des secrets de défense et qu'il donnait, notamment, dans son alinéa 2° une liste détaillée des différents supports physiques pouvant contenir de tels secrets.

---

[10] *Ibid.*, p. 105.

[11] A. Noyer, *op. cit.*, p. 57.

Cet effort apparent de précision visait le double but de mieux appréhender la réalité de l'espionnage (très actif en cette période d'immédiate avant-guerre) et de respecter au maximum le principe traditionnel de la légalité des incriminations (*"nulla poena, nullum crimen sine lege"*).

Sous-Section III. - La critique de la définition de 1939

Mais, à l'usage, on s'aperçut que cette définition matérielle du secret de défense, n'en était pas une. Ce texte de l'article 78

> *"ne contenait même pas, en réalité, une définition nette et complète de la notion du secret de défense. Ce texte contenait, en effet, une fausse définition puisqu'il se bornait à citer les "objets, matériels, écrits, dessins, etc. qui par leur nature (article 78.2° alinéa) doivent être tenus secrets" sans préciser justement cette nature. Il introduisait, ensuite, la notion de secret sur décision du Gouvernement pour des informations militaires qui par leur nature n'avaient pas à être tenues secrètes et dont le caractère secret résultait, par conséquent, beaucoup plus d'une fiction légale que de la nature des choses (article 78.3° alinéa)"* [12].

Un colloque organisé à l'Université de Strasbourg en juin 1955 compara la législation française de 1939 avec les textes d'autres pays européens et contribua à la remise en cause de cette tentative de définition matérielle du secret. Affirmant pourtant en ouverture que *"la clarté d'une définition (leur) paraît la première condition d'une garantie efficace des libertés publiques, et spécialement de la liberté de la presse"*, le rapporteur affirmait que *"le Code pénal n'a pas réussi à donner une définition nette du secret, qui permette de connaître en toute occasion l'étendue exacte de ses droits et de ses devoirs"* et, plus loin, se demandait *"si le problème comporte vraiment une solution législative et si, comme l'affirme le rapport belge, la notion de secret n'est pas elle-même trop vague pour être définie autrement que de façon concrète"* [13]. Et le Professeur Vitu reconnaissait dans son rapport que

> *"la surprise des journées d'études aura été de révéler aux participants français une autre manière d'envisager le problème. Peut-être nos hôtes étrangers ont-*

---

[12] Chef d'escadron Bicail, "La notion du secret de défense nationale en droit français", *Revue d'Etudes et d'informations de la Gendarmerie Nationale*, juillet 1983, p. 4.

[13] Jacques Leauté (publié par), *Secret militaire et liberté de la presse - étude de droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 1 et 12.

> *ils été, de leur côté , étonnés de nous voir fonder tant d'espérances sur une définition légale. Beaucoup de pays d'Europe ne cherchent plus une bonne formule générale, qu'ils croient impossible de trouver, tant est variable et multiforme le secret.* " [14]

A cette réflexion de fond sur l'échec intrinsèque de la tentative de définition matérielle du secret de défense par l'article 78, s'ajouta la constatation pratique de l'insuffisance de cette définition pour couvrir efficacement tous les actes pouvant porter atteinte à la confidentialité des secrets de défense. Certains n'hésitent pas à pousser la critique assez loin sur ce sujet, comme le directeur du Contrôle général des Armées en 1985 :

> *"Liés par un texte précis, les juges ne purent poursuivre comme il l'aurait fallu certains agissements coupables, parce qu'ils n'entraient pas dans le champ d'application de cette définition du secret. Paradoxalement le progrès qu'avaient voulu les rédacteurs du décret-loi de 1939 a finalement abouti à une régression par rapport à l'état juridique antérieur.* " [15]

Sans aller aussi loin dans la remise en cause, les journées de Strasbourg évoquèrent, notamment, la menace de l' "*espionnage ouvert*", qui

> *"consiste à rassembler, avec l'intention de les livrer à une puissance étrangère, des renseignements qui, pris individuellement, n'ont pas de caractère secret, mais dont la réunion entre les mains d'un ennemi, peut nuire à la sûreté de l'Etat. L'article 78 n'inclut pas précisément de tels secrets, qui peuvent être dangereux pour la défense nationale. Il serait peut-être utile que la législation française prévoie une définition de l'espionnage ouvert.* " [16]

De même, le Professeur Pinto remarquait que le décret-loi de 1939 protégeait essentiellement le secret des renseignements détenus par des "*personnes qualifiées*" (c'est-à-dire des agents publics, pour l'essentiel) et non ceux qui pouvaient se trouver entre les mains de personnes privées ou d'un fonctionnaire hors de son service :

> *"un diplomate découvre, à ses moments perdus, une nouvelle formule d'explosif. Un professeur de sciences invente un procédé industriel, susceptible*

---

[14] *Ibid.*, p. 3.

[15] Intervention de François Cailleteau à l'Institut de Criminologie cité par Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, Fayard, 1986, p. 16.

[16] *Ibid.* pp. 25 et 26.

d'applications militaires. Un journaliste rapporte d'une enquête des renseignements diplomatiques et économiques de haute importance pour la défense nationale. Ces personnes ne sont pas légalement tenues au secret. "[17]

Prenant en compte, l'ensemble de ces critiques, l'ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 - prise en application de la loi d'habilitation du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement à prendre "*certaines mesures ayant trait au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'Etat, à la pacification et à l'administration de l'Algérie*" - réforma complètement les articles du Code pénal relatif aux crimes et délits contre la sûreté de l'Etat[18]. Ce fut l'occasion d'abandonner toute définition matérielle du secret de défense.

SECTION II. - L'absence de définition légale du secret dans l'ordonnance de 1960

L'ordonnance du 4 février 1960 substitua aux anciens articles 75 à 108 du Code pénal, les nouveaux articles 75 à 103 formant toujours le premier chapitre du Code consacré aux "*crimes et délits contre la sûreté de l'Etat*".

Pris dans son ensemble, ce texte constituait une importante évolution du droit pénal français dans la mesure où il faisait disparaître pour la première fois la distinction traditionnelle, depuis 1789, entre "*sécurité extérieure de l'Etat*" et "*sécurité intérieure de l'Etat*". Tirant la leçon des conflits survenus depuis 1939 (le second conflit mondial, les guerres coloniales) et du développement de la guerre froide, le législateur français unifiait les infractions et les peines entre le temps de paix et le temps de guerre, et ce y compris en ce qui concerne les différentes atteintes au secret de la défense nationale.

Mais dans ce domaine de la protection du secret, les innovations les plus importantes de l'ordonnance de 1960 ne résidèrent pas dans l'abolition de la distinction sûreté extérieure / sûreté intérieure. Elles se situaient dans la refonte complète de la définition du secret de défense lui-même et dans le rassemblement de différentes atteintes indirectes à ce secret sous la dénomination commune des "*autres atteintes à la défense nationale*".

---

[17] Roger Pinto, *La liberté d'opinion et d'information*, Domat Monchrestien, 1955, pp. 116-117.

[18] En raison de l'utilisation de la procédure de l'ordonnance prévue à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement fut dispensé d'organiser un débat parlementaire sur le sujet et put promulguer ce texte sans l'accompagner d'aucun rapport ou circulaire explicative, ce qui a maintenu une certaine confidentialité sur le dispositif de protection du secret (cf. Alain Dewerpe, *Espion - Une anthropologie historique du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994, p. 136).

Sous-Section I. - Un secret par objectif non défini

Renonçant, pour les motifs énoncés plus haut, à la définition matérielle du secret de défense, le Code pénal issu de l'ordonnance de 1960 ne définit plus ce secret que d'une manière volontairement très imprécise :

> *"un renseignement, objet, document ou procédé qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale."*

La livraison par un Français d'un tel secret à une puissance étrangère constituait une trahison (article 72) et le même fait commis par un étranger constituait le crime d'espionnage (article 73).

Cette définition réduite au strict minimum équivalait, en réalité, à une absence de définition. De nombreux commentateurs ont voulu y voir simplement la reconnaissance explicite de l'existence d'un secret de défense *"par nature"*, déjà évoqué à l'alinéa 1 de l'ancien article 78 [19]. Mais il était sans doute plus juste d'y voir, comme le propose M. Bicail, un *"secret par objectif"* [20].

En effet, ce secret de défense n'était plus défini en fonction de sa nature, contrairement au texte précédent qui, dans son alinéa 1°, faisait limitativement référence à des renseignements *"d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel"*.

De même, la nouvelle énumération des supports physiques du secret (*"renseignement, objet, document ou procédé"*) est beaucoup moins détaillée que la précédente et écarte la plupart des termes qui pouvaient - au-delà de l'indication physique - renseigner sur la nature intrinsèque du secret (notamment *"dessins, plans, cartes, levés, photographies"*).

A partir de 1960, tout renseignement de quelque nature et sous quelque forme que ce soit pouvait, donc, en principe, constituer un secret de défense pour peu que cela fut considéré comme nécessaire au titre de la défense nationale. C'était donc bien la finalité de défense qui devenait le seul critère du secret [21], cette finalité de défense

---

[19] Dans ce sens, cf. notamment, *Jurisclasseur Pénal*, Crimes et délits contre la sûreté de l'Etat, p.17 ; Henri Debrun, "Le secret de défense", in Jacques Robert (sous la dir.), *L'esprit de défense*, Economica, 1987, p. 441.

[20] M. Bicail, *op. cit.*, p. 4. Voir aussi dans le même sens, P. Péan, *op. cit.*, p. 20.

[21] Cette notion *"finaliste"* d'un secret *"par nature"* ou *"par objectif"* n'était cependant pas une nouveauté radicale. Elle avait déjà été évoqué dès l'adoption de la loi de 1886. Le rapporteur de ce texte devant le Conseil d'Etat avait, ainsi, déclaré : *"Il a paru que personne ne pouvait se*

pouvant elle-même prendre différentes formes puisque l'ordonnance du 7 janvier 1959 venait de définir la défense comme ayant

> *"pour objet d'assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population. Elle pourvoit de même au respect des alliances, traités et accords internationaux."* [22]

Dans ce nouveau contexte, plus encore que sous l'empire du décret-loi du 29 juillet 1939, le juge pénal s'est donc trouvé investi - au moins dans les textes - d'une totale liberté d'appréciation du caractère secret d'un renseignement puisque le Code pénal ne lui fournissait plus dorénavant aucune définition matérielle ou formelle du secret (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

Sous-Section II. - La protection des secrets par extension

L'autre innovation du texte de 1960 fut de regrouper dans une seconde section intitulée *"Des autres atteintes à la défense nationale"* différents articles établissant ce que l'on a appelé des *"secrets par extension"*. Clairement distingués du secret de défense *stricto sensu*, ces quasi-secrets donnaient lieu à des infractions moins sévèrement sanctionnées : *"Mus par un souci de logique et de justice, les rédacteurs de l'ordonnance du 4 juin 1960 ont considéré, avec raison, que la divulgation de telles informations n'était pas susceptible de conséquences aussi graves pour la sécurité de l'Etat que celle des secrets par nature et en ont tiré les conclusions en matière de qualification de l'infraction et des peines applicables"* [23]. Et le Professeur Vitu fit remarquer dans son commentaire qu'à l'exception de l'article 74 (cf. infra), les infractions concernant les secrets par extension ne requéraient pas *"l'animus hostilis"* (c'est-à-dire l'intention délibérée d'espionnage, dite encore *"dol spécial"*) qui était

---

méprendre sur le caractère des documents que la loi veut protéger. Pour qu'un document soit réputé secret, il n'est pas nécessaire qu'il porte en tête la mention : confidentiel ; la nature même de son contenu fera connaître s'il doit être réputé non communicable, et l'on peut dire, d'une manière générale, que l'on doit garder secret tout document que l'étranger peut avoir intérêt à connaître" (cité par R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, tome II, Paris, chez l'auteur, 1929, p. 289).

[22] Article 1er de l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 portant organisation générale de la défense. Sur la mise en oeuvre et les limites de ce texte, cf. infra - Ière Partie, Chapitre II.

[23] Michel Sénéchal, *Droits politiques et libertés d'expression des officiers des forces armées*, L.G.D.J., 1964, p. 134.

nécessaire pour la constitution des infractions d'espionnage ou de trahison prévues aux articles 72 et 73 [24].

"*Les faits sont ici moins graves*" remarqua le Professeur Vitu dans son commentaire à propos de cette catégorie, "*soit par la nature des renseignements utilisés ou publiés par le coupable ou livrés par lui à l'étranger, soit plus généralement par l'absence de l'animus hostilis. Les pénalités sont plus indulgentes, et consistent seulement en une privation de liberté*". La plupart de ces secrets par extension consacrés par la réforme, n'étaient que la reprise, avec quelques adaptations, de dispositions déjà introduites dans le texte de 1939 mais mal distinguées jusqu'alors du secret de défense *stricto sensu* :

- l'article 79.6° nouveau protégeait le secret "*des renseignements relatifs soit aux mesures prises pour découvrir et arrêter les auteurs et les complices de crimes ou délits définis aux sections I et II du présent chapitre, soit à la marche des poursuites et de l'instruction, soit aux débats devant les juridictions de jugement*", ce qui correspond à l'alinéa 4° de l'ancien article 78 ;

- l'article 78 nouveau protégeait, pour sa part, "*une information militaire, non rendue publique par l'autorité compétente et dont la divulgation est manifestement de nature à nuire à la défense nationale*", ce qui constituait une reprise sensiblement atténuée (la nuisance manifeste devenant un élément constitutif indispensable de l'infraction [25]) de l'alinéa 3° de l'ancien article 78 ;

- l'article 77 nouveau protégeait le secret des "*inventions intéressant la défense nationale*" vis-à-vis de personnes "*agissant pour le compte d'une puissance ou d'une entreprise étrangère*", reprenant ainsi mot pour mot l'alinéa 3° de l'ancien article 81.

---

[24] André Vitu, "Réforme des dispositions législatives concernant la sûreté de l'Etat", *J.C.P.*, 1960, n° 1578.

[25] *A contrario*, certaines analyses critiques ont voulu voir dans cette modification de l'article 78, un renforcement d'un certain arbitraire juridique créé par l'ordonnance de 1960 et l'introduction de la notion "*finaliste*" de "*secret par objectif*" : "*Une opacité ultime s'ouvre avec l'ordonnance du 4 juin 1960 et le nouvel article 78 qui ne considèrent pas les informations comme secrètes en elles-mêmes mais subordonnent leur caractère secret, donc le fait que leur publication soit sanctionnable, au danger que cette dernière fera courir à la défense. Le secret n'est plus lié à une définition légale préalable (une loi ou un décret en interdisant la publication) mais au caractère nocif de la publicité : il sera fonction, non plus de la nature de l'information, mais des effets de sa révélation. Ignorant où commence le secret, donc où commence le crime, le justiciable, comme le juge, devront attendre la fin du procès pour être éclairés : ce n'est qu'après coup que le crime sera constitué*" (A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 54).

L'ordonnance de 1960 ajouta à cette catégorie des secrets par extension, deux notions importantes pour permettre une protection "périphérique" du secret de défense :

- tout d'abord, les articles 75 et 76 nouveaux qui réprimaient la compromission ou la destruction sans intention criminelle d'un secret de défense, accordèrent la même protection aux *"renseignements, objets document ou procédé ... dont la connaissance pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale"*. Cette idée de protéger, non seulement le secret lui-même mais aussi des informations qui peuvent conduire à lui, figurait déjà dans l'ancien article 78.2°. Mais alors que n'étaient protégées parmi de telles informations que celles qui *"ne doivent être connues que des personnes qualifiées pour les manier ou les détenir et doivent être tenues secretes à l'égard de toute autre personne"* - c'est-à-dire que celles que les autorités gouvernementales ont souhaité voir faire l'objet de mesures de protection spécifiques - le texte de 1960, moins restrictif, permettait de sanctionner *a posteriori* la compromission d'une information n'ayant fait l'objet d'aucune mesure de protection dès lors qu'elle pouvait conduire à la découverte d'un secret.

- allant plus loin encore, l'article 74 nouveau punissait *"tout français ou tout étranger qui, dans l'intention de les livrer à une puissance étrangère, rassemblera des renseignements, objets, documents ou procédés dont la réunion ou l'exploitation sont de nature à nuire à la défense nationale"*. Ce faisant, cet article incriminait pour la première fois directement l'espionnage ouvert (cf. supra), c'est-à-dire le recueil par des voies apparemment licites d'informations non secrètes mais dans un but final illicite.

- enfin, bien que n'évoquant aucunement la question de la protection du secret, l'alinéa 3° de l'article 80 nouveau permettait d'incriminer le fait d'entretenir *"avec les agents d'une puissance étrangère des intelligences de nature à nuire à la situation militaire ou diplomatique de la France ou à ses intérêts économiques essentiels"*, ce qui permettait, là encore (et plus facilement que dans le cas de l'article 74, comme l'a prouvé la pratique) de sanctionner un acte d'espionnage caractérisé physiquement et intentionnellement alors même que les renseignements transmis n'avaient pas un caractère suffisamment secrets pour permettre l'application de l'article 72 (cf. infra - Ière Partie, Chapitre III).

Grâce à ces niveaux de *"secrets par extension"*, l'ordonnance de 1960 établissait une protection périphérique complémentaire du secret de défense *stricto sensu* : dans le premier cas, c'était la nature "quasi-secrète" du renseignement

compromis qui constituait l'infraction, même en cas d'absence d'intention malveillante ; dans les deux autres cas, c'était - à l'inverse - le "but d'espionnage" qui justifiait la sanction même en l'absence de la moindre sensibilité de l'information compromise.

Sous-Section III. - Une situation analogue à l'étranger

En décidant de supprimer tout élément matériel ou formel de définition du secret de la défense nationale, l'ordonnance de 1960 rejoignait d'autres législations étrangères qui - à l'époque - refusaient également de donner une définition au secret. Dans le colloque précité de Strasbourg de 1955, le rapport de synthèse du Professeur Vitu signalait déjà que, parmi les neufs pays européens étudiés (Allemagne, Belgique, France, Islande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Suisse et Yougoslavie), six d'entre eux (à savoir la Belgique, l'Islande, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Suisse et la Yougoslavie) *"ne paraissent pas connaître de définition légale précise du secret de la défense nationale"* [26]. Et se livrant quelques années après à une comparaison similaire, deux auteurs pouvaient affirmer, à leur tour :

> *"Cette rapide revue des législations nationales permet de constater que la notion traditionnelle du secret d'Etat est largement périmée. En définitive, la tendance générale est que l'Etat moderne détermine d'une manière discrétionnaire les matières soumises au secret. Rien n'est plus significatif que cette formule du Code pénal néerlandais (article 98) : sont secrets "... les renseignements dont l'intérêt de l'Etat exige le secret"* " [27].

Mais deux autres Etats, dont l'importance internationale est plus importante que les nations déjà signalées ci-dessus, se sont aussi caractérisés par une réticence certaine à définir le contenu des secrets de la défense nationale : les Etats-Unis et le Royaume-Uni.

§ 1. - La non-définition du secret par la législation criminelle américaine

Aux Etats-Unis, les dispositions pénales sanctionnant les atteintes au secret de défense - à savoir les sections 793 et 794 du Titre 18 du Code criminel américain - ne fournissent pas de définition de ce secret.

---

[26] J. Leauté, *op. cit.*, p. 10.

[27] Gérard Cohen-Jonathan & Robert Kovar, "L'espionnage en temps de paix", *A.F.D.I.*, 1960, p. 242.

La section 794(a) punit ainsi la transmission à un gouvernement étranger de tout document ou information *"relatif à la défense nationale"* par toute personne agissant *"avec l'intention ou des raisons de croire que cela sera utilisé au préjudice des Etats-Unis ou à l'avantage d'une nation étrangère"* [28].

La section 793 sanctionne, de son côté, des agissements pouvant faciliter la transmission ultérieure d'informations de défense à une puissance étrangère. Elle sanctionne, en premier lieu, le fait de pénétrer dans une installation (793a) ou de copier un document (793b) *"en rapport avec la défense nationale"* dans le but *"d'obtenir une information relative à la défense nationale"* et *"avec l'intention ou des raisons de croire que cette information sera utilisée au préjudice des Etats-Unis ou à l'avantage d'une nation étrangère"*. Elle sanctionne ensuite le fait de recevoir des informations ou documents dont on sait - ou a des raisons de croire - qu'ils ont été obtenus en contravention de cette Section (793c), de transmettre, à une personne non autorisée à les recevoir, des informations ou documents de défense obtenus légalement (793d) ou sans autorisation (793e), d'avoir, par négligence, permis que des informations ou documents de défense soient détournés, perdus, détruits, volés ou transmis à l'extérieur (793f).

On remarque dans la rédaction de ces différentes infractions une double absence :

- l'absence de toute définition précise du type d'informations pouvant être concernées par ces dispositions. Si ces textes comprennent une énumération assez longue des différents supports possibles [29], il ne donne comme seul élément de définition au sens matériel que le fait que ces informations sont *"relatives à la défense nationale"* (*"relating to the national defense"*) ;

- l'absence de toute mention du fait que les informations concernées doivent nécessairement avoir un caractère secret. Le seul critère mis en avant pour distinguer entre les agissements relatifs à des informations de défense ceux qui sont passibles de sanctions pénales, est un critère *"finaliste"* : celui de savoir si l'agissement en question va avoir pour conséquence un préjudice pour les Etats-Unis ou un avantage pour un Etat étranger.

---

[28] La Section 794(b) sanctionne, pour sa part, en temps de guerre la transmission à l'ennemi d'informations relatives aux forces et aux opérations militaires (*18 U.S.C.*, Chapitre 37, Section 794(b)).

[29] *"document, écrit, livre de code, livre de signal, croquis, photographie, négatif photo, tirage, plan, carte, modèle, instrument, dispositif ou note"*.

A l'inverse de cette non-définition du secret par la loi pénale, le texte réglementaire qui organise la classification des informations et les modalités de leur protection - l'Executive Order n° 12356 signé par le Président Reagan - définit, dans sa section 1.3.(a), les quelques catégories d'informations qui doivent relever de ces mesures de classification :

"- *les informations militaires (plans, armes et opérations),*

- *les vulnérabilités et les performances des systèmes, installations, projets ou plans relatif à la sécurité nationale,*

- *l'information de gouvernement étranger,*

- *les activités de renseignement (y compris les activités spéciales) ou les sources de renseignement ou ses méthodes,*

- *les relations internationales et les activités extérieures des Etats-Unis,*

- *les questions scientifiques, technologiques ou économiques relatives à la sécurité nationale,*

- *les programmes du gouvernement des Etats-Unis pour la sauvegarde des installations et des matières nucléaires,*

- *la cryptologie,*

- *une source confidentielle, ou*

- *toute autre catégorie d'informations relatives à la sécurité nationale et qui requiert une protection contre la divulgation non autorisée ainsi que l'a décidé le Président ou les responsables d'agence et autres fonctionnaires auxquels aura été délégué par le Président le pouvoir de classifier.* " [30]

Même si la dernière catégorie visée par ce texte préserve le pouvoir quasi-discrétionnaire de l'Exécutif de classifier toute information jugée sensible au regard de la sécurité nationale, cela reste une exception et - pour le reste - ce texte procède bien à une délimitation du domaine du secret. Pour autant, cette définition matérielle d'origine administrative n'interfère que partiellement avec la protection pénale. En

---

[30] *National Security Information*, Executive Order 12356 du 2 avril 1982, 47 F.R. 14874, *US Code Congressionnal and Administrative News* - 97th Congress Second Session, 1982, n° 4, pp. B53 et B54.

effet, aucune des infractions des sections 793 et 794 précitées n'exige que les informations ou documents concernés soient classifiés.

Seules deux autres dispositions de la loi pénale américaine prévoient deux cas particuliers dans lesquels le fait qu'une information soit classifiée constitue un critère pour la qualification d'un délit :

- un cas tenant à la spécificité du secret à protéger : il s'agit de la transmission ou de la publication intentionnelle d'informations classifiées relatives à des systèmes cryptologiques gouvernementaux ou à des systèmes d'interception de communication [31] ;

- un cas tenant à la spécificité des auteurs de l'infraction : il s'agit de la transmission d'informations classifiées à des agents d'une puissance étrangère ou d'une organisation communiste par des agents ou des officiers dépendant du gouvernement américain, ou inversement [32]. Cette infraction est constituée, sans avoir à prouver l'intention de nuire de son auteur dès lors qu'il est établi que celui-ci était conscient du caractère classifié de l'information transmise et du fait que le récipiendaire n'était pas autorisé à en prendre connaissance [33].

Les dispositions pénales fédérales américaines organisent donc bien un système de protection du secret de défense dans lequel celui-ci n'est pas défini matériellement et où l'existence de documents formellement secrets (de par leur classification par l'autorité gouvernementale) ne joue qu'un rôle limité et supplétif.

§ 2. - *La définition des secrets officiels au Royaume-Uni et son évolution récente*

C'était plus encore le cas en Grande-Bretagne, qui connaissait depuis l'adoption de l'*Official Secrets Act of 1911* et de ses compléments successifs, une législation très sévère et très extensive en matière de protection du *"secret officiel"*. Dans ce texte, aucun critère formel ou matériel du secret n'était mentionné :

- la première section de cette loi sanctionne le fait pour quiconque d'obtenir ou de communiquer, avec l'intention de porter préjudice à la sécurité de l'Etat, une

---

[31] *18 U.S.C.*, Chapitre 37, Section 798(a).

[32] *50 U.S.C.*, Section 783(a) et (b).

[33] Cf. Thomas M. Franck & Edward Weisband, "Dissemblement, Secrecy, and Executive Privilege in the Foreign Relations of Three Democraties : A Comparative Analysis", in Thomas M. Franck & Edward Weisband (ed.), *Secrecy and Foreign Policy*, Oxford University Press, 1974, p. 441.

information dans le but d'être utile à une puissance ennemie [34]. Le critère de cette infraction n'est lié en rien à la qualité des documents ou des informations concernés, mais uniquement à l'appréciation subjective de l'intentionnalité de l'auteur [35].

- la seconde section de cette loi (la plus décriée - cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier), sanctionnait (jusqu'en 1989, date de sa réforme) notamment le fait par une personne ayant accès à toute information obtenue au titre d'une fonction officielle, de la transmettre à une personne non autorisée ou de l'utiliser au profit d'une puissance étrangère [36]. Cette disposition créait la notion de *"secret officiel"*, qui n'était défini que par le seul fait qu'il s'agissait d'une *"information dont un fonctionnaire de la Couronne ou un contractant du gouvernement prend connaissance es-qualités"* [37]. Il s'agissait donc d'un critère

---

[34] La *section* 1(1)(c) de l'*Official Secrets Act of 1911* sanctionne notamment toute personne qui *"dans un but préjudiciable à la sécurité ou aux intérêts de l'Etat (...) obtient, recueille, enregistre, ou publie ou communique à quelqu'autre personne un code secret officiel ou mot de passe ou un croquis, plan, maquette, article ou note ou autre document ou information dans le but d'être ou de pouvoir être ou dans l'intention d'être directement ou indirectement utile à un ennemi"* (traduction *in* François Tucoo-Chala, *Le secret gouvernemental en Grande-Bretagne : vers une réforme de l'Official Secrets Act*, Mémoire de D.E.A. d'Etudes politiques, I.E.P. Paris, septembre 1980).

[35] Cf. sur ce point, le "rapport Franks" (*Franks Report*), *Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act of 1911 - Volume 1 : Report of the Committee*, H.M.S.O., Cmnd. 5104, Londres, septembre 1972, appendix I, p. 111. Quelques années après l'adoption de cette loi, un agent allemand faisait déjà remarquer que *"contrairement aux habitudes séculaires du droit anglais, foncièrement respectueux de la liberté individuelle, le Gouvernement avait fait ratifier hâtivement par la Chambre des Communes, la loi dite des "secrets officiels", qui contenait une clause d'interprétation tellement élastique et facilitant à un tel point les condamnations, qu'un magistrat pouvait faire déclarer par le jury un accusé coupable sur un simple soupçon"* (Karl Graves, *Souvenirs d'un agent secret de l'Allemagne*, Plon, Nourrit & Cie, Paris, 1916, pp. 193 et 194). Et à partir de 1920, la preuve de cet élément intentionnel pu être notamment apportée au travers de la *section* 2 de l'*Official Secrets Act* de 1920 (venu compléter celui de 1911) qui dispose que le fait, pour une personne accusée au titre de la *section* I de l'*Official Secrets Act* de 1911, d'être *"en communication avec un agent étranger"* vaut preuve de son intention malveillante au sens de cette *section* I.

[36] La *section* 2(1) originelle de l'*Official Secrets Act* of 1911 sanctionnait toute *"personne ayant en sa possession ou sous son contrôle un code secret officiel ou mot de passe ou un croquis, plan, maquette, article ou note ou autre document ou information (...) qui lui a été confié à titre confidentiel par quelqu'un exerçant une fonction au service de Sa majesté ou qu'il a obtenu ou auquel il a eu accès en vertu de sa fonction permanente ou contractuelle, actuelle ou passée, au service de Sa Majesté ou en tant que personne employée ou ayant été employée par quelqu'un tenant ou ayant tenu une telle fonction ou contrat"* qui (a) les communique *"à toute personne autre que celle à qui il est autorisé de les communiquer ou à une personne à qui il est de son devoir de les communiquer dans l'intérêt de l'Etat"* ou qui (a) utilise *"l'information en sa possession au bénéfice d'un pouvoir étranger ou d'une quelqu'autre manière préjudiciable à la sécurité et aux intérêts de l'Etat"* (traduction F. Tucoo-Chala, *op. cit.*).

[37] *Franks Report*, *op. cit.*, p. 113.

organique très général, sans aucune définition matérielle (tous les sujets pouvaient être couverts par le secret officiel) ni formelle (le secret officiel n'exigeait aucune mesure de protection spécifique et il n'y avait aucune connexion entre l'application de la *section 2* et l'existence d'une mention de classification [38]), ce que les juristes anglo-saxons appellent souvent une "*catch-all clause*" (une clause "attrape-tout").

Cette quasi-absence de définition du secret officiel, qui avait pour conséquence que celui-ci pouvait être invoqué contre tout fonctionnaire à propos de toute sorte d'informations gouvernementales, même peu sensibles, a été très largement critiquée et a donné lieu à plusieurs procès à sensation (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier). Le rapport confié à un comité dirigé par Lord Franks aboutit en 1972 à la nécessité d'une réforme de la *section 2* (qu'il proposait de remplacer par une loi sur l'information officielle, sorte de *Freedom of Information Act* britannique) et fit plusieurs propositions dans ce sens, dont notamment de :

- créer une liaison juridique entre la loi pénale et les mentions de classification utilisées par les autorités gouvernementales, afin que les restrictions à définir dans la future loi sur l'information officielle ne s'appliquent qu'aux seules informations classifiées [39] ;

- limiter l'utilisation de ces classifications mettant en oeuvre le secret officiel à certains domaines "sensibles" de l'action gouvernementale, tels que les questions de défense, de sécurité du Royaume, de politique étrangère, de politique monétaire, ou encore les documents du Cabinet et les informations pouvant servir à perpétrer des infractions ou à échapper à la justice.

Après une proposition de réforme inaboutie lancée par le gouvernement travailliste en 1978 [40] à partir des conclusions du rapport Franks et, suite à plusieurs affaires judiciaires retentissantes (notamment les affaires *Ponting* et *Spycatcher*, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier), le gouvernement conservateur de Madame M. Thatcher reprit le problème sous un autre angle plus limité et - après la publication d'un livre blanc sur le sujet en juin 1988 [41] - fit adopter en 1989 une nouvelle loi [42] qui, sans

---

[38] *Ibid.*, pp. 29 et 56.

[39] *Ibid.*, pp. 56 et 59.

[40] *Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911*, H.M.S.O., Londres, Cmnd. 7285, juillet 1978.

[41] *Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911*, H.M.S.O., Londres, Cm 408, juin 1988.

créer un véritable droit à l'information, remplace la contestée *section* 2 [43]. Ce nouveau texte repose sur deux principes :

- l'usage du secret officiel est limité aux informations touchant les domaines suivants :

. les services de sécurité et de renseignement (*section* 1),

. la défense (*section* 2),

. les relations internationales (*section* 3),

. les informations résultant de la commission d'un délit ou relatives à la lutte contre la criminalité (*section* 4).

- la divulgation non autorisée d'un secret officiel n'est pénalement sanctionnable que si elle "*cause un dommage*" aux différents intérêts de l'Etat en jeu dans ces domaines. Néanmoins ce "*test du préjudice*" est écarté au profit d'une sanction automatique dans trois cas de divulgation :

. divulgation d'informations relatives aux services de sécurité ou de renseignement, effectuée par un agent de ces mêmes services (*section* 1 (1)),

. divulgation d'informations relatives à des interceptions de communication ou à un mandat spécial (prévu par la loi sur les services de sécurité de 1989), ou obtenues par ces moyens (*section* 4 (3)),

. divulgation d'informations obtenues d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale, lorsque cette transmission est restée confidentielle ou que le contenu des informations pourrait avoir un effet préjudiciable (*section* 3 (3)).

Cette réforme a donc gommé les aspects les plus choquants du système antérieur. Pour autant, on remarque que la loi adoptée n'a pas retenu la proposition du rapport Franks de ne considérer comme secret officiel que ce qui aurait fait préalablement l'objet d'une mesure de classification [44].

---

[42] *Official Secrets Act of 1989* du 11 mai 1989.

[43] Pour un commentaire de ce texte, cf. notamment Kenneth G. Robertson, "Sécurité et secret au Royaume-Uni", *Les cahiers de la sécurité intérieure*, n° 10, août-octobre 1992, pp. 247 à 266 ; K.D. Ewing & C.A. Gearty, *Freedom under Thatcher - Civil Liberties in Modern Britain*, Clarendon Press, Oxford, pp. 189 et s..

[44] Le Gouvernement avait ouvertement rejeté cet aspect des choses dans son Livre blanc de 1988, indiquant notamment que l'existence d'une classification ne pouvait constituer la preuve du

Au total, ce rapide rappel de la façon dont le Royaume-Uni envisage la définition des secrets qu'il entend protéger, nous a montré que dans ce pays, comme en France, la tentation a été forte de ne faire reposer le secret sur aucun élément objectif de définition mais que cette non-définition a provoqué (outre des difficultés d'application judiciaire importantes, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II) de vives critiques politiques et doctrinales qui ont amené le législateur à opter pour un resserrement du dispositif et l'apparition de quelques éléments de définition matérielle du secret.

SECTION III. - Une définition formelle instaurée par le nouveau Code pénal

En France, le système instauré en 1960 resta en vigueur pendant trente-quatre ans, jusqu'à ce qu'au 1er mars 1994, entre en vigueur le nouveau Code pénal voté par le Parlement en juillet 1992. Cette refonte totale du Code pénal n'a pas épargné les dispositions consacrées à la sûreté de l'Etat. Un nouveau Livre IV consacré aux *"crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique"* a entièrement modifié le dispositif antérieur. Dans le cadre élargi de la protection des *"intérêts fondamentaux de la nation"* (notion que nous étudierons - dans ses rapports avec le secret de défense - dans le second chapitre), la notion de *"secret de la défense nationale"* subsiste mais connaît une évolution juridique importante. En réaction à l'absence de définition voulue dans l'ordonnance de 1960, le nouveau Code pénal propose désormais une définition formelle du secret de défense (Sous-Section I.), qui ne fait que consacrer la compétence administrative traditionnelle en matière de détermination du secret (Sous-Section II.). Parallèlement, on constate un resserrement du dispositif de protection du secret de défense autour de quelques infractions-clés (Sous-Section III.).

Sous-Section I. - La définition du secret de défense par l'article 413-9 nCP

La section consacrée aux atteintes au secret de la défense nationale (qui n'est désormais que la seconde section d'un chapitre III, intitulé *"Des autres atteintes à la défense nationale"*, ce qui constitue, déjà, le symbole d'un renversement de perspective - cf. infra) s'ouvre par un article 413-9 qui a pour fonction la définition du concept de *"secret de la défense nationale"*.

---

préjudice résultant de la divulgation, mais que le niveau de classification pouvait seulement être *"retenu en justice comme preuve tendant à montrer que l'inculpé avait des raisons de croire que la divulgation de l'information pouvait entraîner un préjudice à l'encontre de l'intérêt public"* (*Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911*, juin 1988, p. 15).

§ 1. - Le critère formel des mesures de protection

Le premier alinéa de l'article 413-9 nCP fixe le critère formel qui définit légalement le secret :

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

Deux conclusions complémentaires doivent être tirées de la lecture de ce premier alinéa de l'article 413-9 nCP :

- Seuls les *"renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers"* qui intéressent la défense nationale peuvent être considérés comme constituant des secrets de défense. Cette disposition renvoie donc au contenu même de la défense nationale, telle qu'elle a été définie par l'ordonnance du 7 janvier 1959. Indiscutablement, cette notion a vocation à dépasser le seul domaine de la défense militaire, mais il importe de savoir désormais jusqu'à quelle limite on peut considérer que la défense couvre le nouveau domaine des *"intérêts fondamentaux de la nation"*. Certes, un parlementaire intervenant à l'Assemblée lors du débat sur le texte a formulé un raccourci intéressant :

"la défense nationale, c'est bien la défense des intérêts fondamentaux de la nation ? Le rapporteur me donne raison sur ce point" [45].

Mais cette affirmation paraît largement démentie par l'analyse détaillée du contenu de l'article 410-1 : s'il est indiscutable que la défense nationale s'intègre toute entière dans le cadre des *"intérêts fondamentaux de la nation"*, il est clair que cette notion déborde largement celle de défense nationale, tant dans son principe énoncé par l'ordonnance de 1959, que dans sa mise en application depuis cette date (cf. nos développements, infra, Ière Partie, Chapitre II).

- Seul ce qui a fait l'objet de mesures de protection particulières de la part de la puissance publique peut être considéré comme un secret de défense [46]. *A*

---

[45] Intervention de M. Bonnemaison, député, *Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 1ème séance du 7 octobre 1991, p. 23.

[46] Ce n'était pas le cas sous l'emprise des textes précédents, même si une interprétation extensive - et relativement approximative - avait pu voir dans le seul ancien 78 introduit par l'ordonnance de 1960, un outil de *"protection particulière de l'information militaire classifiée"*

contrario, un objet ou une information ne faisant l'objet d'aucune mesure restrictive (notamment, une classification) ne peut, en aucun cas, être considéré comme un secret de défense au sens du Code pénal, ainsi que l'a explicitement confirmé le rapporteur de l'Assemblée nationale lors des débats parlementaires :

"n'est pas un secret de la défense nationale une information qui n'est pas classée comme telle. Il n'y a donc pas de secret de défense par nature ; le critère formel prend le pas sur le critère matériel et la première tâche du juge sera de vérifier l'existence de la classification." [47]

Cette constatation est essentielle, car si elle consacre, conjointement avec l'alinéa 3 de cet article - comme nous allons le voir - la compétence centrale des autorités administratives en matière de détermination et d'appréciation des secrets de défense (cf. infra), elle restreint simultanément la latitude de l'administration à déclarer secrète *a posteriori* n'importe quelle information non classifiée à l'époque de la commission de l'infraction supposée. La compétence discrétionnaire du pouvoir exécutif trouve donc là sa première limitation en la matière, et le juge hérite incontestablement d'un critère moins contestable pour former son intime conviction (cf. infra, IIIème Partie, Chapitre III).

§ 2. - *Des précisions nouvelles sur les supports du secret*

A ces deux constatations, il convient d'ajouter une remarque qui concerne l'énumération des différents supports du secret. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, l'ordonnance de 1960 avait renoncé à la liste très concrète de l'article 72.2° pour éradiquer toute trace de définition matérielle du secret. Le nouvel article 413.9. ne revient pas sur ce point. Il se contente de compléter l'énumération très globale de l'ordonnance de 1960 (*"renseignement, objet, document ou procédé"*) par deux termes :

- celui de *"fichiers"*, présent dès le texte initial du projet de loi, couvre certainement les fichiers informatisés, mais l'on peut penser que le législateur a voulu plus largement viser toutes les formes de fichiers, qu'ils soient manuels ou informatisés, afin d'être en harmonie avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui s'applique explicitement à ces

(Henri Eyraud, "Information ouverte et problème du secret" in Colloque F.E.D.N./Centre Droit et Défense/Ecole supérieure de journalisme, *Geostratégie de l'information*, F.E.D.N., 1987, p. 94).

[47] *Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique*, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 79.

deux formes de fichiers et contient, d'ailleurs, des dispositions spécifiques relatives aux fichiers couverts par le secret de défense (cf. infra, IIIème Partie, Chapitre I).

- celui de *"données informatisées"* qui fut introduit à la faveur d'un amendement déposé par la commission des lois lors de la première lecture devant l'Assemblée [48].

Mis à part le fait que la mention des *"fichiers"* induit un recouvrement partiel, d'une part avec les *"données informatisées"* (car les fichiers informatiques sont déjà couverts par ce terme) et d'autre part avec les *"documents"* (qui couvrent les fichiers manuels), ces deux ajouts de 1992 ne modifient pas la philosophie de l'énumération des objets du secret telle qu'elle avait été conçue en 1960 : il ne s'agit pas de précisions sur le contenu et la nature du secret mais bien uniquement de précisions concernant son support physique, dans le but de mieux couvrir les aspects les plus modernes de la communication et de la présentation d'information.

§ 3. - L'appréciation du juge sur la pertinence des mesures de protection

A l'alinéa 2 du même article 413-9 figure une seconde disposition qui va offrir au juge une nouvelle occasion de faire valoir son appréciation souveraine sur le caractère secret ou non d'un document ou d'une information :

"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".

Ce second alinéa est fort important, car :

- Il maintient en vigueur le concept de *"secret par extension"* en ce qui concerne les informations (ou autres supports) dont la divulgation *"pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale"* (anciens articles 75 et 76), qui ont droit, comme les secrets eux-mêmes, à des mesures de protection préventive (classification notamment). Il confirme ainsi la pratique antérieure de l'administration sur ce point (cf. infra).

---

[48] *"Notre amendement 19 rectifié tend à insérer les mots "données informatisées" après le mot "documents". Il s'agit de compléter la définition du secret. On peut donner comme exemple les messages circulant sur les réseaux téléinformatiques"* (*Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 2ème séance du 7 octobre 1991, p. 16).

- Combiné avec le premier alinéa, il impose à l'administration de ne soumettre à des *"mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion"* que les informations (ou autres éléments supports du secret) présentant véritablement une nature secrète (ou permettant d'y conduire) et confie au juge le soin d'y veiller en effectuant un contrôle - et le cas échéant, une requalification - du bien-fondé des mesures de protection (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

Les travaux parlementaires ont été sur ce point totalement explicites. L'exposé des motifs du projet de loi affirme clairement que

"les dispositions nouvelles précisent, en outre, le cadre juridique dans lequel doit s'exercer le pouvoir de l'administration de manière que le juge puisse exercer son contrôle sur la pertinence des mesures de protection adoptées." [49]

Et M. Sapin, ministre délégué à la justice, confirma en séance que

"ne peuvent faire l'objet de telles mesures que les éléments "dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de défense nationale". En d'autres termes, le juge disposera de critères précis pour apprécier la pertinence des décisions de classement et ne pourra plus considérer comme secrètes des informations non classées." [50]

Sous-Section II. - La confirmation de la compétence administrative pour le détermination du secret

Le troisième alinéa de l'article 413-9 nCP du nouveau Code pénal tire logiquement la conclusion de la reconnaissance légale des mesures de classification administrative par l'alinéa 1 en confiant à l'autorité réglementaire le soin d'organiser la classification des secrets et leur protection :

"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'Etat".

---

[49] Exposé des motifs du projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique, *Assemblée nationale*, seconde session ordinaire de 1990-1991, document n° 2083, 5 juin 1991, p.8.

[50] *Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 2ème séance du 7 octobre 1991, p. 16.

Par la combinaison de ces différents alinéas, cet article reconnaît ainsi aux services gouvernementaux une double compétence : celle de définir les mesures de protection des secrets de défense (cf. infra - IIème Partie, Chapitre II) et celle de décider du caractère secret d'un objet ou d'un renseignement par le simple fait de lui appliquer une de ces mesures de protection (et ce, sous le contrôle du juge, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II). En cela, il ne crée rien de révolutionnaire, mais se contente de donner un fondement législatif incontestable à ce qui n'était, jusqu'alors, qu'une simple pratique administrative.

§ 1. - La compétence administrative traditionnelle

Cette double compétence l'administration l'exerçait déjà avant 1994 mais elle ne reposait pas sur une base légale aussi précise, s'appuyant seulement sur une interprétation large des dispositions générales de l'ordonnance du 7 janvier 1959 sur la défense. Elle constituait plus, en réalité, une *"compétence implicite"* qu'une réelle *"compétence d'attribution"*.

C'est, en effet, sur les dispositions de l'article 9 de l'ordonnance de 1959 que s'appuie l'action gouvernementale en matière de protection du secret de défense, et plus particulièrement en matière de classification des informations. Mais cet article 9 ne fait que rappeler la responsabilité générale conférée au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution en matière de *"défense nationale"* et préciser, qu'à cet effet, il *"assure la coordination de l'activité en matière de défense de l'ensemble des départements ministériels"*. Ce n'est qu'au niveau réglementaire que plusieurs décrets, pris en application de l'ordonnance de 1959, établissent les compétences administratives en matière de protection du secret :

- compétence générale reconnue au Secrétaire général de la défense nationale qui *"propose, diffuse, fait appliquer et contrôler les mesures nécessaires à la protection du secret de défense"* [51]. Compétence complétée par un décret non publié du 11 mars 1963 définissant les missions du Service de sécurité de défense (S.S.D.) intégré au S.G.D.N. (cf. infra - IIème Partie, Chapitre Ier) ;

- compétence reconnue au haut fonctionnaire de défense de chaque département ministériel qui *"est responsable de l'application des dispositions relatives à la sécurité de défense et à la protection du Secret"* [52] ;

---

[51] Article 7 du décret n° 78-78 du 25 janvier 1978 fixant les attributions du Secrétaire général de la défense nationale.

[52] Article 2 du décret n° 80-243 du 3 avril 1980 relatif aux attributions des hauts fonctionnaires de défense.

- définition des trois catégories de classification (*Très secret-défense*, *Secret-défense* et *Confidentiel-défense*) et répartition des compétences en matière d'habilitation des personnels pour l'accès à ces types d'informations classifiées, par le décret du 12 mai 1981 [53].

Ce dernier décret qui ne vise, lui aussi, que l'ordonnance du 7 janvier 1959 et le Code pénal, devrait être remplacé à un moment ou à un autre par un nouveau décret en Conseil d'Etat, comme prévu par l'alinéa 3 de l'article 413-9 nCP. Mais il y a de fortes chances que ce nouveau texte, s'il voit le jour, reste très proche de son prédécesseur. Et quoi qu'il en soit de son avenir, ce décret du 12 mai 1981 aura témoigné du fait - qu'avant même le nouveau Code pénal - les services gouvernementaux s'étaient déjà réservé le monopole de la protection du secret de défense, et, par là, une influence indirecte considérable sur sa qualification au regard de la loi pénale.

§ 2. - *Une compétence illustrée par le décret du 12 mai 1981*

Avant même d'étudier les principales dispositions de ce texte, il convient de savoir, en effet, que ce décret de 1981 n'était lui-même qu'une première initiative pour donner un fondement minimal à une pratique administrative jusqu'alors principalement coutumière. Ce décret fut publié, en effet, après que le Ministère de la Justice, saisi en 1978 par le Ministère de la défense d'une demande de dérogation à la loi du 19 juillet 1976 relative aux établissements classés, eut fait valoir que les mesures de protection invoquées n'étaient pas suffisamment fondées juridiquement pour s'opposer à l'application de la loi. Un rapport du contrôle général des Armées intervenu peu après et consacré à l'adaptation des règles de protection du secret aux "*nouveaux droits des citoyens*" (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II) préconisa sur ce point de renforcer les instructions interministérielles existantes par un décret, si ce n'est par une loi.

Tel qu'il est rédigé, le décret du 12 mai 1981 consacre donc - pour l'essentiel - une pratique antérieure et montre bien en quoi cette pratique donnait déjà à l'administration compétence pour influer largement sur la qualification des secrets de défense :

---

[53] 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'Etat, *J.O.R.F.* du 15 mai 1981, p. 1427. La légalité de ce décret a été contestée *a posteriori* par un député communiste lors des débats sur le nouveau Code pénal, au motif que *"selon l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux de la défense nationale. C'est donc un tort de l'exécutif d'avoir fixé, par un décret du 12 mai 1981, les principes du secret-défense. Seules relèvent du domaine réglementaire les modalités d'application"* (intervention de M. Millet, *Assemblée nationale*, Compte-rendu analytique officiel, 2ème séance du lundi 7 octobre 1991, p. 16).

Son article 2 précise clairement que *"les renseignements, objets, documents, procédés intéressant la défense nationale et la sûreté de l'Etat qui doivent être tenus secrets font l'objet d'une classification comprenant trois niveaux de protection : Très secret-défense, Secret-défense et Confidentiel-défense"*. Cette rédaction, et notamment l'emploi de la formule *"font l'objet"*, est encore plus impérative que la formule *"peuvent faire l'objet"* désormais employée par l'article 413-9. alinéa 2 (cf. supra). Elle crée donc une relation très rigide entre la classification et le fait pour une information de devoir être tenue secrète, c'est-à-dire de devenir un secret de défense nationale au sens du Code pénal : d'après ce texte, toute information devant être considérée pénalement comme secret de défense nationale doit faire l'objet d'une classification, ce qui implique, *a contrario*, que, sauf appréciation contraire du juge, toute information classifiée est présumée secret de défense nationale :

> *"Au cours du débat judiciaire né d'une éventuelle divulgation, la classification permet de présumer la qualité de l'information, même si le tribunal demeure libre de peser et mesurer le secret, et juger enfin s'il est digne du luxe de précaution qui l'entoure."* [54]

La classification établit la présomption de secret ; la preuve du contraire étant à la charge du juge pénal, voilà quelle était, *de facto*, la situation antérieure à 1992 et explicitée pour la première fois dans un texte publié en 1981. On conviendra, d'une part, qu'elle limitait la marge d'appréciation du juge (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II) et que, d'autre part, elle n'était pas si éloignée de la règle introduite législativement en juillet 1992.

Dans le même sens, on remarquera que les articles 4, 5 et 6 de ce décret définissent l'affectation des trois catégories de classification dans des termes qui visaient à permettre la distinction immédiate entre les secrets *stricto sensu* (dont la violation pouvait être constitutive d'espionnage ou de trahison) et des secrets par extension (dont la violation n'était qu'une des *"autres atteintes à la défense nationale"*) :

> - les mentions *Très secret-défense* (article 4) et *Secret-défense* (article 5 premier alinéa) sont réservées *"aux informations dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale et à la sûreté de l'Etat"* (pour le *Très secret-défense*, il faut, de plus, que ces informations *"concernent les priorités gouvernementales en matière de défense"*, ce qui n'est pas, en revanche, une catégorie pénale) ;

---

[54] Robert Blaser, "Le secret de défense", *Défense nationale*, mars 1990, p. 82.

- la mention *Confidentiel-défense* est réservée *"aux informations qui ne présentent pas en elles-mêmes un caractère secret mais dont la connaissance, la réunion ou l'exploitation peuvent conduire à la divulgation d'un secret intéressant la défense nationale ou la sûreté de l'Etat"* (article 5 alinéa 2), ce qui correspondait précisément aux termes de la définition des *"secrets par extension"* évoqués dans les anciens articles 75 et 76 (cf. supra).

En décrétant que *"nul n'est qualifié pour connaître des informations protégées s'il n'a pas reçu une autorisation préalable et s'il n'a pas été reconnu comme ayant besoin d'en connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission"*, l'article 7 du décret fournissait, en réalité, au juge pénal la définition implicite *a contrario* de la notion de *"personne non qualifiée"* visée par les anciens articles 75, 76, 78 et 79 du Code pénal (cf. infra - IIème Partie, Chapitre II).

L'analyse du décret du 12 mai 1981 révèle donc bien le souci qu'a toujours eu l'administration - et, au premier chef, le S.G.D.N. - de pratiquer une politique de classification et de protection du secret qui, en l'absence de tout lien juridique avec le texte pénal, pré-détermine implicitement la qualification juridique des informations protégées. Dans son rapport parlementaire sur le nouveau Code pénal, M. Colcombet a fait d'ailleurs remarquer fort justement que, dans la pratique, les articles 72, 74 et 75 de l'ancien Code

"apparaissent comme la traduction pénale du décret du 12 mai 1981." [55]

Cela réduisait d'autant plus la marge de liberté du juge pénal qui, nous le verrons plus loin, n'a jamais eu traditionnellement les moyens réels de se livrer à une appréciation souveraine (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

En définissant, pour la première fois, le secret de défense par le critère formel des mesures de protection et de classification, le nouveau Code pénal effectue donc une révolution théorique mais ne fait que donner force de loi à une pratique administrative ancienne, qui veut que les services gouvernementaux soient en charge de la détermination et de la protection du secret de défense.

§ 3. - Une compétence renforcée par la modification tardive de l'alinéa 4 de l'article 413-9 nCP

Nous avons souligné, précédemment, la cohérence qui existe entre le premier et le troisième alinéa de l'article 413-9 nCP : à partir du moment où, pour la première fois, la loi pénale prend en considération les mesures de protection prises par

---

[55] Rapport Colcombet, *op. cit.*, p. 78.

l'administration, il était nécessaire que la compétence du pouvoir exécutif en la matière soit reconnue officiellement par l'alinéa 3, entérinant ainsi toute la pratique antérieure.

Il faut néanmoins noter que la rédaction de cet alinéa a fait l'objet d'une forme inhabituelle de *"repentir"* de la part du Gouvernement et du Parlement, et ce sur un point qui - bien que secondaire - n'est pas sans signification.

Dans sa première version, issue de la loi du 22 juillet 1992, le troisième alinéa de l'article 413-9 précisait, en effet que

> *"les niveaux de classification des renseignements, (...) et les modalités selon lesquelles est organisée leur protection sont déterminés par décret en Conseil d'Etat".*

Ce faisant, le législateur obligeait le Gouvernement à publier officiellement les principes essentiels de son dispositif de protection, jusqu'alors prévus par l'instruction interministérielle n° 1300 du S.G.D.N. et d'autres instructions spécialisées, classées *"diffusion restreinte"* et - de ce fait - non publiées (cf. infra - IIème Partie, Chapitre II). C'est ce qu'estima le Conseil d'Etat, 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 [56].

Pour éviter cette contrainte de publication et sauvegarder - ainsi - la confidentialité (pourtant toute relative, à en croire les articles et les ouvrages qui traitent du sujet [57]) de l'organisation pratique de la protection du secret de défense [58], le Gouvernement proposa donc au Parlement de modifier les termes de l'article 413-9 à l'occasion du vote en décembre 1993 de la loi portant modification du nouveau Code de procédure pénale et création d'une peine incompressible pour certains crimes odieux [59].

---

[56] Cf. le rapport sur le projet de loi relatif au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *Assemblée nationale*, dixième législature, n° 786, 2 décembre 1993, p. 65.

[57] Cf. notamment, des descriptions relativement détaillées du contenu de l'instruction interministérielle n° 1300 dans Alain-Louis Mie, *L'administration et le droit à l'information - Le secret en question*, Berger-Levrault, 1985, pp. 155 à 160 ou dans P. Péan, *op. cit.*, pp. 37 à 61.

[58] Le sénateur Charles Jolibois, rapporteur du texte devant le Sénat, a rapporté l'argumentation gouvernementale en écrivant, à ce sujet, dans son rapport : *"certaines des modalités selon lesquelles la protection du secret défense est organisée ne sauraient être rendues publiques et donc faire l'objet d'un décret en Conseil d'Etat."* (Rapport de M. Charles Jolibois, *Sénat*, document n° 86, première session ordinaire de 1993-1994, séance du 10 novembre 1993, p. 34).

[59] Loi n°94-89 du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau

Bon gré, mal gré, les parlementaires ont accepté de se prêter - non sans quelque ironie [60] - à cette rectification législative de dernière minute. L'article 9 de cette loi transforma donc la phrase

"les modalités selon lesquelles est organisée leur protection"

en la phrase suivante

"les autorités chargées de définir les modalités selon lesquelles est organisée leur protection".

Dans ces conditions, le décret du 12 mai 1981 (qui évoque, brièvement, la répartition des responsabilités au sein de l'administration entre les différents services - cf. infra - IIème Partie, Chapitre I) redevient conforme aux intentions de la loi. C'est pourquoi, à la veille de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal (fixé au 1er mars 1994), le Gouvernement s'est contenté de prendre une disposition réglementaire provisoire établissant le lien entre l'article 419-3 nCP et le décret du 12 mai 1981 [61] : L'article 16 du décret du 25 février 1994 (qui est venu compléter différents aspects de la partie réglementaire du Code pénal [62]) a inséré dans la partie réglementaire du nouveau Code pénal un article R.413-6 nCP, qui dispose, en effet, que

"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

---

Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *J.O.R.F.*, 2 février 1994, p. 1803.

[60] Le sénateur Michel Dreyfus-Schmidt, par exemple, n'a pas manqué de signaler, durant le court débat à ce sujet, que - bien que la modification soit introduite dans un chapitre du projet de loi regroupant des dispositions nécessitées par l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal - *"on ne voit pas très bien, a priori, en quoi la mesure prévue (..) est rendue nécessaire par l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal"* et c'est sur le même ton, légèrement moqueur, qu'il approuva néanmoins l'initiative : *"On vient de se rendre compte, paraît-il, que le Gouvernement et le Parlement étaient peut-être bien imprudents de prévoir qu'un décret allait décider des modalités d'organisation de la protection du secret de la défense nationale ! C'est exact ! S'il s'agit d'un secret de défense nationale, il n'est pas judicieux de publier au Journal Officiel un décret prévoyant les modalités prises pour le protéger."* (*J.O.R.F.*, Sénat, Débats, séance du 20 novembre 1993, p. 4557).

[61] C'est ce que laissait prévoir la circulaire de la Chancellerie relative à l'interprétation du nouveau Code pénal, en disant, à propos du décret cité au troisième alinéa de l'article 413-9 : *"Ce décret est en réalité celui du 12 mai 1981 relatif à l'organisation de la protection des secrets et informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat"* (Ministère de la Justice, Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 relative à son entrée en vigueur, *J.O.R.F.*, octobre 1993, p. 231).

[62] Décret n° 94-167 du 25 février 1994 modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale, *J.O.R.F.*, 26 février 1994, pp. 3197 et 3198.

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'Etat. "

Le décret du 12 mai 1981 qui demeurait jusqu'alors sans lien juridique direct avec le Code pénal se voit donc ainsi reconnu comme référence pour l'appréciation du caractère secret d'une information protégée. Mais le Gouvernement a, d'ores et déjà, mis au point un projet de nouveau décret en Conseil d'Etat qui devrait se substituer au décret de 1981 et en rajeunir les dispositions sans en modifier fondamentalement le principe [63].

Sans exagérer l'importance de cette péripétie législative, ce montage juridique artisanal et la volte-face qui en est à l'origine sont très révélateurs de la pratique administrative en matière de protection du secret de défense.

Ils confirment et renforcent la prééminence administrative sur l'organisation et la gestion de la protection du secret de défense. En refusant, en effet - après coup - de confier au règlement le soin d'organiser publiquement les modalités principales de cette protection, le Gouvernement a simplement cherché à pérenniser sa pratique traditionnelle selon laquelle, en matière de secret,

"qui dit règles écrites et explicites ne veut pas dire obligatoirement règles publiques. (...) *le premier des secrets réside dans les modalités de l'exercice de ce secret* " [64].

Ce faisant, il s'appuie sur quelques précédents jurisprudentiels qui admettent, par exemple, que le statut réglementaire des personnels de la D.G.S.E. est applicable sans publication au Journal Officiel, du seul fait qu'il a été notifié aux intéressés [65].

---

[63] Cf. Bertrand Warusfel, "Protection du secret de défense et des informations classifiées dans le nouveau Code pénal", *Droit et Défense*, 94/3, p. 56.

[64] A. Dewerpe, *op. cit.*, pp. 135 et 136.

[65] Le Conseil d'Etat avait déjà admis que, durant l'occupation certains textes statutaires relatifs à des services, dont il importait de cacher l'existence à l'occupant, pouvaient ne pas avoir été publiés sans que cela ne constitue une illégalité. Concernant le décret fixant le statut du personnel du S.D.E.C.E., le tribunal administratif de Paris a pris une position similaire, considérant qu'"*il a été notifié individuellement aux intéressés,* (...) *que si cette notification comportait interdiction de conserver copie du document dont s'agit il n'est pas contesté que ce document est mis à la disposition desdits intéressés sur leur demande ; qu'eu égard à la nature du service en cause la requérante, qui n'allègue pas s'être vu refusée communication du décret précité, n'est pas fondée à soutenir que ce décret ne lui est pas opposable*" (T.A. Paris, 11 mars 1959, *Dame Pelegry*, *A.D.J.A.*, 1960.II.242). A titre d'exemple de cette procédure de notification

Mais il n'est pas inutile de citer ce qu'a dit, à ce propos et en citant lesdites jurisprudences, le rapport de la commission Schmelk sur les écoutes téléphoniques :

> *"Il paraît possible de concilier la protection nécessaire du secret de la défense nationale et les exigences d'un débat démocratique. La loi relative aux interceptions de sécurité, dans la mesure où elle ne concerne pas la procédure pénale, n'est pas obligée d'entrer dans le détail des règles applicables. Ces dernières peuvent être précisées par voie réglementaire et il convient de rappeler à ce sujet qu'il a été admis en jurisprudence, que les textes réglementaires relatifs au statut des fonctionnaires du Service de documentation extérieure et de contre-espionnage pouvaient recevoir application du seul fait de leur notification aux intéressés sans qu'il y ait lieu d'exiger leur publication au Journal Officiel"* [66].

La réserve *"dans la mesure où elle ne concerne pas la procédure pénale"* nous semble, dans le cas qui nous préoccupe, d'une grande importance. A la différence des questions de statut du personnel dans lesquelles l'on peut facilement comprendre qu'il soit possible d'étendre la technique de la notification (utilisée pour les actes individuels), sans grand dommage pour les principes généraux de notre droit public, la question du secret est une question pénale. Et dans ce domaine, la qualification du délit ou du crime potentiel va dépendre - selon le nouveau Code - du caractère classifié ou non de l'information, et ce caractère classifié va lui-même se déduire de l'application de mesures de protection qui continueront à être établies et mises en oeuvre sans publication. On se trouve donc à la limite extrême de ce que le rapport Schmelk mentionnait comme tolérance possible pour une non-publication de mesures réglementaires et le risque existe que puisse, là, être mis en cause le principe de la légalité des peines.

On peut, du même coup, s'interroger sur l'effet de ce repentir sur l'exercice que pourra faire le juge pénal de la nouvelle liberté d'appréciation que lui ouvre la loi. Chargé d'apprécier la réalité et l'opportunité d'une mesure de protection du secret (cf.

---

sans publication, la direction du S.D.E.C.E. - proposant à un cadre du G.C.R. l'intégration au S.D.E.C.E. - lui écrit : *"Pour être renseigné aussi complètement que possible sur la proposition d'intégration qui vous est présentée, vous pourrez prendre connaissance au près de votre chef de service : - du décret du 27 novembre 1967 portant règlement d'administration publique relatif aux dispositions statutaires applicables aux personnels statutaires du S.D.E.C.E. ; - du décret du 25 novembre 1964 fixant le statut particulier du corps des Contrôleurs des transmissions"* (texte reproduit *in* Roger Faligot & Pascal Krop, *La Piscine - Les services secrets français, 1944-1984*, Le Seuil, 1985, p. 407).

[66] Cité par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *1er rapport d'activité 1991-1992*, Documentation française, 1993, p. 102.

infra - IIIème Partie, Chapitre III), il devra, pour ce faire, se référer à une réglementation dont la plupart des dispositions opérationnelles ne seront pas publiées, et donc inopposables aux tiers.

Sous-Section III. - Le resserrement du spectre des infractions relatives au secret de défense

Une fois posée la définition du secret lui-même, par l'article 413-9 nCP, seuls deux articles de ce nouveau Code pénal organisent spécifiquement sa protection ; les articles 413-10 nCP et 413-11 nCP. Ils concernent, respectivement, la compromission du secret par son dépositaire ou par un tiers.

§ *1. - Des éléments communs aux deux articles*

Comme précédemment dans les articles 75 et 76, l'infraction peut être constituée aussi bien par un acte clandestin (détourner, soustraire, détruire) que par un acte public (porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée). A ce niveau, en effet, le législateur veut sanctionner l'acte originel de celui qui entraîne la compromission. Dans cette optique, rendre public un secret, même sans le livrer à une puissance étrangère, constitue en soi un acte répréhensible.

On remarque cependant que, désormais il n'est plus indiqué que le dépositaire doit avoir agi *"sans intention de trahison ou d'espionnage"*. Mais cela ne veut pas signifier pour autant que cette intention est requise pour l'application de ces deux articles. Bien au contraire, cette omission vient souligner le fait que, désormais, le nouveau Code pénal ne considère plus aucune des infractions relatives au secret de défense comme pouvant être constitutive, à elle seule, d'espionnage ou de trahison. Ces qualifications sont, en effet, réservées par l'article 411-1 nCP aux seules infractions portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation au profit d'une puissance étrangère (cf. infra - Ière Partie, Chapitre II). Il n'est donc plus nécessaire, au sein des infractions relatives au secret de défense, de distinguer celles qui ne relèvent pas de la trahison ou de l'espionnage de celles qui en relèveraient.

Notons, aussi, le changement de formule entre les anciens articles qui - comme toutes les dispositions de l'ordonnance de 1960 - parlent d'un renseignement *"qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale"* et ces nouveaux articles qui visent directement un renseignement *"qui a un caractère de secret de la défense nationale"*. Derrière cette nuance de rédaction qui passe de la périphrase à l'affirmation objective, il y a - nous l'avons vu - toute l'évolution d'un secret indéfini qui n'existait

que d'un point de vue *"finaliste"* vers un secret qui a désormais une existence formelle identifiable.

De même, les nouveaux articles ne mentionnent-ils plus, à côté des informations secrètes, celles *"dont la connaissance pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale"*. La raison en est - très certainement - que ce type d'information correspond à la classification *"confidentiel défense"* prévue dans le décret du 12 mai 1981, laquelle classification est depuis ce texte considérée comme faisant partie intégrante du secret de défense. Or, ce n'était pas le cas en 1960 où le "confidentiel défense" était encore considéré comme une mention de discrétion professionnelle (à l'instar du "diffusion restreinte"), ce qui rendait nécessaire la mention explicite de ce type d'information dans le champ d'intervention du Code pénal. Aujourd'hui, le concept de *"secret de la défense nationale"* étant rattaché par l'article 413-9 à la notion de classification, les informations "confidentiel défense" bénéficient de la même protection pénale que celle des niveaux supérieurs.

On peut signaler enfin l'ajout, dans la description de l'élément matériel des deux infractions, de deux nouveaux verbes : *"détourner"* et *"reproduire"*, qui désignent des formes d'appropriation liées à l'utilisation des nouveaux moyens de traitement de l'information [67].

§ 2. - *La compromission du secret de défense par son dépositaire*

L'article 413-10 nCP s'est substitué à l'ancien article 75 qui sanctionnait *"tout gardien, tout dépositaire"* qui compromettait un secret *"sans intention de trahison ou d'espionnage"*. Désormais, le premier alinéa de l'article 413-10 nCP punit la compromission volontaire d'un secret de défense par son dépositaire :

> *"Est puni de sept années d'emprisonnement et de 7.000.000 F d'amende le fait, par toute personne dépositaire, soit par état soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la défense nationale, soit de le détruire, détourner, soustraire ou de le reproduire, soit de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée."*

---

[67] Cette disposition devrait ainsi pouvoir sanctionner la *"reproduction"* (par duplication) d'un fichier informatique classifié ou encore le *"détournement"* d'une liaison de communication sur laquelle transitait une information secrète (dans ce sens, le rapporteur de l'Assemblée nationale : *"le verbe "détourner" (qui) permet notamment d'incriminer la captation de correspondances transmises par voie de télécommunications"*, F. Colcombet, *Assemblée nationale*, document n° 2244, *op. cit.*, p. 81).

Outre les éléments déjà mentionnés plus haut, cette disposition précise, par rapport à l'ancien article 75, la *"mission temporaire ou permanente"*, ce qui vise plus explicitement les collaborateurs extérieurs et occasionnels de l'Etat, qui deviennent dépositaires de secrets (par exemple, le cocontractant de l'Etat dans un marché public).

Enfin, il faut remarquer que le nouveau texte correctionnalise l'infraction en réduisant la peine à sept années d'emprisonnement (contre dix à vingt de détention). Il faut, semble-t-il y voir le souci de faciliter à la justice l'usage de cette incrimination, dont le caractère criminel était dissuasif [68].

Comme dans l'ancien article 75, la compromission passive est punie de la même manière que celle par action et - à l'inverse - la compromission involontaire constitue une circonstance atténuante entraînant une réduction des peines encourues :

> *"Est puni des mêmes peines le fait, par la personne dépositaire, d'avoir laissé détruire, détourner, soustraire, reproduire ou divulguer le renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier visé à l'alinéa précédent.*
>
> *Lorsque la personne dépositaire a agi par imprudence ou négligence, l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende."*

§ 3. - La compromission du secret de défense par un tiers

L'article 413-11 nCP est le pendant logique de l'article 413-10 nCP, comme l'ancien article 76 - auquel il se substitue - l'était de l'article 75. Il s'agit du cas de la compromission d'un secret par une personne qui n'en est pas le dépositaire, et qui se trouve donc dans la position d'un tiers. Désormais :

> *"Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500.000 F d'amende le fait, par toute personne non visée à l'article 413-10 de :*
>
> *1° S'assurer la possession d'un renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier qui présente le caractère d'un secret de la défense nationale ;*

---

[68] Le général Eyraud faisait remarquer en 1987 que *"le Code pénal prévoit des peines trop lourdes, en général 5 à 10 ans de détention, que le pouvoir politique a jugé inapplicables dans la plupart des cas. Et, depuis 10 ou 15 ans, on a surtout vu un grand laxisme des gouvernements en la matière, qui est un fait et qui rend, aujourd'hui, difficile l'application réelle du Code"* (H. Eyraud, *op. cit.*, p. 95).

2° Détruire, soustraire ou reproduire, de quelque manière que ce soit, un tel renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier ;

3° Porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée un tel renseignement, procédé, objet, document, donnée informatisée ou fichier. "

Mises à part les modifications à caractère général qui ont été décrites plus haut comme étant communes avec celles de l'article 413-10, cet article demeure très proche de l'ancien article 76. Seuls deux éléments diffèrent :

- ni la compromission passive (à savoir : laisser détruire, laisser soustraire, laisser rendre public, ...) ni la négligence ne sont incriminées ici ;

- l'article 76.3° sanctionnait le fait d'étendre la divulgation d'un secret, ce qui n'a pas été repris, sans doute en raison du caractère imprécis de cette notion qui la rendait difficile à évaluer et à mettre en oeuvre sans arbitraire. La conséquence en est que, désormais, ne peuvent plus être poursuivis les journalistes qui ont repris une information d'origine secrète déjà publiée une première fois, alors que cela était possible précédemment [69].

L'analyse des infractions relatives à la violation du secret de défense dans le nouveau Code pénal illustre bien le cantonnement juridique qui marque désormais cette notion : d'une part, ces infractions ne sont plus - à elles seules - constitutives de trahison ou d'espionnage et, d'autre part, sur les quarante et un articles composant le titre Ier du Livre IV, seuls trois (413-9, 413-10 et 413-11) concernent spécifiquement le secret de défense, auxquels peuvent s'ajouter cinq articles généraux (414-5, 414-6, 414-7, 414-8, et 414-9) qui leur appliquent - en même temps qu'à d'autres - quelques dispositions répressives ou procédurales. Désormais, le secret de défense n'est donc plus que l'un des éléments - parmi d'autres - qui composent le dispositif de protection des "*intérêts fondamentaux de la nation*". L'analyse de ce nouveau concept et des incriminations qui assurent sa protection va nous permettre de constater qu'une large part de ce que l'ordonnance de 1960 désignait comme des "secrets par extension" va dépendre désormais de ce nouveau dispositif pénal.

---

[69] Pour cette interprétation de l'article 413-11, cf. F. Colcombet, *Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 81 et sur celle de l'ancien article 76.3°, cf. André Vitu, *Traité de droit criminel - Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 60.

CHAPITRE II

LE SECRET DE DEFENSE, COMPOSANTE DE LA PROTECTION DES INTERETS FONDAMENTAUX DE LA NATION

L'un des objectifs de la réforme du Code pénal était de réécrire complètement la partie du Code pénal relative aux crimes et délits contre la sûreté de l'Etat qui avait été modifiée par l'ordonnance du 4 juin 1960 (cf. supra). On savait, notamment, que les services gouvernementaux en charge de ces questions souhaitaient une refonte de ce texte dans le sens d'une meilleure prise en compte des aspects modernes de la compétition internationale [1].

Après de nombreuses années de débats et de travaux, qui faillirent aboutir une première fois en 1985 [2], la réforme d'ensemble du Code pénal a débouché le 22 juillet 1992 par l'adoption de quatre lois [3]. Parmi elles, la loi n° 92-686 comportait le Livre IV du nouveau Code pénal relatif aux *"crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique"*. L'ensemble de ces quatre textes forment désormais le "nouveau Code pénal" (nCP) qui est entré en vigueur - après adoption de sa partie réglementaire - le 1er mars 1994.

Le Livre IV du nouveau Code pénal a donc remplacé intégralement les dispositions du Code antérieur en matière de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat et introduit dans son premier titre le concept nouveau d'*"atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation"*. C'est dans ce nouveau cadre que l'on retrouve une section entièrement consacrée aux *"atteintes au secret de la défense nationale"* [4].

---

[1] Cf. "Sûreté de l'Etat : nouvelles définitions des infractions", *Le Monde*, 7 mars 1985.

[2] Cf. *Le Monde*, op. cit. (le journal révèle que le premier article de cette partie du Code mentionnera *"dans sa version la plus probable "les atteintes aux intérêts essentiels de la Nation que sont sa survie, sa sécurité, l'intégrité de son territoire, son indépendance, sa forme républicaine, son régime constitutionnel, son potentiel économique et sa position financière"*) ; Idem : Thierry Wolton, *Le K.G.B. en France*, Grasset, 1986, p. 285 ; Robert Blaser, "Le secret de défense", *Défense nationale*, mars 1990, p. 90 (qui parle, lui, des *"intérêts fondamentaux de la nation"* que la commission de réforme aurait retenus en 1985).

[3] Lois n° 92-683 (dispositions générales), n° 92-684 (crimes et délits contre les personnes), n° 92-685 (crimes et délits contre les biens) et n° 92-686 (crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique) du 22 juillet 1992, *J.O.R.F.* du 23 juillet 1992.

[4] Code pénal, Livre IV, Titre Ier, Chapitre III, section 2 : "Des atteintes au secret de la défense nationale", *J.O.R.F.* du 23 juillet 1992, pp. 9895 et 9896.

La définition de cette nouvelle notion pénale a été voulue par le législateur pour permettre, notamment, une protection plus large des différents types d'informations sensibles pouvant mettre en cause les intérêts essentiels de la collectivité nationale (Section I.). Mais, par rapport à la notion traditionnelle de secret de défense, cette innovation législative constitue un retournement "copernicien", qui illustre bien la mutation actuelle du concept même de "*défense nationale*" (Section II.).

SECTION I. - L'élargissement de la protection des informations sensibles par la définition des "intérêts fondamentaux de la nation"

La rédaction du Livre IV du nouveau Code pénal a donné lieu à un renversement complet de perspective dans lequel la protection des intérêts fondamentaux de la nation se substitue, dans de nombreux cas, à la protection traditionnelle du secret de défense et s'approprie le bénéfice de nombreuses incriminations pénales qui se référaient jusqu'alors à la notion de secret de défense.

A partir d'une définition très large de ces "*intérêts fondamentaux de la nation*", qui désignent des objectifs plus vastes que ceux liés à la simple défense nationale (Sous-Section I.), on voit se regrouper autour de ce nouveau concept un ensemble d'infractions, provenant essentiellement de la modernisation d'anciennes dispositions rattachées jusqu'alors à la notion de secret de défense (Sous-Section II.).

Sous-Section I. - La définition large des "intérêts fondamentaux de la nation"

Le texte finalement adopté par le législateur, qui constitue désormais le titre premier du livre IV du nouveau Code pénal s'intitule : "*Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation*" et va loin dans l'élargissement du champ de la protection des informations sensibles.

Sa principale innovation consiste à introduire dans l'arsenal pénal français, la notion nouvelle d'"*intérêts fondamentaux de la nation*" (notion proche de celle des "*intérêts essentiels de la nation*" envisagé lors de la première tentative de réforme en 1985) qui est définie par l'article 410.1. nCP :

> "*les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de*

son milieu naturel et de son environnement et des intérêts essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel".

Cette notion - à laquelle la définition de la plupart des infractions se réfère directement ou indirectement - dépasse largement le champ d'application des notions traditionnelles de *"sûreté de l'Etat"* et de *"défense nationale"* et vise à élargir considérablement les cas dans lesquels un agissement contraire aux intérêts de la collectivité peut être pénalement répréhensible.

On peut identifier, en effet, dans cette énumération qui tient lieu de définition, deux catégories distinctes d'éléments : les uns sont une reformulation de termes déjà protégés par les dispositions pénales relatives à la sûreté de l'Etat ; les autres désignent de nouveaux domaines jusqu'alors non pris en compte (ou très indirectement pris en compte) par le Code pénal antérieur.

Parmi les éléments traditionnels déjà protégés par le Code pénal - et, au-delà par la Constitution elle-même - on peut ranger l'indépendance de la nation, l'intégrité du territoire, les institutions, la forme républicaine des institutions, les moyens de la défense, ceux de la diplomatie, la sauvegarde de la population en France et à l'étranger. Et comme nous l'avons déjà signalé, ces domaines sont peu ou prou les domaines dans lesquels la pratique administrative a toujours utilisé l'arme du secret de défense (cf. supra, Ière Partie, Chapitre I).

A l'opposé, l'équilibre du milieu naturel, les intérêts essentiels du potentiel scientifique et économique national et du patrimoine culturel étaient jusqu'à présent uniquement pris en compte par des dispositions civiles ou pénales de droit commun : lois sur la protection de l'environnement, textes sur la propriété industrielle et intellectuelle, loi sur le patrimoine artistique national et sur la sauvegarde des monuments historiques, ... L'article 410-1 du nouveau Code pénal les fait donc entrer, pour la première fois, dans le domaine très spécifique des législations pénales d'exception.

Le terme de sécurité prête déjà à plus de discussion. Si on le restreint à ce que l'on appelait précédemment la *"sûreté de l'Etat"*, la sécurité faisait déjà indubitablement partie du domaine protégé par les anciennes dispositions pénales [5]. Mais si l'on donne à ce terme, le sens large et globalisant que la doctrine, les textes

---

[5] C'est cette interprétation qui semble avoir été retenue par la Chancellerie dans sa circulaire générale de présentation du nouveau Code pénal, dans laquelle elle cite la sécurité parmi les *"intérêts traditionnels"* (Ministère de la Justice, Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 relative à son entrée en vigueur, *J.O.R.F.*, octobre 1993, p. 223).

étrangers et le droit international contemporain lui attribuent aujourd'hui, il faut y voir plutôt un concept synthétique qui recouvrirait, en quelque sorte, l'ensemble des "*intérêts fondamentaux de la nation*" précédemment énumérés et se substituerait dans le contexte d'aujourd'hui à la notion de défense telle que l'on tentait de la définir au début de la Vème République (cf. infra nos développements sur les notions de défense et de sécurité) [6].

Si le critère de la sauvegarde de la population vise à mieux incriminer des actes de type terroriste (y compris lorsqu'ils sont commis contre des Français à l'étranger), les trois autres éléments se veulent chacun une réponse à des menaces stratégiques indirectes portant sur certains aspects sensibles de notre patrimoine collectif. Et celui qui concerne le "*potentiel scientifique et économique*" vise directement les agissements que nous pouvons qualifier d'espionnage économique ou d'espionnage industriel.

C'est ce que semble indiquer le Garde des Sceaux lorsqu'il présente le texte devant le Sénat :

> "*Force est de constater que les menaces pesant aujourd'hui sur notre nation ne sont plus exclusivement militaires. C'est dans une guerre économique que se trouve constamment engagée la France, guerre qui met en jeu, chaque jour, son rang dans le monde.* (...) *Afin de tirer les conséquences de ces évolutions, le nouveau Code pénal étend le champ de la répression. Il substitue aux notions de sûreté de l'Etat et de défense nationale, autour desquelles s'organisent les dispositions du Code actuel, la notion plus large d'intérêts fondamentaux de la nation*" [7].

Ce faisant, le législateur a finalement poussé à son terme une construction juridique et intellectuelle qu'il avait déjà entamée, timidement et dans des cadres très circonscrits, avec l'article 80.3° qui invoquait conjointement "*la situation militaire ou diplomatique de la France ou (de) ses intérêts économiques essentiels*", puis avec la loi

---

[6] Comme nous l'avons déjà signalé, on peut voir également dans l'article 410-1 nCP un retrait symbolique de la notion d'Etat devant celle plus contemporaine de nation (cf. notre introduction ; Me Henri Leclerc, dans son commentaire in *Le nouveau Code pénal*, Le Seuil, 1994, p. 222).

[7] Sénat, séance du 22 avril 1992, reproduit dans *Sénat Débats*, n° 24 S (C.R.) du 23 avril, page 768 et suivantes.

du 16 juillet 1980 qui interdisait à quiconque de transmettre à une autorité étrangère des informations

> *"dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin"* [8].

Sous-Section II. - Les infractions protégeant les intérêts fondamentaux de la nation

Autour de cette définition des intérêts fondamentaux de la nation, le législateur a organisé un ensemble d'infractions qui reprennent, adaptent ou complètent des incriminations pénales déjà visées par l'ordonnance de 1960.

§ *1. - Une définition élargie des bénéficiaires des infractions*

Avant de les détailler, il faut souligner que la plupart d'entre elles comportent une mention dont la rédaction a été renouvelée et étendue par rapport à ce que l'on trouvait dans le Code pénal précédent. Il s'agit de l'énumération décrivant les "destinataires" ou "commanditaires" éventuels des infractions en question : les articles du nouveau Code parlent fréquemment d'*"une puissance étrangère, une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger et leurs agents"* [9]. Dans le Code pénal modifié en 1960, il n'était généralement question que d'une *"puissance étrangère"* [10], ou de *"puissance ennemie"* (dans l'article 81.2° qui réprimait la violation en tant de guerre d'un embargo commercial contre l'ennemi). Le seul cas qui dérogeait à cette terminologie concernait la livraison d'*"inventions intéressant la défense nationale"* sanctionnée par l'article 77 lorsqu'elle s'effectuait à destination d'*"une puissance ou d'une entreprise étrangère"* (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier).

Cette extension de l'énumération est, sur le plan théorique, très importante. Elle élargit, en effet, la typologie des "cibles" de la loi pénale. Jusqu'alors, seuls les agissements en faveur des Etats étrangers pouvaient être clairement et indiscutablement sanctionnés (en dehors du cas spécifique de l'article 77). En effet, seul un Etat (ou un quasi-Etat du point de vue du droit international, c'est-à-dire par exemple - peut-être -

---

[8] Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *J.O.R.F.*, 17 juillet 1980, p. 1799 (sur cette loi, cf. infra - IIème Partie, Chapitre III).

[9] Articles 411-1 à 411-10 nCP.

[10] Articles 70.2° et 3°, 71.1° et 2°, 72, 74, 80.3°.

un mouvement de libération nationale doté d'un commencement de pouvoir et de représentativité internationale) peut prétendre être une *"puissance étrangère"*. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Outre les Etats et quasi-Etats qui sont des *"puissances internationales"*, le nouveau Code pénal prétend appréhender les agissements de plusieurs autres types d'acteurs :

- les entreprises étrangères, c'est-à-dire les sociétés commerciales dont le siège est établi hors du territoire national ;

- les entreprises sous contrôle étranger, c'est-à-dire les sociétés commerciales - y compris celles installées sur territoire national - dont les capitaux sont plus ou moins majoritairement d'origine étrangère [11] ;

- les organisations étrangères, c'est-à-dire les structures de toute sorte (groupes politiques, sociaux, religieux, sociétés secrètes, groupes d'influences, sociétés criminelles organisées, ...) et de tout statut juridique, dont le siège est établi hors du territoire national ;

- les organisations sous contrôle étranger, c'est-à-dire les structures de toute sorte (groupes politiques, sociaux, religieux, sociétés secrètes, groupes d'influences, sociétés criminelles organisées, ...) et de tout statut juridique, qui sont dirigées plus ou moins directement par des intérêts ou des personnes étrangères, et ce, y compris si leur siège est situé sur le territoire national ;

- les agents de ces différentes structures, à savoir n'importe quel individu, du moment qu'il est possible de prouver que celui-ci agissait dans le cadre de l'infraction commise pour le compte et sous le contrôle d'une de ces structures.

§ 2. - Des infractions anciennes modernisées

Toutes les infractions se référant désormais à la notion d'intérêts fondamentaux de la nation ne sont pas nouvelles. Un certain nombre d'entre elles sont la reprise et l'adaptation d'infractions directement issues de la précédente rédaction du Code pénal et dont le législateur a simplement entendu moderniser la définition.

---

[11] Une incertitude peut ici s'introduire, suivant que l'on prend le terme "contrôle" au sens de contrôle majoritaire ou - simplement - de minorité de blocage. La jurisprudence devra trancher sur ce point délicat.

a) Les intelligences avec une puissance étrangère

Ces infractions anciennement réprimées par les articles 70.2°, 71.2° et 80.3°, sont désormais visées par les articles 411.4. et 411.5. qui prévoient respectivement que

> *"Le fait d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère, avec une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents, en vue de susciter des hostilités ou des actes d'agression contre la France, est puni de trente ans de détention criminelle et de 3.000.000 F d'amende"* (art. 411-4 nCP),

et que

> *"Le fait d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère, avec une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents, lorsqu'il est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende"* (art. 411-5 nCP).

Outre l'extension de ces infractions aux intelligences avec les entreprises ou organisations étrangères ou sous contrôle étranger et leurs agents (cf. supra), ces nouvelles rédactions comportent quelques innovations :

- concernant l'article 411-4 (qui ne concerne pas directement la protection du secret ou des informations sensibles), la seule véritable modification résulte dans l'allégement du quantum de la peine, qui passe de la détention criminelle à perpétuité à une peine de trente ans de détention criminelle et de 3.000.000 F d'amende. A cela s'ajoute le fait que l'article 71.2° qui visait les actes d'intelligence commis en temps de guerre n'a plus de successeur dans le nouveau Code, le législateur ayant décidé d'extraire du Code pénal toutes les dispositions relatives au temps de guerre pour les rassembler dans le livre III du Code de justice militaire consacré aux *"atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation en temps de guerre"* [12].

- concernant l'article 411-5 (qui remplace l'article 80.3°, si fréquemment utilisé dans des procédures concernant la répression d'actes d'espionnage. cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II), il faut aussi noter un affaiblissement des sanctions - qui passent de vingt ans de détention à dix ans et 1.000.000 F d'amende - qui "correctionnalise" cette infraction [13]. Mais il est plus important de souligner à quel point le fait de se référer à

---

[12] Ministère de la Justice, circulaire *op. cit.*, p. 221.

[13] La conséquence de cette modification du barème des peines est la compétence du tribunal

l'"*atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation*" élargit encore le champ d'application potentiel de cette incrimination qui, dans sa rédaction antérieure, ne pouvait jouer que lorsqu'étaient en jeu "*la situation militaire ou diplomatique de la France ou ses intérêts économiques essentiels*". Désormais, l'article 411-5 permettra aussi - par application de la définition donnée à l'article 410-1 - de sanctionner des intelligences concernant, par exemple, des agissements dangereux pour la collectivité dans les domaines de l'environnement, du potentiel scientifique national ou du patrimoine culturel national.

b) La pénétration clandestine dans des lieux intéressant la défense nationale

Deux articles du nouveau Code viennent assurer la protection "géographique" des secrets de défense et des zones sensibles : les articles 413-5 et 413-7.

L'article 413-5 dispose que

> "*Le fait, sans autorisation des autorités compétentes, de s'introduire frauduleusement sur un terrain, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle est puni d'un an d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende*" (art. 413-5 nCP)

Cet article remplace, avec une rédaction très allégée, l'ancien article 79 concernant l'introduction dans un local ou un engin militaire. Le principal changement est dans le quantum de la peine, qui passe de vingt années de détention (peine jamais appliquée en raison de son excès de sévérité) à un an et 1 million de francs d'amende.

L'article 413-7 s'est substitué, pour sa part, à l'ancien article 418.1, et prévoit qu'

> "*Est puni de six mois d'emprisonnement et de 50.000 F d'amende le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications*" (art. 413-7 nCP).

Cet article a été adapté sur un point mineur : désormais les zones protégées en question peuvent être instituées à titre temporaire alors que précédemment il s'agissait seulement de "*locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est constamment*

---

correctionnel pour juger de cette infraction qui devrait rester la plus fréquemment retenue en matière de contre-espionnage (si l'on en croit l'interprétation de la Chancellerie, circulaire *op. cit.*, p. 224).

interdite". En revanche, il continue de ne concerner que les zones établies dans des établissements ou entreprises "*intéressant la défense nationale*", ce qui empêche d'installer des zones protégées dans des sites sensibles n'étant pas liés à la défense nationale, mais pouvant être sensibles au titre d'autres "*intérêts fondamentaux de la nation*" [14]. Il y a là une restriction qui est d'autant moins cohérente avec l'élargissement introduit par le concept d' "*intérêts fondamentaux de la nation*", que le même Code a procédé à une telle extension hors du champ de la défense nationale pour l'infraction de "*sabotage*" prévue par l'article 411-9 nCP (cf. infra).

Il a été également complété (ainsi que l'était précédemment l'article 418-1) par des dispositions réglementaires intégrées dans la partie réglementaire du Code : articles R.413-1 à R.413-5 (cf. infra - IIème Partie, Chapitre II).

c) La livraison d'information à une puissance étrangère

le nouvel article 411.6. - qui se substitue à la fois aux anciens articles 72.1° et 77 - prévoit que

> "*Le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de quinze ans de détention criminelle et de 1.500.000 F d'amende*". (art. 411-6 nCP)

Avec cet article, nous nous trouvons devant l'une des modifications majeures du dispositif pénal réprimant l'espionnage et la trahison. Et ce pour deux raisons :

- tout d'abord, la nouvelle rédaction élargit considérablement le champ d'intervention de l'infraction au-delà du seul domaine de la défense nationale : alors que l'article 77 ne visait que les "*inventions intéressant la défense nationale*" et leurs éléments annexes et l'article 72.1° ce "*qui doit être tenu*

---

[14] On peut penser, par exemple, à une centrale nucléaire, site civil, qui dans la technologie actuelle utilisée en France par l'E.D.F. (réacteur à eau pressurisée sous licence Framatome-Westinghouse) n'a aucun lien réel avec les systèmes nucléaires militaires, mais qui devrait être surveillée et protégée au titre de l'intérêt fondamental de la nation de l'"*équilibre du milieu naturel*". Et le fait que, dans son avis *Lalonde*, la C.A.D.A. ait refusé de communiquer certains documents administratifs relatifs à l'usine de retraitement de La Hague en invoquant la défense nationale, ne contredit pas cette opinion : en effet, l'usine de La Hague est un site de retraitement des déchets nucléaires qui peut produire des matières fissiles militaires et, de plus, le document demandé par M. Lalonde concernait le stockage de déchet de centrales graphite-gaz, ancienne technologie française ayant des retombées militaires indéniables (cf. sur ce point, supra et IIIème Partie, Chapitre II).

secret dans l'intérêt de la défense nationale", l'article 411-6 permet de réprimer la livraison à l'étranger de tout élément d'information dès lors que les conséquences de cette livraison sont susceptibles de porter atteinte à l'un des intérêts fondamentaux de la nation ;

- ce faisant, l'article 411-6 s'extrait totalement du dispositif de protection du secret auquel appartenaient, directement l'article 72.1°, et indirectement l'article 77 (sur l'interprétation restrictive de cet article, limité aux seuls brevets mis au secret - cf. infra - IIème Partie, Chapitre III). Désormais, l'infraction pourra être constituée alors même qu'aucune information "classifiée" n'aura été transmise.

Ainsi, l'article 411-6 crée en théorie - à côté de la violation du secret de défense - un second niveau de protection pour des informations sensibles du point de vue des *"intérêts fondamentaux de la nation"* sans pour autant qu'elles soient nécessairement déjà protégées par le secret de défense. Deux cas d'application de cet article peuvent donc être envisagés :

- son application pour sanctionner la livraison d'informations intéressant les *"intérêts fondamentaux de la nation"* mais non couvertes par le secret de défense [15] : il leur apporte alors une protection jusqu'alors pratiquement inexistante (sauf par le biais indirect de l'article 80.3°, qui pouvait être appliqué même en l'absence d'informations classifiées, cf. infra - Ière Partie, Chapitre III) ;

- son application pour sanctionner la livraison d'informations couvertes, par ailleurs, par une mention de classification, ce qui entraînerait un cumul d'infractions dans lequel l'article 411-6 - plus lourdement sanctionné que les articles 413-10 et 413-11 - permettrait d'aggraver fortement la peine.

Dans le nouveau Code pénal, l'article 411-6 est complété par deux articles qui permettent d'en compléter l'efficacité.

L'article 411.7. dispose que

"Le fait de recueillir ou de rassembler, en vue de les livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger

---

[15] Ces informations pourraient correspondre à celles que les autorités américaines avaient tenté d'identifier et de protéger au travers de la notion de *"sensitive but unclassified"* ou - par exemple - aux informations qui relèvent, en France, des mesures de protection du *"patrimoine scientifique et technique national"* (Cf. sur cette notion et ses difficultés, infra - IIème Partie, Chapitre III).

ou à leurs agents, des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende " (art. 411-7 nCP).

Cet article remplit un double rôle :

- par rapport à l'article 411-6, il apporte un complément de protection, en permettant d'incriminer l'action d'un éventuel agent étranger avant même que la livraison ait lieu, et donc avant que le dommage pour les intérêts fondamentaux ne soit commis [16] ;

- concurremment, il se substitue aussi à l'ancien article 74 (cf. infra - Ière Partie, Chapitre I) en permettant de sanctionner le simple fait de rassembler des éléments d'information non sensibles en eux-mêmes mais dont l'exploitation ou la réunion pourrait l'être.

Comme l'indique la Chancellerie dans son commentaire, cet article *"réprime ainsi, non seulement la recherche clandestine d'informations secrètes, mais également l'espionnage dit "ouvert"* " [17].

§ 3. - Des infractions nouvelles

a) La lutte contre les "agents dormants"

A ce dispositif de protection avancée mis en place par l'article 411-7, le législateur a ajouté une disposition totalement nouvelle, celle de l'article 411.8. qui prévoit que

"Le fait d'exercer, pour le compte d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou de leurs agents, une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de dispositifs, renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte

---

[16] D'une certaine façon, cet article pourrait être interprété comme instaurant un délit d'*"association de malfaiteurs"* en matière d'espionnage, comme il en existe une en matière d'infractions pénales de droit commun (article 450-1) et en matière de fraude informatique (article 323-4 nCP). Cependant, il faut signaler que l'infraction d'association de malfaiteurs prévue par les articles 450-1 nCP, paraît pouvoir s'appliquer elle-même directement au cas de tentative d'espionnage puisque cet article concerne la préparation *"d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis de dix ans d'emprisonnement"*, ce qui est le cas pour les infractions définies aux articles 411-6 nCP et suivants.

[17] Cf. Ministère de la justice, circulaire *op. cit.*, p. 225.

aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1.000.000 F d'amende" (art. 411-8 nCP).

L'objectif de cet article, qui complète à la fois les articles 411-6 et 411-7, est clair : au-delà du rassemblement d'informations préalables à leur livraison, ou même de l'entente entre plusieurs personnes avec commencement d'exécution (ce qui permet de constituer l'infraction d'"*association de malfaiteurs*" de l'article 450-1 nCP - cf. note supra), l'article 411-8 nCP doit permettre de sanctionner la simple activité d'"*agent dormant*" ("*agent in place*" dans la terminologie anglo-saxonne) - ou encore de "*taupe*" (terme utilisé par la Chancellerie [18]), pré-positionné sur le territoire national dans le but de s'assurer l'accès futur à des informations susceptibles d'intéresser l'étranger [19]. Mais on se rend compte aisément de la difficulté qu'il devrait y avoir à appliquer un tel article : comment, en effet, les services de contre-espionnage pourront-ils, en l'absence de commencements d'exécution caractérisés (qui tomberaient, eux, sous le coup de l'article 411-7 nCP [20]), établir que la personne concernée exerçait son activité pour le compte d'une puissance ou organisation étrangère et dans le seul but de recueillir et livrer des informations sensibles ? En dehors de l'aveu circonstancié de l'agent lui-même, cela devrait s'avérer difficile à faire admettre par un juge pénal.

A propos de cet article, il faut également signaler une anomalie - dont le sens nous échappe quelque peu - qui consiste en ce que l'énumération contenue dans cet article comporte le terme "*dispositif*", qui est absent de l'ensemble des autres articles du Code portant sur les mêmes sujets. Est-ce une erreur de rédaction ou a-t-on voulu

---

[18] *Ibid.*, p. 225.

[19] A partir du volume de messages codés enregistrés par ses services d'écoute (119.824 en 1984, cf. Jean Rochet, *Cinq ans à la tête de la D.S.T. 1967-1972 La mission impossible*, Plon, 1985), la D.S.T. estimait, il y a une dizaine d'années, le nombre d'agents dormants implantés en France par des pays étrangers à environ une centaine (cf. Thierry Wolton, *Le K.G.B. en France*, Grasset, 1986, p. 280). Et pour des exemples d'agents infiltrés identifiés dans les pays occidentaux, cf. James Donovan, *Strangers on a Bridge - The Case of Colonel Abel*, Atheneum House Inc, 1964, traduction française : *L'affaire Abel*, Fayard, 1965 ; T. Wolton, pp. 85 à 89 (Pierre Cardot, illégal tchèque naturalisé français en 1958 et entré au S.D.E.C.E. en 1962 avant d'être démasqué quelques mois plus tard, puis échangé en 1963) et pp. 90 à 95 (le réseau Kranick-Hammler, illégaux est-allemands installés en France et condamnés en 1967).

[20] Un magistrat auditionné par la commission des lois de l'Assemblée lors des travaux préparatoires, *"a fait observer que cet article était (néanmoins) à la limite de la redondance avec l'article 411-7 et qu'il serait délicat de distinguer les actes matériels nécessaires à constituer "l'exercice de l'activité ayant pour but l'espionnage" des actes matériels d'espionnage requis par les articles 411-6 et 411-8 ; il a néanmoins admis l'utilité préventive de ce texte" (Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique*, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 52).

ajouter une précision ? Et dans ce dernier cas, qu'apporte le terme *"dispositif"* dans une liste où figurent déjà *"objet"* (ce qui couvre les cas où le dispositif en question a une traduction matérielle) et *"procédé"* (ce qui couvre le cas où le dispositif consiste en une idée, brevetable ou non) ?

b) Le sabotage portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation

L'article 411-9 nCP dispose que

"Le fait de détruire, détériorer ou détourner tout document, matériel, construction, équipement, installation, appareil, dispositif technique ou système de traitement automatisé d'informations ou d'y apporter des malfaçons, lorsque ce fait est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de quinze ans de détention criminelle et de 1.500.000 F d'amende.

Lorsqu'il est commis dans le but de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou d'une organisation étrangère ou sous contrôle étranger, le même fait est puni de vingt ans de détention criminelle et de 2.400.000 F d'amende" (art. 411-9 nCP).

Cet article reprend les éléments essentiels de l'ancien article 70.4° qui réprimait la destruction, la détérioration et les malfaçons *"en vue de nuire à la défense nationale"*. Mais l'article 411-9 présente une triple évolution :

- le critère pris en compte n'est plus celui de la nuisance à la défense nationale, mais bien celui de la nuisance aux intérêts fondamentaux de la nation : il y a donc un élargissement considérable du champ potentiel d'intervention de cet article [21], du fait de la rupture du lien nécessaire avec la défense nationale ;

- alors que l'article 70.4° impliquait nécessairement une intention de nuire, le premier alinéa de l'article 411-9 ne comporte pas un tel élément intentionnel : il semble que le législateur a estimé que son élément moral résultait suffisamment du fait même de *"détruire, détériorer ou détourner"*, sans qu'il soit besoin d'apporter plus de preuve que cela de la volonté malveillante de l'auteur du sabotage. En revanche, dès lors que la volonté d'agir au profit d'une puissance étrangère peut être prouvée, cela vaut circonstances aggravantes et augmentation des peines encourues au second alinéa ;

---

[21] Une atteinte à l'intégrité de la centrale nucléaire évoquée plus haut, ou d'un monument appartenant au patrimoine historique et culturel du pays ou le sabotage d'un centre de recherche scientifique civil pourrait donner lieu à l'infraction prévue à l'article 411-9.

- enfin, l'énumération des objets du sabotage est plus complète que celle existant dans l'article 70.4° : elle comporte principalement, une mention spécifique supplémentaire concernant les *"systèmes de traitement automatisé d'informations"*, qui permet de sanctionner plus sévèrement les fraudes et sabotages informatiques ou télématiques (déjà réprimés par les articles 323-1 à 323-7 du nouveau Code, reprenant et adaptant les anciennes dispositions de la loi dite "loi Godfrain" du 5 janvier 1988) dès lors que ceux-ci touchent un système "sensible".

c) La fourniture de fausses informations

L'article 411-10 nCP dispose que

"Le fait de fournir, en vue de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou d'une organisation étrangère ou sous contrôle étranger, aux autorités civiles ou militaires de la France des informations fausses de nature à les induire en erreur et à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 F d'amende" (art. 411-10 nCP).

Cet article constitue une nouveauté dans l'arsenal juridique français, puisqu'il vise à réprimer des agissements communément appelés *"désinformation"* dont plusieurs affaires en Europe et aux Etats-Unis ont fait apprécier le danger [22]. Il s'agissait, notamment, de l'une de ces nouvelles infractions dont la D.S.T. désirait la consécration législative dès 1985 [23]. Mais là encore, l'avenir dira si cette infraction peut être réellement utilisée pour contrecarrer des manoeuvres dont le propre est de dissimuler soigneusement ses intentions et de n'utiliser que les canaux apparemment inoffensifs des médias et de la société d'information. Il devrait donc être difficile d'apporter à un juge pénal des éléments de preuve suffisants pour qu'il poursuive sur ce fondement, sauf à ce qu'une interprétation extensive de ce texte ne prévale, ce qui serait - alors - dangereux pour les libertés publiques et notamment la liberté d'expression et de communication (sur les risques d'abus, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre I) [24].

---

[22] Cf. notamment Richard H. Shultz & Roy Godson, *Dezinformatsia*, Pergamon-Brassey's, édition française : éditions Anthropos, 1985.

[23] Cf. *Le Monde*, *op. cit.*, 7 mars 1985.

[24] Interpellé à l'Assemblée sur les risques qu'une interprétation large de cet article pourrait faire peser sur la liberté de la presse, le ministre délégué à la justice a assuré que *"cela ne vise aucunement les journalistes, la commission de révision l'a expressément rappelé lors de sa séance du 13 octobre 1989 et la rédaction de l'article est très claire à ce sujet* (...) *l'article 411-*

SECTION II. - Un retournement "copernicien" qui illustre la mutation actuelle du concept de défense

L'atteinte au secret de défense n'est donc plus, dans la nouvelle architecture juridique du Livre IV du nouveau Code pénal, qu'une partie limitée des atteintes aux "*intérêts fondamentaux de la nation*". Et différents éléments que nous avons relevé au cours de notre analyse du nouveau texte font penser que ce repositionnement constitue, en réalité un véritable retournement conceptuel et la mise en oeuvre d'une véritable subordination de la protection du secret de défense à celle - plus large et mieux réprimée - des intérêts fondamentaux de la nation :

- seules deux infractions concernent encore spécifiquement la violation du secret de défense (articles 413.10. et 413.11.) et sont moins lourdement réprimées (5 et 7 ans) que les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation,

- nombreuses sont ces infractions protégeant les "*intérêts fondamentaux de la nation*" qui réprimaient précédemment des atteintes directes ou indirectes au secret de défense,

- enfin - et surtout - le nouveau Code pénal ne considère plus la violation des secrets de défense comme un acte de trahison ou d'espionnage en soi, réservant cette qualification aux seules atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation.

Du point de vue qui nous intéresse, il est donc possible d'analyser cette situation comme consacrant un retournement de la hiérarchie entre la protection du secret de défense et celle des "quasi-secrets", c'est-à-dire des informations non strictement secrètes mais pouvant porter atteinte à des intérêts essentiels pour la sécurité de la collectivité. Désormais, la protection du secret de défense n'est plus le pivot central du dispositif juridique de défense de la sûreté de l'Etat, elle n'est plus qu'un aspect particulier, qu'un moyen satellite parmi d'autres de la protection des intérêts de la nation.

---

10 ne s'applique (donc) pas à l'information destinée au public - que ce soit par voie de presse ou par lettre confidentielle - même si les organes dirigeants de l'Etat en ont par ailleurs eu connaissance" (Le Monde avait déjà fourni la même interprétation dans son article de 1985 précité sur la réforme du Code pénal). On relèvera, cependant, que le ministre a exclu explicitement l'application de cet article au cas des lettres confidentielles, alors que c'est exactement par ce moyen qu'opérait Pierre-Charles Pathé, le seul agent d'influence condamné en France - sous le couvert de l'art. 80.3° - pour des actes relevant de la désinformation (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III).

Reste à comprendre les causes de cette révolution *"copernicienne"*. Il faut d'abord invoquer le souhait des services de sécurité [25] (notamment la D.S.T. et le S.G.D.N.) de disposer d'un arsenal pénal plus approprié à la réalité des menaces et des périls contemporains, qui se caractérisent de plus en plus par leur caractère indirect et non strictement militaires ou diplomatiques [26].

Mais, au-delà de cette requête des services opérationnels aux prises avec une réalité stratégique de plus en plus insaisissable, ne faut-il pas voir plus profondément dans le retournement juridique effectué par le nouveau Code pénal le constat d'échec d'une certaine vision extensive de la défense nationale ? C'est la thèse que nous voudrions développer ici : le "cantonnement" du secret de défense dans le nouveau Code pénal n'est qu'une conséquence du renversement conceptuel qui s'opère progressivement entre une *"défense nationale"*, qui n'a pas su s'imposer après sa nouvelle définition de 1959, et un concept plus global de *"sécurité"*, que le droit international et communautaire consacrent et auquel s'apparente implicitement la logique des *"intérêts fondamentaux de la nation"*.

Sous-Section I. - Défense nationale et intérêts fondamentaux de la nation

Il y a toujours eu une certaine convergence entre les définitions législatives de la défense et celles des infractions contre la sûreté de l'Etat (et notamment de la violation du secret de défense). Lorsque seule la dimension militaire de la défense était prise en compte, seuls les secrets militaires étaient préservés, puis un an après la loi de 1938 qui organisait l'économie et la société en temps de guerre, apparut - dans l'article 78 du Code pénal - l'énumération des *"secrets de la défense nationale"*. Vingt ans après, lorsque l'ordonnance du 7 janvier 1959 eut finalement renoncé à décrire en détail le contenu de la défense nationale [27], l'ordonnance du 4 juin 1960 réforma le Code pénal et fit disparaître l'énumération de l'article 78 pour y substituer la "non-définition" générique et *"finaliste"* des secrets de défense (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier).

Il était donc normal que l'évolution parallèle des fins (les objectifs et la politique de défense) et des moyens (modes et outils de protection, dont fait partie le secret de défense) se poursuive.

---

[25] Dont la presse s'est fait l'écho, cf. *Le Monde*, *op. cit.*.

[26] Pour une interprétation théorique de cette évolution stratégique, cf. Bertrand Warusfel & Patrick Folléa, "Contribution à une réflexion sur les stratégies indirectes", *Stratégique*, Fondation pour les Etudes de défense nationale, 1987, n° 4, pp. 39 et s..

[27] B. Chantebout, *op. cit.*, pp. 17 et 18.

Dans un système où les menaces et la défense restaient essentiellement de nature militaire ou diplomatique, le secret de défense - qui isole et protège spécifiquement des informations liées au dispositif gouvernemental - restait la principale préoccupation et les menaces indirectes connexes étaient traitées subsidiairement. Mais à l'inverse

> *"la prise en compte du caractère dominant des menaces indirectes non militaires amène le législateur à ne plus considérer le secret de défense que comme un instrument d'application limité au service d'une mission beaucoup plus vaste et plus importante qui est la défense tout azimut des intérêts fondamentaux de la nation"* [28].

Le fait que le nouveau concept pénal des intérêts fondamentaux de la nation remette en cause la conception extensive de la défense nationale, est tout simplement écrit dans sa définition même. Le texte de l'article 410-1 n'évoque, en effet, la défense qu'au travers de l'expression *"les moyens de sa défense et de sa diplomatie"*. Ce faisant, la loi pénale limite la notion de défense aux moyens de protection militaire du territoire et la traite en parallèle et sur un pied d'égalité avec des objectifs tels que l'indépendance, l'intégrité du territoire, la sécurité, la forme républicaine des institutions, la sauvegarde des populations, la protection de l'environnement, du potentiel scientifique et économique et du patrimoine culturel. Autrement dit, une large partie de ce qui pouvait être considéré comme couvert par la notion élargie de *"défense nationale"* est considérée, là, comme des intérêts de la nation distincts de ceux de la défense au sens strict. C'est, d'ailleurs, ce qu'a reconnu explicitement le Garde des Sceaux durant les débats parlementaires lorsqu'il affirma que le nouveau Code

> *"substitue aux notions de sûreté de l'Etat et de défense nationale, autour desquelles s'organisent les dispositions du Code actuel, la notion plus large d'intérêts fondamentaux de la nation"* [29].

Et un commentateur a pu écrire, à propos de ce texte,

> *"il semble cependant ériger la défense en sous-ensemble, comme si elle pouvait ne pas porter sur l'ensemble des intérêts fondamentaux de la nation. (...) cette ambiguïté est levée si l'on donne à l'expression "défense" ou "défense*

---

[28] Bertrand Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation", *in* B. Warusfel (sous la dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, Centre Droit et Défense/Documentation Française, 1993, p. 149.

[29] Sénat, séance du 22 avril 1992.

nationale" un sens plus restrictif, limité au domaine militaire et au "complexe militaro-industriel" [30].

L'architecture retenue par le nouveau Code pénal reflète donc une conception juridique dans laquelle un noyau dur de défense à dominante militaire (et donc à vocation plus limitée que ce que l'on voulait y voir depuis 1959) s'insère dans un dispositif plus vaste prenant en compte la protection d'un large éventail d'intérêts, que la doctrine voulait jusqu'alors voir pris en compte par la défense, et qui s'apparente plutôt à ce que le droit international et le droit communautaire entendent par "sécurité".

Sous-Section II. - La tentative d'élargissement de la notion de défense

La notion de *"défense nationale"* est apparue progressivement à partir de la fin du siècle dernier. Il s'agissait, à l'origine, d'une notion exclusivement militaire dont le champ d'application a eu tendance à s'étendre après la seconde guerre mondiale et sous la Vème République.

§ *1. - Un concept d'origine militaire*

Lorsque l'ordonnance du 7 janvier 1959 vient, aux débuts de la Vème République, poser les principes de l'organisation générale de la défense, elle cherche à élargir le champ d'application d'un concept dont l'origine est indéniablement militaire.

Si le décret du 6 avril 1793 confiait déjà au Comité de salut public la charge de prendre *"dans les circonstances urgentes les mesures de défense générale extérieure et intérieure"*, c'est véritablement durant la guerre de 70 qu'est apparue au grand jour la notion de défense nationale, au travers du *"Gouvernement de la défense nationale"*. Cette appellation soulignait la dimension de résistance militaire de l'ensemble de la Nation face à l'agression et à l'invasion allemande. Bernard Chantebout, qui a fait un historique détaillé de ce concept, souligne que le terme est alors à peu près synonyme du mot *"guerre"* sauf qu'il véhicule un contenu plus dramatique [31].

Quelques décennies plus tard, un décret du 3 avril 1906 reprit à son compte l'expression pour créer le *"Conseil Supérieur de la défense Nationale"*. En fait, il s'agissait simplement d'un Comité regroupant la Présidence du Conseil, les Finances et le Quai d'Orsay avec les différents ministères militaires : la Marine, les Colonies et le

---

[30] Marc Watin-Augouard, "Défense et réforme du Code pénal", *Droit et Défense*, juin 1993, n° 93/1, p. 29.

[31] Bernard Chantebout, *L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967, pp. 6 et 7.

Ministère de la Guerre (c'est-à-dire celui qui s'occupe de l'Armée de Terre). Dans la mesure où le terme *"guerre"* était accaparé au profit des seules forces terrestres, l'expression *"défense nationale"* devenait un substitut commode pour désigner l'ensemble de la fonction militaire.

Cette conception strictement militaire de la défense nationale - avec ses connotations à la fois psychologiques et techniques - perdura durant les deux guerres mondiales. Certes, la création en 1921 d'un Secrétariat Général Permanent du Conseil Supérieur de la Défense Nationale, à vocation interministérielle, va donner à certains fonctionnaires et militaires (dont le Général de Gaulle qui y travailla cinq ans) l'occasion de réfléchir à une acception plus vaste de la défense. Mais son seul résultat important sera la loi du 11 juillet 1938 sur *"l'organisation de la Nation en temps de guerre"*, qui prend en compte les aspects économiques et industriels de la vie nationale, mais demeure une loi de circonstances à finalité exclusivement militaire : préparer la Nation à supporter et à gagner un conflit militaire. De même, avons-nous évoqué précédemment la loi du 26 janvier 1934 sur l'espionnage qui punit la livraison de renseignements secrets

> *"d'ordre militaire, diplomatique ou économique, intéressant la défense ou la mobilisation économique du territoire français* (...) *ou la sûreté extérieure de l'Etat."* [32]

Ainsi, même lorsque le renseignement est économique, il faut qu'il intéresse la défense ou la mobilisation en cas de conflit pour pouvoir prétendre être protégé au titre du secret de la défense nationale. Le lien entre défense et activité militaire demeure donc prépondérant et lorsqu'en 1932 le colonel de Gaulle évoque la relation entre le politique et le soldat, il n'utilise, sans ambiguïté, le terme de défense nationale que comme une terminologie noble et valorisante pour décrire la vocation et le métier des armes :

> *"il n'y a pas dans les armes de carrière illustre qui n'ait servi une vaste politique, ni de grande gloire d'homme d'Etat que n'ait dorée l'éclat de la défense nationale"* [33].

---

[32] Article 1er de la loi du 26 janvier 1934 tendant à réprimer les délits d'espionnage et les agissements délictueux compromettant la sûreté extérieure de l'Etat, *J.O.R.F.*, 30 janvier 1934, p. 915.

[33] Charles de Gaulle, *Le Fil de l'Epée*.

Ce n'est qu'entre 1948 et 1950 que quelques textes commencent à évoquer véritablement les aspects non militaires de la défense (aspect financier, économique, psychologique, scientifique, ...) [34]. Mais comme dans beaucoup d'autres domaines, c'est la Vème République naissante qui va reprendre à son compte et systématiser les innovations maladroites de la Quatrième.

D'un côté, la Constitution de 1958 différencie les prérogatives de défense nationale conférées au Premier Ministre (art. 21), de celles de direction des armées exercées directement par le Président (art. 15), même si l'enchevêtrement des responsabilités est réel (le Président préside les Conseils de défense et le Gouvernement dispose de la force armée) ce qui rend

> *"le droit positif de la défense nationale (...) toujours difficilement lisible"* [35].

De l'autre, l'ordonnance du 7 janvier 1959 *"portant organisation générale de la défense"* donne pour la première fois une définition large de la défense dans son célèbre article 1er :

> *"La défense a pour objet d'assurer en tout temps, en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression, la sécurité et l'intégrité du territoire, ainsi que la vie de la population. Elle pourvoit de même au respect des alliances, traités et accords internationaux".*

L'interprétation officielle, tout comme la doctrine dominante, a voulu voir là une révolution juridique majeure (d'une certaine façon, l'équivalent du renversement effectué par les articles 34 et 37 en ce qui concerne les pouvoirs réglementaires et législatifs) : désormais, la défense serait d'une part permanente (et non plus seulement une organisation du temps de guerre) et globale (puisqu'elle prend en compte tous les aspects militaires et non militaires de la protection de la Nation contre les agressions) [36].

---

[34] B. Chantebout, *op. cit.*, pp. 16 et 17.

[35] Olivier Gohin, "Les fondements juridiques de la défense nationale", *Droit et Défense*, juin 1993, n° 93/1, p. 13.

[36] Cf. par exemple, André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, tome III, pp. 106 à 108.

§ 2. - *Un élargissement contrarié*

Pourtant, on peut douter du caractère effectif et de la portée de cet élargissement voulu par l'ordonnance de janvier 1959 et estimer que le système politico-institutionnel qui avait été imaginé pour le mettre en oeuvre

> *"apparaît avoir été dévoyé de sa fonction première et n'avoir jamais fait réellement l'objet d'une application conforme aux textes et à l'esprit originel."* [37]

Notons d'abord que le caractère interministériel et non militaire de la défense a été partiellement démenti depuis 1959 par la pratique institutionnelle. Du fait de la personnalité de de Gaulle, puis en raison de la possession de l'arme nucléaire, *"le centre de gravité s'est tout de suite déplacé de Matignon à l'Elysée"* [38], c'est-à-dire du responsable interministériel de la défense vers le chef des Armées. Ensuite, après dix années durant lesquelles n'existait au Gouvernement qu'un ministre des Armées, M. Debré a été nommé Ministre de la défense nationale en 1969 et a obtenu d'importantes délégations de pouvoir du Premier ministre. Dès lors, la confusion des rôles a persisté entre le ministre de la défense et le Premier ministre, avec pour corollaire une relative "récupération" des affaires de défense par l'institution militaire, au détriment des dispositions de l'article 21 [39]. Et du même coup, le Secrétariat général de la défense nationale n'est pas en mesure de s'imposer au sein des institutions comme le véritable coeur de la politique de défense française [40].

En second lieu, il paraît clair que les décisions prises pour assurer la mise en oeuvre des aspects non militaires de la défense, n'ont pas été à la hauteur de l'objectif. On peut remarquer ainsi, par exemple, que l'organisation territoriale de la défense n'a été qu'un "greffon" administratif sur l'organisation militaire et qu'elle n'a jamais possédé, en elle-même, une réelle autonomie [41]. Pour ce qui concerne la défense civile,

---

[37] Centre de recherches Droit et Défense, *Défense nationale et rivalités stratégiques non militaires : la France face au défi des stratégies indirectes*, Rapport final de synthèse du programme de recherche 1989-1991 (programme soutenu par le Ministère de la Recherche et de la Technologie), Université Paris V, mai 1992 (non publié), p. 26.

[38] O. Gohin, *op. cit.*, p. 12.

[39] Un autre symptôme de la même tendance fut - après l'affaire Ben Barka - le passage du S.D.E.C.E. de la tutelle de Matignon à celle du ministère des armées.

[40] Sur les difficultés inhérentes à la structure polycentrique de la politique de défense en France sous la Vème République, et notamment sur la position délicate du S.G.D.N., qui subit une *"sujetion de fait (...) au système militaire"*, cf. Centre Droit et Défense, *op. cit.*, p. 26.

[41] Si l'on effectue la comparaison entre le décret relatif à *"l'organisation militaire territoriale"*

l'ancien ministre de l'Intérieur Raymond Marcellin en a tiré un bilan plutôt sévère, il y a quelques années :

> *"L'administration de la défense civile, pour être enfin opérationnelle, doit être modifiée. La multiplication des pouvoirs coordonnateurs aboutit à une coordination nulle : le Secrétariat général de la défense nationale, le ministère de l'Intérieur, le ministère de l'Economie et des Finances sont chacun chargés d'une coordination. Chacun de ces ministres coordinateurs doit aussi assurer une liaison de coopération avec les autorités militaires. En plus, les textes prévoient une autre coordination entre le ministère de l'Economie et le ministère de l'Intérieur. Pour compliquer encore les choses, le budget d'équipement de la défense civile est inscrit dans deux budgets, celui de la défense nationale et celui du Secrétariat général de la défense nationale. En cours d'année, le ministre de la défense nationale transfère purement et simplement sa part de budget au Secrétariat général de la défense nationale. (...) De telles pratiques aboutissent ainsi à transférer du ministre de la défense au SGDN des crédits que celui-ci affecte au ministère de l'Intérieur, lequel les restitue au ministre de la défense, en contrepartie des unités de sécurité civile que le ministère de la défense met à la disposition du ministère de l'Intérieur !"* [42]

De même, chacun connaît les difficultés considérables de mise en oeuvre de la défense économique (l'un des aspects les plus novateurs de l'ordonnance de 1959) que le Haut fonctionnaire de défense du Ministère des Finances est le premier à reconnaître et à déplorer [43]. Et, même si chacun s'accorde - à juste titre - sur l'importance des

---

(décret du 30 juin 1962) et celui relatif à "*l'organisation territoriale de la défense*" (décret du 12 octobre 1967), on constate que le second décret se contente de décréter que "*la zone de défense a les limites territoriales de la région militaire*" (art. 1er du décret du 12 octobre 1967, modifié par l'article 24 du décret du 20 avril 1983), que "*le général commandant la région militaire exerce le commandement de la zone de défense*" (art. 2, modifié par l'article 25 du décret du 20 avril 1983) et "*la division militaire territoriale a les limites territoriales de la zone d'action régionale*" (art. 7).

[42] Raymond Marcellin, *La guerre politique*, Plon, 1985, p. 228.

[43] "*La Défense économique n'a pas su, malgré l'ardente impulsion de Monsieur Debré, profiter de la motivation qu'elle avait suscitée ni, sur sa lancée, confirmer ses réalisations initiales. Le vide ainsi créé par l'absence prolongée d'impulsion ministérielle a privilégié naturellement les préoccupations d'ordre public et de protection des populations, déséquilibrant l'architecture logique de la Défense non militaire, telle qu'elle avait été conçue par l'ordonnance de 1959*" (Jean Bontoux, "Un outil de prévention et de gestion des crises : la Défense économique", *Notes Bleues de Bercy*, n° 8, 1er février 1993, p. 9).

efforts entrepris depuis 1986 pour relancer cette dimension de la défense [44], un économiste faisait à la même période le constat que

> *"la défense économique s'est forgée une identité en limitant son ambition à un objet restreint. Ce faisant, elle a perdu une partie de son originalité puisqu'elle n'est alors que l'héritière de l'organisation mise en place pendant les périodes de guerre"* [45].

Derrière le discours officiel, la défense économique - comme les autres aspects de la défense non militaire - n'a pas pu conquérir une autonomie réelle par rapport à la défense militaire au service de laquelle elle est demeurée intimement liée. La meilleure preuve en est d'ailleurs que dans la plupart des crises vécues par la France (crise pétrolière, vague terroriste, conflit du Golfe), les mesures d'urgence nécessaires en matière d'approvisionnement énergétique ou de transport ont été prises sur le fondement de textes étrangers à l'ordonnance de 1959 [46]. Et il en va de même pour les contrôles imposés sur l'exportation des produits stratégiques sensibles, qui reposent toujours sur un décret - largement obsolète - du 30 novembre 1944 et sur les dispositions pénales du seul Code des Douanes [47].

Finalement, il n'est pas déplacé de se demander - comme l'a fait dès 1967 le professeur Bernard Chantebout - si, dans son principe même, la défense nationale ne reste pas d'essence essentiellement militaire. Relevant l'ambiguïté du concept, Bernard Chantebout en proposait trois sens possibles :

> *"pour les uns, encore nombreux, le terme a conservé sa signification d'avant 1939 : la défense nationale, c'est l'Armée ; pour les autres, il désigne l'ensemble des facteurs qui entrent en jeu dans la détermination de l'issue d'un conflit armé. Pour d'autres enfin, la notion de défense nationale est tellement*

---

[44] Sur cette tentative de réanimation de la défense économique depuis 1986, cf. J. Bontoux, *op. cit.* ; Centre Droit et Défense, *op. cit.*, pp. 28-29.

[45] Didier Danet, "La Défense économique, une structure en quête d'identité ?", in B. Warusfel (sous la direction de), *Industrie, Technologie et Défense*, Centre Droit et Défense, Documentation Française, 1993, p. 28.

[46] Par exemple, l'article 1er de la loi du 28 décembre 1986 sur les relations financières avec l'étranger, l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix, l'article 1er de la loi du 20 mai 1969 sur les transports maritimes d'intérêt national ou encore la loi du 29 octobre 1974 sur les économies d'énergie.

[47] Cf. sur ce sujet, Bernard Chantebout & Bertrand Warusfel (sous la direction de), *Le contrôle des exportations de haute technologie vers les pays de l'Est*, Masson, 1988.

large qu'elle se confond finalement - et sans qu'apparemment ils s'en rendent bien compte - avec une autre notion : celle de politique générale de la nation " [48].

Examinant alors le contenu et les conséquences de l'acception la plus large de la défense, il en venait à démontrer que

"la défense nationale dès lors est partout (...) mais (que) si la défense nationale est partout, elle risque alors de n'être nulle part (...). L'élargissement à l'infini de la notion de défense nationale débouche ainsi sur la redécouverte du rôle traditionnel de l'Etat, et sous ses apparences de nouveauté révolutionnaire, justifie donc le statut quo. Par là, il a un effet nocif : il détruit la notion "classique" de défense nationale qui seule était susceptible d'exploitation efficace. " [49]

D'où il en déduisait qu'en réalité la défense doit être définie comme

"l'ensemble des activités qui ont pour objet principal l'accroissement du potentiel militaire de la nation ou de sa capacité de résistance à une action armée contre elle. " [50]

Cette définition intermédiaire va - certes - à l'encontre de l'analyse traditionnelle selon laquelle la défense nationale serait depuis 1959 totalement globale et interministérielle. Mais elle a, selon nous, l'avantage de bien rendre compte de la réalité administrative et institutionnelle, telle que nous l'avons résumée plus haut : seuls ont été réellement développés depuis 1959, les outils militaires eux-mêmes (forces conventionnelles et nucléaires, réserves, statut des militaires, ...) et les moyens non militaires directement utiles à la mise en oeuvre des forces (mobilisation industrielle, plans de crise en cas de conflit, défense opérationnelle du territoire). Sans aller jusqu'à se prononcer aussi nettement sur le sujet, le directeur des affaires

---

[48] B. Chantebout, *op. cit.*, p. 21.

[49] B. Chantebout, *op. cit.*, p. 25 et 26. Plus récemment, un économiste, le Professeur Jacques Aben faisait le même type de constatation en évoquant l'argument classique de la contribution des exportations d'armement à l'effort de défense français : *"Si cet argument est peu discutable, il revient en réalité à ramener le concept d'offre de défense à une acception globale "à la française", qui risque de tout avaler et de rendre ce concept inutilisable"* (Jacques Aben, *Economie politique de la défense*, Cujas, 1992, p. 72).

[50] B. Chantebout, *op. cit.*, p. 28.

juridiques du ministère de la défense, ne parlait-il pas, lui-même, en 1979 de

> *"la nécessité de distinguer la notion de "défense militaire" du concept plus général et plus ambigu de "défense" ou de "défense nationale", conçu comme l'ensemble de ce qui concourt à la sécurité de la nation."* [51]

Et qui plus est, cette vision de la défense nationale, mettant en oeuvre des moyens tant militaires que civils mais toujours centrée *in fine* sur le fait militaire, semble avoir été celle du général de Gaulle lui-même qui déclarait en 1959 à l'Ecole militaire :

> *"L'action militaire, l'action sur les champs de bataille, est l'aboutissement de la défense. Mais il est aussi un aboutissement dont, à son tour, tout dépend"* [52].

Si nous convenons donc que, dans l'état de notre droit positif, la défense consiste essentiellement en la préparation, le soutien et l'emploi des forces armées pour faire face aux agressions contre le territoire ou la population, cela ne veut pas dire que notre pays et sa population ne se préoccupent de parer, par d'autres moyens, à des menaces non militaires. Au contraire, on assiste à la montée régulière d'une forte demande sociale de *"sécurité"* qui vise à assurer la survie de la collectivité contre l'ensemble des menaces qui peuvent mettre en danger sa tranquillité. Et cette notion de sécurité, qui englobe les intérêts les plus généraux de la collectivité, est explicitement reconnue par les différents dispositifs juridiques internationaux et communautaires dont la France est partie prenante.

Sous-Section III. - La notion contemporaine de sécurité, consacrée par le droit international

Bien que ce terme de *"sécurité"* soit souvent employé pour évoquer les questions militaires ou de défense, la notion qu'il recouvre dépasse largement cet aspect des choses. A partir d'un sens traditionnel apparu dès la Renaissance, la sécurité a pris aujourd'hui une signification moderne qui en fait une demande sociale et politique majeure dans les sociétés développées. Et, par rapport à ce sens, la notion de *"défense"* apparaît comme subordonnée.

---

[51] Jean-Claude Roqueplo, *Le statut des militaires*, La Documentation française, Notes et études documentaires, n° 4503, janvier 1979, p. 5.

[52] Charles de Gaulle, allocution du 3 novembre 1959.

La différence entre les notions de défense et de sécurité apparaît très clairement lorsque l'on se réfère aux définitions littérales donnés pour ces deux termes : la défense est une action déclenchée pour parer une menace [53], alors que la sécurité est le sentiment d'un état dans lequel se trouve le sujet [54].

La permanence est donc davantage du côté de la sécurité (état qui vise à se perpétuer sauf durant les périodes de péril) que du côté de la défense (action qui s'effectue à un moment donné en réponse à un péril identifié). Certes, cela n'exclut pas que la défense, comme cela est le cas depuis 1959, possède une forme de permanence minimale dans la mesure où sa préparation doit être ininterrompue. Cette permanence peut même être accentuée par la dissuasion nucléaire en qui la préparation est à ce point dissuasive qu'elle doit dispenser de l'action elle-même. Mais pour autant, la lecture des définitions nous indique bien qu'il y a une différence de nature entre défense et sécurité.

L'analyse historique du concept de "sécurité" renforce cette distinction entre les deux termes. Il semble acquis que le mot de "sécurité" est devenu d'un usage courant à partir du XVIème siècle (alors qu'auparavant on utilisait "sûreté" et "sauveté") [55]. Et si la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 range la *"sûreté"* parmi les *"droits naturels et imprescriptibles de l'homme"* (article 2), le Préambule de la Déclaration d'Indépendance américaine de 1776 évoque, pour sa part, le droit pour le peuple d'organiser les pouvoirs selon des formes *"qui lui paraîtront les plus propres à assurer sa sécurité et son bonheur"*.

---

[53] Le terme *"défense"* renvoie (outre le sens spécifique - et non conforme à l'origine latine *"defendere"* - d'interdiction, prohibition) au fait de protéger quelqu'un ou de se protéger contre quelqu'un ou quelque chose. Et son sens militaire est assez ancien, puisque le Dictionnaire de l'Académie Française cite, dans son édition de 1776, l'exemple de *"prendre les armes pour la défense de son pays"*.

[54] La *"sécurité"* se définit comme : *"Confiance, tranquillité d'esprit bien ou mal fondée, dans un temps, dans une occasion où il pourrait y avoir sujet de craindre"* (Académie Française, 1776), *"tranquillité d'esprit, bien ou mal fondée, dans une occasion où il pourrait y avoir sujet de craindre"* (Littré), *"Confiance, tranquillité d'esprit résultant de la pensée qu'il n'y a pas de péril à craindre"* (Larousse Universel).

[55] Plusieurs historiens ont estimé qu'il y aurait entre *"sûreté"* et *"sécurité"* une différence : *"sûreté"* indiquant l'état lui-même et la "sécurité" le sentiment d'être en état de sûreté (Cf. notamment, Philippe Bonnichon, *Les notions de sûreté intérieure et de sûreté extérieure de l'Etat dans le droit positif français*, S.G.D.N. (étude non publiée) ou Jean Delumeau, "Le sentiment de sécurité dans l'histoire", *Cahiers de la Sécurité intérieure*, Documentation Française, 1990). Mais dans notre réflexion présente, cette nuance n'a pas d'incidence réelle, les deux termes étant de même origine étymologique et d'une signification proche : Le Professeur Rivero estime, par exemple que *"l'objet de la sûreté est ... la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir"* (Jean Rivero, *Libertés publiques*, PUF, 4ème édition, 1984, Tome I, p. 32). Tout au plus, faut-il voir, sans doute, dans la sûreté l'aspect individuel du concept plus collectif de sécurité.

L'important est surtout de constater que sous différentes variantes de vocabulaire, l'on a assisté à une *"demande croissante de sécurité qui (...) a caractérisé et accompagné l'essor de notre civilisation"* [56]. Accompagnant les progrès de l'humanisme, puis du développement de l'Etat-nation et de la pensée libérale du siècle des Lumières, la sécurité est devenu un élément-clé de la philosophie politique moderne, ce qui fait dire à Georges Burdeau que

> *"le Pouvoir doit être un pourvoyeur de tranquillité ; sa vertu se révèle par des champs florissants, des affaires prospères et des consciences apaisées"* et que *"le souci de leur sécurité qui anime les gouvernés rejoint par ses conséquences la volonté des gouvernants d'être tenus pour légitimes"* [57].

A cet avènement de la sécurité comme but de l'action politique, correspond aussi le développement parallèle d'une large demande de sécurité dans le domaine économique et social, depuis les théories mercantilistes jusqu'à l'apparition des systèmes de sécurité sociale en passant par le développement de l'assurance [58]. Et ajoutons qu'aujourd'hui, on identifie également une nouvelle et forte poussée *"sécuritaire"*, tournée à la fois vers les dangers du chômage et des différentes formes de délinquance.

L'analyse historique fait donc ressortir une double prééminence du concept de sécurité sur celui de défense : d'une part, la sécurité est un état permanent dont la défense est un moyen intermittent, de l'autre, la sécurité dépasse la défense en ce qu'elle prend en compte un besoin de sûreté physique, politique et socio-économique qui va au delà de la seule réponse aux agressions extérieures.

Cette hiérarchisation des concepts est apparue également dans l'environnement juridique international. Il est frappant de constater que, tant en droit international public que dans le droit communautaire et européen, la notion de "défense" est quasi-absente alors que la référence à la notion de "sécurité" (sous différentes appellations : sécurité publique, sécurité nationale) est systématique.

---

[56] J. Delumeau, *op. cit.*, p. 22.

[57] Georges Burdeau, *L'Etat*, Le Seuil, 1970, pp. 41 et 44.

[58] Cf. Jean Halperin, "La notion de Sécurité dans l'histoire économique et sociale", *Revue d'histoire économique et sociale*, XXXème volume, 1952, n° 1, p. 7 et s..

Le rapporteur de l'Assemblée nationale et ancien magistrat, M. François Colcombet n'a, d'ailleurs pas manqué de relever cet état de fait lorsqu'il a commenté la présence du mot *"sécurité"* dans la nouvelle définition des *"intérêts fondamentaux de la nation"* :

> *"la sécurité de la nation ou sécurité nationale, notion qui n'existait pas en tant que telle dans le droit français jusqu'à la loi du 10 juillet 1991, relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, mais fréquemment utilisée par les conventions internationales comme la convention européenne des droits de l'homme"* [59].

En effet, la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 reprend, d'abord, les termes de la Déclaration française de 1789 pour affirmer dans son article 5 que *"toute personne a droit à la liberté et à la sûreté"*. Mais elle fait surtout plusieurs fois mention d'un ensemble de notions proches telles que *"sûreté publique"*, *"sécurité publique"*, *"sécurité nationale"*, *"ordre public"*, *"défense de l'ordre"*, *"intégrité territoriale"*, ... Toutes ces notions dont l'utilisation ne paraît pas toujours très homogène d'un article à l'autre, sont introduites pour justifier au nom des intérêts collectifs certaines dérogations à des droits civiques tels que : la publicité des débats (art. 6), respect de la vie privée (art. 8), liberté de manifester sa religion (art. 9), liberté d'expression (art. 10), liberté de réunion (art. 11).

Mais au sommet même de la hiérarchie du droit international, la Charte des Nations-Unies institue le *"Conseil de sécurité"* et fait un large emploi de l'expression *"sécurité internationale"*. Alors que le terme *"défense"* n'y trouve sa place qu'à une seule occasion : l'article 51 qui stipule que

> *"aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations-Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales"*.

On reconnait clairement ici l'interprétation stricte et littérale de la notion de défense, conçue comme une réplique ponctuelle à une agression armée, laquelle défense est reconnue comme une exception limitée aux règles plus générales du droit de la sécurité internationale.

---

[59] *Assemblée nationale*, document n° 2244, *op. cit.*, p. 38.

Cette même logique juridique prévaut indiscutablement dans les textes fondateurs de l'Europe économique et politique. Le Traité de Rome du 25 mai 1957 connaît la notion de sécurité invoquée comme motif d'exception à l'application de certaines règles du droit communautaire. C'est spécifiquement le cas dans l'article 223 qui prévoit que

> *"aucun Etat membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité"*

et que

> *"tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre".*

C'est aussi le cas dans les articles 36 (relatif aux restrictions d'importation et d'exportation) et 48 (libre circulation des travailleurs) qui mentionnent notamment parmi les exceptions possibles la *"sécurité publique"* (sur l'interprétation jurisprudentielle de cette notion, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II).

On remarquera aussi que le traité CEE établit une différence de régimes entre les mesures de sécurité pouvant être prises par les Etats membres en temps normal (articles 223, 36 et 48) et le cas spécifique - décrit à l'article 224 - des

> *"mesures qu'un Etat membre peut être amené à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale".*

En appliquant aux différentes situations prévues à l'article 224 une procédure spéciale (consultation des Etats membres en vue de prendre les dispositions nécessaires), le droit communautaire fait, lui aussi, une différence implicite entre l'application permanente de mesures de sécurité et la prise en compte ponctuelle et exceptionnelle de mesures de défense visant à répondre à une menace armée ou à des troubles graves.

Enfin, le traité de l'Union européenne, se réfère, à son tour, à une terminologie qui paraît cohérente avec notre présentation des rapports entre défense et sécurité.

L'article J du Traité de Maastricht met en place une *"politique étrangère et de sécurité commune"* dont les objectifs sont notamment :

> *"la sauvegarde (...) des intérêts fondamentaux et de l'indépendance de l'Union ; le renforcement de la sécurité de l'Union et de ses Etats sous toutes ses formes ; le maintien de la paix et le renforcement de la sécurité internationale"* [60].

Il affirme donc bien la prééminence de la notion de sécurité sur tous les autres aspects. Et cette primauté s'exerce explicitement sur la notion de défense, puisqu'aux termes de l'article J.4,

> *"la politique étrangère et de sécurité commune inclut l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union européenne, y compris la définition à terme d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire, le moment venu, à une défense commune"*.

Le Traité de Maastricht soumet donc bien la politique et les moyens de la défense militaire à une politique plus générale de sécurité européenne, confirmant ainsi très clairement la hiérarchie que le droit des institutions européennes établit entre les deux notions de défense et de sécurité.

Comme nous l'avons déjà évoqué dans l'introduction générale de ce travail, on peut donc interpréter le retournement des priorités pénales entre secret de défense et intérêts fondamentaux de la nation comme une évolution juridique majeure qui dépasse le seul retour à une définition formelle du secret de défense. Elle devrait, notamment, avoir à terme, pour conséquence de susciter la mise en place d'un deuxième système de protection : celui des informations et des objets qui sans pouvoir relever des dispositifs propres aux secrets de défense, doivent être néanmoins protégés au titre de la sauvegarde d'autres intérêts fondamentaux de la nation.

Nous allons, en effet, constater dans le Chapitre III, que, de la même manière que la notion de défense nationale n'a pas su se développer aussi largement qu'on le prévoyait, celle de secret de défense n'a pas réussi à englober dans son domaine d'application l'ensemble des éléments d'informations, notamment économiques et technologiques, que l'intérêt de la nation commandait de protéger. C'est là sans doute l'une des raisons qui ont poussé le législateur de 1992 à refuser d'étendre la définition légale de ce secret et à préférer introduire cette nouvelle notion de la protection des intérêts fondamentaux de la nation.

---

[60] Traité de l'Union européenne, article J.1.

CHAPITRE III

LES CHAMPS D'APPLICATION DU SECRET DE DEFENSE

La loi pénale ne fournissant pas une définition détaillée du contenu du secret de défense, il est donc nécessaire de recourir à d'autres sources pour déterminer ses champs d'application. On retiendra ici trois sources principales : la pratique administrative, la jurisprudence des tribunaux répressifs et, *a contrario*, l'application de la loi de 1978 établissant la liberté d'accès aux documents administratifs. Une analyse parallèle de ces trois sources nous montre que si la pratique administrative a généralement considéré le secret de défense comme une notion extensive (Section I.), la jurisprudence a eu plutôt tendance à le réserver à la protection des informations militaires ou directement liées à la préparation des conflits armés (Section II.), ce que la loi de 1978 a indirectement confirmé (Section III.).

SECTION I. - Une pratique administrative extensive

On peut distinguer schématiquement, d'après la pratique, trois grandes catégories d'informations pouvant constituer, en fonction de leur contenu et des circonstances, des secrets de défense. En premier lieu, il convient d'évoquer les informations confidentielles concernant les forces armées et les opérations militaires (Sous-Section I.), ensuite, viennent les secrets gouvernementaux non militaires (Sous-Section II.), enfin, nous évoquerons le cas particulier des *"inventions intéressant la défense nationale"* qui font l'objet d'un mode de protection du secret spécifique, et qui, par là, peuvent être considérées, malgré leurs liens avec les catégories précédentes, comme un type particulier de secret de la défense nationale (Sous-Section III.).

Sous-Section I. - Les secrets militaires

Les opérations militaires nécessitant pour réussir le bénéfice d'une certaine surprise, les informations les concernant ont toujours fait l'objet de mesures particulières destinées à en assurer la confidentialité. Le secret de défense a d'ailleurs commencé par n'être, au XIXème siècle, qu'un *"secret militaire"* qui s'est progressivement étendu hors du domaine des seules forces armées. Mais aujourd'hui encore - et malgré l'apparition de la dissuasion nucléaire (qui - paradoxalement -

nécessite pour être crédible un minimum de publicité [1] tout en faisant l'objet des secrets militaires les mieux protégés de France [2]) - la défense militaire demeure un secteur de l'activité gouvernementale qui est productive du plus grand nombre de secrets de défense. L'évolution de la science et des méthodes militaires a, en effet, accru en permanence l'importance du facteur *"informationnel"* dans l'action armée [3]. Cela justifie, d'ailleurs, la présence au sein du Ministère de la défense d'un organisme de sécurité propre : la Direction de la protection et de la sécurité de défense (cf. infra - IIème Partie, Chapitre Ier).

Nous bénéficions pour cerner les contours des secrets militaires, de la liste des documents du ministère de la défense qui *"ne peuvent être communiqués au public"* conformément aux dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'amélioration des relations entre l'administration et le public (sur les autres aspects de l'application de cette loi, cf. infra - Section III et IIIème Partie, Chapitre II).

Cette liste a été publiée au Journal Officiel par l'arrêté du ministère de la défense du 17 novembre 1980 [4]. Conformément à la loi, elle est séparée en cinq

---

[1] Cf. Colonel Maurice Barret, "La recherche ouverte", *Armées d'aujourd'hui*, n°46, décembre 1979, p. 62.

[2] Le caractère occulte des renseignements ayant trait aux armes nucléaires réside, d'une part, dans les éléments techniques de leur conception et de leur mise au point (cf. nos développements sur le secret au sein du C.E.A., infra - IIème partie - chapitres Ier et II) et, d'autre part, *"dans le secret qui entourerait l'ordre nucléaire en cas de crise (...) le secret le plus absolu entoure le mécanisme de mise à feu"* (Henri Pac, *Le droit de la défense nucléaire*, P.U.F., 1989, p. 72).

[3] Et si le caractère *"informationnel"* du système militaire s'est définitivement affirmé avec le développement de l'électronique et des moyens de commandement et de contrôle (C^3I), la tendance est bien antérieure, comme le prouve cette remarque de Georges Clemenceau en 1917 : *"La guerre veut qu'un organisme militaire se complète d'un organisme d'informations, en dehors duquel il ne serait rien qu'une extravagante puissance de mort déchaînée dans l'aveuglement - quelque chose comme la fameuse caronade sans amarres que le poète nous montre fauchant les hommes sur le pont du navire, au hasard des fantaisies de l'Océan. Organisme d'informations dit organisation d'espionnage : il ne peut en être autrement"* (article dans *L'Homme enchaîné* du 16 octobre 1917, reproduit in Georges Clemenceau, *Pour la patrie - 1914/1918* (extraits des articles et des discours), Plon, 1934, p. 223).

[4] Ministère de la défense, arrêté du 17 novembre 1980, application de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public, *J.O.R.F.* du 13 décembre 1980, p. 10924 (un arrêté du 22 juin 1984 a complété cette liste en y ajoutant les procès-verbaux des réunions du Conseil supérieur de la fonction militaire parmi les documents relevant du secret des délibérations gouvernementales).

parties, dont la seconde correspond aux *"documents dont la communication pourrait porter atteinte au secret de la défense nationale et de la politique extérieure" :*

. Documents relatifs à l'organisation et à l'emploi des forces armées ;

. Documents relatifs aux activités opérationnelles des forces armées ;

. Documents relatifs à l'infrastructure militaire, aux servitudes, aux zones protégées et aux points sensibles ;

. Documents relatifs à l'organisation de la mobilisation ;

. Documents relatifs aux transmissions militaires ;

. Catalogue de programmes d'opérations ;

. Etudes et documents portant sur l'évaluation des besoins des armées en armement, personnel, infrastructure et matériel, y compris la comparaison avec les armées étrangères ;

. Documents relatifs à la conception, l'étude, la réalisation, l'affectation des matériels de guerre et équipements assimilés et à leur emploi ;

. Documents ayant trait aux relations avec l'étranger en matière de défense, et notamment à la négociation et à l'exécution d'accords militaires et aux rapports avec les attachés militaires et les attachés d'armement ;

. Documents d'origine étrangère soumis par l'usage international à des restrictions de communication ;

. Dossiers du comité des chefs d'état-major ;

. Dossiers des conseils supérieurs des armées ;

. Dossiers du comité de l'énergie atomique ;

. Dossiers du comité de contrôle des activités d'études et recherches dans le domaine de la fusion thermonucléaire par confinement inertiel ;

. Dossiers du comité des armements nucléaires ;

. Dossiers du comité nucléaire militaire ;

. Dossiers de la commission mixte de sécurité nucléaire ;

. *Dossiers de la commission de sûreté des essais nucléaires ;*

. *Dossiers du comité de recherches et d'études de défense ;*

. *Dossiers du comité des prix de revient des fabrications d'armement ;*

. *Dossiers de la commission interministérielle pour l'étude des exportations de matériels de guerre.* "

Cette énumération donne une vision assez détaillée du type d'informations ou de documents issus du ministère de la défense et des armées, qui peuvent revêtir le caractère de secret de défense [5]. A partir de cette liste, on peut tenter de construire un catalogue raisonné des domaines de l'activité militaire pouvant donner lieu à protection de secret. Il peut s'ordonner autour de trois pôles (Structures, Moyens, Opérations) :

Structures

. Organisation des unités et du commandement
. Missions et structure de certains services ou commissions
. Politique et organisation de la sécurité des forces et des établissements

Moyens

. Infrastructures
. Logistique
. Personnels
. Armements (y compris recherches et développements)
. Systèmes de communication (y compris cryptologie)

Opérations

. Plans d'opération
. Instructions opérationnelles
. Comptes-rendus d'opérations
. Manoeuvres et exercices
. Actions internationales (négociations, accords, assistance, exportations)

---

[5] Sur cette liste concernant le ministère de la défense, cf. *Rapport de la commission d'accès aux documents administratifs*, 1980, p.161 ; et un bref commentaire : Michel Rousset, *Ares - Défense et sécurité*, 1981, p. 142.

Sous-Section II. - Les autres secrets gouvernementaux

Au nom du principe du caractère interministériel de la défense nationale [6], le secret de défense peut être utilisé pour couvrir des informations ou des objets ne concernant pas le domaine militaire. Il sert ainsi à protéger également certaines informations gouvernementales non militaires en relation directe ou indirecte avec les missions de défense dont chaque département ministériel est responsable.

§ 1. - Le secret des activités régaliennes

Outre la fonction militaire, il existe parmi les fonctions gouvernementales, d'autres activités de souveraineté que l'usage a pris l'habitude de dénommer "*régaliennes*", pour marquer le fait qu'elles constituaient dès la naissance de l'Etat royal la quintessence de son pouvoir. On y trouve, en plus de la conduite des armées, celle de la justice, le pouvoir de police, celui de battre monnaie et la diplomatie.

Certaines des informations confidentielles relevant de ces différents domaines bénéficient, par nature ou par usage, de la protection du secret de défense.

Au premier rang de celles-ci, figurent indiscutablement les informations diplomatiques qui bénéficient coutumièrement du principe du "*secret diplomatique*" [7]. C'est en effet une tradition séculaire qu'une partie des informations relatives à la politique étrangère échappe à la connaissance du public et de la presse.

> "*Ce qui est publié par la presse et rapporté par la télévision ne peut que compliquer notre tâche*", expliquait Dean Rusk, ancien secrétaire d'Etat américain, "*l'idéal de la diplomatie est celui du XIXème siècle, c'est-à-dire à la limite, espérer des jours sans nouvelles*" [8].

---

[6] Sur ce sujet, cf. Bernard Chantebout, *L'organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967. Voir également nos développements critiques, supra - Ière Partie, Chapitre II.

[7] Cf. notamment R. Dollot, "Le secret diplomatique", *R.G.D.I.P.*, 1929, (nouvelle édition : Pedone 1946) ; Thomas M. Franck & Edward Weisband (ed.), *Secrecy and Foreign Policy*, Oxford University Press, 1974.

[8] Entretien avec Walter Konkrite, cité par Philippe Faure, conseiller de presse de l'Ambassade de France à Washington, "Deux métiers, deux déontologies", *Forum sur le métier de diplomate*, Paris, 9 janvier 1986.

Bien que désormais "*nous entrons dans l'ère de la diplomatie publique*" [9], un secret diplomatique restreint protège toujours certains moyens et certains résultats d'une diplomatie dont les objectifs sont - en ce qui les concerne - devenus publics. Les historiens nous invitent d'ailleurs à remarquer la distinction qui s'est opérée progressivement, à partir de la fin du XIXème siècle, entre la diplomatie secrète (qui sera notamment stigmatisée par le Président Wilson en 1918) et le secret diplomatique [10].

La meilleure preuve de la survivance actuelle de ce secret diplomatique traditionnel, est sans doute la formulation extrêmement générale retenue par le Quai d'Orsay pour désigner les documents relevant de son administration qui ne sont pas communicables dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978, en raison du "*secret de la défense nationale et de la politique extérieure*" (cf. infra) :

> "*documents relatifs à la préparation et à la mise en oeuvre de la politique extérieure de la France,*" [11]

Son contenu peut être variable et "*ses frontières, jamais fixées, varient au gré des nécessités politiques mais, en simplifiant, on peut dire qu'il englobe plus spécialement la correspondance échangée entre le Gouvernement et ses agents à l'étranger et les négociations internationales*" [12]. Et bien que la loi du 17 juillet 1978 cite côte à côte le "*secret de la défense nationale et de la politique extérieure*" (ce qui pourrait laisser croire - à première lecture - qu'il s'agit de deux secrets de nature différente, cf. infra) le secret diplomatique s'intègre, en réalité, dans le concept juridique de secret de défense, même si sa protection est assurée selon des classifications propres au ministère des Affaires étrangères et par des agents propres à ce ministère (direction du chiffre et des communications [13], agents de sécurité des postes diplomatiques). L'immense majorité de la doctrine compte d'ailleurs les

---

[9] *Ibid.*.

[10] Alain Dewerpe cite, à ce sujet, cette remarque de Camille Barrère en 1921 : "*On a confondu la diplomatie secrète avec le secret de la diplomatie. Si la première est périlleuse et blâmable, le second est nécessaire autant que l'air que nous respirons*" (A. Dewerpe, *Espion - Une anthropologie historique du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994, p. 65).

[11] *J.O.R.F.* du 14 octobre 1982.

[12] A. du Cheyron, "Les secrets de la défense nationale", in P. Lagarde et Y. Loussouarn (sous la dir.), *L'information en droit privé - Travaux de la conférence d'agrégation*, L.G.D.J. 1978, p. 553.

[13] Cf. notamment sur cette question, Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, Fayard, 1986, pp. 151 à 156 ; "Dans les secrets du chiffre", *Valeurs Actuelles*, 24 septembre 1994, pp. 8 à 17.

informations diplomatiques parmi les informations protégées par le secret de défense [14] ou constate, au minimum, que

> *"s'il peut paraître opportun, du point de vue organique, d'isoler des autres secrets de l'Etat le secret diplomatique qui s'en distingue par le fait qu'il concerne les relations d'au moins deux Etats, cette opposition n'apparaît pas décisive sur le plan matériel."* [15]

Au ministère de l'intérieur, le secret de défense couvre, en premier lieu, l'ensemble de l'organisation et des activités de la Direction de la surveillance du territoire (cf. infra - IIème Partie, Chapitre Ier). Cette protection permanente du service de contre-espionnage par le secret de défense a été affirmée lors de la création de cet organisme en novembre 1944 [16]. Mais la jurisprudence considérait depuis longtemps que des documents

> *"relatifs à l'organisation de la police générale à Paris, dans les villes de l'Est et notamment dans les gares de la frontière (...) sont essentiellement secrets et intéressent au premier chef la défense du territoire ou la sûreté de l'Etat"* [17].

Cette protection des activités de contre-espionnage par le secret s'étend notamment aujourd'hui à la protection de l'identité des fonctionnaires de la D.S.T., comme l'a confirmé le Conseil d'Etat dans un avis du 19 juillet 1974 (rendu à la demande du gouvernement à propos de l'affaire dite des "micros du Canard Enchaîné" [18]) en estimant que

> *"cette protection* (celle du secret de défense) *s'étend, le cas échéant, à l'identité*

---

[14] Cf. notamment, A. du Cheyron, *op. cit.*, p.553 à 556 ou C.E. Bicail, *op. cit.*, p. 5.

[15] Jean-Claude Séché, "L'intérêt public et le secret en régime démocratique", *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Economiques de Clermont-Ferrand*, Dalloz, 1964, p. 25.

[16] Cf. Philippe Bernert et Roger Wybot, *Wybot et la bataille pour la D.S.T.*, p. 102.

[17] Cass. Crim., 23 juillet 1891, *Theisen* (reproduit in R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, tome II, Paris, chez l'auteur, 1929, p. 450). Sur cette jurisprudence, cf. également, infra - IIIème Partie Chapitre II.

[18] Cf. sur le contexte général de cette affaire, cf. notamment *Le Canard enchaîné*, supplément spécial (70ème anniversaire) n° 3410 du 5 mars 1986 ; "Watergaffe au Canard Enchaîné", *Le Monde*, 5/6 décembre 1993 ; André Cocatre-Zilgien, "Les difficultés juridiques du contre-espionnage et de la contre-subversion en régime politique libéral", *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, n°1, janvier/mars 1979, pp. 69 et s. ; Raymond Marcellin, *La guerre politique*, Plon, 1985, pp. 133 à 189.

de certaines personnes elles-mêmes couvertes par le secret. " [19]

Cela peut aller également jusqu'à empêcher des fonctionnaires de la D.S.T. de révéler certaines informations aux juridictions pénales. Ce fut notamment le cas lors en 1956 lors de l'Affaire dite des *"fuites"* dans laquelle M. Roger Wybot, directeur de la D.S.T. et l'un des sous-directeurs de son service refusèrent, sur ordre du ministre de l'intérieur, de révéler au Tribunal Permanent des Forces Armées le contenu de certaines notes d'écoute réalisées par la D.S.T. [20]. Et plus récemment, M. Bernard Gérard, directeur de la D.S.T. refusa, à son tour, de livrer des informations au juge d'instruction concernant l'établissement d'un *"vrai-faux passeport"* à M. Chalier, inculpé dans le dossier du *"Carrefour du Développement"* [21], avant d'être relevé de son obligation de secret par le nouveau ministre de l'intérieur et de répondre alors aux questions du juge sur le sujet [22].

Jusqu'au nouveau texte du Code pénal, ce secret de l'activité policière de la D.S.T. était, d'ailleurs, conforté par le fait que l'ancien article 79.6° réprimait, comme nous l'avons déjà vu (cf. supra), la communication de renseignements relatifs soit aux mesures prises pour découvrir et arrêter les auteurs et les complices de violation du secret de défense [23]. Ce faisant ce texte établissait

"un secret autrement rigoureux que celui dont l'article 11 du Code de procédure pénale exprimait le principe pour les procédures de droit commun" [24]

et qui couvrait, non seulement le déroulement des procédures juridictionnelles en matière de sûreté de l'Etat, mais aussi largement l'activité de police judiciaire de la D.S.T.. Cette disposition a disparu complètement du nouveau texte, le législateur estimant, sans doute, que le secret de l'instruction de droit commun, complété par le

---

[19] *Avis du Conseil d'Etat (Commission spéciale), séance du vendredi 19 juillet 1974*, publié en annexe du second rapport de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *Rapport d'activité 1993*, Documentation française, 1994, p. 66.

[20] Cf. Cass. Crim., 6 décembre 1956, *D.* 1957.II.193.

[21] Cf. *Le Monde*, 12 décembre 1986.

[22] Cf. la reproduction de la nouvelle audition de M. Gérard en février 1990, *Paris Match*, 7 juin 1990, p. 89.

[23] Voir par exemple, comme application jurisprudentielle (sous l'empire du texte équivalent antérieur à 1960), l'affaire Dieuzaide dans laquelle furent sanctionnées les révélations de secrets sur l'instruction faites par l'avocat à la famille : Cass. Crim. 24 juin 1958, Bull n° 169.

[24] André Vitu, "Réforme des dispositions législatives concernant la sûreté de l'Etat", *J.C.P.*, 1960, n° 1578.

secret réglementaire applicable à la D.S.T. et - le cas échéant - par un recours à la notion d'"*atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation*", suffirait à assurer le secret des enquêtes et des poursuites en matière d'espionnage et de trahison.

Par ailleurs, le secret de défense peut être amené à couvrir tel aspect de l'activité d'autres services de police intervenant ponctuellement dans des domaines connexes à la défense, comme, par exemple les Renseignements généraux, la nouvelle DICILEC ou encore la 6ème section de la Direction Centrale de la Police judiciaire.

§ 2. - *Le secret des mesures de défense non militaires*

Par delà les attributions spécifiques du ministère de la défense et le recours traditionnel au secret de défense pour couvrir la confidentialité de certaines activités régaliennes, la plupart des mesures de défense non militaires sont également susceptibles de bénéficier de la protection administrative et pénale du secret de défense.

Il faut rappeler, en effet, que dans le cadre de la Constitution et de l'ordonnance de 1959, la défense nationale est, sous la coordination du Premier ministre (S.G.D.N.), une responsabilité interministérielle qui impose à chaque département ministériel civil de concevoir et de préparer - dans son domaine de compétence - des mesures de défense non militaires visant à permettre à la nation de résister à toute forme d'agression. C'est la responsabilité première du haut fonctionnaire de défense que d'être le

> "*conseiller du ministre pour toutes les questions relatives aux mesures de défense qui incombent à celui-ci en application de l'ordonnance du 7 janvier 1959. Il anime et coordonne la préparation de ces mesures et contrôle leur exécution.*" [25]

Parmi les ministères civils les plus fortement concernés par ces mesures de défense civile, on peut citer :

- le ministère de l'intérieur (ordre public, contre-espionnage, participation à la défense opérationnelle du territoire et à la défense civile, ...),

- le ministère de l'Economie et des Finances (organisme mobilisateur de la défense économique [26]),

---

[25] Article 2 du décret n° 80-243 du 3 avril 1980 relatif aux attributions des hauts fonctionnaires de défense.

[26] Cf. Jean Bontoux, "La défense économique : une responsabilité partagée", in Bertrand Warusfel (sous la dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, travaux du Centre de recherches Droit

- le ministère de l'Industrie (mobilisation industrielle, stocks de matières premières stratégiques, ...),

- le ministère des Transports (réseaux d'infrastructure routières, ferroviaires, portuaires et aéroportuaires),

- le ministère des P&T (télécommunications, poste),

- le ministère de la Santé (organisation des secours et renforcement des dispositifs sanitaires et médicaux),

L'ensemble des mesures arrêtées par ces différents ministères dans ce cadre de la défense non militaire du territoire doit, naturellement, pouvoir bénéficier des mêmes protections en matière de confidentialité, que les informations militaires elles-mêmes.

C'est ainsi que la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (C.A.D.A.) a émis en 1985 un avis défavorable à la communication de la liste des cavités souterraines pouvant servir d'abris pour la population en cas de conflit, au motif que ce document relatif à la défense civile était protégé par le secret de défense nationale [27] (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II).

Ces informations de défense non-militaire sont protégées dès le temps de paix dans la mesure où elles annoncent les mesures qui pourraient être prises en cas de conflit et où des exercices sont réalisés pour en tester l'efficience [28].

Le fait que les informations relatives aux mesures de défense non-militaire puissent constituer des secrets de défense, explique que les hauts fonctionnaires sont en charge dans chaque ministère de la protection du secret.

---

et Défense (Paris V), Documentation française, 1993, p. 17.

[27] C.A.D.A., 4 juillet 1985, Avis *Commission permanente d'étude et de protection des eaux souterraines et des cavernes de Franche-Comté*.

[28] On peut citer, à titre d'exemple, la publication - illicite - par une revue anti-militariste d'une note classifiée *Confidentiel-défense* consacrée à l'organisation de l'exercice mixte civilo-militaire "GYMONT 84" associant les unités militaires et les centres de la Protection civile ("Petit guide des services secrets militaires", *Avis de Recherche*, nouvelle série, n° 10, pp. 33 à 37).

Sous-Section III. - Les inventions intéressant la défense nationale

§ *1. - Le secret traditionnel relatif aux armements*

Comme nous l'avons déjà indiqué à propos des informations militaires, les armements dont sont dotées les forces armées françaises sont largement protégées par le secret de défense. Cela rentre parfaitement dans la catégorie des *"documents relatifs à la conception, l'étude, la réalisation, l'affectation des matériels de guerre et équipements assimilés et à leur emploi"* visée par la liste publiée par le ministère de la défense en 1980 (cf. supra, Section I. Sous-Section I.).

Outre cette liste de 1980, de nombreux éléments témoignent du respect traditionnel du secret des armements. Cela ressort de la jurisprudence des tribunaux répressifs (cf. infra) qui ont dès la fin du XIXème siècle étendu leur répression aux armes de guerre et aux renseignements techniques les concernant. Mais cela ressort aussi des textes : ainsi l'article 12 du décret-loi du 18 avril 1939 qui impose l'obligation d'une autorisation préalable à toute exportation d'armes, précise que cette obligation ne fait pas obstacle à l'application des dispositions relatives à la *"répression de l'espionnage"*. Dans un autre domaine, l'ancien article 418 du Code pénal qui réprimait la violation du *"secret de fabrique"* (cf. infra sur cette notion pénale réprimant la violation de certains secrets industriels) précisait que le maximum des peines prévues,

> *"sera nécessairement appliqué s'il s'agit de secrets de fabrique d'armes et munitions de guerre appartenant à l'Etat."*

Et ce secret des armements - qui ne couvre cependant jamais tous les armements, mais seulement ceux qui possèdent un caractère suffisamment innovants et peu connu [29] - s'étend, en France, à celui des exportations de ces mêmes armements à l'exportation (sur les contrôles imposés à ces exportations, cf. infra - IIème Partie, Chapitre III), ainsi que le reconnaît et le justifie le contrôleur général André Collet, spécialiste reconnu du régime juridique des armements :

> *"La divulgation d'informations concernant la nature exacte des armements vendus est préjudiciable à la fois aux intérêts commerciaux et industriels de l'Etat fournisseur et aux intérêts de la sécurité de l'Etat client. Ce dernier souhaite que ne soient pas divulguées les caractéristiques de ses matériels de*

---

[29] Déjà, à la fin du siècle dernier, le lieutenant Froment, auteur d'un ouvrage sur l'espionnage, tournait en dérision le secret abusif invoqué à propos d'un modèle très courant de fusil (Lieutenant A. Froment, *L'espionnage militaire - Les fonds secrets de la guerre et le service des renseignements en France et à l'étranger*, Editions F. Juven, Paris, 1897, p. 133).

guerre, de manière à préserver la dimension de sa riposte. Le secret des transactions établit ainsi un lien de solidarité entre acheteurs et vendeurs. " [30]

Ce secret des ventes d'armes est régulièrement critiqué, au motif qu'il servirait principalement à empêcher un contrôle démocratique des options économiques, politiques et militaires qui sous-tendent ces exportations [31]. Mais il demeure toujours invoqué par tous les gouvernements : on a constaté son utilisation, face à la justice, dans l'affaire Luchaire (sur cette affaire, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III) mais il a aussi été opposé récemment à un parlementaire par le ministre de l'économie [32].

Si nous l'évoquons ici, c'est parce que ce secret des armements est à l'origine de celui - plus large - qui couvre, en amont des matériels eux-mêmes, les *"inventions intéressant la défense nationale"* (selon l'expression employée par l'ancien article 77 et par l'instruction ministérielle du 13 février 1973 [33]). Ce secret des inventions intéressant la défense nationale, se traduit principalement par des dispositions spécifiques insérées dans le Code de la propriété intellectuelle et qui permettent de contrôler et de mettre au secret les demandes de brevet ou de certificat d'obtention végétale qui intéressent la défense.

§ 2. - *L'examen préalable des demandes de titres de propriété industrielle par le ministère de la défense*

Un décret-loi du 30 octobre 1935 avait prévu, à l'origine, la possibilité pour l'Etat d'exproprier les inventions - brevetée ou non - intéressant la défense nationale. Jugée trop insuffisante dans ses modalités (puisque, notamment, les inventeurs demeuraient libres de divulguer leur invention ou leur brevet tant que l'Etat ne les avait pas expropriés), cette procédure fut complétée en 1939 par la possibilité reconnue au ministre de la défense de pouvoir prendre connaissance de toutes les demandes de

---

[30] André Collet, "Une réglementation à inventer", *Géopolitique*, n° 24, hiver 1988-1989, p. 33. Une autre interprétation est donné des motivations de ce secret sur les ventes d'armes, par un industriel anonyme interrogé dans la presse : *"Ce n'est pas une question de secret militaire, mais de logique commerciale. Croyez-vous que d'éventuels futurs clients de toutes ces sociétés aimeraient savoir qu'elles ont tout "déballé" ?"* (cité in *Le Soir*, Bruxelles, 29 janvier 1991).

[31] Cf., par exemple, André Postel-Vinay, "Renoncer au secret", *Le Monde*, 2 juillet 1991 ; cf. aussi la proposition - rejetée - d'une *"délégation parlementaire des exportations de matériels guerre"* par M. François Fillon (*Le Monde*, 23 novembre 1990 et 3 mai 1991).

[32] *J.O.R.F.*, Débats, Assemblée nationale, 2ème séance du 9 juin 1993, p. 1288 (Cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

[33] Instruction interministérielle n° 9062/D.N./C.A.B. relative aux inventions intéressant la défense nationale du 13 février 1973, *J.O.R.F.*, 25 février 1973, p. 2109.

brevet déposées en France, quelque soit leur objet [34]. Ces différentes dispositions ont fait l'objet d'adaptation depuis lors mais figurent désormais dans le Code de la Propriété intellectuelle et les textes réglementaires qui y sont associés.

Concernant l'examen préalable par le ministre de la défense, l'article L.612-8 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que

> *"le ministre chargé de la défense est habilité à prendre connaissance auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, à titre confidentiel, des demandes de brevets"*.

Cet article, issu de la loi du 1er juillet 1992 instituant le Code de la propriété intellectuelle (C.P.I.), reprend les termes exacts des lois précédentes (de 1968 et de 1978) [35]. Il est complété - comme auparavant - d'une part, par le chapitre II du décret du 19 septembre 1979 [36] par trois dispositions identiques concernant les demandes de brevets européens (art. L.614-3 C.P.I.), les demandes internationales (art. L.614-19 C.P.I.), ainsi que les demandes de certificats d'obtention végétale (art. L.623-8 C.P.I.) [37].

Ces quatre articles instaurent sur les demandes déposées auprès de l'I.N.P.I. ou du comité de la protection des obtentions végétales une procédure d'examen préalable qui constitue, en réalité, une véritable suspension temporaire des droits du titulaire.

En effet, le Code de la propriété intellectuelle précise (dans ses articles L.612-9 C.P.I., L.614-4 C.P.I. et L.614-20 C.P.I.) que tant que le ministre chargé de la

---

[34] Décret du 29 novembre 1939 relatif aux inventions intéressant la défense nationale, *J.O.R.F.*, 10 décembre 1939. Sur l'historique de ces textes, cf. J.-P. Palewski, "Les inventions concernant la défense nationale", *Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique - Mélanges Plaisant*, Sirey, 1959, pp. 119 et s..

[35] Les deux seules différences minimes entre l'article L.612-8 C.P.I. et l'ancien article 24 de la loi du 2 janvier 1968 modifiée, sont la disparition de l'adjectif *"nationale"* pour qualifier la défense et de l'adverbe *"strictement"* pour renforcer le caractère confidentiel de l'examen effectué.

[36] Décret n° 79-822 du 19 septembre 1979 relatif aux demandes de brevet d'invention et de certificats d'utilité, à la délivrance et au maintien en vigueur de ces titres, modifié en dernier lieu par le décret n° 93-1142 du 5 octobre 1993, *J.O.R.F.*, 6 octobre 1993 (Chapitre II - Demandes intéressant la défense nationale).

[37] Concernant les certificats d'obtention végétale, le Code prévoit - comme précédemment - que cette procédure d'examen préalable ne porte que sur une liste d'espèces (art. L.623-9 C.P.I.) arrêtée conjointement par les ministre de la défense et de l'agriculture. En revanche, l'on remarquera que les dispositions relatives à la protection des topographies de semi-conducteurs ne prévoient pas ce contrôle par le ministère de la défense, ce qui peut paraître curieux lorsque l'on connaît l'importance des composants électroniques (et notamment des circuits spécifiques) pour les matériels de défense.

propriété industrielle n'a pas donné - sur avis du ministre de la défense - son autorisation,

> *"les inventions faisant l'objet de demandes de brevet ne peuvent être divulguées et exploitées librement (...) les demandes de brevet ne peuvent être rendues publiques, aucune copie conforme de la demande de brevet ne peut être délivrée sauf autorisation"*

et aucune des procédures intervenant normalement lors du traitement d'une demande de brevet (établissement du rapport de recherche, paiement de la redevance annuelle, publication de la demande, ...) ne peut être entreprise [38].

Pour procéder à leur examen technique et décider s'il y a lieu d'accorder ou non l'autorisation de libre exploitation et de divulgation, le service compétent du ministère de la défense (à savoir le bureau des Brevets et Inventions de la Direction du personnel et des affaires générales de la D.G.A.) dispose d'un délai maximal de cinq mois à dater du jour du dépôt de la demande de titre [39]. S'il estime que le contenu de la demande nécessite que l'invention ou l'obtention végétale concernée demeurent confidentielles, il peut par réquisition proroger ces différentes interdictions de divulguer ou d'exploiter pour une durée d'un an renouvelable (articles L.612-10 C.P.I., L.614-5 C.P.I., L.614-21 C.P.I.). A l'inverse (et c'est le cas le plus fréquent), il peut, à tout moment dans le même délai, donner un avis favorable à la divulgation et à l'exploitation. Et pour prémunir le titulaire contre l'éventuel silence de l'administration, si aucune autorisation ou réquisition n'a été prononcée dans le délai de cinq mois, l'autorisation est considérée comme *"acquise de plein droit"*.

Dans la pratique, on observe que le délai de rétention d'un brevet est en moyenne de quinze jours pour les inventions n'intéressant manifestement pas la défense et de trois mois pour celles nécessitant un examen plus poussé [40] et que la mise au secret totale ne représente *in fine* que quelques brevets pour mille [41].

---

[38] Concernant les obtentions végétales, l'article L.623-9 C.P.I. interdit également la divulgation et la libre exploitation des espèces reprises sur la liste, sans autorisation préalable.

[39] A l'origine, le décret du 29 novembre 1939 relatif aux inventions intéressant la défense nationale prévoyait un délai incompressible de huit mois durant lequel la délivrance du brevet était retardée. D'après le même texte, le ministre de la défense pouvait également, s'il le jugeait utile, prononcer une interdiction définitive de la délivrance du brevet.

[40] Cf. Marie-Angèle Perot-Morel, "Défense nationale et brevet d'invention", *Ares - Défense et Sécurité*, 1981, p. 164.

[41] Cf. J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, P.U.F., 1991, p. 282. Dans le même sens : L'I.G.A. Cochet-Grasset et Mme Simone Carpentier de l'I.N.P.I., participants à une table-ronde

§ 3. - *L'obligation partielle du premier dépôt en France*

L'une des conséquences juridiques importantes de ces dispositions sur le contrôle et le secret des brevets (ou obtention végétales) intéressant la défense nationale, est - pour des raisons pratiques évidentes - concerne le lieu de premier dépôt.

Sur le plan pratique, en effet, dès lors qu'un inventeur a déjà réalisé un premier dépôt à l'étranger, il n'est plus possible à l'administration française de prétendre ultérieurement mettre au secret une demande de brevet français portant sur la même invention. En toute rigueur, les textes législatifs sur les brevets et l'actuel Code de la propriété intellectuelle devraient donc imposer que toutes les demandes de brevet formulées par des résidents français soient obligatoirement déposées en premier en France, avant de pouvoir - à l'expiration du délai d'examen par la D.G.A. - faire l'objet d'extensions ou de dépôts à l'étrangers.

Cette logique a prévalu concernant le dépôt des demandes de brevet européen et international, pour lesquelles le C.P.I. dispose que

> *"La demande doit être déposée auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, lorsque le déposant a son domicile ou son siège en France et qu'il ne revendique pas la priorité d'un dépôt antérieur en France."* [42]

Mais elle n'existe pas sous cette forme générale en ce qui concerne les demandes de brevets français et de certificats d'obtention végétale. Concernant ces titres, les seules interdictions relatives au transfert et à l'exploitation hors des frontières résultent des textes du Code pénal ou issus de lui.

Sous l'empire des textes en vigueur depuis 1939, le Code pénal interdisait explicitement la transmission *"sans autorisation préalable"* à une puissance ou une entreprise étrangère d'une *"invention intéressant la défense nationale"* (art 81.3°, puis 77, cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier), ce qui couvrait notamment - d'après l'instruction interministérielle du 13 février 1973 - le cas des premiers dépôts à l'étranger d'un brevet se rapportant à une telle invention [43].

---

des premiers entretiens *Science et Défense* en 1983, signalaient que les brevets mis au secret n'étaient qu'*"environ 150 par an sur un total de 30.000 brevets déposés"* et qu'il y avait, à cette date, *"1.000 brevets au secret, les plus anciens datant de 1949"* (*Actes des journées Science et Défense*, Palaiseau, 26 et 27 avril 1983, p. 104) .

[42] Article L.614-2 C.P.I., alinéa 2 relatif au dépôt des demandes de brevet européen. L'article L.614-18 C.P.I. contient la même obligation, avec une rédaction voisine, pour les demandes de brevet international.

[43] *"Sauf cas exceptionnels, aucune autorisation de dépôt à l'étranger d'une demande de brevet ou certificat d'addition couvrant une invention intéressant la défense nationale n'est accordée*

Dès lors, la règle de l'interprétation stricte des dispositions pénales nous pousse à conclure que, jusqu'en 1994 l'obligation pesant sur les résidents français d'un premier dépôt en France était limitée aux seules inventions intéressant la défense, alors qu'elle était générale en matière de brevet européen ou international. Cette interprétation a été contestée par certains auteurs, pour des motifs qui ne nous paraissent pas réellement concluants :

> *"S'agissant (en revanche) des inventions dont l'objet n'entre manifestement pas dans la catégorie* [des inventions intéressant la défense nationale] (...) *une interprétation littérale de l'article 25* [ancien article de la loi de 1968 sur les brevets, remplacé par l'article L. 612-9 C.P.I.] *n'impose pas de dépôt initial en France. On pourrait donc soutenir que tant que l'invention n'a pas fait l'objet d'une demande de brevet en France, elle peut être librement divulguée, ce qui inciterait paradoxalement le déposant à procéder aux dépôts étrangers avant le dépôt français. A notre avis, une telle interprétation ne saurait être retenue et il faut admettre l'obligation de procéder à un premier dépôt en France au moins à la charge des personnes qui y sont domiciliées ou qui y ont leur siège. En effet, parmi les droits reconnus au ministre chargé de la défense nationale, figure celui de prolonger la période de mise au secret. Un dépôt initial à l'étranger ôterait à cette prérogative tout intérêt. "* [44]

Ce commentateur relevait, à juste titre, les incohérences pratiques découlant de l'inexistence d'une clause de premier dépôt obligatoire en France pour les demandes de brevet français. Mais, à notre sens, il ne suffisait pas de tirer argument d'une défaillance législative pour pouvoir *de lege ferenda* (ou *praeter legem* ?) accroître par pure interprétation doctrinale le champ d'une obligation qui contrevient à la liberté du commerce et de l'industrie, tout en étant liée à une incrimination pénale.

Quoi qu'il en soit, l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal n'a pas clarifié la situation en cette matière, puisque désormais - comme nous l'avons vu (cf. supra - Ière Partie, Chapitres Ier et II), la notion d'"*invention intéressant la défense nationale*" a disparu au profit d'infractions soit relatives au secret de défense lui-même, soit à la livraison d'informations [45] dont la divulgation porterait atteinte aux intérêts

---

avant le dépôt initial en France de la demande de brevet, certificat d'utilité ou certificat d'addition couvrant cette invention" (Instruction n° 9062, précitée).

[44] Jacques Azema, *Lamy Droit commercial - Propriété industrielle*, 1992, n° 1616, p. 715.

[45] Remarquons simplement à propos des termes de ces nouveaux articles du Code pénal que leur large énumération *"renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers"* couvre l'ensemble des supports matériels et immatériels que peut prendre une invention, brevetée ou non.

fondamentaux de la nation. Peut-on considérer que ces différentes dispositions pénales interdisent la sortie du territoire de toute information relative à une invention faite en France et non encore brevetée ? Cela nous paraît impossible.

Concernant les infractions relatives à la compromission du secret de défense *stricto sensu*, sa définition donnée par l'article 413-9 et fondée sur le critère des mesures de protection (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier) a pour conséquence qu'outre les demandes de brevet mises au secret après leur dépôt (cf. supra), le secret de défense ne peut couvrir que des informations relatives à une invention qui auraient fait l'objet, lors de leur conception, de mesures de protection du secret (c'est-à-dire qu'il ne peut s'agir que d'inventions non encore brevetées ayant été conçues dans le cadre, par exemple, d'un marché classé de défense ou à l'intérieur d'un établissement public travaillant pour le compte de la défense).

Concernant la violation des intérêts fondamentaux de la nation, seule la jurisprudence déterminera les critères et les limites d'application de cette notion. Il nous paraît cependant logique et évident que, sauf à faire de ce concept une interprétation totalement extensive et *"liberticide"*, les informations dont la divulgation serait susceptible d'y porter atteinte ne pourront jamais recouvrir la totalité des inventions brevetables faites par des résidents français.

Dans ces conditions, la nouvelle formulation du Code pénal ne change pas fondamentalement la situation : en ce qui concerne les demandes de brevet français et de certificat d'obtention végétale, il n'existe toujours pas d'obligation générale d'un premier dépôt en France s'imposant aux résidents français. Cette obligation n'existe qu'indirectement pour les inventions ou obtentions végétales dont la conception a fait l'objet de mesures spéciales de protection (et qui, donc, sont susceptibles de constituer des secrets de défense) ainsi que pour celles (moins aisées à définir) qui pourraient être considérées comme sensibles au regard des intérêts fondamentaux de la nation (par exemple, au titre de la protection des moyens de la défense, du patrimoine économique et scientifique, ou de l'équilibre naturel). Il y a donc là un élargissement potentiel des cas où le premier dépôt devra être effectué en France pour éviter tout risque d'infraction pénale, mais toujours pas une généralisation de l'obligation en question.

§ 4. - *Le régime juridique des titres mis au secret*

Concernant le régime juridique s'appliquant aux demandes de brevet ou de certificats d'obtention végétale, dans la période initiale de leur examen [46] ou dans la période de prorogation éventuelle des mesures de secret, nous nous trouvons face à une situation qui se caractérise triplement :

- suspension de la procédure de traitement de la demande par les organismes de propriété industrielle,

- interdiction d'exploitation par l'inventeur,

- secret de l'invention et de la demande de brevet correspondante [47], ou de la demande de certificat d'obtention végétale.

Les deux dernières contraintes qui s'imposent au titulaire ainsi qu'à tous les tiers, sont sanctionnées - dès lors qu'elles sont commises "*sciemment*" - par des peines spécifiques prévues par le Code (articles 615-13 pour les demandes de brevets français, 615-15 pour les demandes internationales, 615-6 pour les demandes européennes et 623-35) :

- une peine d'amende (3.000 F à 30.000 F pour les demandes de brevet français et de certificat d'obtention végétale, 3.000 F à 40.000 F pour les demandes européennes ou internationales),

- une peine d'emprisonnement complémentaire de un à cinq ans "*si la violation a porté préjudice à la défense nationale.*"

Mais à ces deux niveaux de sanctions peuvent s'en ajouter d'autres provenant du Code pénal. Les articles 615-13, 615-15 et 615-16 du Code de la propriété intellectuelle précisent, en effet, que les sanctions qu'ils prévoient sont "*sans préjudice, s'il échet, des peines plus graves prévues en matière d'atteinte à la sûreté de l'Etat.*"

---

[46] Cf. notamment sur les conséquences de la divulgation pendant la période d'examen par la défense nationale, l'affaire Blanchard c. Grunler, TGI Strasbourg, 16 octobre 1969, C.A. Colmar, 20 mars 1970, Cass. Com., 4 octobre 1971, Bull. Civ. 1971 n° 222, *P.I.B.D.*, 1972, p. 68.

[47] Ce secret s'attache au contenu même de l'invention, de sorte que la renonciation du titulaire ou la déchéance du titre de propriété industrielle ne fait pas disparaître l'interdiction de divulgation et d'exploitation (cf. J. Cochet-Grasset, "Brevets d'invention - Défense nationale", *Jurisclasseur Brevets*, fascicule 300, août 1981, p. 4).

Le renvoi à la "*sûreté de l'Etat*" est logique, eu égard à la date du texte (1er juillet 1992). Aujourd'hui, c'est indiscutablement au Livre IV du nouveau Code qu'il faut renvoyer. Mais, par rapport à l'ancien texte pénal, la situation est moins simple. Jusqu'alors, en effet, l'infraction dominante en cas de compromission d'une invention brevetable susceptible d'intéresser la défense nationale était l'ancien article 77 (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier). Mais celui-ci n'a pas de successeur direct dans le nouveau Code pénal et l'interprétation officielle se contente de considérer que son objet est aujourd'hui couvert par la définition large du nouvel article 411-6 nCP [48]. Il est effectivement possible que la divulgation d'une invention mise au secret à une puissance ou organisation étrangère (cas prévu par l'ancien article 77) soit de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, et particulièrement à celui qui s'attache à la préservation du potentiel "*scientifique et économique*" national.

Mais on peut penser que, désormais, les nouvelles dispositions réprimant la compromission d'un secret de défense (articles 413-10 nCP et 413-11 nCP) pourraient être également sollicitées dans certains cas de divulgation d'inventions mises au secret. En effet, la nouvelle définition du secret de défense posée par l'article 413-9 nCP (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier) permet - nous semble-t-il - de considérer qu'une demande de brevet d'invention conservée au secret sur avis du ministre de la défense peut constituer des "*renseignements, procédés (...) qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion*" (tel est le cas, à notre sens, de l'interdiction temporaire édictée par le C.P.I. ou de sa prorogation par décision ministérielle) et "*dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale.*" [49]

Si l'on suit cette interprétation, le second niveau de sanction prévu par le C.P.I. (à savoir les peines de prison en cas de préjudice à la défense nationale) perd une grande partie de sa raison d'être, car :

---

[48] Cf. dans ce sens, ministère de la Justice, Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 relative à son entrée en vigueur, *J.O.R.F.*, octobre 1993, p. 225 ; *Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique*, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 49.

[49] Rappelons, à ce propos, que l'immense majorité des brevets faisant l'objet de mesures de mise au secret concernent des réalisations industrielles dans le domaine des armements financées par le ministère de la défense (cf. notamment J. Cochet-Grasset, "Le Bureau des Brevets et Inventions, *Bulletin d'information et de liaison, l'Armement*, 1979, n° 57, p. 17 ; M.-A. Perot-Morel, *op. cit.*, p. 164.

- soit la violation des mesures de confidentialité et de non-exploitation, imposées par la loi au titre de la défense nationale, ne porte pas préjudice à la défense nationale : s'appliquent alors les seules peines d'amende prévues par le C.P.I.,

- soit la violation porte atteinte à la défense nationale, sans pour autant avoir donné lieu à une divulgation au profit de l'étranger, et tombe alors directement sous le coup des articles 413-10 nCP ou 413-11 nCP (suivant l'auteur de la violation : 413-10 pour le breveté et les agents de l'I.N.P.I. ou des autres administrations ayant eu communication de la demande de brevet, 413-11 pour les tiers), les peines encourues à ce titre étant supérieures ou égales à celles prévues par le C.P.I. [50],

- soit la violation donne lieu à une divulgation au profit de l'étranger et porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (ce qui englobe, notamment, l'atteinte à la seule défense nationale, cf. supra - Ière Partie, Chapitre II). Elle relève alors des sanctions sévères de l'article 411-6 nCP en remplacement de celles de l'ancien article 77.

§ 5. - *Les conditions d'exploitation d'un titre mis au secret*

La première règle applicable en cas de prolongation des interdictions de divulgation et d'exploitation consiste en une juste indemnisation du préjudice subi par le titulaire en raison de cette interdiction. Une telle indemnisation est prévue - en matière de brevet - par le second alinéa de l'article L.612-10 aux termes duquel

> *"La prorogation des interdiction édictées en vertu du présent article ouvre droit à une indemnité au profit du titulaire de la demande de brevet, dans la mesure du préjudice subi."*

Une disposition identique est reprise par l'article L.623-10 concernant les obtentions végétales. En ce qui concerne les seuls brevets, l'article L.612-10 prévoit également qu'en cas de litige sur le montant de l'indemnité compensatoire [51], toutes les

---

[50] Cette interprétation paraît indiscutable en ce qui concerne la divulgation. Elle est plus fragile en ce qui concerne la violation de l'interdiction d'exploitation (puisque les articles 413-10 nCP et 413-11 nCP ne visent pas l'acte d'exploiter), mais toute exploitation ne comporte-t-elle pas le fait de reproduire le procédé (acte réprimé par les articles en question) ainsi que, très souvent, un minimum de divulgation, soit à des personnes tierces impliquées dans le processus de réalisation, soit aux tiers éventuels utilisateurs du résultat industriel de l'exploitation ?

[51] Jurisprudence sur le montant et l'assiette de l'indemnité : Cass. Com., 5 janvier 1963 ; Cass. Com., 18 mars 1968 ; CA Paris, 20 janvier 1971, *P.I.B.D.*, 1971.III.206 (interdiction de dépôt à l'étranger et perte du droit de priorité unioniste, préjudice moral).

étapes du litige judiciaire à ce sujet doivent être jugées en "*chambre du conseil*" afin de garantir la confidentialité des débats et qu'ils ne soient pas l'occasion d'une violation involontaire du secret de défense (sur les précautions procédurales permettant de protéger le secret devant les juridictions, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

Ces mesures destinées à sauvegarder le secret dans le réglement du litige pécuniaire entre l'Etat et le titulaire sont complétées par celles de l'article 22 du décret du 19 septembre 1979, selon lesquelles les décisions rendues en cette matière par la juridiction

"*ne contiennent aucune analyse de l'invention de nature à en entraîner la divulgation. Seuls le ministère public, les parties ou leurs mandataires peuvent obtenir copie des décisions rendues. Si une expertise est ordonnée, elle ne peut être effectuée que par des personnes habilitées par le ministre de la défense.*"

Le préjudice en question ayant tendance à s'aggraver proportionnellement à la durée de la prorogation de l'interdiction, l'article L.612-10 prévoit la possibilité de demander une révision de l'indemnité après un délai d'un an au-delà de la date du jugement définitif fixant le montant de l'indemnité.

A l'inverse de l'indemnisation du titulaire, aucune disposition légale ou réglementaire ne préserve les droits des tiers pouvant avoir à souffrir d'une éventuelle mise au secret, comme par exemple ceux d'un tiers empêché d'exercer une action en revendication contre un brevet mis au secret [52]. Madame Perot-Morel signale, cependant que cette hypothèse demeure très exceptionnelle, ce qui justifie sans doute l'absence d'une disposition légale protégeant les tiers dans ce type de cas [53].

Dans le même but de limiter le préjudice subi par le titulaire du brevet mis au secret dans son exploitation, il existe la possibilité d'une extension à l'étranger du brevet dans d'autres pays de l'O.T.A.N.. La France a, en effet, signé et mis en oeuvre en 1965 un accord O.T.A.N. du 21 septembre 1960 consacré à "*la sauvegarde mutuelle du secret des inventions intéressant la défense et ayant fait l'objet de demandes de brevet*" [54]. Les considérants de cet accord résume bien son objet :

---

[52] La Cour de cassation a estimé qu'une saisie de documents, en vue de prouver l'usurpation des droits du requérant par le titulaire du brevet secret, aurait violé l'interdiction de divulgation (Cass. Com., 4 octobre 1971, *J.C.P.* 1972.II.17124, obs. X. Desjeux).

[53] M.-A. Perot-Morel, *op. cit.*, p. 171.

[54] Cf. décret n° 65-234 du 26 mars 1965 portant publication de l'accord O.T.A.N. pour la sauvegarde mutuelle du secret des inventions intéressant la défense et ayant fait l'objet de demandes de brevet du 21 septembre 1960, *J.O.R.F.*, 1er avril 1965, p. 2565.

"*Considérant que la limitation territoriale du champ de protection des inventions qui résulte de cette interdiction* [de divulgation] *peut nuire aux demandeurs de brevets et, par suite, à la collaboration économique entre les pays de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord ;* (...) *Considérant que, si le gouvernement dont émane l'interdiction est disposé à autoriser le dépôt d'une demande de brevet dans un ou plusieurs autres pays de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord, pour autant que les gouvernements de ces pays mettent également l'invention au secret, ces gouvernements ne sauraient refuser la mise au secret...* "

Au titre de cet accord, les titulaires d'un brevet mis au secret sur décision du Gouvernement français peuvent effectuer - par l'intermédiaire de la voie diplomatique (courrier diplomatique protégé) - une demande de dépôt de ce même brevet dans un autre pays de l'O.T.A.N., lequel a l'obligation de le mettre également au secret et de lui attribuer une classification de sécurité d'un niveau au moins égal à celui de la classification de sécurité définie par les services français. Ce faisant, le titulaire - tout en ne pouvant pas retrouver à l'étranger la liberté de divulgation et d'exploitation qui lui a été refusée en France - peut se garantir contre une éventuelle contrefaçon qui serait exécutée dans un autre pays de l'O.T.A.N. et se constituer une antériorité dans ce pays qu'il sera à même d'invoquer à l'expiration du délai de mise au secret [55].

Signalons, pour être complet, que dans l'intérêt de la défense nationale, le ministre de la défense peut décider deux autres mesures autoritaires concernant des brevets : l'attribution d'une licence d'office et l'expropriation. Ces deux procédures ont pour but de permettre l'exploitation directe par l'Etat, ou par certains de ses sous-traitants auxquels il en confierait la tâche, d'un brevet pouvant être utile à la défense. Mais en tant que telles, ces mesures ne sont pas propres aux seuls brevets mis au secret au titre des procédures décrites précédemment. Elles peuvent tout à fait frapper une invention ayant déjà fait l'objet d'une autorisation de divulgation et d'exploitation [56].

---

[55] Un accord franco-allemand sur le même sujet, complète l'accord O.T.A.N. : décret n° 62-102 du 25 janvier 1962 portant publication de l'accord entre la France et la République fédérale d'Allemagne pour la sauvegarde mutuelle du secret des inventions et des informations techniques intéressant la défense, signé le 28 septembre 1961, *J.O.R.F.*, 1er février 1962, p. 1086.

[56] Sur le régime et les modalités de la licence d'office et de l'expropriation, cf. notamment, Nathalie Nuylens, *Les mesures autoritaires de l'Etat pour les besoins de la défense nationale*, mémoire de D.E.S.S. de propriété industrielle, Université Paris II, 1992/1993, p. 31 et s. ; M.-A. Perot-Morel, op. cit., pp. 171 à 178 ; Catherine Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, L.G.D.J., 1991, pp. 121-125 (qui signale une inconstitutionnalité potentielle du mécanisme d'indemnisation de l'expropriation, p. 124).

SECTION II. - Une jurisprudence plus restrictive

En l'absence de définition légale précise, la jurisprudence des tribunaux répressifs et de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a été appelée à jouer un rôle important dans la définition des informations et documents devant être considérés comme secrets.

Tout naturellement, ce sont les informations de nature militaire qui ont fait le plus facilement l'objet de la protection pénale. Par exemple, en 1889, est condamné un ancien sergent du Génie, pour avoir tenté de transmettre à l'Allemagne le calque du plan d'un fort [57]. En 1908, l'enseigne de vaisseau Ullmo est condamné à la dégradation militaire et à la déportation perpétuelle pour avoir essayé de vendre à l'Allemagne des documents relatifs à la défense côtière du sud de la France et à un bâtiment de la Marine [58]. Ces documents sont considérés comme secrets par la Cour de cassation qui confirme que leur reproduction, en vue de les livrer à une puissance étrangère, constitue bien le crime de trahison [59]. En 1910, ce sont les photographies d'un fort qui sont de la même façon couvertes par le secret [60].

En 1935 l'intendant militaire Frogé est condamné pour avoir livré à l'Allemagne différents documents relatifs à la préparation de la mobilisation des réserves dans la zone frontalière de Belfort [61]. Et à la même époque, la justice considère également comme secrètes des instructions adressées par le commandement aux officiers de réserve [62].

Mais c'est surtout le domaine de l'armement et des équipements militaires qui a donné lieu à de nombreuses décisions de jurisprudence : les principes de fabrication des obus utilisant la mélinite [63], des documents sur un nouveau canon lors de l'Affaire

---

[57] T.C. de la Seine, 9ème chambre, 14 janvier 1889 (affaire Blondeau), reproduit in R. Mennevée, *op. cit.*, p. 435.

[58] Cf. sur cette affaire, Jacques Castelnau, "La déchéance de l'enseigne de vaisseau Charles Ullmo", *Historia*, n° 411, février 1981, pp. 77 et s. ; également, *Intermédiaire des chercheurs et des curieux*, avril 1982.

[59] Cass. Crim. 22 mai 1908, Bull. n° 212, *S.* 1911.1.21, note Roux.

[60] C.A. Douai, 22 mars 1910 (affaire Vandervalle), S. 1913, reproduite in Mennevée, *op. cit.*, p.467.

[61] Cass. Crim., 11 juillet 1935, Bull. n° 91, *S.* 1937.I.119, Gaz. Pal., 1935.2.503.

[62] Cass. Crim., 1er février 1935, *D.* 1935.181.

[63] Condamnation pour espionnage de Boutonnet (employé aux archives de la direction de l'artillerie) en août 1890 ; arrestation de Greiner (qui avait notamment livré aux Allemands le plan

Dreyfus (dont le déroulement va marquer profondément la société française et le système de contre-espionnage, cf. infra, IIème Partie, Chapitre Ier) [64], des documents sur la fabrication d'explosifs et les méthodes de fabrication des masques à gaz [65] ou des documents relatifs aux chars d'assaut et à des équipements de transmissions [66]. Plus récemment, la Cour de sûreté de l'Etat a reconnu le caractère secret d'un dossier contenant des calculs techniques sur les pertes dans les circuits d'uranium [67].

Dans ces domaines scientifiques et techniques intéressant les armées, la jurisprudence n'hésite pas à étendre sa protection au-delà des documents jusqu'aux objets et pièces d'armes eux-mêmes : par exemple, la poudre Lebel (en ce qu'elle est capable de renseigner sur la *"rapidité et la sûreté du fusil Lebel"*) en 1889 [68], des pièces de carabine de cavalerie [69] ou une culasse de mitrailleuse [70]. Et au-delà des matériels opérationnels eux-mêmes, elle élargit partiellement le champ de sa protection en 1928 à des documents scientifiques et techniques : des informations contenues dans des procès-verbaux d'expériences aérodynamiques relatives aux bombes d'aviation sont considérées comme intéressant

> *"exclusivement la défense du territoire et la sûreté extérieure de l'Etat (...) sans être secrètes au sens de la loi de 1886"* [71] (c'est-à-dire dont la captation est réprimée par l'article 5-2° et non au titre de l'article 1er).

---

de l'obus Robin) en juin 1892 ; condamnation de Triponé et Turpin (notamment accusé d'avoir écrit un livre révélant une affaire d'espionnage et accompagné de planches représentant l'obus français à mélinite) : C.A. Paris, 16 juillet 1891 et 11 août 1891 ; Cass. Crim., 24 septembre 1891, reproduits *in* Mennevée, *op. cit.*, pp. 451-458.

[64] Cass. Crim. 29 octobre 1899 et Chambres Réunies, 24 mars et 3 juin 1899, *S.*1900.1.105 et 297, notes Roux.

[65] T.C. de la Seine, 25 juillet 1927 et Cass. Crim. 10 mai 1928, *Gaz. Pal.* 1928.II.82 (affaire Crémet, Ménétrier, Sergent, Grudinsky et Berstein, dite des *"espions communistes"*) reproduit *in* Mennevée, p. 521.

[66] Cass. Crim., 7 avril 1936, Bull. n° 46.

[67] Décision mentionnée *in* Robert Blaser, "Le secret de défense", *Défense nationale*, mars 1990, p. 79.

[68] T.C. Cahors, 24 janvier 1889, reproduit *in* Mennevée, *op. cit.*, p. 437.

[69] T.C. Saint Etienne, 26 décembre 1891 et C.A. Lyon, 3 février 1892, *D.* 1892.2.467 (affaire Cooper) reproduits dans Mennevée, *op. cit.*, pp. 459 et s.

[70] Cass. Crim., 20 juillet 1911, *D.* 1912.I.344.

[71] Cass. Crim. 10 mai 1928, *op. cit.*.

Dans tous ces domaines, la justice a été certainement encouragée par la rédaction large de l'article 76 du Code pénal de 1810, consacré aux *"intelligences avec les puissances étrangères"* et qui réprimait, au-delà des agissements *"visant à entreprendre la guerre contre la France"*, le fait de *"leur en procurer les moyens"* (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier). Cette définition couvrait très facilement tous les armements de l'armée française et les informations les concernant, qu'ils aient ou non - d'ailleurs - un caractère secret.

Mais, en dehors des documents, des données techniques et des matériels relatifs aux armées ou à leurs armements, la jurisprudence va toujours hésiter à sanctionner pour violation du secret de défense les atteintes à la confidentialité d'autres types d'informations.

Certes, en 1911 [72], la Cour d'Appel de Paris a réprimé la transmission à l'étranger de documents diplomatiques sur la politique diplomatique et commerciale française en Orient, ce qui a fait dire à certains commentateurs que la jurisprudence avait ainsi réprimé *"une atteinte au secret diplomatique, protégé par les mêmes textes que le secret de défense"* [73]. Mais, en réalité, la Cour était restée prudemment en deça de cette assimilation automatique en remarquant, dans ses attendus, que *"sans aller jusqu'à poser en principe qu'un document diplomatique quelconque est, par sa nature même, secret et confidentiel et intéresse, dès lors, la sûreté extérieure de l'Etat, on trouve dans les deux catégories qui viennent d'être spécifiées des pièces remplissant les conditions exigées par la loi de 1886"* [74]. Puis, quelques années après que la loi du 26 janvier 1934 ait visé explicitement les secrets diplomatiques et économiques et alors que l'on prépare l'adoption de la loi de 1938 sur l'organisation de la Nation en temps de guerre (qui aborde, notamment, les aspects économiques et industriels de la défense), une décision de la Cour de Cassation [75] précise que

> *"la nature militaire, diplomatique ou économique* [des renseignements] *n'a qu'un caractère énonciatif et non limitatif"* [76].

---

[72] T.C. Paris, 2 juin 1911 et C.A. de Paris, 13 juillet 1911, Gaz. Pal., 1911, (affaire Rouët-Malmaison-Pallier), reproduits *in* Mennevée, pp.469 et s..

[73] R. Glazer, *op. cit.*, p. 79.

[74] Reproduit *in* Mennevée, p. 472.

[75] Cass. Crim. 2 février 1938, *S.*1939.1.160, *Gaz. Pal.* 1939.1.618 (affaire Brester).

[76] Roger Pinto, *La liberté d'opinion et d'information*, Domat Monchrestien, 1955, p. 116.

Malgré ces décisions de principe, force est de constater que, dans la très grande majorité des cas n'ont été reconnus comme véritablement "secrets" par la justice que des renseignements militaires ou assimilés (par exemple des informations relatives aux armements), alors que lorsqu'il s'agissait d'informations non militaires (notamment économiques ou technologiques), le juge a préféré agir sur le fondement d'autres incriminations protégeant des "quasi-secrets" (particulièrement l'article 80 alinéa 3 depuis l'ordonnance de 1960).

Si nous prenons comme exemple, un certain nombre de décisions intervenues dans les trente dernières années, cela apparaît assez clairement. Les cas de condamnation pour compromission du secret de défense sont assez rares.

Ce fut le cas en 1961 lorsque le Tribunal permanent des forces armées de Paris condamna - avec plusieurs complices, membres de son réseau - Hermann Bertelé, autrichien naturalisé français, pour avoir livré au 2ème bureau polonais (le Z.I.I.) des informations secrètes concernant notamment plusieurs recherches militaires importantes [77].

En 1964, de même, la Cour de Sûreté de l'Etat devant laquelle avait été déféré Georges Pâques, fonctionnaire français travaillant à l'O.T.A.N. et accusé d'espionnage au profit de l'U.R.S.S. [78], a reconnu le caractère secret de plusieurs types de documents militaires, tels que :

> "- *des documents français sur l'organisation de la défense, les forces d'intervention, le Mirage IV et les engins stratégiques,*
>
> - *un rapport sur l'implantation de radars dans un pays de l'O.T.A.N.,*
>
> - *un dossier concernant les mesures envisagées par les alliés en cas d'action soviétique bloquant Berlin,*
>
> - *une estimation des forces soviétiques dans les domaines économique, scientifique, technique et militaire.* " [79]

---

[77] La décision du T.P.F.A. fut confirmée en cassation : Cass. Crim., 9 janvier 1962, Bull. n° 21. Pour un rappel des faits, cf. Thierry Wolton, *Le K.G.B. en France*, Grasset, 1986, pp. 80 à 82.

[78] Cf. Pierre Assouline, "L'énigme Georges Pâques : une taupe soviétique à Paris", *L'Histoire*, n° 81, septembre 1985, pp. 12 et s..

[79] Cités par Louis Gondre, "Le secret de la défense nationale", *Cours de perfectionnement des officiers de réserve de la justice militaire*. Dans une lettre adressée au général de Gaulle en guise de justification de ses agissements (et rendue publique après son décès en décembre 1993), G. Pâques écrivait : "*je reconnais que dans ces conversations* [avec les Russes], *j'ai communiqué*

En 1967, l'ingénieur Eugène Maucherat est condamné à quatre ans d'emprisonnement, sur le fondement de l'article 75.1°, pour avoir soustrait des documents secrets relatifs à son activité d'ingénieur dans une firme travaillant pour l'armement [80].

Enfin, le 1er février 1978, Serge Fabiew, fils d'émigré russe naturalisé français et responsable d'un réseau d'espionnage clandestin est condamné lourdement à vingt ans de détention pour avoir transmis pendant treize ans au G.R.U. soviétique, de nombreux documents très confidentiels (sur le réseau NADGE de l'O.T.A.N., les recherches spatiales européennes, la station de communication de la force océanique stratégique, des missiles sol-sol et mer-sol, ...) recueillis grâce à plusieurs complices travaillant dans des administrations ou entreprises sensibles [81].

Mais la grande majorité des affaires instruites par la justice, et spécialement en matière de compromission de renseignements économiques ou technologiques l'ont été sur le fondement de l'article 80.3° du Code relatif réprimant quiconque "*entretiendra avec les agents d'une puissance étrangère des intelligences de nature à nuire à la situation militaire ou diplomatique de la France ou à ses intérêts économiques essentiels*".

C'est sur ce fondement qu'ont été, notamment, poursuivis ou condamnés :

- en 1965, Herbert Steinbrecher [82],

- en 1967, les époux Kranick et Bammler, illégaux est-allemand, ayant fourni des informations sur le gouvernement militaire français de Berlin, puis sur le siège de l'O.T.A.N. à Paris [83],

---

à mes interlocuteurs, pour appuyer mes dires, des données de caractère secret, mais qui ne se rapportaient nullement au potentiel militaire, technique ou scientifique de la France, ce que j'eusse pu faire aisément si j'avais été un agent soviétique, comme on m'accuse injustement de l'avoir été". Il reconnaissait, par ailleurs, lors de la crise de Berlin en 1961, s'être décidé "*non sans cruel combat de conscience, à communiquer aux Russes un document concernant les projets de l'O.T.A.N. sur Berlin. (...) En faisant cela, j'ai contribué peut-être à éviter le déclenchement d'un conflit atomique*" (extraits publiés par *Le Monde*, 8 janvier 1994).

[80] Cass. Crim., 6 décembre 1967, Bull. n° 315.

[81] Cf. Th. Wolton, *op. cit.*, pp. 143 à 148.

[82] Cass. Crim. 21 octobre 1965, Bull. n° 208.

[83] Cf. L. Gondre, *op. cit.*, pp. 6 et 7 ; Th. Wolton, *op. cit.*, pp. 90 à 95.

- en 1978, Georges Beaufils, ancien résistant F.T.P. et ancien officier supérieur, qui a notamment été reconnu coupable d'avoir - après son départ de l'armée - fourni au G.R.U. soviétique un exemplaire classifié du plan de défense de la zone Ouest [84],

- en 1980, Pierre-Charles Pathé (fils du pionnier du cinéma), journaliste rédacteur de la lettre confidentielle *Synthèsis*, condamné pour avoir travailler comme agent d'influence et de désinformation au profit de l'U.R.S.S. [85],

- en janvier 1983, Traïan Muntean, informaticien d'origine roumaine, condamné après avoir cherché à *"s'introduire, notamment grâce à sa naturalisation, dans les milieux français s'occupant de recherche fondamentale en informatique"* [86],

- en 1984, Patrick Guerrier, documentaliste au Centre de Recherches des Charbonnages de France (CE.R.CHAR), condamné pour avoir livré des documents scientifiques non classifiés à un agent soviétique,

- en 1985, l'ingénieur indépendant Robert Juge, condamné pour avoir servi d'intermédiaire à des agents soviétiques pour obtenir des informations techniques et commerciales non classifiées sur des matériels de haute technologie, ainsi que les noms d'ingénieurs travaillant dans des sociétés de pointe [87],

- en mars 1985, Leonard Tavera, dirigeant d'une P.M.E. d'import-export installée au Maroc, condamné pour avoir livré à des agents soviétiques du

---

[84] Cf. Th. Wolton, *op. cit.*, pp. 15 à 23.

[85] Cf. Richard H. Shultz & Roy Godson, *Dezinformatsia*, Pergamon-Brassey's, édition française : Editions Anthropos, 1985, pp. 167 à 189 ; Th. Wolton, *op. cit.*, pp. 221 à 228.

[86] Extrait de la décision de la Cour de cassation rejetant le pourvoi de T. Muntean dirigé contre la décision de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris de le renvoyer devant la Cour d'assises spéciale de Paris (Cass. Crim. 23 mars 1982, Bull. n°85). Il fut condamné le 10 janvier 1983 à deux années de prison et - remis en liberté peu de temps plus tard (en raison de la durée de sa détention préventive) - échappa au projet d'expulsion que la D.S.T. envisageait à son encontre et reprit ses activités de chercheur en informatique dans un centre universitaire de Grenoble (cf. notamment André Giresse & Philippe Bernert, *Seule la vérité blesse - L'honneur de déplaire*, Plon, 1987, réédition : Presses Pocket, 1988, pp. 317 à 321 ; sur les activités scientifiques ultérieures de T. Muntean, cf. son interview au journal informatique *01 Références*, hors série n° 3, juin 1989, p. 97).

[87] Cass. Crim. 12 février 1985, Bull. n° 70., *Le Monde*, 14 décembre 1985 et Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, Fayard, 1986, pp. 117 à 119.

G.R.U. des documentations techniques sur des missiles ainsi que des produits civils à double usage soumis au contrôle des exportations [88],

- en 1986, Bernard Boursicot, agent contractuel à l'ambassade de France à Pékin et à Oulan-Bator, condamné pour avoir transmis des documents concernant l'U.R.S.S. et des rapports diplomatique (dont certains classifiés) à son complice et amant chinois, Pei Pu Shi [89],lui-même dépendant du P.C. chinois,

- en 1987, Pierre Bourdiol, ingénieur chez Thomson, pour avoir fourni à des agents soviétiques des renseignements et des documentations techniques sur les composants électroniques utilisés dans l'aérospatial civil [90],

- en 1988, Klaus Tscheu et Françoise Boulay-Drouillot, pour avoir fourni à des agents étrangers à Berlin-Est des documentations informatiques, des revues spécialisées sur l'armement et des informations relatives à l'aviation civile [91],

- Rolf Dobbertin, chercheur contractuel au C.N.R.S., condamné en 1990 puis acquitté en 1991 après cassation du premier arrêt de la Cour d'Assises [92], pour avoir transmis à des ressortissants de R.D.A. des pré-publications scientifiques relatives à la fusion nucléaire [93].

---

[88] Cf. *Associated Press*, 14 mars 1985 ; *Le Matin de Paris*, 15 mars 1985 ; André Giresse & Philippe Bernert, *Seule la vérité blesse - L'honneur de déplaire*, Plon, 1987, réédition : Presses Pocket, 1988, pp. 328 à 330.

[89] Cf. *Le Monde*, 7 mai 1986.

[90] Cf. notamment, Th. Wolton, *op. cit.*, p. 244 ; *Le Figaro*, 15 juin 1987.

[91] Cass. Crim., 12 octobre 1988, note B. Warusfel, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, n° 89/3, pp. 37 et s.. Cet arrêt de 1988, confirmant le renvoi des accusés devant la Cour d'assises des Yvelines, succédait à un précédent arrêt de la Chambre criminelle, cassant l'arrêt de non-lieu rendu par la Chambre d'accusation de Paris (Cass. Crim., 17 février 1987, Bull. n° 78, cf. infra).

[92] Cf. Thierry Wolton, *op. cit.*, pp. 270 et s., et, pour un résumé des procédures judiciaires, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, C.E.D.H., 25 février 1993, *Dobbertin c. France*, n° 88/1991/340/413.

[93] Markus Wolf, ancien chef du HvA est-allemand, a reconnu en 1992, que R. Dobbertin avait été infiltré en France par son service : *"l'un des jeunes étudiants que nous avions envoyés à l'Ouest avant la construction du Mur, sous leur identité, comme futures sources, Ralf Dobbertin, brillant physicien atomiste, fit parvenir pendant des années une série de documents scientifiques "réservés"."* (Markus Wolf, *L'oeil de Berlin - Entretiens de Maurice Najman avec le patron des services secrets est-allemands*, Balland, 1992, p. 143).

Faisant pour sa part, la synthèse de cinquante procès touchant aux questions de secret traités sur dix ans par la Cour de Sûreté de l'Etat, Louis Gondre y dénombrait :

> "*Dix* [procédures] *pour trahison ou espionnage, trois pour espionnage ouvert, trente-quatre pour intelligences avec les agents d'une puissance étrangère, deux pour divulgation du Secret militaire, une pour divulgtion des poursuites.* " [94]

Pour comprendre pourquoi l'article 80.3° s'est révélé d'un usage aisé pour la répression des affaires d'espionnage, (et plus encore lorsqu'il s'agissait de renseignements économiques ou industriels) il suffit de constater qu'il présentait - par rapport aux autres articles - une double spécificité :

> "*1°) Le texte retenait comme critère d'appréciation de l'infraction l'atteinte aux "intérêts économiques essentiels" de la France. C'était le seul texte du Code Pénal qui - jusqu'à la récente réforme - le prévoyait explicitement. Cette référence à cette notion large et vague d'"intérêts économiques essentiels" permettait donc de l'utiliser facilement dans les nombreux cas d'espionnage où l'aspect militaire pur n'était pas apparent et où la dimension industrielle ou technologique dominait.*
>
> *2°) De plus, l'élément matériel de l'infraction consistait seulement en l'entretien d'"intelligences avec les agents d'une puissance étrangère". Cette formulation permettait donc d'incriminer des agissements qui n'étaient pas, en eux-mêmes, constitutifs de la violation d'un secret de défense au sens strict mais qui en dénotait l'intention* " [95].

La jurisprudence pénale a d'ailleurs accentué cette facilité d'usage en établissant, non seulement que "*l'article 80, alinéa 3 du Code pénal dont il a été fait application au demandeur n'exige pas que les renseignements aient un caractère secret*" [96], mais aussi que l'appréciation de la nature des intelligences entretenus avec les agents d'une puissance étrangère s'effectue "*indépendamment de tout résultat*

---

[94] L. Gondre, *op. cit.*, p. 11.

[95] Bertrand Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation", *in Industrie, Technologie et Défense*, *op. cit.*, p. 125.

[96] Cass. Crim. 21 octobre 1965, Bull. n°208 (affaire Steinbrecher). De même, dans le premier arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire Tscheu, la Chambre criminelle a cassé l'arrêt de la Chambre d'accusation au motif que cette juridiction avait estimé qu'il ne pouvait y avoir de "*révélations de secrets susceptibles de nuire à la nation*" du fait du caractère public et général des documents communiqués (Cass. Crim., 17 février 1987, Bull. n° 78, obs. *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, octobre-décembre 1987, p. 873).

positif" [97]. Ce dernier aspect - qui permet de condamner le prévenu, sans qu'il soit besoin de prouver l'existence d'un préjudice effectif pour les intérêts nationaux - a été constamment rappelé dans les décisions de la Cour de cassation comme celle rendue dans l'affaire Juge (*"l'absence de dommages effectifs n'est pas un élément constitutif d'une infraction existant indépendamment de tout résultat"* [98]) ou dans l'affaire Tscheu [99].

Cependant, c'est aussi un texte qui a toujours suscité des réticences. Pour les journalistes Jean Guisnel et Bernard Violet (reprenant les critiques développés par Maîtres Leclerc et Michaud, avocats de R. Dobbertin), il

> *"instaure la notion confondante du crime potentiel. Pour les tribunaux, en effet, un prévenu est condamnable - et dans la plupart des cas condamné - dès lors qu'il a été en contact avec des services de renseignements étrangers, qu'il ait ou non transmis des secrets."* [100]

Sans aller si loin, l'ancien directeur de la D.S.T., Marcel Chalet, estime pour sa part que les notions contenues dans le texte de l'article sont extrêmement "*élastiques*" et qu'elles suscitent beaucoup d' "*incertitudes*" dans leur interprétation [101].

Pour ce qui nous concerne, nous retenons essentiellement de cette analyse de la jurisprudence récente plusieurs éléments complémentaires :

- la plupart des renseignements et documents économiques ou technologiques détournés n'étaient pas classifiés,

- la justice a, dans la majorité des cas, renoncé à les considérer comme de véritables secrets de défense, ou même à les considérer comme des éléments *"dont la réunion ou l'exploitation sont de nature à nuire à la défense nationale"*

---

[97] Cass. Crim. 23 mars 1982, Bull. n°85 (affaire Muntean). Dans l'affaire Tavera, le commissaire Raymond Nart de la D.S.T. affirma, de la même façon, dans sa déposition écrite versée aux débats, que son service *"a pu intervenir avant que des dégats, peut-être irrémédiables, n'aient été causés"* (cité par André Giresse & Philippe Bernert, *op. cit.*, p. 330).

[98] Cass. Crim. 12 février 1985, *op. cit.*.

[99] Sur l'ensemble de ces jurisprudences, cf. Robert Jourdan, "Les transferts de haute technologie et le droit pénal", *J.C.P.*, 1989.I.3381.

[100] Jean Guisnel & Bernard Violet, *Services secrets - Le pouvoir et les services de renseignement sous François Mitterrand*, La Découverte, 1988, p. 310.

[101] Marcel Chalet et Thierry Wolton, *Les visiteurs de l'ombre*, Grasset, 1990, pp. 318 et 319.

(art. 74) [102] ou encore comme ceux *"dont la connaissance pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale"* (art. 75),

- elle a préféré utiliser pour les protéger une incrimination aux contours très flous qui ne se fonde en rien sur la nature des informations et des documents concernés, mais uniquement sur le comportement et les agissements du prévenu, et ce, y compris dans le cas de détournement de documents diplomatiques non militaires dont certains étaient classifiés [103].

Il est donc légitime de conclure que la jurisprudence a, pour l'essentiel, réservé la qualité de secret de défense à des informations, objets ou documents de nature militaire ou en relation directe avec les activités de défense (comme l'armement). Et qu'en revanche, elle a refusé - sauf cas exceptionnels - d'étendre cette qualification aux secrets diplomatiques et technologiques non directement liés aux questions de défense et qu'elle a choisi pour ceux-ci un recours dans l'incrimination plus "subjective" de l'article 80.3°.

Le champ d'application du secret de défense, au vrai sens du terme, est donc ici moins large que celui proposé par la doctrine et suggéré par la pratique administrative étudiée plus haut. Et cette limitation du champ est aussi suggérée, indirectement, par le dispositif juridique issu de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs.

SECTION III. - Une conception limitée du secret de défense dans la loi du 17 juillet 1978

La loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs a donné lieu à la publication par les différents ministères d'arrêtés fixant la liste *"des documents ne pouvant être communiqués au public"*. Ces arrêtés ministériels définissent les documents relevant de leur administration non communicables au public. Leur lecture montre que ces textes ont eu une tendance marquée à restreindre fortement la catégorie du *"secret de la défense nationale"*.

Mis à part le cas particulier des documents considérés comme secrets par le ministère de la défense (cf. supra), il est donc intéressant d'étudier quels types de

---

[102] On aurait pu croire, en effet, que cet article 74 introduit en 1960 pour réprimer l'espionnage ouvert serait particulièrement efficace dans les domaines économiques et industriels. Pourtant, il se révéla, en cette matière comme dans d'autres, *"difficile à manier"* (M. Chalet, *op. cit.*, p. 318).

[103] Cf. l'affaire Boursicot, citée supra.

documents sont considérés par les autres ministères comme relevant du "*secret de la défense nationale et de la politique extérieure*". Il apparaît alors que la plupart d'entre eux ne mentionnent, en réalité sous cette rubrique que des documents relatifs à la politique extérieure des ministères concernés. Ainsi, par exemple :

- "*documents relatifs à la préparation des accords du Gouvernement français dans le domaine des relations universitaires internationales*" (ministère des Universités) [104] ;

- "*documents relatifs à la préparation des accords internationaux en matière d'éducation scolaire et universitaire*" (ministère de l'Education nationale) [105] ;

- "*documents relatifs à la préparation et à l'application des accords du Gouvernement français dans le domaine de la justice*" (ministère de la Justice) [106] ;

- "*documents relatifs aux négociations et accords internationaux en matière d'approvisionnement en énergie et en matières premières*" ;

- "*documents relatifs aux négociations internationales en matière de normalisation, de certification et de reconnaissance mutuelles de contrôle ou essais*" ;

- "*procès-verbaux et comptes rendus des commissions mixtes intergouvernementales et des réunions tenues dans le cadre des communautés européennes*" (ministère de l'Industrie et de la recherche) [107] ;

- "*documents relatifs à la préparation et à la mise en oeuvre de la politique extérieure de la France*" (ministère des Relations extérieures) [108] ;

Seuls un petit nombre de ministères autres que celui de la défense ont mentionné des types de documents semblant relever du secret de défense lui-même. C'est le cas

---

[104] *J.O.R.F.* du 16 décembre 1980, p. 11014.

[105] *J.O.R.F.* du 17 février 1982.

[106] *J.O.R.F.* du 28 février 1982.

[107] *J.O.R.F.* du 17 avril 1983.

[108] *J.O.R.F.* du 14 octobre 1982.

des deux arrêtés publiés au titre du ministère des P.T.T. [109] qui contiennent une mention spécifique du secret de défense :

> *"documents relatifs à la protection et au fonctionnement des services dans le cadre de l'organisation générale de la défense, sous réserve des conditions d'accès prévues par le décret du 12 mai 1981".*

Mais cette formulation revient à considérer comme secrets de défense les documents faisant l'objet d'une classification. En d'autres termes, le ministère des P.T.T. n'apporte pas réellement de contribution à la définition des secrets de défense ; il préfère s'abriter derrière les mesures de protection existantes et donner, ainsi, une définition tautologique : est secret de défense ce qui a été considéré préalablement comme devant être protégé au titre de ce secret.

L'arrêté du ministère de l'Industrie et de la recherche mentionne, lui aussi, plusieurs types de documents qui se réfèrent assez explicitement à la défense :

> - *"documents intéressant la défense nationale relatifs aux travaux soumis à la procédure d'instruction mixte instituée par la loi du 29 novembre 1952 ;*
>
> - *documents relatifs à la protection et à la mobilisation de l'appareil industriel français ;*
>
> - *plan de crise énergétique grave ;*
>
> - *documents relatifs à la non-prolifération nucléaire ;*
>
> - *instructions destinées aux conseillers et attachés scientifiques dont la communication pourrait porter atteinte au secret de la défense nationale et de la politique extérieure en matière de recherche".*

Au ministère de l'Economie et des finances, on mentionne également les :

> - *"documents relatifs à l'organisation et à la mise en oeuvre de la défense économique ;*
>
> - *documents relatifs à la fabrication et au commerce de matériel militaire ;*
>
> - *documents relatifs à l'administration et à la gestion des immeubles affectés à un usage militaire ;*

---

[109] Deux arrêtés (identiques sur ce point) - l'un relatif à Télédiffusion de France, l'autre pour le reste du ministère, *J.O.R.F.*, 4 mars 1982.

- documents relatifs à l'imposition des établissements intéressant la défense nationale " [110].

Seul le ministère de l'intérieur a fait publier, pour sa part, trois arrêtés (relatifs respectivement à l'administration centrale, aux préfectures et sous-préfectures et aux communes) [111], qui ne distinguent pas les motifs de non-communication. On peut cependant identifier dans l'arrêté relatif à l'administration centrale, comme pouvant, sans doute, se référer au secret de défense, la mention des *"documents relatifs à l'application de la réglementation en matière de poudres, substances explosives et armes"*.

Cette grande discrétion du secret de défense (qui est peut-être le symptôme du rétrécissement de la notion de défense elle-même : cf. supra - Ière Partie, Chapitre II) confirme les remarques faites à la lecture de la jurisprudence : le secret de défense a, en dehors du ministère de la défense et des affaires proprement militaires, un champ d'application assez réduit. Et cela explique, sans doute, aussi notre première observation : moins le secret de défense est invoqué, mieux il est accepté.

Mais, pour autant, il faut noter que la loi du 17 juillet 1978 introduit dans notre droit positif une confusion en matière de secret, dans la mesure où elle différencie - sans donner de définitions - plusieurs notions que l'on pourrait croire proches, voire partie prenantes, de celle de *"secret de défense"* : le secret *"des délibérations gouvernementales"*, celui *"de la politique extérieure"* ou de *"la sûreté de l'Etat et de la sécurité publique"*.

Sur le plan conceptuel, on peut, en effet considérer que ces différentes notions auraient du relever du secret de défense, dans la mesure où la notion de défense nationale se veut, elle-même, extensive [112]. Ainsi, la notion de *"sûreté de l'Etat"* parait-elle très proche de celle de secret de défense, avec laquelle elle cohabite dans le Code pénal :

"La recherche d'une intégrité territoriale sous-entend une indépendance de fait et de droit que la protection des renseignements politiques et économiques doit

---

[110] *J.O.R.F.*, 12 et 13 novembre 1983.

[111] *J.O.R.F.*, 22 novembre 1980, pp. 10142 et 10143.

[112] On a vu, cependant, dans le chapitre précédent que cette prétention à la globalité de la défense ne s'est pas complètement traduite dans les faits (cf. supra - Ière Partie, Chapitre II). Dès lors, ceci explique sans doute cela et la rédaction de la loi de 1978 a tiré implicitement les conséquences de ce relatif échec en restreignant l'espace du secret de défense.

satisfaire. C'est ainsi que doit être entendue ici la notion de sûreté de l'Etat qui, dans une acception plus stricte, recouvre des notions plus précises tel que le maintien de l'ordre public" [113].

De même, le secret de la politique extérieure correspond-il exactement à ce que l'on a appelé plus haut le "*secret diplomatique*", lequel est généralement considéré, par la doctrine et la pratique, comme relevant du secret de défense (cf. supra). Le fait même d'avoir accolé ensemble "*le secret de la défense nationale et de la politique extérieure*" (expression fortement inspirée de celle employée dans le F.O.I.A. américain qui exempte de communication ce qui "*doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale ou de la politique étrangère*" [114]) montre bien que le législateur hésitait à faire une claire et nette distinction entre les deux notions.

Quant au "*secret des délibérations gouvernementales*" (c'est-à-dire le secret d'Etat au vrai sens du terme) si l'on veut conserver au secret de défense sa portée globale, il relève aussi du même concept et des mêmes modes de protection. On peut, en effet, considérer que dans la pratique, ce secret des décisions de "*haute politique*" se confond avec le secret de défense, ou plus exactement qu'il va utiliser pour sa sauvegarde les mêmes outils de classification et de protection que le secret de défense lui-même. Le Professeur Jean Laveissière parle, d'ailleurs, à propos de ce concept d'une "*formule énigmatique entre toutes*" et qui - prise au pied de la lettre - recouvrirait très largement l'activité de toutes les administrations d'Etat (et donc, *a fortiori*, le domaine du secret de défense) [115].

On soulignera, dans ce sens, que, parmi les trois types de documents mentionnés par le ministère de la défense comme relevant de cette catégorie du "*secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif*" [116], l'on trouve les dossiers "*des conseils et comités de défense*" et ceux du

---

[113] Alain-Louis Mie, *L'administration et le droit à l'information - le secret en question*, Berger-Levrault, 1985, pp. 150 et 151.

[114] Freedom of Information Act, 5 *U.S.C.* para. 552, (b)(1)(A).

[115] Cf. Jean Laveissière, "En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret" *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 192-193. Sur l'incertitude régnant quant à cette notion de "*secret des délibérations*" et, plus généralement, sur les risques de confusion et les difficultés d'interprétation qu'engendrent les différentes exceptions prévues par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, cf. aussi Roseline Letteron, *L'administré et le droit à l'information*, thèse dactylogr., Université de Paris X, 1987, pp. 561-562.

[116] Ministère de la défense, *op. cit.*.

"service de documentation extérieure et de contre-espionnage" (S.D.E.C.E., devenu aujourd'hui D.G.S.E., cf. infra - IIème Partie, Chapitre Ier), documents qui relèvent indiscutablement du secret de défense [117].

Cette confusion théorique entre différentes catégories prévues par la loi du 17 juillet 1978 se traduit dans la pratique par une certaine difficulté de la C.A.D.A. à invoquer le juste motif pour justifier un refus de communication.

On note, par exemple, qu'a été refusée au nom du secret de la politique extérieure, la communication de lettres entre l'ambassade de France et la sûreté générale libanaise [118] et qu'au titre de la sûreté de l'Etat et de la sécurité publique, ne sont pas communicables des dossiers des renseignements généraux [119] ou des documents ayant fondé un refus d'autorisation de détention d'armes [120]. Or, ce sont là des documents que, dans une acception large de la défense nationale, l'on pourrait croire couverts par le secret de défense plutôt que par une autre catégorie.

Là encore, il y a cohérence avec les observations faites précédemment, et notamment celle selon laquelle l'administration a fait une application très restrictive de la notion de secret de défense. En effet, il est logique que, dans la mesure où les ministères invoquent peu le secret de défense, la Commission fasse parfois appel, en lieu et place du secret de défense, à d'autres motifs pour justifier la non-communication de certains documents.

Dans d'autres cas, la Commission superpose au secret de défense d'autres motifs. On relève ainsi, que dans les rares cas - signalés plus haut - où la Commission invoque le secret de défense, elle vise parallèlement d'autres catégories de secret. Dans l'avis Lalonde, par exemple, la C.A.D.A. a invoqué, outre le secret de défense, le secret industriel et commercial, celui de la sûreté de l'Etat et celui de la sécurité publique. Et dans l'affaire des cavernes souterraines, l'avis se réfère également à la sécurité publique. Il n'y a donc pas pour la C.A.D.A. de *"secret de défense"* pur, il se confond toujours avec des notions connexes dont la Commission renonce à le distinguer clairement.

---

[117] Les Conseils de défense sont, par exemple, protégés par la classification *"Très-Secret Conseil"* (cf. infra - IIème Partie, Chapitre II).

[118] Avis *Monod*, 3 octobre 1985.

[119] Avis *Dolivet*, 4 novembre 1982 et Avis *Casanovas*, 28 septembre 1989.

[120] Avis *Lemelle*, 9 mai 1985.

La C.A.D.A. reconnaît d'ailleurs elle-même la difficulté induite par ces distinctions, lorsqu'elle précise, à propos de la catégorie du "*secret de la défense nationale et de la politique extérieure*", que la

"*limite de la portée de ces secrets ne sont pas toujours aisées à apprécier*" [121].

Il faut donc conclure que, si la loi du 17 juillet 1978 n'a pas remis en cause le principe même du secret de défense, elle a, d'une part, considéré le secret de défense comme n'étant qu'un aspect des secrets gouvernementaux et, d'autre part, introduit dans notre droit positif des confusions potentielles entre le secret de défense et certaines des autres catégories de secret qu'elle a définies.

---

[121] C.A.D.A., *Guide d'accès aux documents administratifs*, p. 73.

DEUXIEME PARTIE

LA PROTECTION

DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

"Or, sur la table, un tampon humide à l'encre bleue, du type courant, était resté ouvert et, près de lui, décroché d'un petit râtelier qui en supportait une dizaine d'autres, reposaient deux timbres à poignée. Le premier portait l'en-tête officiel du bataillon, le second, en majuscules, le mot : SECRET. Enfin, un bâton de cire rouge entamé voisinait avec un sceau du chiffre de l'unité."

Pierre Nord, Double crime sur la ligne Maginot, Première partie, chapitre VI

Les tentatives successives de définition du secret de défense attestent indirectement qu'en cette matière, l' "*existence précède l'essence*". La pratique produit le secret plus que la loi ne le définit. Toutes les difficultés de l'encadrement juridique du secret de défense proviennent de cette constatation, que le nouveau Code vient simplement d'officialiser en liant la définition du secret aux modalités de sa protection.

Emanation directe de la volonté politique et de la pratique administrative, le "*système du secret*" s'appuie largement sur **les services responsables** de sa protection, dont les compétences et les interactions forment **la structure générale du contre-espionnage** *(Chapitre Ier)*.

La connaissance de ces services - qui sont autant les maîtres du secret de la défense nationale qu'ils en sont les serviteurs - nous amènera, logiquement, à étudier **les règles de protection du secret** *(Chapitre II)*.

Notre souci de confronter la pratique du secret de défense aux réalités actuelles nous conduira, enfin, à montrer que cet ensemble de techniques et de procédures doit évoluer pour faire face aux nouvelles formes de la vie sociale et économique et aux menaces qu'elles engendrent, afin de pouvoir assurer **la protection du secret dans le contexte de la société d'information contemporaine** *(Chapitre III)*.

CHAPITRE IER

LES SERVICES RESPONSABLES : LA STRUCTURE GENERALE DU CONTRE-ESPIONNAGE

La mission générale de protection du secret de la défense nationale s'intègre dans le dispositif national de contre-espionnage, dont les structures et les méthodes de travail se sont mises en place progressivement au fil d'une histoire plus que centenaire. Un rapide rappel historique des étapes essentielles de l'émergence du contre-espionnage en France depuis 1870 (Section I.) est donc indispensable pour comprendre les subtilités des règles actuelles de répartition des compétences (Section II.). La responsabilité du contre-espionnage et de la protection du secret est, en effet, partagée entre plusieurs services opérationnels (Section III.) qui forment un ensemble complexe dont on peut estimer qu'il est aujourd'hui condamné à effectuer une mutation importante pour s'adapter au nouveau contexte stratégique international (Section IV.).

SECTION I. - L'émergence progressive des structures du contre-espionnage en France

L'espionnage (au moins en temps de guerre) remonte à la plus haute antiquité, les historiens s'accordent généralement pour considérer que la véritable structuration d'un appareil de contre-espionnage est un phénomène relativement récent qui trouve ses origines à la fin du XVIIIème siècle et dont la mise en place définitive s'est effectuée à la fin du XIXème et dans les premières années du XXème siècle.

L'émergence progressive des structures du contre-espionnage en France à partir de la fin du XIXème siècle s'inscrit bien, en effet, dans cette tendance *à l'"institutionnalisation"* et à la *"bureaucratisation"* des services secrets qu'a analysée récemment Alain Dewerpe [1] et que nous avons évoquée précédemment (cf. supra, notre Introduction générale). Mis à part le *"cabinet noir"* chargé de l'ouverture du courrier, dont on peut dater la création comme structure administrative organisée du milieu du XVIIème siècle et dont les objectifs étaient essentiellement de politique

---

[1] Alain Dewerpe, *Espion - Une anthropologie du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994, notamment pp. 119 à 126.

intérieure [2], la France n'a pas connu de structure spécialisée dans le contre-espionnage avant le XIXème siècle. Fouché, ministre de la Police de Bonaparte fut sans doute le premier à développer des méthodes de surveillance systématique des activités subversives sur le territoire à tel point qu'il a été considéré comme un des premiers *"maîtres du contre-espionnage"* [3]. Après le relatif démantèlement des structures de police politique mise en place par Fouché, l'on assista successivement à la création des commissariats spéciaux aux frontières (1811), à leur regroupement en une *"police spéciale"* également chargée de la police des chemins de fer en 1855 [4] et à la constitution du service des renseignements généraux en 1894. Mais, durant la même période, s'est surtout constitué un service militaire de renseignements accaparant à son profit - outre les tâches de collecte du renseignement extérieur - l'essentiel des activités de contre-espionnage. C'est donc à partir de cet organisme de renseignement militaire et de son histoire mouvementée que vont s'élaborer progressivement les contours de l'organisation et de la tradition française du contre-espionnage.

Après une période de domination militaire (Sous-Section I.), l'affaire Dreyfus conduit le Ministère de l'Intérieur à prendre en charge une part importante des activités du contre-espionnage, ce qui ouvre une période de concurrence entre les services militaires et policiers (Sous-Section II.) jusqu'à la Seconde guerre mondiale, qui débouche sur une réorganisation et une stabilisation des structures du contre-espionnage (Sous-Section III.) largement inchangée jusqu'à aujourd'hui.

Sous-Section I. - La domination du contre-espionnage militaire jusqu'à l'affaire Dreyfus

§ *1. - Les débuts du renseignement militaire après la défaite de 1870*

Au déclenchement de la guerre franco-allemande de 1870, la France ne disposait pas d'un service organisé de renseignement et de contre-espionnage. Hormis les rares éléments recueillis à partir de 1868 par quelques missions militaires envoyés à l'étranger, ce fut donc sans préparation ni expérience que l'armée française improvisa à

---

[2] Cf. sur ce sujet, Eugène Vaillé, *Le cabinet noir*, P.U.F., 1950 (notamment sur la création du cabinet noir, p. 53).

[3] Cf. J.-P. Alem, *op. cit.*, p. 210 ; Henry Buisson, *La police - son histoire*, chez l'auteur, Vichy, 1950, deuxième édition, pp. 191 à 210.

[4] A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 125 ; H. Buisson, *op. cit.*, p. 245.

l'automne 1870 un service de renseignement militaire qui resta largement inopérant durant le déroulement du conflit [5].

Tirant la leçon de la défaite, le Gouvernement français décida - outre le renforcement des lois relatives à la sûreté de l'Etat (cf.supra - Ière Partie, Chapitre Ier) - la création en 1872 d'un service chargé de *"renseigner sur les desseins et les opérations de l'ennemi"* : ce service, dépendant du Ministère de la Guerre et qui se dissimula à partir de 1876 sous le nom de *"Section de Statistique et de Reconnaissances Militaires"* fut rattaché au Deuxième Bureau de l'Etat-Major Général.

Parallèlement à ces efforts des militaires, la police développait également ses activités dirigées contre l'Allemagne : tandis qu'à Paris, la préfecture de police surveillait les ambassades étrangères et certains suspects d'espionnage, nous avons vu que la Sûreté générale installait ses *"commissariats spéciaux"* pour la surveillance des zones frontalières et des grands moyens de communication.

Mais à cette époque, la coordination et l'animation des activités de renseignement contre l'Allemagne demeuraient essentiellement l'apanage de la Section de Statistique.

Structure légère, la Section de Statistique ne comptait que quelques membres permanents (5 officiers et 4 auxiliaires au commencement de l'Affaire Dreyfus, en 1894) mais s'était vu attribuer une mission de renseignement très large recouvrant à la fois l'espionnage et le contre-espionnage. Bien qu'à l'époque la distinction entre les deux domaines n'était pas encore clairement faite (certains agents - comme la célèbre *"Madame Bastian"* de l'affaire Dreyfus - remplissaient les deux tâches), il semble cependant que le contre-espionnage ait pris rapidement une grande importance parmi les activités du services [6].

---

[5] L'Etat-Major allemand disposait - pour sa part - d'un service structuré et puissant qui travaillait sur la France depuis 1826 à partir de son poste de Cologne. Ce service deviendra en 1886 le *"Nachrichten bureau"*, organisme de renseignement politique et militaire directement rattaché à l'empereur. Cf. notamment Henriette Dardenne, *Lumières sur l'Affaire Dreyfus*, Editions Latines, 1964, pp. 15 à 41. Malgré ses prises de position très contestables, cet ouvrage présente un bon panorama de l'organisation originelle du renseignement allemand.

[6] *"S'il est utile de connaître les desseins de l'adversaire, il est encore plus important de l'empêcher de savoir les nôtres"* écrit ainsi le général Lewal en 1883 ; cité par J.P. Mauriat dans son article : "Le contre-espionnage, élément de la défense", *Revue Défense Nationale*, janvier 1967, p. 107.

§ 2. - Le rôle central de la Section de Statistique en matière de contre-espionnage

Deux facteurs extérieurs ont sans doute contribué à cette évolution en faveur du contre-espionnage :

- la rapidité croissante du progrès technique des armements qui renforça la nécessité de protéger efficacement les secrets techniques [7] ;

- l'exacerbation du sentiment de revanche sur l'Allemagne parmi la population qui entretenait une certaine xénophobie antigermanique (et antisémite), favorable aux activités de contre-espionnage [8].

Le renforcement significatif des activités de la Section de Statistique en matière de contre-espionnage fut patent à partir de 1886, date de la nomination à sa tête du colonel alsacien Sandherr et de l'arrivée du général Boulanger au portefeuille de la Guerre.

Rapporteur de la nouvelle loi pénale réprimant l'espionnage (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier), le général Boulanger insista, dès sa prise de fonction, sur la nécessité de renforcer le secret militaire et d'empêcher

> *"la communication ou la livraison de documents confidentiels destinés à renseigner l'étranger sur les modifications et les progrès réalisés dans les différents services de l'Armée, sur les perfectionnements apportés à notre système de mobilisation, sur les mesures relatives à la défense de nos frontières, en un mot sur les sujets que l'intérêt de l'armée commande de conserver secret"* [9].

A la fin de la même année, le nouveau ministre rédigea dans le même sens une *"Instruction très confidentielle relative à la surveillance de la gendarmerie à l'égard des espions"*. Puis il prescrivit par une circulaire du 25 juillet 1887 la constitution par

---

[7] La compétition acharnée entre Français et Allemands autour de la mise au point de nouveaux matériels d'artillerie sans recul (tel le futur canon de 75 mm modèle 1897 qui sauvera l'armée française en 1914) fut sans doute à l'origine de l'Affaire Dreyfus. Cf. Michel de Lombarès, *l'Affaire Dreyfus, la clé du mystère*, Laffont, 1972, p.23 (réédition : Lavauzelle, 1984), et plus récemment Jean Doisse, *Un secret bien gardé - Histoire militaire de l'Affaire Dreyfus*, Le Seuil, 1993 ??.

[8] Cet aspect du problème est particulièrement bien traité dans l'article d'Allan Mitchell, publié en français sous le titre : "La mentalité xénophobe : le contre-espionnage en France et les racines de l'Affaire Dreyfus", *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Tome 29, juillet/septembre 1982, p. 489 et s.. Egalement J.P. Mauriat, *op. cit.*, pp. 106 et 107.

[9] Extraits de la Note ministérielle du 19 février 1886, reproduits par A. Mitchell, *op. cit.* p. 494.

toutes les autorités militaires locales de deux listes régulièrement tenues à jour : l'une devait rassembler le nom des étrangers en âge de servir installés en France (le carnet A) et l'autre ceux des Français soupçonnés d'espionnage (le carnet B).

Cette pratique - confidentielle - qui devait survivre longtemps à son créateur [10] fut supervisée par la Section du colonel Sandherr, chargée de centraliser et d'évaluer toutes les informations relatives aux activités étrangères d'espionnage sur le sol français. C'est également la Section de Statistique qui rédigera les projets d'instructions prêtes à être diffusées en cas de conflit aux autorités militaires en vue de l'arrestation des suspects fichés sur les carnets A et B [11].

A l'origine, ce sont donc uniquement à des organismes militaires - la Section de Statistique à Paris, les commandants de régions militaires au niveau local - que fut confiée la mise en place d'un système de surveillance des populations en vue du contre-espionnage. Cette entreprise reçut à partir de 1888 le concours - plus ou moins coopératif - des services du Ministère de l'Intérieur, qui aidèrent désormais les militaires à identifier les étrangers et les suspects d'espionnage.

Parallèlement, la Section de Statistique entretenait de nombreux agents de renseignement (dont certains *"prêtés"* par le Ministère de l'Intérieur) chargés de surveiller les diplomates étrangers en poste à Paris. Grâce à cette surveillance, il fut possible de prendre en flagrant délit et d'expulser en 1891 l'attaché militaire allemand, puis d'arrêter et de juger deux autres officiers du Reich non couverts par l'immunité diplomatique.

"Dans les années 90, l'espionnite était en l'air" pourra-t-on écrire plus tard [12]. C'est dans ce contexte et suite au travail des agents de la Section de Statistique que fut arrêté en octobre 1894 le capitaine Alfred Dreyfus, dont le sort devait peser si lourd sur l'avenir du contre-espionnage militaire.

---

[10] Les carnets B continuèrent à être tenus à jour jusqu'en 1940. Mais *"destiné à l'origine à recenser les suspects d'espionnage, le carnet B a perdu pour l'essentiel ce rôle depuis 1909"* et a servi par la suite au fichage préventif des éléments antimilitaristes et anarchistes susceptibles de perturber la mobilisation, ainsi que l'a établi J.J. Becker dans son étude *Le carnet B - les pouvoirs publics et l'antimilitarisme avant la guerre de 14*, Klincksiek, Paris 1973.

[11] Cf. A. Mitchell, *op. cit.* p. 495.

[12] Cette remarque est du diplomate et professeur en Sorbonne Maurice Beaumont dans son livre *Aux sources de l'Affaire - l'Affaire Dreyfus d'après les archives diplomatiques*, les Productions de France, Paris, 1959, p. 13.

§ 3. - L'Affaire Dreyfus et la disparition de la Section de Statistique

L'arrestation du capitaine Dreyfus, officier à l'Etat-Major Général accusé d'espionnage au profit de l'Allemagne, témoigne de l'inexistence d'un personnel et d'une procédure spécifique pour enquêter et instruire en matière d'espionnage : l'arrestation et l'interrogatoire de Dreyfus - identifié après une enquête graphologique - furent effectués par un simple officier de l'Etat-Major désigné par le ministre de la Guerre, le commandant du Paty du Clam (simplement accompagné d'un policier de la Sûreté pour le cas où l'accusé aurait évoqué des complices civils) qui remit directement le prévenu entre les mains de la justice militaire [13].

Le déroulement ultérieur du dossier prouva également l'omnipotence de la Section de Statistique qui intervint tout au long de la procédure, sans craindre de falsifier des pièces ou d'influencer en secret les magistrats. Et une telle emprise d'un groupe aussi restreint - et qui poussait l'autonomie jusqu'à se méfier de toute l'administration, y compris le Gouvernement qu'il était censé servir [14] - fut sans doute une cause de sa chute.

C'est, en effet à la disparition de la Section de Statistique qu'aboutit finalement l'Affaire Dreyfus. Avant même que l'innocence de l'accusé ne fut judiciairement établie, le général Galliffet, ministre de la guerre du cabinet Waldeck-Rousseau prescrivit en 1899 la suppression du service de renseignement de l'Etat-Major et le rattachement des activités de contre-espionnage et de surveillance des frontières aux services du Ministère de l'Intérieur.

Devant les protestations des officiers du deuxième bureau et de la Section, le ministre modula finalement les conséquences de sa décision (rendue effective par un décret du 20 août 1899 [15]) et concéda le maintien de la direction des recherches (mais non de leur exécution qui est désormais du ressort de la Sûreté) aux officiers de l'Etat-Major. Mais, aux termes mêmes du communiqué rendu public le 15 septembre 1899 :

> *"La Section de Statistique devient une des sections du deuxième bureau .... Elle ne s'immiscera en aucune façon dans les services de police et de contre-*

---

[13] Le détail des événements et de la procédure qui suivit a été retracé avec précision dans l'ouvrage de Jean-Denis Bredin, *L'Affaire*, réédition Presses Pocket, 1985.

[14] Cette attitude paradoxale qui menace périodiquement tous les services de contre-espionnage est évoquée par J.-D. Bredin, *op. cit.* p. 63.

[15] Reproduit in R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, tome II, Paris, chez l'auteur, 1929, p. 426.

espionnage qui restent exclusivement dans les attributions de la direction de la sûreté générale " [16].

La quasi-disparition du service de renseignement, vue dans l'atmosphère polémique de l'époque, sera l'occasion de faire du thème de la protection du secret un objet de controverse politique : là où les milieux républicains libéraux voudront voir un acte d'assainissement démocratique, les milieux nationalistes et antidreyfusards - comme ceux de l'Action française naissante - y trouveront la preuve du caractère antinational de la IIIème République :

> "*Si, par miracle, il était établi que ce juif n'eut pas trahi notre patrie*" écrira Charles Maurras, "*des parlementaires et des journalistes français l'ont trahie sans conteste quand ils ont brisé l'oeuvre du colonel Sandherr, livré nos efforts de contre-espionnage aux curiosités de la justice et de la police, démoralisé les agents au dehors en faisant croire que la France ne gardait ni ses secrets, ni les leurs ... C'est ainsi que furent arrachés à une brave armée, magnifiquement commandée, les yeux qui éclairaient sa marche et qui dirigeaient son chemin*" [17].

Sous-Section II. - La concurrence entre la Sûreté nationale et l'Etat-Major (1899-1940)

§ *1. - La compétence de droit commun de la Sûreté Nationale*

En 1899, la cessation d'activité de la Section de Statistique conféra au ministère de l'Intérieur l'intégralité des compétences de contre-espionnage en temps de paix.

Ce travail fut, dès lors, effectué essentiellement par les "*commissariats spéciaux*" de la Sûreté, complétés à Paris par la 5ème section des Renseignements généraux de la Préfecture (la "*police des étrangers*") et épaulés à l'échelon national par

---

[16] Extraits de la presse de l'époque reproduits par H. Dardenne, *op. cit.*, p. 321.

[17] Extraits d'un texte écrit en 1928 pour une nouvelle édition de l'"Enquête sur la Monarchie" et reproduit dans : Charles Maurras, *Oeuvres Capitales - Essais Politique*, Flammarion, 1973, p. 445. Jusqu'en 1914, la protection du secret et la lutte contre l'espionnage allemand resta un thème classique des leaders de l'Action Française : Maurras consacra ainsi plusieurs pages de son ouvrage *Kiel et Tanger* à *"Nos secrets d'Etat"*, accusant nommément des ministres - tel P. Delcassé - d'indiscrétions, voire de trahison (p. 267 de l'édition de 1928). De son côté, Léon Daudet publia en 1914 un ouvrage polémique intitulé : *L'avant-guerre - Etudes et documents sur l'espionnage juif-allemand en France depuis l'Affaire Dreyfus*, Nouvelle Librairie Nationale, Paris, 1914.

un service de *"surveillance du territoire"* (sauf entre 1907 [18] et 1934, période de sa disparition temporaire). Mais cet ensemble resta toujours doté de moyens modestes puisqu'à la veille du second conflit mondial - en 1935 - l'effectif total des policiers affectés au contre-espionnage ne représentait pas plus de 136 fonctionnaires [19].

En 1934 cependant une étape fut franchie dans le renforcement du dispositif face à l'espionnage allemand grâce à un décret du 28 avril 1934 qui institua à la direction centrale de la Sûreté Nationale un *"Contrôle Général des services de la Surveillance du Territoire"*. Trois ans plus tard, le décret du 9 mars 1937 réorganisa le nouveau Contrôle Général et lui adjoignit dix brigades de surveillance du territoire installées dans chaque région militaire et aux frontières [20].

Cette réforme importante - souhaitée et encouragée par les militaires de l'Etat-Major - devait permettre de rapprocher les efforts, jusqu'alors souvent concurrents, du contre-espionnage civil et de son homologue militaire qui s'était discrètement reconstitué depuis le début du siècle.

En effet, malgré l'amputation de l'essentiel de ses fonctions intérieures, le service de renseignement de l'Etat-Major avait formellement survécu à l'Affaire Dreyfus tout en perdant toute autonomie vis-à-vis du Deuxième Bureau. Mais à partir de cette situation, les militaires du S.R. entreprirent de récupérer une partie de leurs attributions perdues, notamment en matière de contre-espionnage.

§ 2. - La résurrection du contre-espionnage militaire au "2 bis"

Evoquant les conséquences de l'Affaire Dreyfus et le passage du contre-espionnage sous la responsabilité des services de police, M. Roger Wybot, fondateur de la D.S.T., a pu écrire :

> *"Réforme louable, mais qui ne fut pas vraiment suivie d'effet. Les militaires firent comme si le décret en question n'existait pas et continuèrent de monopoliser le contre-espionnage, et ceci jusqu'à la fin des années trente, au*

---

[18] Date à laquelle le service de surveillance du territoire fut supprimé par le décret du 31 août 1907 créant la police mobile (Cf. R. Mannevée, *op. cit.*, p. 433).

[19] Ces chiffres sont cités par Michel Garder dans son livre : *La guerre secrète des services spéciaux français (1935/1945)*, Plan, 1967, p. 50.

[20] Sur cette réforme de la Surveillance du Territoire comme sur l'ensemble des activités de contre-espionnage à la veille de la guerre, on consultera l'ouvrage fondamental du colonel Paul Paillole : *Services Spéciaux (1935 /1945)*, R. Laffront, 1975.

sein du Deuxième Bureau d'abord, puis du Cinquième Bureau. Les civils n'osèrent pas trop se rebiffer" [21].

Dès 1913, en effet, l'imminence du conflit avait provoqué la reconnaissance officielle par instruction ministérielle d'une mission de "*contre-espionnage extérieur*" dévolue aux autorités militaires. Durant la première guerre mondiale, le contre-espionnage militaire fut reconstitué pour la circonstance sous la forme d'une section de centralisation du renseignement (S.C.R.) au Ministère de la Guerre, qui centralisait les actions de bureaux centraux de renseignement (B.C.R.) dans chaque région et orientait les enquêtes de la Sûreté générale [22]. Cette résurrection du contre-espionnage militaire et la mise en tutelle des services de police ne se fit pas sans mal et déclencha des échanges interministériels difficiles [23]. Mais cette organisation put marquer quelques points importants contre les agents du *Nachrichtendienst* et - retrouvant ainsi ses lettres de noblesse et une relative autonomie - obtint en 1918 la consécration de sa mission de contre-espionnage extérieur en temps de paix [24].

Installé au 2 bis avenue de Tourville, le service de renseignements de l'Etat-Major, service sans dénomination officielle (d'où le surnom de "*2 bis*"), se consacra alors durant toute l'entre-deux guerres à deux activités essentielles : le renseignement extérieur et le contre-espionnage.

Doté de moyens encore modestes (120 personnes réparties entre le service central et les six postes frontaliers), le "*2 bis*" comprenait deux sections principales :

---

[21] Citation de R. Wybot reprise sous la plume de son biographe Philippe Bernert dans *Roger Wybot et la bataille pour la D.S.T.*, Presses de la Cité, réed. 1983, p. 28.

[22] Cf. sur ce sujet l'ouvrage du commandant Ladoux - qui en fut le concepteur en 1915 et le responsable durant la majeure partie du conflit - *Les chasseurs d'espions - comment j'ai fait arrêter Mata-Hari*, Editions du Masque, 1932, pp. 179 à 199. Cf. aussi, du côté de la Préfecture de Police, Henry Maunoury, *Police de guerre (1914-1919)*, Editions de la nouvelle revue critique, 1937, pp. 57 à 61.

[23] Cf. les échanges de courriers entre M. Millerand, ministre de la guerre et M. Malvy, ministre de l'intérieur in Cdt Ladoux, *op. cit.*, pp. 188 à 196.

[24] Cette amélioration objective de la situation du S.R. à partir de 1918 n'empêcha pas les officiers du "*2 bis*" de déplorer - de leur point de vue - la situation de confusion qui subsistait vis-à-vis des services de police. La réflexion amère du Commandant de Robien - rapportée par son successeur, P. Paillole - est symptomatique des "*états d'âmes*" qu'éprouvaient certains membres des services spéciaux à la veille du second conflit mondial : "*Nous ne nous sommes pas encore relevés de l'Affaire Dreyfus et des erreurs des anciens. Malgré le remarquable travail de nos services durant la Grande Guerre, malgré la démonstration de leur loyauté, le retour de la paix en 1918 a entraîné un partage confus des attributions et des responsabilités en matière de C.E. L'autorité civile en est la grande bénéficiaire*" (P. Paillole, *op. cit.*, p. 28).

- le Service de Renseignement proprement dit (S.R.) chargé de la recherche des informations sur l'adversaire et qui les transmettait pour synthèse et exploitation au Deuxième Bureau de l'Etat-Major ;

- une Section de Centralisation du Renseignement (S.C.R.) qui assurait le Contre-Espionnage (C.E.) - c'est à dire la lutte contre les activités étrangères nuisibles à la défense nationale - grâce à la recherche du renseignement de C.E. à l'extérieur des frontières. Elle avait aussi pour mission la protection des agents et des opérations du S.R. à l'étranger.

Cette section de contre-espionnage était organisée en sous-sections géographiques correspondant aux principaux adversaires potentiels : section allemande, italienne, russe, ... et son activité essentielle consistait à recruter et à manipuler des agents introduits dans les services adverses et en mesure de renseigner le *"2 bis"* sur les opérations d'espionnage en cours contre la France.

Cette activité amenait inévitablement les militaires du service à repérer et à surveiller des suspects à l'intérieur du territoire (le *"2 bis"* obtiendra même, pour ce faire en 1936, quelques moyens d'écoute intérieure), ce qui compliquait la répartition du travail avec les services de police compétents. Un partage empirique des compétences pallia jusqu'en 1939 l'absence de règle claire en la matière : la manipulation des agents et le recueil de l'information aux militaires ; l'arrestation des suspects et l'enquête aux services du Ministère de l'Intérieur.

§ 3. - La clarification des rôles à l'approche de la guerre

Les dernières années précédant la Seconde Guerre Mondiale donnèrent lieu à de nombreuses - mais tardives - initiatives pour renforcer le potentiel de la défense français face à la menace nazie. Outre les nombreux textes concernant les industries d'armement ou la réforme de la législation pénale en matière de sûreté de l'Etat (cf. supra), l'un des premiers actes décisifs en matière de contre-espionnage fut - comme on l'a vu - la réorganisation du Contrôle Général des services de la Surveillance du Territoire.

Et dès l'année 1937, ce renforcement des moyens civils devait porter rapidement ses fruits puisque le nombre des arrestations pour espionnage passa brutalement de 40 en 1936 à 153 en 1937 et à 274 l'année suivante.

Au début de 1939, les interventions des responsables du contre-espionnage militaire (le commandant Schlesser et son adjoint Paillole) convainquirent le Gouvernement Daladier de codifier les règles de fonctionnement du contre-espionnage.

Le décret du 10 février 1939 régla définitivement la question des compétences en temps de paix en stipulant dans son premier article :

> *"En temps de paix, la police du contre-espionnage sur le territoire national relève exclusivement du Ministère de l'Intérieur ; le contre-espionnage en dehors des frontières relève, au contraire, des attributions du Ministère de la défense nationale et de la Guerre".*

En temps de guerre, le même décret confiait expressément aux services de l'Armée la direction et le contrôle de la lutte contre l'espionnage tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières.

Ce texte qui ne fit que codifier des principes déjà largement admis (à l'occasion de la guerre de 1914/1918 notamment) fut pourtant ressenti comme mettant définitivement aux querelles de services que pouvait engendrer la situation antérieure et fit figure de "charte du contre-espionnage" [25].

Dès la déclaration de guerre, les structures ainsi organisées purent être mises en place et le Deuxième Bureau se mua en Cinquième Bureau, prenant sous sa responsabilité l'ensemble de la lutte intérieure et extérieure contre l'espionnage ennemi. Pour ce faire, le C.G.S.S.T. et les divers services du contrôle postal et téléphonique passèrent sous la direction du S.C.R. du *"2 bis"* [26].

Sur l'ensemble du territoire, les B.C.R. furent déployés grâce à l'appoint de nombreux réserviste compétents (policiers, magistrats, ...) et contribuèrent - en l'absence de tout service de sécurité militaire - à assurer la lutte contre les tentatives de la *"5ème Colonne"* qui menaçaient l'arrière des forces. Cette structure de circonstance permit d'effectuer 1.250 arrestations en 1940 et entraînèrent le prononcé de 26 condamnations à mort.

---

[25] Ce texte essentiel est commenté par P. Paillole (*op. cit.*, p. 113) qui décrit longuement - par ailleurs - la gestation au *"2 bis"* d'une véritable "doctrine" du contre-espionnage et de la protection du secret (notamment pp. 69 à 80).

[26] Etant donné les circonstances particulières de la *"drôle de guerre"*, le contre-espionnage fut particulièrement sollicité durant cette première période du conflit, ainsi que le notera justement M. Garder : *"A l'intérieur de la maison, le S.C.R. se trouve pour le moment beaucoup plus en guerre que la Recherche"*, *op. cit.*, p. 143.

Sous-Section III. - La seconde guerre mondiale et la réorganisation du contre-espionnage

§ 1. - Le contre-espionnage clandestin en France

La retraite de l'armée française au début de l'été 1940 contraignit les services du *"2 bis"* à se replier en zone libre. C'est alors que le colonel Louis Rivet, son chef, décida de maintenir en activité ses services et notamment sa section de contre-espionnage. En cette matière, il établit avec l'accord du général Weygand, ministre de la défense nationale, une double structure :

- un échelon officiel : les Bureaux des Menées Antinationales (B.M.A.) crées par le Gouvernement de Vichy le 8 septembre 1940 et chargés de la *"protection du secret de défense nationale et* (de la) *protection de l'Armée contre les menées antinationales"*. Ces bureaux qui ne pouvaient agir que dans le cadre militaire, furent installés aux chefs-lieux des divisions militaires de l'Armée d'armistice en zone libre.

- un élément clandestin : l'Entreprise des Travaux Ruraux (T.R.) qui - grâce à la complicité de la direction du génie rural - camoufla des postes de contre-espionnage dans les principales villes de la zone libre, puis à Paris. Son siège s'installa à Marseille sous la direction du commandant Paillole tandis que se mettait en place un poste de repli à Alger.

Profitant du maintien de la législation sur l'état de siège en vigueur depuis 1939, les B.M.A. et les postes T.R. purent compter sur le concours de Surveillance du Territoire et de la justice militaire pour continuer à arrêter et à juger en zone libre les agent de l'Abwher, dont certains furent transférés en Afrique du Nord pour y être exécutés.

Les succès indéniables mais paradoxaux du contre-espionnage français durant la première année de l'occupation [27] contraignirent le Gouvernement de Vichy - sous la pression de l'occupant - à en restreindre les moyens et les prérogatives officielles : en septembre 1941. l'Amiral Darlan redonna les pouvoirs de police du contre-espionnage aux autorités civiles, affranchissant ainsi la S.T. de la tutelle des B.M.A.. Et dans la

---

[27] Un bilan d'activité établi en juillet 1941 par la direction clandestine des T.R., affirme qu'à cette date ses services étaient en mesure de : *"suivre à tout instant les activités des S.R. ennemis en France ; surveiller étroitement les effets des propagandes ennemies en zone occupée ... ; faire toutes sortes d'enquêtes en zone occupée, Belgique, Suisse, Espagne et Maroc espagnol, Portugal ; faire passer de zone occupée en zone libre, et vice-versa, du matériel et du personnel et de fabriquer des faux papiers du parmi de toutes matières ; cambrioler ou détruire les individus ou les choses nuisibles à la défense nationale"* (M. Garder. *op. cit.* pp. 180 et s.).

foulée, il créa un nouveau service de renseignement : le Centre d'information Gouvernemental (C.I.G.) pour concurrencer les activités semi-clandestines du *"2 bis"*.

Enfin en mars 1942, Vichy prit la décision de dissoudre les B.M.A., décision qui devint effective lors de l'arrivée de Pierre Laval au pouvoir. Le 24 août suivant fut crée un Service de Sécurité Militaire (S.S.M.) confié au commandant Paillole mais doté de moyens très faibles et placé sous haute surveillance par Vichy [28].

L'invasion de la zone libre en novembre 1942 mis fin à la survivance officielle des services de contre-espionnage sur le territoire métropolitain, y compris les brigades de Surveillance du Territoire qui furent dissoutes par les autorités allemandes. Les différents services présents en zone libre se replièrent sur Alger mais laissèrent derrière eux une double structure clandestine en France occupée : le réseau T.R. et un échelon du S.S.M. chargé de préparer l'implantation de la Sécurité Militaire dès les premiers combats de la Libération.

§ 2. - *La naissance du contre-espionnage de la France Libre*

Arrivé à Londres parmi les premiers en 1940, le commandant Dewavrin - alias *"Passy"* - fut choisi par le général De Gaulle pour organiser les services spéciaux de la France Libre. Il créa en décembre 1941 le Bureau Central de Renseignement et d'Action (B.C.R.A.) qui comprenait quatre branches : le renseignement, l'action, le contre-espionnage et une section technique.

Manquant de spécialistes du contre-espionnage, Passy confia cette responsabilité au lieutenant Roger Warin, dit *"Wybot"*, qui avant de gagner l'Angleterre en novembre 1941 avait passé quelques mois au B.M.A. de Marseille et s'y était initié aux rudiments de cette discipline [29].

A la différence des réseaux de C.E. demeurés en France, le B.C.R.A. n'avait pas beaucoup de possibilités d'obtenir du renseignement de contre-espionnage chez l'ennemi. Ce fut donc plutôt à des tâches de sécurité préventive que se consacra Wybot, chargé d'assurer la protection des réseaux d'espionnage du B.C.R.A. en France occupée (tel la Confrérie Notre-Dame du colonel Rémy).

---

[28] Il faut noter cependant que ce nouveau service fut le premier en France à rassembler sous une même autorité les services de sécurité des trois armées. Et cette innovation organique servira d'exemple lors de la création de la Sécurité Militaire à la Libération (cf. à ce sujet P. Paillole, *op. cit.* p. 374 et M. Garder, *op. cit.* p. 324).

[29] R. Wybot raconte sa participation à la création du B.C.R.A. et son travail à la tête du C.E. gaulliste dans P. Bernert, *op. cit.* pp. 54 à 79.

Cela commençait par la sélection rigoureuse des volontaires français qui arrivaient en Angleterre pour rallier les Forces Françaises Libres. R. Wybot collabora pour ce faire avec les policiers anglais du "*Special Branch*" de Scotland Yard, chargés du filtrage des réfugiés lors de leur arrivée à la Patriotic School, le centre de sélection mis en place par les autorités britanniques [30]. A cette occasion, le futur patron de la D.S.T. mettra au point ses méthodes d'interrogatoire qu'il popularisera plus tard dans son service et prit conscience de l'importance capitale de cette pratique dans les activités de contre-espionnage.

Pour répondre à la même préoccupation de sécurité des réseaux engagés contre l'ennemi, le B.C.R.A. développa également un fichier central comprenant l'organigramme précis de toute la résistance française et le détail des missions effectuées. Il permettait ainsi un recoupement rapide des renseignements obtenus sur le terrain ou lors d'interrogatoires. Ce fichier conçu par Wybot fut l'objet de nombreuses critiques et son créateur, souvent mis en cause pour ses méthodes autoritaires et sa méfiance proverbiale, dut quitter ses fonctions à la fin de 1942. Tandis que son poste était repris par Pierre Bloch, Wybot partit se battre en Libye mais son passage au contre-espionnage du B.C.R.A. joua certainement en sa faveur lors de sa nomination ultérieure à la tête de la D.S.T..

§ 3. - L'unité du contre-espionnage lors de la fusion d'Alger

Suite au débarquement allié en Afrique du Nord, le rapprochement politique entre le général De Gaulle et le général Giraud entraîna également le rapprochement des services spéciaux gaullistes avec ceux issus du "*2 bis*".

Les services du colonel Rivet étaient en effet rattachés à l'autorité du général Giraud au sein d'une Direction des Services Spéciaux dont le contre-espionnage était assuré par la Direction de la Sécurité Militaire, reformé en mai 1943 autour de P. Paillole. Cette D.S.M. s'était vu confiée quatre missions :

- assurer la sécurité des forces stationnées en Afrique du Nord :

- centraliser et exploiter les renseignements C.E. du réseau T.R. - participer - grâce aux agents de pénétration de T.R. - au plan d'intoxication allié relatif au

---

[30] Toutes les nationalités des pays européens occupés étaient représentées à la *Royal Victoria Patriotic School* de Wandsworth. On pourra notamment se référer au témoignage du colonel néerlandais Oreste Pinto qui a écrit le travail de contre-espionnage auxquels devaient se livrer les services de sécurité alliés, tel le B.C.R.A. (Oreste Pinto, *Espions ou amis*, Correa, Paris, 1954).

futur débarquement (souvent connu sous le nom de "*Fortitude*" ou encore "*Bodyguard*" [31]) ;

- préparer la sécurité des forces lors de la libération du territoire, grâce à l'échelon SM précurseur resté en France occupée. Lors de la fusion autoritaire des services secrets gaullistes et giraudistes par le décret du Comité français de Libération Nationale du 27 novembre 1943 qui créait une unique Direction Générale des Services Spéciaux (D.G.S.S.), l'unité du contre-espionnage fut finalement restaurée et ce secteur échappa partiellement à la confusion politique et administrative qui suivit la création de la D.G.S.S..

Après plusieurs mois de controverses, une décision du général de Gaulle du 24 avril 1944 consacra, en effet, le monopole spécifique de la D.S.M. au sein de la nouvelle D.G.S.S. :

"*Tous les organes spéciaux éventuellement créés pour traiter de questions de contre-espionnage devront s'intégrer immédiatement dans le service de Sécurité Militaire de la D.G.S.S.. Ce service est seul habilité pour traiter avec les autorités françaises et alliées des questions de contre-espionnage*" [32].

Au niveau interallié la compétence exclusive de la Sécurité Militaire lors de la libération du territoire fut entérinée par un protocole d'accord établi entre la D.S.M. et le deuxième bureau du Haut Commandement allié (SHAEF) qui précisa :

"*Dans les régions libérées, la responsabilité des activités de contre-espionnage sera exercée par l'autorité militaire française (S.S.M.) qui reconstitue ses bureaux de Sécurité Militaire (B.S.M.). Les noyaux de ces bureaux existent déjà dans le service de Sécurité Militaire (S.S.M.) précurseur qui a été établi en France*" [33].

Parallèlement, fut également décidée la reconstitution progressive d'unités de Surveillance du Territoire au fur et à mesure de la libération du territoire.

---

[31] Sur le plan d'intoxication mis en oeuvre pour protéger le débarquement en Normandie, cf. Antony Cave Brown, *Bodyguard of Lies*, 1975, traduction française : *La guerre secrète - Le rempart des mensonges*, Pygmalion/Gérard Watelet, 1981. Et pour un témoignage français sur le même sujet : Pierre Nord, *Mes camarades sont mort, Tome III : La préparation du débarquement*, Librairie des Champs-Elysées, 1947.

[32] Cf. P. Paillole, *op. cit.*, p. 539.

[33] *Ibid.*, p. 549.

§ 4. - *La réorganisation à la Libération et le retour à la diversité des compétences*

La réorganisation des services spéciaux, notamment en matière de contre-espionnage, fut l'une des premières préoccupations du Gouvernement provisoire du Général De Gaulle après son retour à Paris. En quelques semaines, du mois de novembre 1944, furent prises plusieurs décisions essentielles qui donnèrent au contre-espionnage français la physionomie qu'il conserve toujours aujourd'hui.

Cette réforme de 1944 a mis fin à l'unité temporaire du contre-espionnage, sous direction militaire, qui s'était instaurée à la faveur de la guerre et est revenue au principe consacré après l'affaire Dreyfus de la pluralité et de la séparation des compétences entre civils et militaires.

En créant - par l'ordonnance du 16 novembre 1944 fixant la nouvelle organisation du Ministère de l'Intérieur - une Direction de la Surveillance du Territoire (D.S.T.) ainsi que l'avait proposé R. Wybot[34], le Gouvernement recréa la dualité entre les services civils et militaires de contre-espionnage et entre les compétences complémentaires des ministères de la défense et de l'intérieur.

De même, par une décision du 17 novembre 1944, le contre-espionnage militaire fut lui-même démembré :

- la nouvelle Direction Générale des Etudes et de la Recherche (D.G.E.R.) - dépendant de la présidence du Conseil et remplaçant à partir du 6 novembre 1944 la D.G.S.S. (avant de devenir en janvier 1946 le S.D.E.C.E.) - incorpora l'organisation T.R. pour former le noyau de son service de contre-espionnage extérieur[35] ;

- la Sécurité Militaire regroupa tous les autres services issus de la D.S.M. et resta sous la tutelle du ministère de la défense pour assurer la sécurité des forces armées[36].

---

[34] Cf. P. Bernert, *op. cit.*, pp. 92 à 101.

[35] La création de la D.G.E.R. puis la naissance du S.D.E.C.E. sont bien décrites dans l'ouvrage de Roger Faligot & Pascal Krop, *La Piscine - Les services secrets français, 1944-1984*, Le Seuil, 1985.

[36] En désaccord avec ce démembrement et estimant qu'il *"rompt l'unité du contre-espionnage telle que je l'ai toujours conçue"*, le commandant Paillole refusa de diriger la nouvelle Sécurité Militaire et démissionna de ses fonctions (cf. P. Paillole, *op. cit.* pp. 565 et s.).

Pour l'essentiel, cette organisation répartie entre plusieurs tutelles ministérielles (trois à l'origine, deux depuis qu'en 1966 le S.D.E.C.E. est repassé sous le contrôle du ministre de la défense) reste aujourd'hui celle du contre-espionnage français. Elle témoigne des apports successifs de l'expérience et des événements extérieurs. Mais elle demeure marquée par une répartition complexe des responsabilités et des prérogatives.

SECTION II. - Une répartition complexe des compétences

En 1945, la France libérée a donc reconstitué l'architecture de ses services de protection du secret et de contre-espionnage. Marquée, comme nous l'avons vu, par une histoire tumultueuse qui a accompagné les différentes crises politiques et militaires du pays depuis 1870, cette organisation des services ne va plus connaître d'importants changements jusqu'à aujourd'hui. Au sommet, les compétences gouvernementales de contre-espionnage et de protection du secret sont réparties entre les services du Premier ministre et les ministres (Sous-Section I.) tandis que la répartition des compétences opérationnelles entre les différents services est désormais gouvernée par deux principes complémentaires, issus de l'histoire : la séparation des compétences territoriales (Sous-Section II.) et fonctionnelles (Sous-Section III.).

Sous-Section I. - La répartition des compétences gouvernementales

§ *1. - Le S.G.D.N., autorité nationale de sécurité*

Jusqu'au décret du 11 mars 1963, qui créa le Service de sécurité de défense au sein du S.G.D.N., l'organisation centrale de la protection du secret en France reposait sur une Commission interministérielle permanente de sécurité (C.I.P.S.), créée par un décret - non publié - du 3 janvier 1952 [37]. Ce décret précisait que cette commission

> *"sera saisie par les ministres intéressés de toutes les questions relatives à la protection matérielle du secret et qui pourront se poser à leur département"*

et qu'elle

> *"est chargée notamment d'élaborer une instruction interministérielle fixant les règles générales relatives à la protection matérielle du secret et d'en suivre l'application"* [38].

---

[37] Cf. Jean-Jacques Rodilla, *Protection du secret de défense nationale*, mémoire de D.E.S.S. de défense nationale, Université de Nice, 1979, p. 23.

[38] Cité par J.-J. Rodilla, *op. cit.*, p. 23.

Ne disposant, en réalité d'aucun pouvoir d'initiative ni de contrôle, cette commission n'a pas été en mesure de diffuser et de mettre en pratique dans les différents ministères une saine et efficace conception du secret de défense. Elle n'a pu, notamment, empêcher un certain laxisme dans les procédures d'habilitation et dans le recours trop fréquent à une sur-classification dangereuse [39].

Une fois que la Constitution de 1958 et l'ordonnance de 1959 ont eu redéfini le rôle central du Premier ministre dans la direction de la défense nationale, il était logique de décider de créer une *"autorité nationale de sécurité"* [40] dépendant directement du Premier ministre, et investie - de ce fait - de son pouvoir réglementaire et hiérarchique vis-à-vis de l'ensemble des instances ministérielles.

Cette autorité nationale de sécurité a été placée logiquement au sein du Secrétariat général de la défense nationale (S.G.D.N.), organisme interministériel dépendant directement du Premier ministre, qui possède, entre autres tâches, celle d'organiser la protection du secret. Aux termes du décret du 25 janvier 1978, il *"propose, diffuse, fait appliquer et contrôler les mesures nécessaires à la protection du secret de défense"* [41]. Cette tâche est assurée, au sein du S.G.D.N., par le Service de sécurité de défense (S.S.D.), dont les missions au sein du S.G.D.N. ont été définies par un décret non publié du 11 mars 1963 *"portant organisation de la sécurité de défense"*, lequel se contente de décréter que le S.G.D.N. a la charge de prescrire et de coordonner les mesures permettant d'assurer la protection des secrets de défense et que, pour ce faire, il dispose d'un service spécifique. Il constitue actuellement ce que les textes appellent *"l'autorité nationale de sécurité"*.

---

[39] Ce qui l'a obligé à *"assouplir, autant que faire ce peut, les règles applicables aux documents classés Secrets, tout en maintenant dans toute leur rigueur celles dont relève la protection des documents classés Très-Secrets"* (*Ibid.*, p. 25).

[40] Il a existé une ambiguïté sur ce terme, auxquels certains textes semblaient avoir, dans un premier temps, préféré celui d'*"autorité nationale de défense"* (notamment le décret - non publié - du 4 décembre 1967, *"portant composition de l'autorité nationale de défense"*, cité par J.-J. Rodilla, *op. cit.*, p. 28), qui ne peut être accepté, étant entendu que, constitutionnellement, il ne peut y avoir qu'une seule autorité nationale de défense : le Premier ministre lui-même. Cela dit, cette confusion juridico-terminologique traduit bien les rapports ambivalents et difficiles qu'entretiennent les notions de défense et de sécurité (cf. nos développements sur ce thème, infra - 1ère Partie, Chapitre II).

[41] Article 7 du décret n° 78-78 du 25 janvier 1978 fixant les attributions du Secrétaire général de la défense nationale.

§ 2. - *Le rôle des ministres*

En dehors du ministre de la défense (cf. infra) et du ministre de l'Intérieur, dont dépend la D.S.T., aucun ministre ne possède directement de fonction opérationnelle directe en matière de contre-espionnage. Cependant, ils participent indirectement à l'activité de contre-espionnage préventif. En effet, en tant que responsables des responsabilités de défense relevant de leur département (en vertu de l'article 15 de l'ordonnance du 7 janvier 1959), ils définissent chacun les directives internes relatives à la protection des informations classifiées jusqu'au niveau *Secret-défense* (le Très secret-défense étant protégé et géré directement par le Premier ministre, c'est-à-dire le S.G.D.N.).

Cette compétence ministérielle est, en réalité, exercée de manière permanente, par le Haut fonctionnaire de défense de chaque département ministériel qui

> *"est responsable de l'application des dispositions relatives à la sécurité de défense et à la protection du secret."* [42]

Dans les ministères qui possèdent des services ou des organismes sous tutelle particulièrement concernés par la protection du secret, le Haut fonctionnaire de défense peut se faire assister de différents *"fonctionnaires de sécurité de défense"* [43], dont l'un aura plus particulièrement en charge les questions liées à la sécurité informatique (cf. infra - IIème Partie, Chapitre III).

Une des manifestations de la compétence ministérielle en matière de détermination du secret dans leur département a été la publication par les principaux ministères des arrêtés prévus dans le cadre des textes organisant l'accès aux documents administratifs (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier et pour l'arrêté du ministre de la défense, cf. Ière Partie, Chapitre III). Ces textes fixent, notamment, dans chaque ministère les contours du périmètre du secret de la défense nationale. Mais pour autant, ces textes n'ont pas pour fonction de limiter le pouvoir du ministre de classifier éventuellement d'autres types d'informations, qui appartient à tout chef de service.

En-deçà du secret de défense, chaque ministre est *a fortiori* responsable de la protection des informations non communicables au public, dont la confidentialité relève

---

[42] Article 2 du décret n° 80-243 du 3 avril 1980 relatif aux attributions des hauts fonctionnaires de défense.

[43] Cf. Henri Debrun, "Le secret de défense" in Jacques Robert (sous la dir.) *L'esprit de défense*, Economica, 1987, p. 447.

de la *"discrétion professionnelle"* et qui doivent faire l'objet d'une diffusion restreinte (sur cette notion, cf. infra - IIème Partie, Chapitre III).

§ 3. - La responsabilité des chefs de service dans la décision de classification

Quelque soit le département ministériel concerné, si la responsabilité de fixer les règles du secret appartient au ministre, la décision de classifier une information (c'est-à-dire de choisir pour cette information la mise en oeuvre des mesures de protection liées à son niveau) revient au chef de service, responsable de l'organisation de son service. Cela amène dans la pratique à une déconcentration très importante du pouvoir de classification [44].

Mais cette déconcentration n'empêche pas l'application des règles normales de l'action administrative et du pouvoir hiérarchique (qui donne notamment le pouvoir de réformation à l'autorité administrative supérieure [45]). Et, de plus, le ministre peut toujours, dans le cadre des directives qu'il adresse à ses services en matière de protection du secret, limiter à certaines autorités limitativement définies le droit de classifier certaines catégories d'information ou de recourir à certains niveaux de protection.

On doit signaler cependant que jusqu'à aujourd'hui, le statut juridique précis des décisions de classification des informations et documents confidentiels n'a pas été clairement établi par la jurisprudence administrative. Mais notre analyse des dispositions du nouveau Code pénal nous conduit à supposer que cela devrait évoluer sensiblement dans le sens de la reconnaissance d'un véritable contrôle du juge administratif sur ce type d'actes pris par l'autorité hiérarchiques (nos développements sur ce point, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

§ 4. - La situation particulière du ministère de la défense

L'article 16 de l'ordonnance de 1959 confie au ministre de la défense la responsabilité de veiller à la sécurité des forces armées et des services qui en dépendent. Il ne dispose donc pas d'un Haut fonctionnaire de défense, mais dispose d'un service de sécurité dédié à cette mission ministérielle de sécurité des forces et de protection du secret (la D.P.S.D., cf. infra) [46].

---

[44] A titre de référence, on estimait en 1957 qu'aux Etats-Unis, 1,5 million de fonctionnaires étaient habilités à classifier des documents.

[45] Cf. notamment, Olivier Gohin, *Institutions administratives*, L.G.D.J., 1992, p. 71.

[46] Notons, à ce propos, la différence existant entre les ministères de la défense et de l'intérieur : bien qu'abritant chacun un ou plusieurs services impliqués dans le contre-espionnage (D.P.S.D. et D.G.S.E. pour le ministère de la défense, D.S.T. pour l'Intérieur), seul le ministère de la défense

Au niveau du cabinet du ministre, un conseiller technique est simplement désigné comme fonctionnaire de sécurité. De même, à chaque échelon du commandement, un officier est désigné comme officier de sécurité et gère, à ce titre, les relations avec la D.P.S.D.. A la Délégation générale pour l'Armement (D.G.A.), outre également des officiers de sécurité aux différents niveaux de la hiérarchie, il existe un bureau central de sécurité qui dépend directement du cabinet du Délégué général.

Sous-Section II. - La séparation des compétences territoriales

§ *1. - Un principe clair*

C'est pendant l'entre-deux guerres que s'imposa rapidement la séparation territoriale des compétences entre services civils et militaires. Cette séparation rompait d'une part avec la première période de domination - tant intérieure qu'extérieure - du contre-espionnage militaire, puis avec quelques années d'activité concurrente sur le territoire national entre civils et militaires.

Institutionnalisée par le décret du 10 février 1939 (cf. supra - Section I.), la règle, toujours suivie depuis lors, distingue nettement :

- un service ayant le monopole de la police du contre-espionnage sur l'ensemble du territoire national,

- un service ayant vocation à exercer des activités de contre-espionnage hors des frontières nationales (et donc implicitement interdit d'opérations sur le territoire national).

Le but de la distinction est, à l'évidence, d'éviter sur le terrain des opérations concurrentes, sources d'inefficacité et de susceptibilité entre services.

L'organisation contemporaine des services de contre-espionnage en France respecte donc la distinction entre :

---

dispose de son propre service interne. La D.S.T. n'a, en effet, aucune qualité pour servir de service de sécurité interne au ministère de l'Intérieur et aux autres forces de police (dont le contrôle interne appartient à l'Inspection générale des services). Cela n'empêche pas cependant la D.S.T. d'enquêter, le cas échéant, sur d'autres fonctionnaires de la police nationale : ce fut le cas, il y a une quinzaine d'années, lorsqu'un haut fonctionnaire de la Préfecture de police de Paris fut fortement soupçonné de travailler pour les services tchécoslovaques (cf. Th. Wolton, *op. cit.*, pp. 63 à 67) ; plus récemment, en 1986 la D.S.T. a interrogé et fait muter un inspecteur des Renseignements Généraux (cf. J. Guisnel & B. Violet, *Services secrets - le pouvoir et les services de renseignement sous François Mitterrand*, La Découverte, 1988, pp. 97 à 103).

- la Direction de la Surveillance du Territoire (D.S.T.) qui, suivant les principes établis par l'arrêté du 22 novembre 1944 et aux termes de l'actuel décret du 22 décembre 1982 fixant ses attributions, "*a compétence pour rechercher ou prévenir sur le territoire de la république française, les activités inspirées, engagées ou soutenues par des puissances étrangères et de nature à menacer la sécurité du pays*" [47] ;

- la Direction Générale de la Sécurité Extérieure (D.G.S.E.), service succédant au S.D.E.C.E., et créé par le décret du 2 avril 1982 qui a, notamment, la charge de "*détecter et d'entraver hors du territoire national, les activités d'espionnage dirigées contre les intérêts français*" [48]. De la même façon, antérieurement, le S.D.E.C.E. s'était vu confier la même limitation territoriale puisqu'il était chargé de "*rechercher à l'étranger tous les renseignements et toute la documentation intéressant le Gouvernement*" et que le décret organique précisait que "*du point de vue de la recherche des renseignements et des contre-ingérences étrangères dans les territoires qui ne relèvent pas de la souveraineté française, le S.D.E.C.E. se trouve seul compétent*" [49].

La Direction de la Protection et de la Sécurité de défense (D.P.S.D.), qui remplace depuis novembre 1981 la Sécurité Militaire, exerce, de son côté, ses activités sur le territoire national mais dans le cadre spécifique des unités et des services relevant du ministère de la défense, ce qui réduit partiellement les risques d'empiétement territorial avec la D.S.T..

§ 2. - *Une répartition territoriale qui recoupe la distinction entre civils et militaires*

Telle qu'elle est conçue aujourd'hui, la séparation des compétences territoriales recoupe *de facto* la distinction - traditionnelle en France, comme nous l'avons vu - entre les activités des services civils et celles des armées. Schématiquement, les militaires possèdent le monopole du renseignement et des interventions à l'extérieur des frontières tandis que les services de police (la D.S.T. essentiellement) ont compétence exclusive sur le territoire français. L'action de la D.P.S.D. constitue la seule exception à cette règle, en tant que service à statut militaire opérant en France mais, en réalité, sa compétence est liée au critère de sécurité matérielle des armées et non à un critère

---

[47] Décret n°82-1100 du 22 décembre 1982 fixant les attributions de la direction de la surveillance du territoire, *J.O.R.F.*, 4 avril 1982.

[48] Décret n°82-306 du 2 avril 1982 portant création et fixant les attributions de la direction générale de la sécurité extérieure, *J.O.R.F.*, 4 avril 1982.

[49] Décret non publié du 4 janvier 1946 cité par R. Faligot et P. Krop, *op. cit.*, p. 58.

territorial (comme le prouve le fait que la D.P.S.D. travaille parfois à l'étranger lorsque des troupes françaises y stationnent, comme en Allemagne ou en Afrique), ce qui ne remet pas en cause fondamentalement le schéma classique évoqué plus haut.

Ce schéma a une explication juridique sous-jacente [50]. A l'intérieur du territoire, le contre-espionnage possède une base légale et doit s'effectuer dans le respect du droit : il est donc logique qu'il soit exercé par un service de police soumis aux règles de procédure pénale et au contrôle de l'autorité judiciaire. *A contrario*, la règle républicaine de subordination des autorités militaires au pouvoir civil [51] veut que l'armée *"reste dans ses casernes"* et n'intervienne en France que sur réquisition ponctuelle et limitée du pouvoir civil. A l'extérieur, en revanche, si l'espionnage est reconnu coutumièrement dans certaines limites par les usages internationaux [52], il n'en demeure pas moins une activité globalement illicite parfois assimilable à un acte de guerre, ce qui en fait une spécialité proche de l'action militaire extérieure [53].

La qualification de la D.G.S.E. comme organisme militaire peut être discutée tant il est vrai que ce service possède formellement un statut d'administration civile et que son prédécesseur, le S.D.E.C.E. était à l'origine rattaché à la Présidence du Conseil. Mais il n'en demeure pas moins qu'aujourd'hui, la D.G.S.E. est sous tutelle du ministre de la défense et que, par ailleurs, le recrutement des cadres de ce service demeure marqué par une forte militarisation des effectifs depuis la fin de la guerre d'Algérie. R. Faligot et P. Krop cite ainsi des statistiques internes qui montrent que si en 1960 62% des employés du S.D.E.C.E. étaient civils, on n'en comptait déjà, à l'époque que 30% dans le *"peloton de tête"* des cadres du service [54]. Et cette tendance s'est accentuée fortement dans les vingt ans qui ont suivi au point qu'un ancien chef de service du S.D.E.C.E., pouvait écrire : *"Le personnel subalterne est civil, les postes de commandement et les services sont tenus par des officiers"* et il concluait que *"contrairement aux voeux du législateur le S.D.E.C.E. est devenu un organisme*

---

[50] Cf. Bertrand Warusfel, "Structures et organisation du renseignement en France", *Droit et Défense*, n° 94/1, janvier 1994, p. 28.

[51] Cf. Bernard Chantebout, *L'organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967, pp. 58 à 62.

[52] Gérard Cohen-Jonathan & Robert Kovar, "L'espionnage en temps de paix", *A.F.D.I.*, 1960, p. 252.

[53] Le général Grossin, directeur général du S.D.E.C.E. à la fin de la IVème République et durant la guerre d'Algérie, affirmait : *"Les services secrets sont les criminels légaux de l'Etat"* (cité par Constantin Melnik, *Un espion dans le siècle - Tome I : La diagonale du double*, Plon, 1994, p. 321).

[54] R. Faligot et P. Krop, *op. cit.*, pp. 183 et s..

militaire de fait, au même titre que la Sécurité militaire" [55]. Et plus récemment, Constantin Melnik (ancien conseiller du Premier ministre Michel Debré pour le renseignement) estimait encore qu'à partir de l'affaire Ben Barka, "*le service est un peu devenu une annexe du Ministère des Armées, dont il dépendait désormais*" [56] La nomination à plusieurs reprises de civils à la tête de ce service [57] a amené la D.G.S.E. à entreprendre une action de recrutement plus intensive en direction des fonctionnaires civils de l'Etat et des contractuels extérieurs mais, par ailleurs, la décision du ministre de la défense de créer en 1991 une direction du renseignement militaire [58] (à laquelle la D.G.S.E. a failli, un instant, être rattachée) indique que l'institution militaire souhaite garder ses prérogatives en matière de renseignement.

§ 3. - *La difficile coordination sur le terrain*

Malgré la clarté du principe, la répartition pratique du travail de contre-espionnage sur le terrain demeure la cause de difficultés périodiques entre les services, pouvant aller jusqu'à provoquer parfois une "*guerre des services*".

Il y eut d'abord, historiquement, des situations particulières qui rendirent malaisée l'application stricte du partage territorial des compétences. Ce fut, notamment, le cas de la guerre d'Algérie, dont l'ambiguïté même - opération de maintien de l'ordre sur un territoire français ou conflit armé non déclaré - favorisa l'intervention parallèle en Algérie de la D.S.T. et d'unités relevant du S.D.E.C.E.. La D.S.T., qui suivait depuis l'origine la propagation de l'insurrection [59], délégua rapidement sur place des équipes de policiers [60]. De son côté, le S.D.E.C.E. participa aussi activement au conflit grâce à son service action (le fameux "11ème choc", aujourd'hui reconstitué) mais également au travers du Centre de Coordination Interarmées (C.C.I.) qui regroupa dès 1957 l'ensemble des services spéciaux militaires

---

[55] Louis Mouchon dans une note remise à M. François Mitterrand, alors dans l'opposition, cité par Pascal Krop, *Les socialistes et l'Armée*, P.U.F., 1983 et repris par R. Faligot et P. Krop, *op. cit.*, p. 418.

[56] Interview de Constantin Melnik, in *L'Express*, 31 mars 1994, p. 103.

[57] M. Pierre Marion en 1981, les préfets Claude Silbersahn en 1989 et Jacques Dewatre (il est vrai, ancien officier) en 1993.

[58] Cf. *Le Monde*, 8 mai 1991, p. 22.

[59] Cf. Philippe Bernert, *Roger Wybot et la bataille pour la D.S.T.*, Presses de la Cité, 1975, p. 443 et s..

[60] Cf. P. Levergeois, *J'ai choisi la D.S.T. - souvenirs d'un inspecteur*, Flammarion, 1978, p. 311 et s..

en Algérie [61]. Cette concurrence inévitable entre la D.S.T. et les militaires fut plutôt bien vécue sur le terrain, même si elle provoqua parfois quelques difficultés [62]. Par ailleurs, le déroulement de ce conflit marqué par la révolte des Français d'Algérie, puis l'activité subversive de l'O.A.S., déclencha des scrupules de conscience importants dans tous les services [63], des incertitudes juridiques du côté de la D.S.T. (l'O.A.S. pouvait-elle être assimilée à une ingérence étrangère ?) et l'apparition sur le terrain d'organisations parallèles (les fameux "barbouzes"). Le tout s'acheva - dans une ambiance de guerre des services généralisée - par l'affaire de l'enlèvement de l'opposant marocain M. Ben Barka où furent compromis plusieurs agents du S.D.E.C.E. [64].

Mais, même en période normale, les conflits d'attribution apparaissent souvent inévitables, notamment en raison du traditionnel *"droit de poursuite"* qu'invoque chaque service pour expliquer son incursion sur le territoire des autres [65].

Ainsi, il est difficile pour les agents de la D.G.S.E. de ne pas continuer par eux-mêmes une enquête ou une filature commencées à l'étranger mais dont l'une des étapes passe par le territoire français. Pour des raisons de délai, mais aussi de discrétion (et parfois de susceptibilité), il est souvent impossible, en effet, de requérir le concours de la D.S.T. ou d'un autre service de police pour prendre le relais sur le territoire national. C'est pourquoi le S.D.E.C.E. (et aujourd'hui la D.G.S.E.) a toujours entretenu une activité et des équipes discrètes mais actives en France même. Constantin Melnik évoque d'ailleurs l'existence d'un "service VI" à l'intérieur du S.D.E.C.E., dit *"base Paris"* [66] et, jusqu'à l'affaire Ben Barka, le S.D.E.C.E.

---

[61] R. Faligot et P. Krop, *op. cit.*, pp. 167 à 169.

[62] C'est ainsi que R. Wybot reprocha aux militaires d'avoir manqué de *"doigté et de métier"* dans la manipulation d'agents infiltrés lors du retournement du chef de Wilaya Bellounis en 1956 (cf. Ph. Bernert, *op. cit.*, pp. 447 à 450).

[63] En témoigne clairement le roman d'Antoine Dominique (alias Dominique Ponchardier, ancien résistant, chef du service d'ordre du RPF et proche du S.D.E.C.E.), *Le Gorille en révolution* (Série noire n° 460, Gallimard, 1958) qui illustre l'état d'esprit des services de renseignement durant la prise du pouvoir par le général de Gaulle.

[64] Cf. R. Faligot et P. Krop, *op. cit.*, p. 293 et surtout Philippe Bernert, *S.D.E.C.E. Service 7 - l'extraordinaire aventure du colonel Leroy-Finville et de ses clandestins*, Presses de la Cité, 1980.

[65] Cette pratique est appelée ainsi par analogie avec le *"droit de poursuite"* consacrée par le droit de la mer, (Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, article 111). Et elle se repose, aujourd'hui dans le nouveau contexte européen de l'abolition des frontières physiques entre les pays signataires des accords de Schengen.

[66] Le général Grossin lui en aurait révélé l'existence lors de sa première visite boulevard Mortier :

entretint un "service VII" spécialement chargé de se procurer par tous les moyens (effractions, écoutes, violation des valises diplomatiques, ...) des renseignements diplomatiques étrangers sur le territoire français [67]. A propos spécifiquement du contre-espionnage (qui est l'activité qui nous intéresse plus particulièrement ici) une note confidentielle remise à l'Elysée en 1981 par un ancien responsable du service estimait que *"le contre-espionnage a orienté l'essentiel de son effort sur le territoire national, voire sur le service même. Il s'en est suivi d'inutiles et préjudiciables rivalités avec la D.S.T."* [68]

De son côté, la D.S.T. a toujours cherché à disposer de sources autonomes de renseignement à l'étranger sans dépendre de la D.G.S.E. et le texte réglementaire non publié qui redéfinit en 1964 les missions de la D.S.T. lui reconnaissait explicitement de poursuivre, le cas échéant, la manipulation des agents du contre-espionnage à l'étranger [69]. *"Il est significatif de constater que lorsque la D.S.T. souhaite obtenir des renseignements, soit sur le terrorisme à l'étranger, soit sur les points d'appui du terrorisme international hors de nos frontières, elle s'adresse plus volontiers à certains services étrangers qu'à ses homologues de la D.G.S.E."*, s'étonnait ainsi le rapport du Sénat consacré à la lutte anti-terroriste [70]. Mais cette tendance n'est pas limitée au seul domaine - spécifique - de la lutte anti-terrorisme, elle est aussi valable dans le cadre plus large du contre-espionnage. On rappellera, en effet, que dès la création de la D.S.T., R. Wybot avait tenté, sans succès, d'obtenir que son service puisse, à l'image du F.B.I. américain, implanter certains de ses commissaires dans des postes diplomatiques français. Mais, plus encore, on doit évoquer le cas de l'opération

---

"nous l'appelons la "base Paris" car il remplit toutes les missions d'un poste sur notre territoire même. Il est mille fois plus facile, en effet, de "recruter" un "agent" à Pigalle qu'au Kremlin" (C. Melnik, *op. cit.*, p. 287). Dans le roman qu'il a écrit sur le S.D.E.C.E., le même Melnik décrit plus longuement le travail de cette *"base Paris"* : *"surveillant et infiltrant tous les milieux étrangers, qu'ils soient officiels, d'affaires ou émigrés, utilisant et recrutant tous les Français qui, par profession ou goût de l'aventure voyagent en dehors des frontières ou désirent, pour des motifs plus ou moins douteux, rendre service aux grands manipulateurs et tentateurs de la Centrale"* (Constantin Melnick, *Des services "très" secrets*, Editions de Fallois, 1989, réédition Livre de Poche, p. 45).

[67] L'histoire, sans doute légèrement complaisante, de ce service, a été décrite d'après les mémoires de son chef, Leroy-Finville par Philippe Bernert, *S.D.E.C.E. Service 7*, *op. cit.*.

[68] Cité par Roger Faligot et Rémy Kauffer, *Au coeur de l'Etat, l'espionnage*, Autrement, 1983, p.147.

[69] Cf. *Valeurs Actuelles*, 19 novembre 1994, p. 7 (des extraits de ce texte du 26 août 1964 sont reproduits à la note 98).

[70] Paul Masson, *Rapport fait au nom de la commission de contrôle des conditions de fonctionnement, d'intervention et de coordination des services de police et de sécurité engagés dans la lutte contre le terrorisme, créée en vertu de la résolution adoptée par le Sénat le 18 novembre 1983*, Document Sénat, n°322, seconde session ordinaire de 1983-1984, 17 mai 1984.

"*Farewell*" en 1981/1982 qui permit à la D.S.T. de recueillir à Moscou même, grâce à un officier du KGB soviétique "*retourné*", des renseignements et des documents très importants concernant l'espionnage technologique soviétique [71]. Dans ce cas particulier, il s'agissait, certes, d'une affaire de contre-espionnage (découvrir des informations sur les activités du KGB en France et dans tous les pays occidentaux) mais qui se déroulait en U.R.S.S., c'est-à-dire hors de la juridiction de la D.S.T.. En toute logique, la D.S.T., premier service contacté par le transfuge, aurait du requérir l'assistance du S.D.E.C.E. pour mener l'opération sur le terrain à Moscou. Or, elle n'en fit rien et garda le secret le plus absolu, notamment vis-à-vis du S.D.E.C.E. [72]. Cette transgression des règles de compétence territoriale a été vivement critiqué *a posteriori* par M. Marion - nommé directeur du S.D.E.C.E. à cette époque - qui, du même coup, a émis des doutes sur la valeur et l'authenticité de l'opération menée par la D.S.T. [73]. Plus récemment encore, c'est la D.S.T. qui a monté seule l'opération de capture du terroriste *Carlos* au Soudan.

Plusieurs initiatives ont été prises depuis quelques années pour limiter les effets de ces problèmes de rivalités entre services. La D.S.T. et la D.G.S.E. possèdent, chacune, un correspondant permanent détaché auprès de l'autre service afin de favoriser la concertation et la transmission d'information. De même, au niveau gouvernemental, Michel Rocard, alors Premier ministre a réactivé les réunions régulières du Comité interministériel du renseignement. Mais, le problème paraît plus profond car, comme le rappelle le rapport sénatorial déjà cité,

> "*Malgré toutes les déclarations officielles, il y a bien incompatibilité de traditions et de méthodes entre les deux services dont la complémentarité est évidente et la rivalité historique*" [74].

---

[71] Cette affaire a été révélée par le livre de Thierry Wolton, *Le KGB en France*, Grasset, 1986, p. 241 à 281. Elle est évoquée également dans l'ouvrage de Franz-Olivier Giesbert, *Le Président*, Le Seuil, 1990, pp. 129 à 137 (dans la réédition Points-Actuels, 1991).

[72] "*27 mai 1981 (...) Dans l'après-midi, le Président apprend par Gaston Deferre, lui-même informé par la D.S.T., l'existence d'un agent secret travaillant pour Paris sous le nom de code "Farewell". (...) Par peur des fuites, les espions du S.D.E.C.E., qui dépendent de la défense, n'ont pas été mis au courant par la D.S.T.. Saulnier lui-même cachera l'existence de cette source à sa propre hiérarchie aux Armées*" (Jacques Attali, *Verbatim I 1981 - 1986*, Fayard, 1993, p. 26).

[73] Cf. P. Marion, *La mission impossible - A la tête des services secrets*, Calmann-Lévy, 1991, pp. 57 à 64.

[74] P. Masson, *op. cit.*, p. 127.

Il faut dire aussi que le manque de collaboration et cette concurrence fréquente entre les services chargés du contre-espionnage (y compris avec la D.P.S.D. qui se retrouve souvent en concurrence avec la D.S.T. notamment en ce qui concerne la protection des entreprises travaillant pour la défense) n'est pas un phénomène isolé. D'abord, il convient de le resituer dans le cadre plus général de la "*guerre des polices*" qui, pour reprendre les termes d'un ouvrage consacré au sujet,

> "*n'est pas seulement le thème favori des journalistes, le fantasme de la presse à sensation. C'est une réalité quotidienne. Pour ne pas dire un mal endémique qui ronge l'institution. Depuis des décennies. En vérité depuis qu'elle existe : ce service de l'ordre, qui devrait donner de lui-même une image rassurante, sécurisante, offre trop souvent le spectacle d'un désordre pour le moins inquiétant*" [75].

Ensuite, elle affecte aussi les services étrangers (cf. infra). Mais surtout, elle est entretenue par une répartition difficile des compétences fonctionnelles, et donc des modes d'intervention, également héritée de l'histoire.

Sous-Section II. - La séparation des compétences fonctionnelles

§ *1. - La trilogie fonctionnelle*

Dans la tâche de protection de l'Etat et de ses secrets face aux actions des services et des puissances étrangères, l'expérience a amené la séparation des fonctions entre divers types d'activités complémentaires.

En France, il semble que la typologie actuelle des fonctions de sécurité de défense et de contre-espionnage a été véritablement énoncée à la veille de la seconde guerre mondiale, à l'époque même où les textes sur la définition du secret étaient en cours de rédaction (cf. supra). Le colonel Paillole en donne une formulation précise dans ses mémoires lorsqu'il évoque l'état d'esprit des officiers de contre-espionnage du SR français vers 1938/1939 :

> "*Ce contre-espionnage total, je le résume en trois points :*
>
> *1) Pénétrer l'ennemi pour le connaître et surprendre ses intentions. Ce sera le rôle de ce que nous appellerons le contre-espionnage offensif. Il nourrira nos études et synthèses ; orientera la défense.*

---

[75] Philippe Madelin, *La guerre des polices*, Albin Michel, 1989, p. 9.

2) Construire un appareil de protection à l'épreuve des procédés et des moyens de l'ennemi. Ce sera le rôle du contre-espionnage défensif, dans ses aspects préventifs et répressifs. Cela impliquera la définition préalable du secret de la défense nationale, la répartition des attributions entre les ministères de l'intérieur et de la défense nationale, la refonte de la législation sur l'espionnage.

3) Tromper l'ennemi avec un plan cohérent d'intoxication que le C.E. offensif devra mettre en oeuvre " [76].

On retrouve une typologie assez proche - mais avec des divergences de termes - chez Jean-Pierre Alem, pseudonyme d'un ancien responsable des services techniques du S.D.E.C.E. :

"*La diversité de ses objectifs a conduit à subdiviser les activités du contre-espionnage en trois branches : le contre-espionnage défensif, le contre-espionnage répressif, et le contre-espionnage offensif. Le contre-espionnage défensif est une opération de renseignement qui consiste à recueillir toutes les informations possibles sur les services secrets adverses (...) Accessoirement, le contre-espionnage défensif a une mission de protection du SR. (...) Lorsque les espions ont été identifiés et localisés par le contre-espionnage défensif, ils sont neutralisés - c'est-à-dire, en principe, arrêtés - par le contre-espionnage répressif (...) Le contre-espionnage offensif est la branche du service qui recrute et manipule les agents doubles, et qui, par leur canal, instille l'intoxication.* " [77]

Ces deux textes ne sont en désaccord que sur le sens du "*contre-espionnage défensif*". Pour Paillole, ce C.E. défensif rassemble les tâches de prévention (que l'on peut appeler C.E. préventif) et de répression (le C.E. répressif) alors que pour Alem, le C.E. défensif est la recherche de renseignement sur les services adverses, activité que Paillole considère comme l'une des deux fonctions du C.E. offensif. Lequel a, par ailleurs, une fonction d'intoxication de l'adversaire que les deux auteurs soulignent.

Dans le suite de ce travail, nous nous proposons de nous en tenir pour l'essentiel à la typologie de P. Paillole - qui fut l'un des pères spirituels français du contre-espionnage français (même après son départ de l'armée en 1945) - sous réserve

---

[76] P. Paillole, *op. cit.*, p. 72.

[77] Jean-Pierre Alem, *L'espionnage et le contre-espionnage*, P.U.F., 1980, pp. 87 et 88.

d'une légère simplification, à savoir la disparition du terme controversé de C.E. défensif. On se contentera donc de distinguer trois fonctions de contre-espionnage :

- le contre-espionnage préventif qui assure la protection permanente des secrets et des organismes intéressant la défense,

- le contre-espionnage offensif qui se charge de collecter les renseignements sur les opérations des services étrangers et - le cas échéant - de mener des opérations d'intoxication de ces services (ce sont souvent, en effet, les mêmes agents qui fournissent des informations sur les services adverses et qui sont en mesure de les intoxiquer),

- le contre-espionnage répressif qui assure la fonction légale de mener les enquêtes judiciaires, d'identifier et de livrer à la justice les auteurs d'infractions touchant les secrets de défense [78].

Cette distinction des fonctions ne recoupe pas complètement la distinction entre les services. D'une part, certaines fonctions peuvent être exercées concurremment par plusieurs services, sous réserve des limitations territoriales envisagées plus haut. D'autre part, certains services peuvent se voir confier plusieurs missions parallèles.

C'est ainsi qu'au risque de simplifier, on peut établir la répartition fonctionnelle suivante :

- le contre-espionnage préventif est une fonction collective largement partagée entre les services : d'un côté, le S.G.D.N. et les différents hauts fonctionnaires de défense qui lui rapportent (cf. infra - IIème Partie, Chapitre II), de l'autre, deux services spécialisés, la D.S.T. et la D.P.S.D.,

- le contre-espionnage offensif est réparti, sur la base des distinctions territoriales évoquées plus haut, entre deux services : la D.S.T. et la D.G.S.E.,

- le contre-espionnage répressif est le monopole de droit de la D.S.T., assistée, le cas échéant par les autres services de police.

---

[78] Cette décomposition ternaire correspond, par exemple, approximativement à la présentation du contre-espionnage faite par un écrivain américain, ancien collaborateur des services américains pendant la guerre froide. Il distingue au sein de ce qu'il appelle *"le renseignement négatif"*, trois aspects différents : la sécurité (mesures de protection pour conserver le secret), le contre-renseignement (dans lequel, il range - outre la censure - la surveillance et l'infiltration des organisations adverses de renseignement) et, à proprement parler, le contre-espionnage, (c'est-à-dire la détection et la répression des violations du secret, qui *"est fondamentalement une activité policière"*) (L. Farago, *op. cit.*, pp. 303 à 305).

Cette répartition des rôles, que nous allons étudier en détail, reflète sans la respecter scrupuleusement la distinction traditionnelle des fonctions de base du contre-espionnage. Mais elle contrevient à l'autre principe issu de l'expérience du S.R. français d'avant 1945, à savoir l'unité conceptuelle et opérationnelle du contre-espionnage. On a vu, notamment, comment le colonel Paillole a quitté l'armée en 1945 en raison de son désaccord sur la scission entre les tâches de sécurité militaire et de contre-espionnage offensif, alors qu'il souhaitait conserver un schéma plus traditionnel, du type de celui existant aujourd'hui encore en Grande-Bretagne, à savoir : un service unique de contre-espionnage (ie M.I.5) couvrant l'ensemble des fonctions, assisté ponctuellement d'un service de police spécialisée lui apportant son concours pour procéder légalement à la *"neutralisation"* des espions (la *"Special Branch"* de Scotland Yard) [79].

§ 2. - *La comparaison avec les situations étrangères*

Même si on a l'habitude de considérer que la dialectique D.S.T./D.G.S.E. est l'exacte réplique des systèmes étrangers (M.I.5/M.I.6, F.B.I./C.I.A., ...), il faut considérer que l'organisation française des compétences en matière de renseignement et de contre-espionnage est plus complexe qu'il n'y paraît et qu'elle conserve de nombreuses spécificités dues à son émergence historique. Par rapport, notamment, aux situations britanniques et américaines, remarquons ainsi que :

- la France se distingue de la Grande-Bretagne, par un éclatement plus prononcé du contre-espionnage et par le fait que la D.S.T. est à la fois un service de renseignement et un service de police judiciaire, alors que le M.I.5 n'a aucune fonction policière [80] et fait appel pour les procédures judiciaires à la Special Branch de Scotland Yard. Par ailleurs, les Britanniques possèdent un service unique spécialisé dans le renseignement électronique, le G.C.H.Q. (qui travaille aussi bien en matière de renseignement extérieur que de contre-

---

[79] Comme le soulignait Pierre Nord (de son véritable nom le colonel Brouillard), ancien officier de renseignement du S.R. français durant la guerre, *"le remarquable Contre-Espionnage de la IIIème République a toujours laissé avec joie la répression à la Sûreté"* (Pierre Nord, *Mes camarades sont morts*, Librairie des Champs-Elysées, 1947, réédition J'ai Lu, 1968, Tome 2, p. 98).

[80] Ce service, dit pudiquement *"Security Service"*, était même sans existence juridique officielle jusqu'au *Security Service Act* de 1989. De même, le nom et la photographie de son directeur étaient traditionnellement tenus secrets, jusqu'à la nomination de son titulaire actuel, Mrs Stella Remington. Notons cependant que des velléités de réforme ont été émises en 1992 par certains cadres du M.I.5 qui se sont déclarés favorables à l'attribution du pouvoir d'arrêter les suspects dans le cadre des activités du M.I.5 en matière de contre-espionnage et de contre-terrorisme (cf. sur ce point, Gary Murray, *Enemies of the State*, Simon & Schuster, Londres, 1993, p. ix).

espionnage), alors que les moyens français en la matière demeurent très dispersés [81],

- la situation américaine, quant à elle, se différencie essentiellement par le fait qu'en matière de contre-espionnage, le service de police compétent sur le territoire national n'est pas un organisme spécialisé (comme la D.S.T.) mais la police fédérale elle-même, le F.B.I., qui n'y consacre qu'une partie modeste de son activité. A cela s'ajoute la pluralité des services de renseignement extérieur (C.I.A., N.S.A., D.I.A., services des Armées, State Department) à la différence de la position de la D.G.S.E., seule responsable du recueil du renseignement clandestin à l'étranger.

Cela dit, les grands pays industrialisés connaissent aussi - outre des difficultés endémiques de coordination et d'empiétement territorial des activités de leurs différents services [82] - des incertitudes et des débats de principe sur le rôle et l'organisation du contre-espionnage. En Grande-Bretagne comme aux Etats-Unis, les services de contre-espionnage ont, en effet, fait l'objet de nombreuses critiques, soit en raison de leur supposé manque d'efficacité à l'encontre d'éventuelles pénétrations par des agents étrangers, soit, d'un tout autre point de vue, du fait de leur trop grande tendance à empiéter - au nom de la sécurité nationale - sur les libertés individuelles et la vie politique et sociale intérieure du pays [83].

---

[81] Cf. nos développements sur le contrôle de la cryptologie, infra - IIème Partie, Chapitre III.

[82] Concernant les relations et les difficultés de frontières entre le F.B.I. et la C.I.A., on constate qu'aux Etats-Unis, comme en France, la rivalité territoriale entre les services peut être le reflet de traditions et d'objectifs divergents : *"Dans les actions de contre-espionnage, la C.I.A. doit, théoriquement, coopérer avec le F.B.I., en prenant en main les éléments de la filière extérieure au territoire tout en laissant le F.B.I. libre d'agir sur le plan intérieur. Mais dans la pratique, l'organisation garde d'ordinaire sous son contrôle les opérations d'infiltration qu'elle monte à l'encontre de la partie adverse, lors même qu'elles se déroulent sur le territoire des Etats-Unis ; la tâche, fondamentalement défensive, consistant à interdire aux Soviétiques de recruter des agents à l'intérieur des Etats-Unis reste du ressort du F.B.I.. (...). Les responsables de la C.I.A. (qui) ont tendance à considérer les agents du F.B.I. comme de simples officiers de police, manquant des ressources imaginatives nécessaires pour enchevêtrer ou pour débrouiller les trames complexes du contre-espionnage. Le F.B.I., par contre, tend à considérer les agents du contre-renseignement un peu comme des dilettantes qui s'égarent dans leurs subtilités. Bien que les tentatives d'infiltrations de la C.I.A. dans les services soviétiques ou dans ceux d'autres parties adverses n'aient guère été couronnées de succès, elle n'en continue pas moins à réclamer le bénéfice d'une liberté d'action plus grande sur le territoire des Etats-Unis, en prétendant que le F.B.I. ne saurait rivaliser avec le K.G.B. dans ce domaine complexe"* (Victor Marchetti et John D. Marks, *La C.I.A. et le culte du renseignement*, 1974, traduction française : Robert Laffont, 1975, p. 199).

[83] Cf. notamment, sur la Grande-Bretagne, Gary Murray, *op. cit.* ; K. D. Ewing & C. A. Gearty, *Freedom under Tatcher - Civil Liberties in Modern Britain*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 129 à 208 ; Sur les Etats-Unis : Morton Halperin & *alii*, *The Lawless State - The Crimes of the US Intelligence Agencies*, Kingsport Press, 1976.

On relévera simplement, à titre d'exemple, de cette réflexion commune sur les missions et les structures du contre-espionnage dans une société démocratique, les évolutions qu'a connue la définition du contre-espionnage dans la réglementation fédérale américaine au cours des années soixante-dix.

La directive du Conseil national de sécurité n° 5 du 21 avril 1958 (renouvelée le 18 janvier 1961, puis le 17 janvier 1972) définissait le contre-espionnage comme

> *"l'activité de renseignement dont la production est dédiée à la destruction de l'efficacité des menées inamicales des services de renseignement étrangers et à la protection de la sécurité de la nation, de ses personnels, informations et installations contre l'espionnage, le sabotage et la subversion. Le contre-espionnage inclut le fait de se procurer, de développer, de conserver et de diffuser l'information relative à l'activité des groupes clandestins hostiles et le fait de pénétrer, manipuler ou de réprimer les individus, groupes ou organisations conduisant de telles activités."*

Cette définition a été abandonnée en 1978 par l'Executive order n° 12036 du président Carter (du 24 janvier 1978), qui fut repris dans l'Executive order n° 12333 du 4 décembre 1981 :

> *"Le contre-espionnage s'entend des informations recueillies et des activités conduites en vue de la protection contre l'espionnage et les autres activités de renseignement, le sabotage ou les assassinats perpétrés par ou pour le compte de puissances étrangères, organisations ou personnes ainsi que contre les activités des organisations terroristes, mais sans inclure les programmes de sécurité relatif aux personnes, aux documents, aux sites et aux communications."*

On remarque, notamment, dans cette évolution des termes, l'impact des évolutions liées à la fin de la guerre du Vietnam, au scandale du Watergate ou encore à la révélation de la *"chasse aux taupes"* menée au sein de la C.I.A. durant les années soixante [84] et à l'introduction d'une législation de contrôle parlementaire de l'activité des services de renseignement [85]. La conséquence en a été le rejet d'une définition trop

---

[84] Cf. sur cet aspect, David Martin, *The Wilderness of mirrors*, Harper & Row, New York, 1980, traduction française : *K.G.B. contre C.I.A.*, Presses de la Renaissance, 1981 ; David Wise, *Molehunt - The Secret Search of Traitors that scattered the C.I.A.*, Random House, 1992, traduction française : *La stratégie du soupçon - Enquête sur la paranoïa de la C.I.A.*, Plon, 1994.

[85] Ce contrôle résulte principalement du titre V ("Accountability for Intelligence Activities") du *National Security Act* de 1947 tel qu'il a été introduit en octobre 1980.

globale du contre-espionnage comprenant aussi bien l'aspect répressif que préventif et offensif, au profit d'une restriction du contre-espionnage aux seuls aspects offensifs et répressifs, le volet préventif de l'activité étant isolé (en raison, sans doute, de sa sensibilité au regard du respect des libertés individuelles). Très naturellement, cette rupture de l'unité du concept américain de contre-espionnage a été fortement critiquée par les tenants d'un contre-espionnage élargi et centralisé, tel qu'il se pratiquait à la C.I.A., notamment, lorsque James Angleton la dirigeait [86].

SECTION III. - Les services impliqués dans la tâche de contre-espionnage

Sous-Section I. - Le Service de sécurité de défense (S.S.D.)

Ce service, naguère directement rattaché au Secrétaire général, fait partie depuis quelques années de la Direction des Moyens gouvernementaux, des plans et de la sécurité (M.P.S.) qui gère notamment les moyens de transmission gouvernementaux, les P.C. souterrains de Taverny et de Mont-Verdun, la défense civile et économique et la sécurité de défense [87]. Il est composé de quatre bureaux : réglementation et sensibilisation, classifications et habilitations, Cosmic et accords, sécurité des installations sensibles [88].

Une annexe à un rapport parlementaire sur le budget 1984 nous donne quelques informations concrètes sur l'activité du S.S.D. [89]. Son action s'étendait alors sur sept domaines principaux :

- la réglementation générale est sa première et fondamentale fonction. Il est notamment l'auteur des principales instructions interministérielles relatives à la protection du secret, notamment l'instruction 1300 et l'instruction 2000. Il intervient également au nom du Premier ministre dans certains discussions interministérielles

---

[86] Cf. notamment, les remarques critiques de son ancien adjoint, Newton S. Miler "Counterintelligence at the Crossroads", in Roy Godson (ed.) *Intelligence requirements for the 1980's : Elements of Intelligence*, National Strategy Information Center, Washington, Transaction Books, réédition 1983, pp. 45 à 70.

[87] Cf. Jean Guisnel et Bernard Violet, *Services secrets - le pouvoir et les services de renseignements sous François Miterrand*, La Découverte, 1988, pp. 142 et 143.

[88] D'après l'organigramme du S.G.D.N. publié par J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, p. 140.

[89] J. Huygues des Etages, *Avis de la commission de la défense nationale sur le budget pour 1984*, Assemblée nationale, 1ère session ordinaire 1983/1984, séance du 6 octobre 1983, document n° 1738, fiche n° 8, pp. 34 à 36.

concernant des projets de lois ou de décrets dont l'application peut avoir une conséquence sur la protection du secret. C'est ainsi que le document parlementaire cité plus haut signale qu'en 1983 le S.S.D. a été consulté sur le projet des lois Auroux concernant les droits des travailleurs (ce qui l'a amené à préparer une directive spécifique sur la compatibilité de ces nouveaux textes avec les règles de protection du secret, cf. infra, IIème Partie, Chapitre II) ainsi que la refonte du statut général des fonctionnaires et le projet de réforme du Code pénal.

Enfin, le S.S.D. a fourni dans la même période une dizaine d'avis techniques aux juridictions répressives statuant sur des violations du secret de défense. En effet, c'est ce service qui assume la fonction de consultant des tribunaux pour l'évaluation du caractère secret d'une information et des dommages pouvant résulter de sa compromission (cf. infra, IIIème Partie, Chapitre III) :

> *"Nous émettons simplement des avis techniques sur les dossiers lorsque notre avis est recherché par la Justice, en particulier pour l'estimation des dommages"* [90].

- les inspections de sécurité sont l'une des missions permanentes du service qui, comme le prévoit l'instruction 1300, doit effectuer des inspections dans les sites traitant des informations Très secret-défense ou, éventuellement, Secret-défense. En 1983, le rapport parlementaire faisait état de *"58 missions correspondant à 24 inspections de poste A.F.A.* (Attaché des Forces Armées : c'est-à-dire attaché militaire des ambassades de France) *ou missions militaires à l'étranger, 17 inspections en province et 65 à Paris et région parisienne"* [91].

- la sécurité du *"Très secret-défense"*, est assurée par le S.S.D. pour le compte du Premier ministre à qui le décret du 12 mai 1981 a confié cette responsabilité (cf. infra, IIème Partie, chapitre II). En 1983, le rapport de l'Assemblée relevait uniquement dans cette rubrique des actions en matière d'informatisation des différents dossiers et documents relatifs au *Très secret* (habilitations, classifications, suivi des documents classifiés, ...).

- la protection des informations classifiées étrangères confiées à la France est, de la même façon assurée par le S.S.D.. La France a en effet mis en place un système de protection réciproque des informations classifiées avec l'O.T.A.N. et certains pays

---

[90] Interview du général de Barry, secrétaire général de la défense nationale, "Les limites du secret scientifique", *La Recherche*, n°151, janvier 1984, p. 126.

[91] *Ibid.*.

alliés ou neutres (comme la Suède). A ce titre, le S.S.D. assure la gestion du réseau Cosmic (classification O.T.A.N.) français et préparait en 1983 la refonte d'une instruction interministérielle n°2100 relative à *"l'application en France du système de sécurité de l'Alliance"*.

- la protection du patrimoine scientifique et technique, dont nous analyserons plus bas (cf. infra, IIème Partie, Chapitres II et III) l'origine et le contenu, étaient encore en 1983 du ressort du S.S.D.. Elle est aujourd'hui assurée par un autre service du S.G.D.N., la direction scientifique et des transferts sensibles. En 1983, comme aujourd'hui [92], elle se résumait essentiellement à la mise en application de l'instruction interministérielle n°486, c'est-à-dire à la mise au point de la liste des *"établissements à régime restrictif"* et des pays *"à réglementation spéciale"*, ainsi qu'à la sensibilisation des responsables des centres de recherche et à la gestion des demandes d'autorisation de visites et de stages.

- la protection du secret en informatique, est de la même façon, un domaine dont le S.S.D. a perdu le contrôle après la création en 1986 de la Délégation Interministérielle à la Sécurité des Systèmes d'Information (D.I.S.S.I.) [93] puis son rattachement direct au S.G.D.N. en juillet 1987 [94] (cf. infra).

- la sensibilisation aux investigations clandestines étrangères est également l'une des préoccupations régulières du S.S.D. qui organise chaque année des stages de sensibilisation pour différents auditoires (attachés des forces armées, commissaires stagiaires de la D.S.T., personnels administratifs, informaticiens, scientifiques, ...). En 1983, six stages et quatre journées avaient été organisés ainsi qu'un stage spécifique pour les membres de la commission de réforme du Code pénal.

Au total, ce service, pauvre en moyens humains et matériels [95], exerce plusieurs missions essentielles qui le place au coeur du dispositif de protection du secret et de contre-espionnage en France :

---

[92] Cf. infra - IIème Partie, Chapitre III et B. Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation", in Bertrand Warusfel (sous la dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, Travaux du centre Droit et Défense, Documentation Française, 1993, p. 145.

[93] Cf. B. Warusfel, "Sécurité informatique et défense : la délégation interministérielle pour la sécurité des systèmes d'information", *Défense nationale*, février 1987.

[94] Cf. Jean Guisnel & Bernard Violet, *op. cit.*, pp. 144 et s..

[95] Cf. Assemblée nationale, *op. cit.*.

- en matière de contre-espionnage préventif, il édicte la réglementation relative à la protection du secret, il coordonne les actions des services opérationnels (D.S.T., D.P.S.D., D.S.P.S., ...) et il intervient directement dans la protection du Très secret-défense.

- en matière de contre-espionnage répressif, il formule les avis techniques sur la gravité des atteintes et le caractère secret des informations compromises, rôle dont nous verrons plus bas l'importance déterminante pour la formation de la conviction du juge pénal (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

Sous-Section - La Direction de la surveillance du territoire (D.S.T.)

La Direction de la surveillance du territoire est le principal organisme de contre-espionnage français et ses compétences couvrent la totalité des trois fonctions énoncées plus haut : le contre-espionnage préventif, le contre-espionnage offensif et le contre-espionnage répressif.

C'est d'ailleurs ainsi que le service se présente souvent lui-même, que ce soit dans un article de la revue de la Police nationale [96] ou par l'intermédiaire d'un de ses anciens directeurs qui reprend le même schéma de présentation, en décrivant son ancienne direction comme :

"- *Un service de renseignement qui recherche directement par ses agents ou grâce aux informations que doit lui fournir tout organisme public ou privé, ou même par l'initiative de simples particuliers, le moindre indice d'une activité d'espionnage sur notre sol. A ce titre, la D.S.T. reçoit le concours de tous les corps de police, de la gendarmerie et des douanes.*

- *Un service de police judiciaire spécialisé, qui doit mener les enquêtes, les interrogatoires, établir toutes les procédures concernant la sûreté extérieure de l'Etat et les transmettre aux magistrats de la Cour de sûreté de l'Etat, seule juridiction, à l'époque où j'exerçais mes fonctions, ayant à connaître de ces crimes.*

- *Un service de sécurité, qui travaille en liaison avec la sécurité militaire, avec le service de protection du C.E.A. (Commissariat à l'Energie Atomique), et avec tout service public ou privé chargé de préserver nos secrets industriels. A*

---

[96] "La Direction de la surveillance du territoire", *Revue de la Police nationale*, février 1983.

> *ce titre, il revient également à la D.S.T. de sensibiliser à ces problèmes toutes personnes susceptibles d'être une cible pour les services de renseignement étrangers.* " [97]

Le décret du 22 décembre 1982 redéfinissant les attributions de la D.S.T. précise bien, d'ailleurs, que ce service a la charge *"de centraliser et d'exploiter tous les renseignements se rapportant aux activités mentionnées à l'article 1er* (activités inspirées, engagées ou soutenues par des puissances étrangères et de nature à nuire à la sécurité du pays) *et que doivent lui transmettre, sans délai, tous les services concourant à la sécurité du pays"* et *"de participer à la sécurité des points sensibles et des secteurs clés de l'activité nationale, ainsi qu'à la protection des secrets de défense"* (article 2) [98].

Bien que ses structures et ses moyens soient couverts par le secret de défense, on sait que ce service est divisé, classiquement, entre des services centraux regroupés à Paris et en région parisienne et des subdivisions régionales et locales et que, de plus, son organigramme

> *"fait apparaître une distinction rigoureuse entre, d'une part, les organes de caractère opérationnel, chargés de conduire les enquêtes sur le terrain, et, d'autre part, les sections d'études, sédentaires, chargées de digérer la production maison, de la confronter avec les apports extérieurs et d'entretenir une documentation vivante sur tous les aspects des ingérences étrangères.* " [99].

De même, un rapport parlementaire indique que la direction centrale comprend *"un cabinet et quatre sous-directions, respectivement spécialisées dans :*

---

[97] Jean Rochet, *Cinq ans à la tête de la D.S.T. - 1967-1972, la mission impossible*, Plon, 1985, p. 16. On retrouve à nouveau le même schéma de présentation dans les souvenirs de Marcel Chalet, directeur du service de 1975 à 1982, recueillis par Thierry Wolton, *Les visiteurs de l'ombre*, Grasset, 1990, p. 24.

[98] Ce décret de 1982 succède à un texte secret signé par le général de Gaulle et Georges Pompidou, Premier ministre, le 26 août 1964, aux termes duquel, *"sous l'autorité du ministre de l'intérieur, la Direction de la surveillance du territoire a la charge de la lutte contre les activités d'espionnage et d'ingérence des puissances étrangères sur les territoires relevant de la souveraineté française (...). Elle assure sur ces territoires la recherche et le contrôle de ces activités. Elle y a notamment la charge de la manipulation des agents du contre-espionnage et de contre-ingérence (...) et peut, le cas échéant, poursuivre cette manipulation à l'extérieur (...). Elle centralise les renseignements se rapportant aux activités mentionnées ci-dessus et aux moyens, méthodes et objectifs des services de renseignement étrangers.."* (cité par *Valeurs Actuelles*, *op. cit.*, pp. 6-7).

[99] M. Chalet et T. Wolton, *op. cit.*, p. 25.

- *le contre-espionnage,*

- *la protection du patrimoine et la sécurité,*

- *la lutte anti-terroriste,*

- *l'administration (services techniques et informatiques).* " [100]

Une source plus récente - mais globalement cohérente avec ce rapport - évoque cinq sous-directions : contre-espionnage, sécurité et protection du patrimoine, terrorisme international, services techniques, administration générale [101].

La complémentarité des deux premières sous-directions, l'une plus offensive, l'autre plus préventive, correspond bien à la dualité des missions précisées par l'article 2 (cf. supra) et témoigne de la philosophie opérationnelle de ce service. Comme le souligne, en effet, Marcel Chalet, les équipes de la D.S.T. emploient deux méthodes complémentaires pour mener à bien leurs missions de contre-espionnage : "*observer l'adversaire sur sa base de départ - l'ambassade, la mission militaire ou commerciale - ou l'attendre sur son terrain de travail, localisé par ce que l'on connaît de ses objectifs*" [102]. La première relève du contre-espionnage offensif traditionnel et la seconde plus particulièrement des tâches de prévention, de sensibilisation et de sécurité.

La troisième sous-direction évoquée par le rapport sénatorial est connue également sous l'appellation de la "*division anti-terroriste*" qui a été progressivement constitué à la fin des années soixante-dix, en élargissant les objectifs et les moyens de la division Moyen-Orient créée en 1974 [103]. Cette division comprendrait plusieurs sections dont l'une, intitulée B2 couvrirait l'Europe et le Moyen-Orient et l'autre, B3, est spécialisée dans les affaires liées à l'Amérique latine [104]. Cette division anti-

---

[100] Lucien Lanier, *Rapport de la commission de contrôle chargée d'examiner la gestion administrative, financière et technique de l'ensemble des services relevant de l'autorité du Ministre de l'Intérieur qui contribuent, à un titre quelconque, à assurer le maintien de l'ordre public et la sécurité des personnes et des biens, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 13 décembre 1990*, Sénat, document n°347, seconde session ordinaire de 1990/1991, séance du 30 mai 1991, p. 68.

[101] Cf. Gilles Mermoz, "La culture de la D.S.T. : Les habitudes de la "maison"", *Valeurs Actuelles*, *op. cit.*, p. 20.

[102] M. Chalet et T. Wolton, *op. cit.*, p. 139.

[103] Cf. Daniel Burdan, *D.S.T. - Neuf ans à la division antiterroriste*, R. Laffont, 1990, pp. 62 et 63.

[104] P. Masson, rapport *op. cit.*, p. 126.

terroriste - dont les locaux auraient fait l'objet d'un attentat en mai 1980 [105] - semble fonctionner de manière très autonome par rapport aux équipes de contre-espionnage traditionnelles du service. Elle a reçu compétence du Gouvernement en 1982 [106] pour prendre en charge toutes les affaires de terrorisme *"international"*, à la différence des affaires de terrorisme d'origine nationale (type Action Directe) qui relèvent de la responsabilité prioritaire des Renseignements Généraux.

Parmi les services techniques centraux, la D.S.T. dispose depuis sa création de la Police des communications radioélectriques (P.C.R.) un service chargé *"de surveiller et d'intercepter les émissions des services de renseignement étrangers, à destination des territoires de souveraineté française et, en sens inverse, les émissions clandestines d'agent des puissances étrangères en direction de leurs centrales"* [107]. D'après les déclarations publiques de M. Rochet lorsqu'il était directeur de la D.S.T., ce service d'écoute aurait, par exemple, détecté, durant l'année 1970, *"73.500 vacations de Centrales étrangères à destination des agents qui se trouvent, soit sur notre territoire, soit sur les territoires alliés"* [108]. Et il semble que ce service central d'écoute radio-électrique soit décentralisé lui aussi, puisqu'un arrêté du 7 octobre 1946 organisant les services extérieurs de la D.S.T. précise que chaque secteur territorial possède un centre radio-goniométrique [109]. Mais, en raison du caractère particulièrement secret qui s'attache à cet aspect du contre-espionnage, il paraît difficile d'établir clairement les liens pouvant exister entre cette P.C.R., partie intégrante de la D.S.T. et le G.C.R. (Groupement des Contrôles Radioélectriques), organisme d'écoute rattaché au S.D.E.C.E. en 1973 [110], que certains auteurs semblent confondre avec la P.C.R. de la D.S.T. [111] alors que d'autres veulent y voir, en réalité, un service géré

---

[105] Cf. R. Faligot et R. Kauffer (*op. cit.*, p. 93) qui précisent que l'une des principales missions de cette division antiterroriste *"est de détecter dans les équipes diplomatiques des pays arabes les spécialistes des services spéciaux, ceux qui peuvent alimenter la guerre des factions rivales du Moyen-Orient à Paris. On peut juger de son efficacité lors de l'attentat de la rue Marbeuf"*.

[106] Cf. Louis-Jean Duclos, "Les pouvoirs publics et la campagne terroriste moyen-orientale : France 1896", *Etudes Polémologiques*, n° 1/89, p. 88.

[107] M. Chalet et T. Wolton, *op. cit.*, p. 26.

[108] Emission "Les dossiers de l'écran", 27 janvier 1971, reproduit en annexe par J. Rochet, *op. cit.*, p. 299.

[109] Cf. Henri Buisson, *La police - son histoire*, Vichy, 1950, p. 308.

[110] Cf. R. Faligot et P. Krop, *op. cit.*, pp. 321 et 406.

[111] C'est le cas de P. Péan, *op. cit.*, pp. 214 et s..

par le S.D.E.C.E. (aujourd'hui D.G.S.E.) mais dont *"le principal utilisateur est la D.S.T. qui fait procéder à des branchements dans des affaires de sûreté de l'Etat"* [112].

Parmi les autres services centraux, on trouve un service de documentation et d'exploitation qui assure la centralisation de tous les renseignements recueillis par les fonctionnaires du service [113] et qui bénéficie de *"sections spécialisées en province"* [114]. Cette idée de la centralisation des renseignements dans des fichiers centraux appartient à la tradition du S.R. français d'avant-guerre et a marqué R. Wybot lors de son passage au C.E. du B.C.R.A. à Londres (cf. supra - Section I.).

Et à ce service de documentation il faut adjoindre un service central de manipulation que Wybot était particulièrement fier d'avoir créé :

> *"Ma seconde innovation capitale, c'est la création d'un service central de manipulation, branche du renseignement que les militaires tenaient jusqu'alors pour leur chasse gardée. Pendant la guerre, le commandant Paillole, ce maître de la manipulation, m'avait fait prendre conscience de l'importance d'un tel service. On ne peut faire du contre-espionnage sans agents doubles, indicateurs et correspondants tenus en main."* [115]

Ce système de manipulation - qui s'appelle aujourd'hui *"division manipulation"* et dont le rattachement est mal connu [116] - se décentralise également sous la forme d'antennes de manipulation placées auprès des services opérationnels sur le terrain [117]. Le but de toute cette construction est - outre la préservation de l'identité des sources - d' *"assurer un contrôle total de la manipulation des informateurs, des agents simples ou doubles, depuis leur recrutement jusqu'à la cessation de leurs rapports avec le Service"*, et d' *"éviter que nos fonctionnaires ne se considèrent comme propriétaires et*

---

[112] Nicolas Fournier et Edmond Legrand, *Dossier E... comme espionnage*, Alain Moreau, 1978, p. 147.

[113] Cf. "Le renseignement de défense" in "La police en France", *La Nef*, n°14, juin-septembre 1963, p. 61.

[114] P. Bernert, *op. cit.*, p. 102.

[115] P. Bernert, *op. cit.*, p. 104.

[116] Cf. P. Péan, *op. cit.*, p. 89 ; *L'Express*, 12 juin 1987, p. 105.

[117] *"Comme dans toutes les brigades de la D.S.T., il existe à Metz un service 'manipulation'"* (D. Burdan, *op. cit.*, p. 21).

gestionnaires de leurs sources" [118] en les obligeant à faire à leur hiérarchie des comptes-rendus détaillés systématiques [119].

Au niveau local, la D.S.T. dispose de huit secteurs régionaux de Surveillance du Territoire subdivisés en brigades et en sections et de plusieurs postes implantés dans les D.O.M./T.O.M. [120]. Le services opérationnels centraux ont, quant à eux, une compétence régionale sur l'ensemble de la région parisienne. Mais la particularité de ce découpage territorial réside dans le fait que la structure de la D.S.T.

> "*est essentiellement verticale. Ses agents ne rendent pas compte au préfet. Tout, au plus, quand il y a une répercussion locale d'une affaire donnée, peuvent-ils les tenir au courant ; mais ils n'informent, ils ne rendent compte que sur ordre de la Direction centrale*" [121].

Si l'organisation et les méthodes de cette direction sont restées sensiblement similaires depuis sa création en 1944, il convient pourtant de signaler une évolution importante de ses orientations et de ses missions. En effet, si la D.S.T. demeure clairement l'organisme de droit commun en matière de contre-espionnage, deux préoccupations successives se sont surajoutées au fil des années à la mission traditionnelle de surveillance des agents étrangers.

Dans un premier temps, la mission de contre-espionnage préventif confiée à la D.S.T. et qui consista, dès 1953, à prendre en charge la surveillance et la protection des points sensibles du territoire, a conduit ce service à s'intéresser - au-delà du secret de défense stricto sensu - à la protection du patrimoine technologique national. Et l'affaire Farewell menée par la D.S.T. en 1981 (cf. supra) a joué le rôle d'accélérateur amenant le service à spécialiser des équipes dans la sensibilisation des entreprises et des centres de recherche et dans la lutte contre les transferts de technologies illicites.

Plus récemment, la prise en compte de la menace terroriste a conduit la D.S.T.

---

[118] M. Chalet et T. Wolton, *op. cit.*, p. 25. Voir aussi Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, pp. 86 à 90.

[119] Cette technique de la manipulation, qui comporte des règles très strictes concernant le recrutement d'une source, l'évaluation de sa fiabilité, l'attribution d'un nom de code (permettant de préserver le secret de son identité) est rapidement décrite par P. Péan, *op. cit.*, pp. 86 à 90. Mais il semble qu'elle a été reprise et développée également par les services des Renseignements généraux, selon des principes similaires, cf. *Le Canard Enchaîné*, 14 mars 1990, p. 3 ; Edwy Plenel, *La part d'ombre*, réédition Gallimard, 1994, pp. 164 et 165.

[120] Cf. *Revue de la police nationale*, *op. cit.*.

[121] *La Nef*, *op. cit.*, p. 61.

à intervenir massivement dans ce secteur, comme nous l'avons déjà évoqué. Et dernièrement, l'effondrement de l'U.R.S.S. et l'émancipation de ses satellites a relativisé l'importance des activités de lutte contre les services spéciaux de l'Est. Désormais donc la D.S.T. présente ses missions principales comme étant : le contre-espionnage classique, la lutte contre le terrorisme (étranger) et la protection du patrimoine industriel, scientifique et technologique [122]. Et l'ancien directeur de la D.S.T., le préfet Jacques Fournet évoque, plus largement encore

> "(le) *concept de sécurité, beaucoup plus large que celui de contre-espionnage* (qui) *a tendance à s'imposer. Il inclut naturellement la sécurité des institutions, la protection du patrimoine et surtout la lutte contre le terrorisme, en particulier le terrorisme d'origine étatique.* " [123]

Cette mutation des missions de la D.S.T. qui l'amène progressivement à se porter au devant des nouvelles formes de menace (terrorisme, désinformation, espionnage économique et technologique, ...) s'inscrit dans le même mouvement d'évolution que nous avons analysé dans le domaine législatif et qui a abouti à dépasser la notion d'atteinte à la défense nationale au profit de la protection des intérêts fondamentaux de la nation. Mais, au niveau d'un service comme la D.S.T., la transformation des méthodes et des mentalités s'avère importante : *"la D.S.T. doit aujourd'hui assumer une véritable révolution culturelle"* [124].

Sous-Section III. - La Direction de la protection et de la sécurité de défense (D.P.S.D.)

La Direction de la sécurité militaire, devenue organisme autonome le 1er octobre 1944 (cf. supra) a subi dans les années cinquante plusieurs modifications terminologiques, devenant successivement le Service de sécurité des forces armées (en 1948), puis - en 1953 - le Service de sécurité de la défense nationale et des forces armées, puis à nouveau la direction de la sécurité militaire (D.S.M.), consacrée définitivement organisme interarmées par le décret n° 61-323 du 5 avril 1961.

---

[122] Cf. la brochure de sensibilisation de la D.S.T. reproduite dans "Les trois fronts de la D.S.T.", *La Croix*, 29 janvier 1988.

[123] Jacques Fournet, "Actualité et perspective du contre-esplonnage", *Administration*, n° 154, janvier/mars 1992, p. 67.

[124] *Ibid.*, p. 70.

Ce texte fut remplacé, dans un premier temps, par un décret - non publié - du 28 décembre 1978, lequel fut, à son tour, très rapidement abrogé par la publication du décret du 17 décembre 1979 [125]. Ce nouveau décret définissait ainsi les missions de cette Direction du ministère de la défense, dans son article 2 :

> *"La Direction de la Sécurité militaire est le service spécialisé dont disposent les différents échelons du commandement pour leur permettre d'assurer la protection des personnes, des informations, des informations, des documents, des matériels et des établissements contre les ingérences et les menées subversives de tout ordre."* [126]

En 1981, le ministre de la défense, Charles Hernu - soucieux de faire perdre à ce service sa mauvaise réputation (acquise durant la guerre d'Algérie puis dans sa lutte contre les mouvements contestataires au sein des Armées) - remplaça la D.S.M. par la Direction de la protection et de la sécurité de la défense (D.P.S.D.) [127]. Le nouveau texte d'organisation ne changea pas profondément les missions de la direction, mais il donna une définition, à la fois plus complète, plus neutre (on fit disparaître les notions d'*"ingérences"* et de *"menées subversives"*) et surtout plus recentrée sur les préoccupations de protection du secret :

> *"La direction de la protection et de la sécurité de la défense coordonne les mesures nécessaires à la protection des renseignements, objets, documents ou procédés intéressant la défense, au sein des forces armées ou des organismes qui lui sont rattachés ainsi que dans les entreprises titulaires de marchés classés de défense nationale passés par le ministère de la défense conformément aux dispositions de l'article 238 du Code des marchés publics"* (art. 4)

Cet article 4 - comparé à l'ancien article 2 - fait une double référence au contexte juridique de la protection du secret de défense : l'énumération des supports du secret, conforme à celle du Code pénal de l'époque ; la notion de marché classé.

---

[125] D'après l'ouvrage critique, édité par le D.L.I.M. (comité pour les droits et les libertés dans l'institution militaire, créé par la Ligue des Droits de l'Homme), *"on croit savoir cependant que le décret de 1978 et celui de 1979 ne sont, en fait qu'un seul et même texte. La seule différence, c'est que le deuxième a été publié. Ce changement rapide peut être interprété comme une réponse de Monsieur Bourges et du Gouvernement aux informations précises et répétées mettant en cause la Sécurité militaire"* (Jean Dolent & Thomas Daquin, *La sécurité militaire*, Editions du Cerf, 1981, pp. 29 et 30).

[126] Cité par Jean Guisnel & Bernard Violet, *Services secrets - Le pouvoir et les services de renseignements sous François Miterrand*, La Découverte, 1988, p. 120.

[127] Sur ce remplacement, cf. notamment J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, pp. 120 à 122.

Mais l'article 3 est encore plus précis. S'il dispose, d'abord de manière très générale que la D.P.S.D. est chargée de *"participer à l'élaboration et à l'application des mesures à prendre en matière de protection et de sécurité"* et rappelle le rôle traditionnel du service en matière de *"répression du commerce illicite des matériels de guerre, armes et munitions"*, il énonce, surtout, deux autres niveaux de responsabilité :

> *"Prévenir et rechercher les atteintes à la défense nationale telles qu'elles sont définies aux articles 70 à 85, 100 et 418-1 du Code pénal ; Contribuer à assurer la protection des personnes susceptibles d'avoir accès à des informations protégées ou à des zones, des matériels ou des installations sensibles. En particulier, elle met en oeuvre la procédure d'habilitation prévue par l'article 8 du décret n°81-514 susvisé"*.

Ainsi officiellement redéfinie, l'action de la D.P.S.D. s'inscrit complètement dans le dispositif de protection du secret de défense au sein du ministère de la défense. Par rapport, à notre typologie des missions de contre-espionnage, la D.P.S.D. se situe de la manière suivante :

- rôle essentiel et prioritaire dans le contre-espionnage préventif, la D.P.S.D. (*"service essentiellement préventif"* [128]) étant l'outil de prévention du ministère de la défense, qui est le plus grand producteur et utilisateur de secrets de défense ;

- rôle mineur en matière de contre-espionnage offensif, puisque la D.P.S.D. est, par nature, tournée vers l'intérieur de l'institution militaire et non vers les potentiels adversaires qu'elle ne détecte que lorsque ceux-ci s'approchent d'une "cible" protégée par la D.P.S.D. (le seul domaine dans lequel la D.P.S.D. semble jouer un rôle offensif plus actif est celui des forces françaises hors du territoire national [129] : forces stationnées en Afrique, interventions humanitaires ou de maintien de la paix) ;

- rôle limité en matière de contre-espionnage répressif, puisque la D.P.S.D. doit se contenter de détecter les agissements dangereux, sans avoir aucune compétence judiciaire lui permettant de continuer d'intervenir dans la phase judiciaire [130] (où elle doit laisser travailler la gendarmerie et la D.S.T.).

---

[128] Interview du général Armand Wautrin - alors, directeur de la D.P.S.D. - in *Armées d'aujourd'hui*, n° 79, avril 1983, p. 7.

[129] Cf. J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, p. 123.

[130] Cela n'avait pas empêché la Sécurité militaire de procéder à de véritables internements

Son organisation interne - relevant dans le détail de textes classifiés - paraît confirmer cette orientation "préventive" de sa mission. Elle comporte, sur le plan fonctionnel - outre quelques services administratif chargés de la gestion de la Direction (1.600 personnes en 1989 [131]) - plusieurs divisions affectées respectivement à l'une des fonctions du service :

> *"la protection du secret, la prévention des atteintes à la sécurité des forces, la recherche des menées, la sécurité industrielle dans le cadre des marchés de défense, la sécurité des points sensibles militaires, la surveillance du commerce des armements"* [132].

Cette structure fonctionnelle centrale [133] se double d'une structure géographique très dense, qui est l'une des spécificités de la D.P.S.D. et qui assure

> *"un maillage territorial, calqué sur l'organisation des armées, qui permet une adaptation aux différents niveaux du commandement"* [134].

De plus, dans chaque unité ou établissement militaire un officier *"de sécurité"* est spécialement chargé des relations avec les échelons locaux de la D.P.S.D. (postes, détachements, antennes) [135].

---

administratifs temporaires lors de la découverte d'actes supposés répréhensibles dans des établissements militaires (cf. notamment, J. Dolent & T. Daquin, *op. cit.*, pp. 50 et 51, et 59 à 68 ; P. Péan, *op. cit.*, p. 96).

[131] *Terre Information*, n° 171, février 1989, p. 6.

[132] Général Roland Guillaume, "La direction de la protection et de la sécurité de la défense - Présentation et missions", *Administration*, n° 154, janvier/mars 1992, p. 75. On retrouve une énumération similaire - avec quelques nuances - dans un organigramme publié par une revue officielle de l'Armée de Terre (*Terre Information*, *op. cit.*, p. 6) et dans J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, pp. 122 et 123.

[133] Au sein de laquelle existerait, d'après certaines sources et sans que l'on en connaisse le rattachement hiérarchique précis, un service de la *"recherche"*, fonctionnant de manière clandestine et dont l'une des sections (dite la *"technique"*) serait chargée du recueil d'informations par des moyens illicites (notamment des visites domiciliaires) (Cf. J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, pp. 126 et 127 ; E. Plenel, op. cit., pp. 14 et 15).

[134] *Terre Information*, n° 171, février 1989, p. 7 (accompagné d'un schéma, figurant ce maillage aux échelons territoriaux des différentes armées).

[135] Cf. J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, p. 123.

Sous-Section IV. - La Direction générale de la sécurité extérieure (D.G.S.E.)

La Direction générale de la sécurité extérieure ne participe à l'action de contre-espionnage qu'au travers de ses prérogatives de contre-espionnage offensif définies par l'article 2 de son décret de création [136] consistant, hors du territoire national, à

- d'une part, rechercher des informations sur les activités des services de renseignement étrangers et, notamment, sur leurs opérations en cours ou prévues à l'encontre de la France,

- d'autre part, tenter d'entraver celles-ci, *"afin d'en prévenir les conséquences"*.

Ces deux missions complémentaires de contre-espionnage préventif sont remplies prioritairement, au sein de la D.G.S.E., par deux structures distinctes, dépendant - d'après deux organigrammes publiés dans des ouvrages journalistiques [137] de la Direction du renseignement. Celle-ci paraît regrouper, en effet, les services correspondant aux trois missions principales de la D.G.S.E. (à savoir la Recherche, l'Action et la Protection, symbolisés par l'acronyme *"R.A.P."* [138]).

Le service de contre-espionnage (le C.E.) a, naturellement, en charge la recherche d'informations sur les intentions et les actions des services adverses. Il reçoit - comme son homologue de la Recherche (chargé du renseignement) des informations en provenance des deux sources traditionnelles de la D.G.S.E. : le réseau des postes installés sous couverture diplomatique à l'étranger et les sources dites "techniques" (à savoir les écoutes radio-électriques du G.C.R., ainsi que divers autres moyens d'interception techniques, comme ceux mis en oeuvre par l'ancien service VII). Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment, ce service du contre-espionnage de la D.G.S.E. et la D.S.T. sont censés travailler conjointement et respecter leurs aires géographiques respectives, mais cette coordination entre les deux services de contre-espionnage est demeurée longtemps théorique [139].

---

[136] Décret du 2 avril 1982, *op. cit.*.

[137] Cf. J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, p. 156 (organigramme considéré comme celui de la D.G.S.E. à la date de la publication de l'ouvrage : 1988) et R. Faligot & P. Krop, *op. cit.*, p. 318 (organigramme du S.D.E.C.E. en 1971).

[138] Sur ce concept, cf. notamment C. Melnik, 1994, *op. cit.*.

[139] Il est encore trop tôt pour savoir si la nomination à la tête de D.S.T., le 7 octobre 1993, du préfet Philippe Parant, ancien directeur administratif et financier de la D.G.S.E. entre 1983 et 1986, peut modifier les relations entre les deux services qui sont, depuis quelques années, dirigés chacun par un membre du corps préfectoral.

L'évolution des enjeux et des menaces au niveau international (cf. sur ce point, infra - IIème Partie, Chapitre III) a conduit la D.G.S.E. à renforcer les moyens de son contre-espionnage [140], notamment dans deux domaines sensibles : le contre-espionnage industriel et le contre-terrorisme, qui semblent constituer aujourd'hui deux cellules spécialisées au sein du C.E. [141].

Le service Action (le S.A.) est, pour sa part, chargé des actions clandestines de *"neutralisation"* à l'étranger des menaces dirigées contre les intérêts français. Son action clandestine se situe, généralement, à l'extérieur des frontières (à l'exception de cas très particuliers - et très critiqués - comme durant la guerre d'Algérie, ou lors de l'attaque de la grotte de Gossana en Nouvelle-Calédonie en 1988) et dans l'illégalité par rapport aux lois des pays dans lesquels il opère [142]. Mis en accusation après le scandale créé par la révélation de son action contre le Rainbow Warrior de Greenpeace, il a été restructuré en 1985 avec la fermeture de sa base d'Aspretto et la re-création du 11ème bataillon de choc. En dehors de ses interventions à l'extérieur pour agir contre des activités étrangères qui menaceraient la France, les unités du service Action sont parfois mises à contribution dans le cadre du contre-espionnage préventif pour mener, par exemple, des exercices d'infiltration destinés à tester les protections de certains sites sensibles [143].

A ces deux structures dépendant de la Direction du renseignement, il faut ajouter le service de sécurité, organisme de contre-espionnage interne de la D.G.S.E., qui a la charge d'empêcher ou de détecter d'éventuelles pénétrations du service par des organisations adverses. Ce service - souvent dirigé par un officier supérieur de gendarmerie - est directement rattaché au directeur général, après avoir été longtemps

---

[140] Ce renforcement du C.E. aurait été engagé durant la période de direction de Pierre Marion (cf. *L'Express*, 12 novembre 1982).

[141] Cf. P. Masson, rapport *op. cit.*, p.132 et l'organigramme publié in R. Faligot & R. Kauffer, op. cit,, p. 147. Cf. aussi les déclarations de M. Claude Silberzahn (alors directeur de la D.G.S.E.) : *"Le contre-espionnage politique n'est plus pour une véritable priorité (...) L'espionnage d'aujourd'hui, essentiellement économique, scientifique, technologique et financier, relève de la lutte commune que nous menons avec la direction de la surveillance du territoire (D.S.T.) avec laquelle nous entretenons aujourd'hui une collaboration étroite. De fait, l'appareil classique de contre-espionnage est devenu, pour une large part, un appareil de contre-terrorisme"* (Le Monde, 31 mars 1993, p. 18).

[142] On pourrait dire du S.A. ce qu'Edwy Plenel rapporte, à propos de la section "technique" de la D.P.S.D. (cf. supra) : *"l'illégal maison"* (E. Plenel, *op. cit.*, p. 14). Sur la frontière entre légalité et illégalité dans les services de renseignement français, cf. également B. Warusfel, "Structures et évolutions du renseignement en France", *op. cit.* , pp. 26 à 35.

[143] Cf., par exemple, une action menée dans les centrales nucléaires d'E.D.F. (*Le Canard Enchaîné*, 25 avril 1990).

dépendant de la division contre-espionnage [144]. Son rôle a été très contesté dans les années soixante, à l'époque où le transfuge soviétique Golitsine avait créé une forte psychose des "taupes" soviétiques dans les services occidentaux et avait affirmé qu'il existait un réseau soviétique infiltré à l'intérieur du S.D.E.C.E. [145]. Il assure notamment une surveillance très étroite des différents collaborateurs de la D.G.S.E. et supervise toutes les mesures de sécurité destinées à assurer l'étanchéité du service vis-à-vis des menaces extérieures [146].

Sous-Section V. - La Direction centrale de la sécurité du Commissariat à l'Energie Atomique

Le Commissariat à l'énergie atomique est un établissement public en charge de la conception et de la mise au point de l'ensemble des outils de la politique nucléaire de la France, tant en matière de production électrique civile, que sur le plan militaire avec le Direction des applications militaires (la D.A.M.), qui conçoit et fabrique les têtes des armes nucléaires françaises.

La sécurité des installations et des informations du C.E.A. est donc une priorité, car les motifs en sont nombreux et complémentaires : protéger le secret des armes ultimes de l'arsenal français, mais aussi limiter les risques de prolifération du savoir-faire et des matières nucléaires dans le monde, ou encore conserver en permanence une avance technologique et industrielle dans le domaine des usages pacifiques de l'atome qui sont, potentiellement, sources de retombées économiques pour l'industrie nucléaire française sur le marché mondial.

Pour toutes ces raisons, la protection du secret est devenu une sorte de "religion" à l'intérieur du C.E.A., d'autant que la contestation anti-nucléaire (écologiste et/ou pacifiste) a incité ses responsables à éviter au maximum de donner

---

[144] Cf. Pierre Marion, *La mission impossible - A la tête des Services Secrets*, Calmann Lévy, 1991, p. 23 ; *Libération*, 18 septembre 1985, p. 8.

[145] Sur cette affaire, cf. notamment R. Faligot & P. Krop, *op. cit.*, chapitre XI, pp. 266 à 290.

[146] Cf., par exemple, *Le Monde*, 5 septembre 1985. L'ancien directeur général Pierre Marion fait une remarque surprenante qui pourrait faire douter de l'efficacité du dispositif de sécurité interne du service. Il affirme qu'à son arrivée au S.D.E.C.E. (qui va rebaptiser D.G.S.E.), *"lorsque je demandais les textes d'organisation, on me dit qu'il n'en existait aucun, même pas une instruction sur l'application au S.D.E.C.E. des règles de secret"* (Pierre Marion, *Le pouvoir sans visage - Le complexe militaro-industriel*, Calmann Lévy, 1990, p. 100 ; même remarque dans son autre ouvrage, *op. cit.*, p. 24). Une autre anecdote semble confirmer cette insuffisante prise en compte des règles de protection du secret : les noms, grades et adresses complètes de cinquante-quatre officiers en poste à la D.G.S.E. figuraient dans la version 1987 d'un annuaire d'anciens élèves de Saint-Cyr (cf. J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, p. 227).

prise à la critique ou au soupçon par une trop grande information sur les activités du C.E.A. [147]. André Giraud, haut fonctionnaire (X-Mines) qui fut son administrateur général entre 1970 et 1976, (avant de continuer à veiller sur le secteur, d'abord comme ministre de l'Industrie, puis en 1986 comme ministre de la défense) fut l'un de ceux qui ont beaucoup contribué à ce que la protection du secret demeure une priorité constante de l'action du C.E.A. [148].

Dotée dès l'origine, et du fait de sa structure monolithique [149], d'une forte liberté d'action et d'initiative dans son domaine, le C.E.A. a obtenu de traiter directement sa politique de sécurité et de protection du secret au travers d'un service interne, dénommé successivement Service de sécurité, Département de sûreté et de protection du secret (D.S.P.S.), puis - depuis quelques années - direction centrale de la sécurité. Il a comme tâche essentielle la préservation des informations secrètes traitées et produites par le C.E.A., ainsi que l'a rappelé une réponse gouvernementale à une question parlementaire :

> "*Ces missions de protection du secret sont confiées au département de sûreté et de protection du secret. Directement rattaché à l'état-major du C.E.A., ce département oeuvre sous couvert de protocoles d'accord avec les services nationaux, lesquels ont détaché à cet effet des fonctionnaires en activité comme conseillers techniques.* " [150]

Mais, s'il est tout à fait logique qu'un organisme de cette taille et de cette importance, possède un service de sécurité interne en charge de protéger ses secrets, il ne faut pas se méprendre sur le caractère atypique du rôle et des moyens de la direction centrale de la sécurité. En réalité, ce service ne se contente pas d'être l'équivalent du service de sécurité d'une grande entreprise, il effectue en réalité ses propres tâches de contre-espionnage (c'est-à-dire enquêtes d'habilitation, détection des menaces, surveillance du personnel et des sites) ainsi que le fait, dans les armées, la D.P.S.D.

---

[147] Ce secret nucléaire dépasse largement le nucléaire militaire et les limites du C.E.A. lui-même. Durant de nombreuses années, les activités du Service central de sécurité des installations nucléaires, chargé au ministère de l'Industrie de surveiller la sécurité des centrales nucléaires d'E.D.F., sont ainsi demeurées largement confidentielles. Ce n'est qu'en 1989 que le directeur général de l'Industrie a déclaré que *"le Gouvernement a décidé que* [sa] *mission était publique"* (cf. "Nucléaire : le secret sur la place publique, *Le Monde*, 29 juin 1989).

[148] Cf. P. Péan, *op. cit.*, pp. 100 à 103.

[149] Il en aurait certainement été autrement si la responsabilité des questions nucléaires en France avait été séparée entre, par exemple, l'E.D.F., les Armées et l'industrie privée.

[150] *J.O.R.F. Débats Assemblée nationale*, 1er mars 1982, réponse à la question écrite n° 7338 du 28 décembre 1981.

(cf. supra). Mais, on peut même estimer que la direction centrale de la sécurité est, à son niveau, plus autonome encore que la D.P.S.D. qui gère les procédures nationales de protection du secret de défense (définies et contrôlées par le SGDN) et qui doit cohabiter sur le terrain avec des services tels que la gendarmerie (force de police judiciaire des armées) ou la D.S.T..

La direction centrale de la sécurité, bénéficie, en effet, d'une situation beaucoup plus retranchée dans la mesure où le C.E.A. a obtenu le privilège d'établir ses propres classifications de secret (le "secret C.E.A.", cf. infra - IIème Partie, Chapitre II) dont il maîtrise - via la direction centrale de la sécurité - tous les éléments (habilitations, contrôle, protection, ...). Ce secret du C.E.A. n'est cependant fondé sur aucun texte de niveau gouvernemental et ne constitue juridiquement *stricto sensu*, au regard du décret du 12 mai 1981 sur la protection du secret de défense, qu'une classification de "*discrétion professionnelle*" (cf. infra - IIème Partie, Chapitre II).

Les conséquences de cette politique du secret absolu au C.E.A. ont été fortement critiquées depuis quelques années, non seulement par les milieux écologistes mais aussi, par exemple, par les parlementaires mécontents d'être écartés de l'accès à l'information dans ce domaine politique essentiel [151].

L'activité et les méthodes de ce qui était encore le D.S.P.S. avaient été également mises en cause en raison de son manque de coopération avec les autres services de contre-espionnage (notamment la D.S.T. [152]) et pour son activité de fichage excessive [153], qui lui aurait servi également à effectuer des enquêtes "privées" pour le compte d'entreprises [154]. Depuis lors, le C.E.A. a signé avec le Ministère de l'Intérieur

---

[151] Cf. le rapport Galy-Dejean sur la simulation des essais nucléaires cité infra - IIIème Partie, Chapitre II. Sur les difficiles rapports entre les Parlements et le secret, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III.

[152] Pierre Péan rapporte un propos sans ambiguïté d'André Giraud : "*Si j'avais appris qu'un de mes agents de sécurité avait eu un seul contact avec la D.S.T., je l'aurais mis immédiatement à la porte*" et affirme que le cas s'est effectivement produit (P. Péan, *op. cit.*, p. 102).

[153] Une enquête administrative diligentée en 1981 aurait découvert que le D.S.P.S. conservait environ 380.000 fiches de renseignement, alors que le C.E.A. ne compte que 30.000 employés, dont - selon la presse - 8.000 seulement seraient habilités (cf. *Le Canard Enchaîné*, 14 mars 1984). En réponse à ces révélations et à quelques autres, le secrétaire général du C.E.A. répondit simplement que "*le C.E.A. a une mission de défense nationale qui lui demande d'appliquer des critères fixés par le Gouvernement concernant la protection des activités sensibles avec une rigueur qui ne devrait pas surprendre. Cette mission est suivie en liaison avec les autorités compétentes en la matière*" (*Inter-info - bulletin du groupe C.E.A.*, n° 158, 15 mars 1984).

[154] Cf. "La force de frappe tranquille", *Le Canard Enchaîné*, dossier spéclal n° 12, septembre 1984, p. 54.

un protocole d'accord, réaffirmant les compétences de la D.S.T. en matière de contre-espionnage au sein du groupe C.E.A., et la direction du service a été confiée à des policiers issus, d'abord des Renseignements généraux puis de la D.S.T. [155].

SECTION IV. - La mutation nécessaire des structures et des compétences

Sous-Section I. - Un contexte en évolution rapide

Si l'organisation du contre-espionnage n'a pas beaucoup évolué depuis cinquante ans, il n'en est pas allé de même pour le contexte technique et politique dans lequel s'est inscrite son action. Dans cette période, on a assisté à l'apparition de nouveaux moyens d'action, au développement de nouvelles formes de menaces et à l'émergence de nouveaux adversaires.

§ *1. - L'évolution des moyens des services*

L'évolution des moyens tient essentiellement à l'essor des moyens de communication et à l'émergence - subséquente - d'une *"société d'information"*. Ce phénomène majeur a eu un double impact sur les méthodes et les moyens des services en charge du contre-espionnage et de la protection du secret.

L'interception des communications (COMINT) et de tous les signaux engendrés par les dispositifs électroniques (ELINT), renforcée par les outils d'observation spatiale, est devenue un moyen très efficace de renseignement (absence de source humaine fragile et dangereuse, possibilité d'écoute à grande distance, discrétion, ...). D'où la constitution de grandes agences spécialisées à l'étranger (N.S.A., G.C.H.Q.) et, en France le rattachement du G.C.R. au S.D.E.C.E. en 1973, puis - plus récemment - des efforts de remise à niveau de nos moyens techniques en la matière. D'où aussi, la nécessité parallèle de développer un véritable contre-espionnage électronique renforcant les moyens de défense des systèmes sensibles et étant capable de détecter les agressions électroniques et informatiques adverses. Cela a abouti en France en 1986 à la réorganisation des moyens gouvernementaux de cryptologie défensive et de sécurité informatique et à la création de la Délégation interministérielle

---

[155] Cf. P. Péan, *op. cit.*, p. 114. Dans un article paru en 1989, le directeur de la sécurité ne signale, cependant, le rôle de la D.S.T. qu'incidemment à l'occasion des mesures de sensibilisation du personnel, tâche pour laquelle, *"le C.E.A. fait appel aux services de police spécialisés - en l'occurrence la direction de la surveillance du territoire - et leur fournit les relais nécessaires sur le terrain"* (Gérard Vial, "La sécurité du C.E.A. - Une réponse aux diverses menaces de l'entreprise", *Réalités Industrielles/Annales des Mines*, octobre-novembre 1989, p. 137).

à la sécurité des systèmes d'information (D.I.S.S.I.) et du Service central de la sécurité des systèmes d'information (S.C.S.S.I).

Dans la société moderne d'information et de communication, la part de la recherche ouverte augmente considérablement. Ce n'est pas un phénomène nouveau puisque déjà en 1960 avait été créé l'infraction d' "*espionnage ouvert*" (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier). Mais ce phénomène prend des proportions croissantes, ce qui impose la réorientation de certaines ressources vers cette forme de renseignement (suivi des médias, sensibilisation, contacts journalistiques et universitaires, ...). Mais avec deux risques : d'une part, le risque de plus en plus grand de "*fuites*" de l'information secrète vers les médias et l'opinion publique ; d'autre part, le risque de désinformation volontaire ou involontaire, du fait de la sur-information [156]. Les nouvelles incriminations de l'article 411-8 (lutte contre les agents dormants) et 411-10 (fourniture de fausses informations) représentent une tentative d'adapter le dispositif répressif à ces nouvelles menaces de l'espionnage ouvert et de la désinformation).

§ 2. - *L'apparition de nouvelles menaces*

Parallèlement à l'évolution de ses moyens, le contre-espionnage fait face, depuis une quinzaine d'années, au développement de menaces pouvant atteindre les intérêts nationaux, mais distinctes des formes classiques de l'espionnage politico-militaire. On peut les regrouper, par ordre chronologique, en trois catégories : la compétition économique et technologique, le terrorisme, la criminalité organisée.

Dès que se sont estompés les aspects les plus "chauds" de la guerre froide à la fin des années soixante, la compétition économique et technologique internationale est devenue un enjeu de la sécurité des Etats et des grandes régions économiques. D'un côté, la concurrence croissante entre pays industrialisés, du fait de la montée en puissance du Japon et de la fin du système monétaire de Bretton-Woods. De l'autre, la rivalité Est-Ouest qui se transforme en une course à la technologie militaire et, pour le camp soviétique, en un effort intense de détournement de technologie sensible à double usage. La chute de l'U.R.S.S. et le mouvement mondial de dérégulation économique engagé dans la décennie quatre-vingt ont encore renforcé cet aspect des choses, à tel point qu'aujourd'hui un pays comme les Etats-Unis reconnait officiellement mettre en

---

[156] Ce phénomène de désinformation n'est pas nouveau, non plus, cf., par exemple, le schéma *in* Max Gallo, *Contribution à l'étude des méthodes et des résultats de la propagande de l'Italie fascite dans l'immédiat avant-guerre (1933-1939)* Mais, là aussi, le développement des médias et des systèmes d'information accroit fortement les effets de telles manipulations.

oeuvre une politique de "*sécurité économique*" qui consiste essentiellement en un vaste plan de renseignement offensif économique [157]. Le renseignement et le contre-espionnage économique et technologique deviennent donc ainsi de nouveaux domaines d'activité pour les services de contre-espionnage, peu préparés par culture et par recrutement à ce type de missions.

L'effort de certaines forces politiques du Tiers-Monde pour contourner l'ordre mondial bipolaire, alliée aux nouvelles facilitée de la technique et des communications (notamment aériennes) a engendré un développement des actes de terrorisme. Au fur et à mesure que ces agissements se sont attaqués aux intérêts des pays occidentaux, cette menace est devenue un objectif pour les services de sécurité. Mais sa nature même a perturbé leur *modus operandi* traditionnel : mélange entre logique de renseignement clandestin et travail de police criminelle, violation constante de la distinction entre territoire national et étranger, irruption de l'opinion publique et des médias dans le jeu.

Le sous-développement de certaines régions lié à la désintégration politique et économique de l'ex-U.R.S.S. et d'une large partie de l'Europe centrale et orientale, ont fait émerger au premier plan la menace, déjà présente depuis longtemps, des systèmes criminels organisés qui développent de nombreux trafics, celui des stupéfiants en premier lieu, mais aussi divers types de contrefaçon et de contrebande de technologies sensibles (notamment de technologies et de matières "proliférantes").

En France, la prise en compte des deux premières menaces s'est effectuée à la partir de la fin des années soixante-dix. Elle a notamment eu pour effet de donner à la D.S.T. une nouvelle légitimité, puisque ce service s'est fortement impliqué dans le contre-espionnage technologique (suite à l'affaire Farewell entre 1979 et 1981), puis dans la lutte anti-terroriste [158]. Mais ce fut aussi l'obligation pour les services de renseignement de travailler avec d'autres organismes de sécurité publique, jusqu'alors peu ou pas intégrés à la communauté du renseignement : les R.G., les Douanes (pour les trafics de technologie sensibles, puis la drogue), la gendarmerie (en particulier via le G.I.G.N. dans les interventions sur les actions terroristes, avec les dérives ultérieures liées à la constitution de la cellule anti-terroriste de l'Elysée).

---

[157] Sur les nouvelles tendances de la conflictualité économique, cf. Christian Harbulot, Techniques offensives et Guerre économique, ministère de la recherche et de la technologie/C.P.E., Aditech, n° 131, février 1990 ; Commissariat général du Plan, *Intelligence économique et stratégie des entreprises*, La Documentation française, 1994 ; Bertrand Warusfel, "Les entreprises face à l'arme économique" in *Industrie, Technologie et Défense*, *op. cit.*, pp. 37 et s..

[158] Sur cette "*montée en puissance de la D.S.T.*", voir notamment le chapitre ainsi dénommé dans Jacques-Marie Bourget & Yvan Stepanovitch, *Des affaires très spéciales*, Plon, 1986, p. 169 et s. ; voir aussi "*Services secrets contre terroristes*", L'Express, 12 juin 1987, p. 96.

La menace des formes *"mafieuses"* de criminalité organisée a plutôt été prise en compte, à l'origine, par les services de police judiciaire traditionnels. Ce n'est qu'après la chute de l'U.R.S.S. en 1989 que ce nouveau domaine a commencé à être pris en compte par les services de contre-espionnage, en raison notamment du caractère international de ces organisations criminelles et des liens qui pouvaient s'établir entre leurs activités et celles de services de renseignement étrangers, de groupes subversifs ou de trafics d'informations et de technologies sensibles.

§ 3. - L'accentuation du processus depuis la fin de l'U.R.S.S.

Toutes ces évolutions ont été accentuées par la mutation brutale provoquée par la fin de l'U.R.S.S. qui a véritablement mis fin à toute une logique de pensée et de comportement, dont les règles et les rites avaient été codifiés progressivement au fil de quarante années d'affrontement avec les services du bloc soviétique.

Il est clair que, *de facto*, cette nouvelle situation a justement fait passé au premier plan la prise en compte des nouvelles menaces, déjà connues, mais désormais considérées comme des priorités : le terrorisme, la prolifération d'armes non conventionnelles [159], le trafic de stupéfiants ou les activités du crime organisé. On a pu noter, à ce sujet, la convergence d'analyse entre deux anciens responsables de la D.G.S.E. : l'Amiral Lacoste, qui dénonce *"les mafias contre la démocratie"* [160] et Claude Silberzahn qui, dans son discours prononcé lors de son départ de la D.G.S.E., aurait notamment stigmatisé *"la quête effrénée de l'argent"* et *"la corruption"* [161].

Plus indirectement, les analyses géopolitiques et géo-économiques les plus récentes font apparaître le recul du pouvoir des Etats au profit d'acteurs non-étatiques plus mobiles et plus insaisissables (lobbys, mafias, milices, O.N.G., sectes, firmes transnationales, ...), ce qui induit de nouveaux modes de comportement internationaux et de nouveaux types de conflictualité [162]. Ces nouveaux acteurs, ces *"zones grises"* [163],

---

[159] Cf. Bertrand Warusfel, "Transferts internationaux de technologie et risques de prolifération" *Stratégique*, n° 50, F.E.D.N., 2ème trimestre 1991, et "La prolifération des technologies sensibles vers le Sud : menaces et perspectives de contrôle", *Cultures et Conflits*, n° 2, L'Harmattan, 1991, pp. 57 et s..

[160] Pierre Lacoste, *Les mafias contre la démocratie*, J.-C. Lattès, 1992.

[161] *Le Monde*, 9 juin 1993.

[162] Cf. Bertrand Warusfel, "Nouvel ordre mondial, acte II", *Politique Internationale*, n° 60, été 1993, pp. 366 et s. ; également Didier Bigo, "Les conflits post bipolaires : dynamiques et caractéristiques", *Cultures et Conflits*, n° 8, L'Harmattan, hiver 1992-1993, pp. 3 et s..

[163] Sur ce concept de *"zone grise"*, cf. notamment, Rémy Pautrat, "Le renseignement aujourd'hui, ou les nouveaux moyens de la puissance", *Le Débat*, janvier-février 1992, p. 156.

deviennent les nouvelles cibles du renseignement, ce qui oblige les services à adapter encore plus profondément leurs méthodes et leurs outils [164]. Le nouveau concept pénal des "*organisation étrangère ou sous contrôle étranger*" va dans ce sens.

Sous-Section II. - Des structures condamnées à évoluer

Héritant de modes d'organisation conçus entre 1872 et 1944 mais assistant à une transformation radicale de ses moyens et de ses objectifs, le système français de renseignement et de contre-espionnage apparaît - malgré les retouches récentes - en attente d'un nouveau cadre conceptuel et juridique.

§ *1. - L'indispensable coordination*

Nous avons déjà évoqué plus haut les problèmes endémiques de manque de coordination qui affecte le travail des services français de contre-espionnage. Il est clair qu'une amélioration en ce sens est la première priorité. Non que les relations inter-services se soient réellement dégradées : au contraire, certains estiment que des améliorations ont été réalisées et que la re-création du Comité interministériel du Renseignement en 1989 [165] a permis au Premier ministre de prendre un minimum d'initiatives en la matière. Mais beaucoup reste à faire si l'on compare la France aux situations étrangères (aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni notamment) et si l'on prend la mesure des enjeux contemporains.

A titre d'exemple sur les limites d'une structure comme le C.I.R. (qu'il s'agisse de sa version originale, ou de sa réactivation récente), on peut citer ce qu'en disait en 1971, M. Michel Debré, alors Ministre d'Etat en charge de la défense nationale :

> "*ce comité interministériel de renseignements n'a pas d'autre objet que de fixer des lignes d'action : en aucun cas il ne peut être évoqué devant ce comité composé, soit de ministres, soit de fonctionnaires, des questions qui relèvent de chaque service et qui ne peuvent être traitées en dehors du silence du cabinet du seul ministre responsable.* " [166]

---

[164] Sur la prise en compte de ces évolutions des menaces et des acteurs par les responsables de renseignement, cf. Jacques Fournet, "Actualité et perspectives du contre-espionnage", *Administration*, *op. cit.*, pp. 66 et s. et l'interview de C. Silberzahn, *Le Monde*, 31 mars 1993, p. 18.

[165] Décret du 20 avril 1989, abrogant et remplaçant le décret du 17 octobre 1962.

[166] *Sénat*, Débats, séance du 2 décembre 1971, p. 2623.

Le nouvel état de la menace brouille les distinctions classiques entre national et international, ou entre action de police et mission de défense. Le terrorisme en a fourni un exemple typique, à tel point qu'un organisme comme la D.S.T. a hésité à s'engager sur ce terrain qui lui paraissait éloigné de ses missions traditionnelles [167]. Le caractère hybride des menaces terroristes a rendu indispensable la coordination des informations non seulement entre les services de renseignement proprement-dit mais aussi avec d'autres services de sécurité publique (R.G., S.A.T., 6ème D.C.P.J., P.A.F., Gendarmerie, Douanes). La création du Bureau de Liaison Anti-Terroriste (B.L.A.T.), puis du Secrétariat d'Etat à la Sécurité Publique et de la cellule anti-terroriste de l'Elysée ont été les conséquences de ce besoin mais ont rapidement montré leurs limites, dans la mesure où ces institutions ont surtout mis en lumière la mauvaise volonté des services et l'incapacité du Gouvernement à leur imposer des règles de coopération loyales et opérationnelles [168].

Quelques domaines-clés sont plus particulièrement concernés par la nécessité d'une coordination renforcée entre les différents services :

. le contre-terrorisme, où après les errements de 1981-1982, des outils mieux étudiés se sont avérés relativement efficaces, tels l'U.C.L.A.T. au niveau opérationnel et au niveau politique, le C.I.L.A.T. [169]. Mais ce dispositif spécialisé peut-il être durablement conservé en l'état et séparé des autres aspects du contre-espionnage et du renseignement extérieur, alors même que l'analyse montre que le terrorisme a de nombreuses interfaces avec les affrontements politiques et ethniques, la criminalité organisée, les trafics d'armes, de drogue et de technologies sensibles ?

. la lutte contre les trafics de stupéfiants, atteint aujourd'hui les dimensions d'un problème de sécurité nationale aux multiples facettes (notamment financières). Elle relève donc, en France, de nombreux services dont les efforts ne sont pas toujours convergents : services spécialisés de police judiciaire, douanes,

---

[167] Cf. notamment les propos de Marcel Chalet, ancien directeur de la D.S.T. dans son livre d'entretien (avec T. Wolton) *Les visiteurs de l'ombre*, Grasset, 1990, pp. 231 et 251 ; voir aussi, *L'Express*, *op. cit.*.

[168] Pour une analyse critique des essais de coordination anti-terroriste, voir le Rapport Masson, *op. cit.*, p. 159 à 166 ; voir aussi Jean Guisnel et Bernard Violet, *Services Secrets - Le pouvoir et les services de renseignements sous François Mitterrand*, La Découverte, 1988, pp. 217 à 221.

[169] Cf. sur le sujet, L.-J. Duclos, *op. cit.*, pp. 100 à 102 (à noter que l'auteur y fait une erreur en affirmant que le Gouvernement Chirac a institué un *"Conseil national de sécurité"*, alors que la création d'une telle institution a toujours été refusée par la Présidence de la République et que l'organe de coordination créé par Chirac n'était qu'un *"Conseil de sécurité intérieure"*).

gendarmerie, la cellule financière TRACFIN spécialisée dans la lutte contre le blanchiment, mais aussi les services de renseignement et de contre-espionnage classiques.

. le renseignement électronique est en France un domaine excessivement éclaté. Si la DRM fait travailler conjointement désormais l'essentiel des moyens d'interception des Armées, la D.G.S.E. dispose du G.C.R., la D.S.T. possède ses propres centres d'écoutes de la P.C.R. (Police des Communications Radio-électriques) et travaille sur les risques de piratage informatique, tandis que le Premier ministre conserve la responsabilité du chiffre défensif (S.C.S.S.I., jusqu'en 1973 lié au G.C.R.) et du Groupement Interministériel de Contrôle (G.I.C.). Cette situation, qui reflète le désir des services de disposer de leurs sources techniques propres, nuit non seulement à la coordination et au recoupement du renseignement d'origine électronique, mais aussi à la cohérence et à la qualité des infrastructures (du fait notamment de l'absence de moyens budgétaires communs).

. le renseignement économique et technologique est, quant à lui, un domaine dans lequel aucun réel effort de centralisation n'a été tenté, sauf - peut-être - à l'occasion du Plan national de renseignement. Dans ce secteur, aucun des deux principaux services n'ont encore de compétences réellement établies, malgré la création d'une cellule spécialisée à la D.G.S.E. en 1982 (cf. supra) et le fait que la D.S.T. a développé une action importante de *"protection du patrimoine national"* auprès du milieu industriel [170]. Le savoir-faire est donc essentiellement, pour le renseignement économique, au Ministère des Finances et, pour les activités de veille technologique, au S.G.D.N. (à la Direction Scientifique et des Transferts Sensibles), à la Délégation générale pour l'Armement (et plus particulièrement à la D.R.E.T. et à la D.P.A.) et au C.E.A.. Le récent rapport du Commissariat général du Plan sur l'intelligence économique a, d'ailleurs, relevé - en des termes diplomatiques - que *"le dispositif d'intelligence économique français demeure très en retrait de l'efficacité des systèmes développés par "les concurrents-partenaires" de la France."* [171]

---

[170] Cf. les explications du Commissaire Caretto au colloque du Centre Droit et Défense, reproduites dans *Industrie, Technologie et Défense*, *op. cit.*, pp. 140 et 143.

[171] Commissariat général du Plan, *op. cit.*, p. 117.

La plupart des spécialistes et des anciens responsables de services [172] ont pris position pour un renforcement rapide et énergique de la coordination. Et, la plupart des récents gouvernements ont tenu à prendre ou à proposer des mesures en la matière. Le Gouvernement Chirac a ainsi mis en place un Conseil de Sécurité Intérieure, le Gouvernement Rocard a recréé le C.I.R. et le Gouvernement Cresson avait le projet d'une centralisation de la veille et du renseignement technologique, qui n'a pu aboutir.

Reste à trouver les formes de cette coordination renforcée. Si l'on désire aller au-delà de simples réunions officieuses (qui ne fonctionnent bien qu'en temps de crise ou dépende trop de la personnalité de leur animateur [173]) et si l'on ne va pas jusqu'au Conseil national de sécurité (qui bousculerait trop l'équilibre constitutionnel et où il serait difficile de faire siéger ensemble ministres et chefs de service), deux solutions peuvent être envisagées :

- La plus légère consisterait en la nomination d'un coordonnateur du renseignement, ayant des prérogatives hiérarchiques supérieures à celle du conseiller technique aux questions de sécurité, qui existe traditionnellement au cabinet du Premier ministre. Ce coordonnateur serait l'interlocuteur quotidien des services et assurerait la permanence du dispositif intergouvernemental mis en place autour du C.I.R.. La question a été posée, notamment par M. Pautrat [174] de savoir si ce coordonnateur ne devrait pas être placé auprès du Président de la République, plutôt qu'auprès du Premier ministre. Pour notre part, il nous semble que l'expérience de la cellule anti-terroriste de 1982 montre que l'appareil très politique et très resserré de l'Elysée convient mal à l'exercice permanent de coordination et de synthèse du renseignement. Et confier au Premier ministre un rôle actif en matière de renseignement correspondrait à la mise en oeuvre pleine et entière de l'esprit et de la lettre de l'Ordonnance de 1959.

- Mais si l'on souhaite que cette coordination ne se limite pas à l'orientation et à l'arbitrage entre les services, mais soit l'occasion d'une véritable synthèse opérationnelle de l'information, il conviendrait de créer une véritable cellule de coordination du renseignement, disposant (comme l'U.C.L.A.T. dans le

---

[172] MM. de Marenches, Marion, Lacoste, Chalet, Pautrat, Mermet se sont prononcés, d'une manière ou d'une autre, pour un renforcement de la coordination entre services.

[173] Comme ce fut le cas pour le préfet Doustin, ancien directeur de la D.S.T. qui organisa un suivi périodique des affaires de renseignement à Matignon lorsqu'il était directeur de cabinet de R. Barre (cf. M. Chalet & T. Wolton, *op. cit.*, p. 287.).

[174] R. Pautrat, *op. cit.*, p. 158.

domaine du terrorisme) d'une petite équipe de fonctionnaires détachés des différents services, auxquels pourraient s'ajouter quelques analystes. Cette cellule pourrait, par exemple, trouver sa place au sein du S.G.D.N., organisme du Premier ministre dont chacun s'accorde à penser que son rôle en matière de renseignement a été jusqu'à aujourd'hui insuffisant [175].

§ 2. - *La structure des services*

Mais la nécessaire coordination des services ne devrait être la seule réponse aux évolutions profondes du contexte dans lequel travaille la communauté française du renseignement. Les structures des services, largement inchangées depuis la Libération, peuvent justifier une révision dans certains de leurs aspects. Sans prétendre proposer ici une quelconque réforme d'ensemble, relevons simplement quelques exemples qui prouvent que le réexamen des structures a cessé d'être un tabou et s'avère nécessaire à terme.

On peut, par exemple, s'interroger sur la pertinence du maintien du rattachement de la D.G.S.E. au ministre de la défense [176]. Cette tutelle a toujours été équivoque. Soit elle signifie que, conformément à la doctrine traditionnelle, le renseignement demeure intrinsèquement un monopole militaire, ce qui apparaît en contradiction avec le concept de défense nationale élargi qui est la doctrine officielle française et ne peut que renforcer les conflits culturels avec la D.S.T.. Soit, la D.G.S.E. se veut véritablement un outil gouvernemental au statut civil et, dans ce cas, sa présence dans le ministère de la défense ne pourra que créer, à l'avenir, des problèmes de frontières avec la récente D.R.M. qui cherche légitimement à devenir le pôle de référence du ministère en matière de renseignement. De plus, son retour sous la tutelle de Matignon serait compatible avec le renforcement des pouvoirs de coordination du Premier ministre évoqué plus haut.

D'autres spécialistes ou anciens responsables des services ont, pour leur part, proposé des regroupements fonctionnels. C'est le cas du préfet Pautrat, ancien directeur de la D.S.T., qui s'est prononcé pour la création d'une structure unique dédiée au renseignement électronique [177], homologue de la N.S.A. et du G.C.H.Q.. Il en va de même pour la proposition faite il y a quelques années par Alexandre de

---

[175] B. Chantebout, *op. cit.*, p. 107 ; voir aussi J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, pp. 133 à 141.

[176] C'est, notamment, l'avis de Pierre Marion, "Renseignement et services secrets : la grande défaillance", *Le Figaro*, 19 juillet 1991.

[177] Rémy Pautrat, *op. cit.*, p. 159.

Marenches de rattacher à la D.S.T. la direction du contre-espionnage de la D.G.S.E. afin de revenir à l'unicité originelle du contre-espionnage [178].

Enfin, on doit citer le récent projet issu du Ministère de l'Intérieur qui visait à rapprocher - ou à fusionner - la D.S.T. et les Renseignements Généraux, pour constituer une vaste Direction générale de la Sécurité Intérieure [179]. Finalement abandonnée, cette tentative de réforme des services dépendant du Ministère de l'Intérieur témoignait néanmoins de l'atténuation des différences, en termes de méthodes et d'objectifs, entre le traitement des menaces intérieures (du domaine des R.G.) et de celles d'origine extérieure (relevant de la compétence de la D.S.T.).

---

[178] Christine Ockrent & Alexandre de Marenches, *Dans le secret des princes*, Stock, 1986, p. 308.

[179] Cf. *l'Express*, 17 juin 1993, p. 54 et *Le Figaro*, 26/27 juin 1993, p. 7.

CHAPITRE II

LES REGLES DE PROTECTION DU SECRET

Comme nous l'avons constaté dans la première Partie, la détermination des règles et procédures de protection du secret de la défense nationale est une compétence du pouvoir réglementaire qui l'exerce, pour l'essentiel, sous la forme d'instructions ministérielles et interministérielles non publiées. Il ne nous appartient donc pas de décrire de manière détaillée toutes les modalités pratiques de ce dispositif de protection que les autorités de défense ont souhaité soustraire à une trop grande publicité. De toute façon, notre propos n'est pas de décrire le fonctionnement opérationnel de cette protection, mais simplement d'en identifier les principes directeurs et d'en analyser les conséquences juridiques. Nous nous appuierons donc principalement ici, sur ce que la littérature ouverte et les autorités gouvernementales elles-mêmes fournissent comme informations en la matière, au risque parfois de demeurer dans une certaine imprécision ou de commettre une erreur mineure, faute d'une information complète ou de première main.

La méthode de protection appliquée en France repose sur une distinction classique entre trois catégories de règles : les règles concernant les supports d'information (Section I.), les règles applicables aux personnes (Section II.) et celles relatives à la protection des sites (Section III.).

SECTION I. - Les règles relatives aux supports d'informations

Sous-Section I. - Les différents niveaux de classification

§ 1. - Les fondements de la classification dans le décret de 1981

Les principes régissant la classification des informations sont établis par le décret du 12 mai 1981 [1] qui décrète dans son article 2 que

---

[1] 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'Etat, *J.O.R.F.*, 15 mai 1981 (Ce décret va être prochainement remplacé par un texte mieux adapté au cadre juridique posé par le nouveau Code pénal. Cf. supra - 1ère Partie, Chapitre 1er ; Bertrand Warusfel, "Protection du

"les renseignements, objets, documents, procédés intéressant la défense nationale et la sûreté de l'Etat qui doivent être tenus secrets font l'objet d'une classification comprenant trois niveaux de protection : Très secret-défense, Secret-défense et Confidentiel-défense".

Il définit également - dans des termes dont nous avons déjà signalés précédemment les similitudes avec certaines expressions employées dans l'ordonnance de 1960 (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier) les caractéristiques de chacune de ces trois catégories :

- la mention Très secret-défense (article 4) est réservée *"aux informations dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale et à la sûreté de l'Etat et qui concernent les priorités gouvernementales en matière de défense"* ;

- la mention Secret-défense (article 5 premier alinéa) est réservée *"aux informations dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale et à la sûreté de l'Etat"* ;

- la mention Confidentiel-défense est réservée *"aux informations qui ne présentent pas en elles-mêmes un caractère secret mais dont la connaissance, la réunion ou l'exploitation peuvent conduire à la divulgation d'un secret intéressant la défense nationale ou la sûreté de l'Etat"* (article 5 alinéa 2).

La définition de ces catégories partage le même esprit mais ne correspond pas toujours exactement aux classifications en vigueur dans d'autres pays occidentaux [2]. Prenons, à titre d'exemple, les définitions des classifications homologues existant aux Etats-Unis, telles qu'elles résultent de l'Executive Order n°12356 :

- *"Top Secret"* est réservé aux informations dont *"on peut raisonnablement penser que la divulgation non autorisée causerait un dommage grave et exceptionnel à la sécurité nationale"*,

- la mention *"Secret"* s'applique à des informations dont la divulgation ne pourrait causer qu'un *"sérieux dommage"* à la sécurité nationale,

---

secret de défense et des informations classifiées dans le nouveau Code Pénal", *Droit et Défense*, 94/3, p. 56).

[2] Un tableau comparatif des niveaux de classifications dans les différents Etats membres de l'O.T.A.N. a été publié, en annexe de l'accord O.T.A.N. sur le secret des inventions intéressant la défense (cf. Décret n° 65-234 du 26 mars 1965, portant publication de l'accord O.T.A.N. pour la sauvegarde mutuelle du secret des inventions intéressant la défense et ayant fait l'objet de demandes de brevet du 21 septembre 1960, *J.O.R.F.*, 1er avril 1965, p. 2565).

- la mention "*Confidential*" concerne, pour sa part, les informations dont la divulgation pourrait causer "*un dommage*" à la sécurité nationale.

Le principe à la base de cette décomposition est bien un principe "*finaliste*", c'est-à-dire que - comme dans le système français - c'est le danger que représenterait *a posteriori* la divulgation de l'information qui détermine sa classification *a priori*. Mais alors que le système américain prévoit une gradation uniforme - et, somme toute, très subjective entre trois niveaux de dommages [3] - le système français effectue une double différentiation :

- d'une part, une différence de contenu entre les informations qui concernent les "*priorités gouvernementales en matière de défense*" et les informations portant sur les autres domaines ou sur des aspects moins prioritaires de la défense. Cette distinction matérielle différencie le *Très secret-défense* des deux autres classifications ;

- d'autre part, une différence de nature entre les informations dont la divulgation nuirait directement à la défense nationale et celles qui ne peuvent que faciliter la compromission d'un secret. Cette distinction distingue le *Confidentiel-défense* des deux classifications supérieures [4].

§ 2. - *Les critères de détermination des niveaux de classification*

Cette double distinction qui cherche à éviter l'écueil d'une définition trop subjective à l'américaine, n'est pas non plus exempte de toute critique [5]. Il est vrai que les critères utilisés pour décider du niveau de classification d'une information ou d'un document ne sont pas publics et ne sont, d'ailleurs, peut-être pas toujours clairement

---

[3] Où passe réellement la frontière entre un dommage simple et un dommage "*sérieux*", voire un dommage "*grave et exceptionnel*" ?

[4] Il faut signaler, d'ailleurs, sur ce point que jusqu'au décret du 12 mai 1981, le *Confidentiel-défense* n'était même pas une classification secrète à part entière mais seulement une mention de "*discrétion professionnelle*" de la même manière que le Diffusion restreinte (Cf. J.-J. Rodilla, *op. cit.*, p. 34 ; A. du Cheyron, "Les secrets de la défense nationale" in Y. Loussouarn & P. Lagarde (sous la dir.) *L'information en droit privé - Travaux de la conférence d'agrégation*, L.G.D.J., 1978, p. 579). Parlant du *Confidentiel-défense*, on a pu également écrire que "*de même qu'il existe des "délits-obstacles", tel le port d'arme, qui ont pour objet d'éviter la commission d'infractions plus graves, le niveau Confidentiel-défense peut être assimilé à une "classification-obstacle" pour l'accès à des secrets de défense*" (Robert Blaser, "Le secret de défense", *Défense nationale*, mars 1990, p. 82).

[5] "*La frontière entre les espaces du secret est obscure - pourquoi telle information sera classifiée et telle autre non ? pourquoi la classer dans telle ou telle catégorie ? pourquoi telle information sera-t-elle, un jour, déclassifiée ? comment distinguer ce qui relève de la "priorité" gouvernementale ? - et hétérogène, du fait de la multiplicité des critères*" (Alain Dewerpe, *Espion - Une anthropologie historique du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994, p. 140).

identifiés. Plusieurs auteurs nous donnent, néanmoins, des indications à ce sujet. Il semble, qu'à l'origine, la différentiation s'effectuait surtout en fonction de l'ampleur de la diffusion que l'autorité émettrice entendait donner au document :

> *"La classification "Confidentiel" comporte une distribution limitée, mais qui peut encore être assez ample. Les documents catalogués "Secrets" peuvent encore atteindre plusieurs centaines d'ayant droit, mais les "Très Secrets" sont vus seulement par un nombre de gens très restreints, ne dépassant pas souvent deux ou trois"* [6].

Mais, ce critère de la diffusion - logiquement dominant en période de conflit ou de crise (dans lesquelles la sécurité est impératif absolu) - n'est plus aujourd'hui la raison prioritaire du choix d'un niveau de classification (il en serait plutôt la conséquence [7]). D'autres critères sont généralement pris en compte, de nature interne ou externe à l'information concernée. D'après Pierre Péan, par exemple, plusieurs éléments génériques seraient prioritairement pris en compte par le S.G.D.N. [8] :

- importance et finalité du document dans l'organisation et la politique de défense ;

- protection des sources de l'information contenue dans le document [9] ;

---

[6] Ladislas Farago, *War of Wits*, traduction française : *Les secrets de l'espionnage*, Presses de la Cité, 1955, p. 114 (cet ouvrage de Farago, écrivain américain ayant travaillé quelques années pour les services renseignements américains, donne une description assez précise des usages en vigueur dans les services occidentaux - notamment anglo-saxons durant la Seconde guerre mondiale et au début de la guerre froide).

[7] Les fonctionnaires engagés dans la protection du secret reconnaissent cependant que l'interaction continue à jouer dans les deux sens, comme le précise ce magistrat, alors chef du bureau réglementation au S.S.D. : *"il existe une espèce d'effet rétroactif des contraintes de la protection sur le choix du niveau de classification : il faut s'assurer que l'usage et la diffusion pressentis de l'information sont compatibles avec les mesures de protection imposées par ce niveau. A défaut, il faut se donner les moyens de respecter ces mesures ou renoncer au niveau de classification projeté"* (R. Blaser, op. cit., p. 83).

[8] Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, Fayard, 1986, p. 42.

[9] La protection des sources clandestines est l'un des motifs les plus fréquemment invoqués pour justifier la classification d'information (*"Pour tout service de renseignement, la protection de ses sources secrètes est un dogme"*, Amiral Pierre Lacoste, "Du renseignement et des hommes", *Défense nationale*, octobre 1994, p. 45). C'est particulièrement vrai en matière d'informations obtenues par voie d'interception (écoutes, décryptement de messages chiffrés) : la simple connaissance du fait qu'une information est connue d'un tiers peut permettre d'identifier la source de la fuite (par exemple, comprendre que les liaisons sont écoutées ou que le code est "cassé"). On peut citer notamment les mesures de protection du secret exceptionnelles qui ont été prises par les Britanniques pour sauvegarder le secret du percement des codes de la machine à chiffrer allemande Enigma (Cf. notamment, F. W. Winterbotham, *The Ultra Secret*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1974, traduction française : *Ultra*, Robert Laffont, 1976) ou par

- degré de sensibilité à l'égard de l'opinion publique ;

- importance de l'information aux regards des différents intérêts vitaux de la nation.

Plutôt que ces critères internes (c'est-à-dire qui déterminent le niveau de secret à partir de la situation française), Henri Debrun préfère mettre en avant

> *"l'intérêt, donc l'attrait que présente la connaissance de l'information considérée pour autrui et tout spécialement pour une puissance ou une organisation étrangère. C'est, par conséquent, l'intensité de cet attrait qui fixera le degré de la protection à assurer, en fonction, bien entendu, du préjudice que sa compromission ferait subir à la nation."* [10]

Ce critère externe (qui privilégie le point de vue de l'adversaire) n'est pas nouveau et à toujours été utilisé dans le domaine strictement militaire. Ainsi, pouvait-on lire, il y a plus de trente ans dans la *Revue militaire d'information* qu'une information ne doit devenir un secret militaire que si trois conditions sont remplies :

> *"Si l'ennemi peut les percevoir par un moyen quelconque* (...) *Si l'ennemi peut en déduire un enseignement intéressant quant à nos possibilités ou à nos intentions* (...) *Si l'ennemi peut utiliser cet enseignement."* [11]

---

les Américains pour préserver le secret sur leur décryptage des codes japonais - y compris à l'encontre de leur propre Président (*"Roosevelt fut lui aussi rayé de la liste Magic.* (...) *Il fut décidé que le département d'Etat fournirait dorénavant au Président de simples résumés, dont les termes seraient soigneusement choisis pour rendre impossible l'identification des sources"* James Rusbridger & Eric Nave, *Betrayal of Pearl Harbor - How Churchill Lured Roosevelt into World War II*, Simon & Schuster, New York, 1991, traduction française : *Trahison à Pearl Harbour - Comment Churchill a entraîné Roosevelt dans la Seconde Guerre Mondiale*, Pygmalion/Gerard Watelet, 1992, p. 131) ou encore pour protéger - conjointement avec les Britanniques - les premiers décryptages des codes soviétiques dans le cadre du programme Venona (Cf. notamment Peter Wright & Paul Greengrass, *Spycatcher - The Candid Autobiography of a Senior Intelligence Officer*, Viking Inc., New York, 1987, traduction française : *Spycatcher*, Robert Laffont, 1987, p. 307), au point sans doute de s'être abstenu de fournir à la justice américaine les messages interceptés prouvant la trahison des Rosenberg (Cf. David C. Martin, *Wilderness of Mirrors*, Harper & Row, New York, 1980, traduction française : *K.G.B. contre C.I.A.*, Presses de la Renaissance, 1981, p. 68).

[10] H. Debrun, *op. cit.*, p.444.

[11] Colonel Achard-James, "La conservation du secret militaire", *Revue militaire d'information*, n° 171, 10 avril 1951, p. 25.

C'est aussi l'avis plus récent d'un spécialiste du contre-espionnage qui estime que

> *"les règles de classification mettent en avant l'importance du secret dans notre propre système de défense. Il est pourtant évident que c'est la valeur attachée à ce secret par l'adversaire qui compte."* [12]

§ 3. - Les classifications spéciales "Très secret-défense"

En ce qui concerne les informations de niveau *Très secret-défense*, elles sont réparties, suivant leur objet, entre plusieurs *"classifications spéciales"* définies et gérées directement par le Service de sécurité de défense du S.G.D.N. (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier), pour le compte du Premier ministre. Le décret du 12 mai 1981 prévoit, en effet, dans son article 4, alinéa 2, que

> *"Le Premier ministre définit les critères et les modalités de la protection des informations Très secret défense, réparties en plusieurs catégories de classifications spéciales correspondant aux diverses priorités gouvernementales. Il désigne les autorités chargées de la mise en oeuvre des mesures afférentes à ce niveau de protection"*

D'après Jean-Jacques Rodilla, on compte notamment parmi ces classifications spéciales [13] :

- la classification *"Très secret Rubis"*, qui couvre les informations relatives à l'emploi des forces nucléaires stratégiques [14],

- la classification *"Très secret Diamant"*, pour la protection des informations très secrètes du renseignement,

---

[12] Cité par P. Péan, *op. cit.*, p. 42.

[13] J.-J. Rodilla, *op. cit.*, annexe 5.

[14] J.-J. Rodilla signale qu'il s'agit de la plus ancienne des classifications spéciales et qu'elle a été *"instituée par l'instruction particulière du Premier ministre n°1515/DN/SD du 10 juin 1964"* (J.-J. Rodilla, *op. cit.*, annexe 5) ce qui nous amène à comprendre que ces *"classifications spéciales"* sont une innovation de la Vème République, sans doute consécutive à la modification du système de protection du secret qui a suivie l'adoption de l'ordonnance de 1960.

- la classification *"Très secret Conseil"*, pour la protection des informations très secrètes traitées lors des Conseils de défense et des comités interministériels qui s'y rapportent [15],

- la classification *"Très secret Megal"*, pour la protection des informations très secrètes du *"mémento général"* [16].

Pierre Péan signale, pour sa part, l'existence - outre d'un *"Très secret Cosmic"* (couvrant les informations très secrètes de provenance O.T.A.N. - cf. infra) d'un *"Très secret Habile"* et d'un *"Très secret Olifant"*, sans donner de précisions sur leur contenu [17]. La particularité de toutes ces classifications spéciales est leur cloisonnement entre elles [18]: on accède à chacune d'entre elle par une procédure d'habilitation séparée gérée par le S.G.D.N., ce qui fait qu'une personne habilitée à l'une des classifications *Très*

---

[15] Cf. P. Péan, *op. cit.*, pp. 53 à 55 ; Cf. Jean Guisnel & Bernard Violet, *Services secrets - Le pouvoir et les services de renseignement sous François Mitterrand*, La Découverte, 1988, p. 234 ; A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 140.

[16] Le *"mémento général"* est le doçument rassemblant, au niveau national, l'ensemble des mesures à prendre pour assurer - en cas de crise ou d'agression - la défense des *"points sensibles"* du territoire (sur cette notion, cf. infra). Il existe également certains mémentos particuliers destinés aux ministères les plus importants. Tous ces documents sont fortement classifiés (cf. P. Péan, *op. cit.*, p. 146).

[17] Cf. P. Péan, *op. cit.*, p. 52.

[18] Un système de classifications spéciales existe également aux Etats-Unis : le *"Sensitive Compartmented Intelligence"* (S.C.I.) (les personnes qui y sont habilitées sont dites *"bigot"*, vieux terme déjà utilisé pour désigner les rares initiés connaissant les secrets du débarquement allié en Normandie en 1944 - cf. Alvin & Heidi Toffler, *War and Anti-war*, Little, Brown & Co, New-York, 1993, traduction française : *Guerre et contre-guerre - Survivre à l'aube du XXIème siècle*, Fayard, 1994, p. 225 ; Gilles Perrault, *Le secret du jour J*, Fayard, 1964, p. 110 et s. et L. Farago, *op. cit.*, p. 114). Mais ce système paraît avoir proliféré de telle façon qu'il peut occasionner un cloisonnement et des malentendus bureaucratiques préjudiciables à l'activité des services gouvernementaux comme en témoigne l'Amiral Turner, (directeur de la C.I.A. de 1977 à 1981) : *"La première règle pour tous les noms de code est que vous ne pouvez discuter des informations contenues dans un document portant un code donné avec quiconque n'a pas reçu l'autorisation d'accès à ce type de code. A mon niveau de responsabilité, je pouvais généralement compter sur mon équipe pour s'assurer que je n'évoquais les différents sujets qu'avec les personnes correctement habilitées pour traiter de chacune de ces catégories de sujets classifiés. Mais ce qui m'ennuyait, c'est que, comme le système était difficile à comprendre, d'autres qui n'avaient pas le soutien dont je disposais ne devaient pas respecter correctement les règles. Les racines de ce problème, comme je l'ai découvert, venait du fait que le nombre de noms de code avait proliféré aussi rapidement que les nouveaux systèmes technologiques. Les codes se superposaient ; et même lorsqu'ils émanaient de la même agence, il y avait de fortes duplications"* (Stanfield Turner, *Secrecy and Democraty - The CIA in Transition*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1985, p. 255).

secret n'a aucun droit à accéder aux documents relevant d'une autre. De plus, chacune de ces classifications est gérée physiquement par une structure autonome [19].

§ *4. - Les classifications O.T.A.N.*

Parallèlement aux trois mentions de classification établis par le décret du 12 mai 1981, existent en France - comme dans les autres Etats signataires du Traité de l'Atlantique Nord - les classifications O.T.A.N..

Cette protection administrative accordée aux documents de l'Alliance trouvait, jusqu'en 1994, son fondement dans les articles 103 et R.24 du Code pénal [20]. Désormais, elle est assurée au travers de l'article 414-8 du nouveau Code pénal qui dispose que

> *"Les dispositions des articles 411-1 à 411-11 et 413-1 à 413-12 sont applicables aux actes visés par ces dispositions qui seraient commis au préjudice des puissances signataires du traité de l'Atlantique-Nord."* [21]

Une instruction interministérielle n° 2100 du S.G.D.N. en date du 1er décembre 1975 (non publiée) régit l'application en France du système de sécurité

---

[19] *"Afin de protéger, en quelque sorte, les utilisateurs contre eux-mêmes (ils sont rarement des spécialistes de la sécurité), on va doubler ce réseau d'utilisation d'un réseau de sécurité (composé, lui, de professionnels) par lequel transiteront obligatoirement toutes les informations circulant entre les utilisateurs. Enfin, on installera au centre de ce réseau, tel le moyeu d'une roue, un service chargé de rassembler tous les signalements d'émission, de circulation et de destruction des documents classifiés, afin d'en connaître à chaque instant les détenteurs mais jamais leur contenu"* (R. Blaser, *op. cit.*, p. 85).

[20] L'article 103 ouvrait au Gouvernement le droit d'étendre, par décret en conseil des ministres, le bénéfice *"des dispositions relatives aux crimes et délits contre la sûreté de l'Etat aux actes concernant celle-ci qui seraient commis contre les Etats de la Communauté ou contre les puissances alliées ou amies de la France"* et l'article R. 24 pris par décret en application de l'article 103 prévoyait, justement, cette extension au profit des *"puissances signataires du traité de l'Atlantique nord"* (art. R. 24.2°).

[21] On remarque, à cette occasion, que le système de délégation réglementaire pour l'extension aux pays étrangers a été abandonné. En effet, comme le signale la circulaire de la Chancellerie, *"il n'était (toutefois) pas possible de conserver dans le nouveau Code pénal une disposition similaire à celle de l'article 103 dans la mesure où elle revient à donner à l'autorité réglementaire le pouvoir d'étendre, et donc de créer, des crimes et des délits : seul le législateur est compétent pour procéder à de telles extensions"* (Ministère de la Justice, Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 relative à son entrée en vigueur, *J.O.R.F.*, octobre 1993, p. 234). Ayant constaté que le seul pays, en dehors de l'O.T.A.N., avec lequel la France avait passé un accord de sécurité (et donc auquel elle avait étendu sa protection au titre du dernier alinéa de l'article R. 24) était la Suède, le législateur a donc créé également un article 414-9 qui étend législativement les dispositions pénales au bénéfice du Royaume de Suède.

applicable aux informations O.T.A.N. [22]. Ce système comporte trois niveaux de classification homologues des niveaux français, mais d'une définition identique à celle des classifications américaines :

- Cosmic Très Secret

"Cette catégorie de classification sera uniquement appliquée aux renseignements dont la divulgation non autorisée aurait des conséquences exceptionnellement graves pour l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord"

- NATO Secret

"Cette catégorie de classification sera uniquement appliquée aux renseignements dont la divulgation non autorisée aurait des conséquences graves pour l'O.T.A.N. "

- NATO Confidentiel

"Cette catégorie de classification sera uniquement appliquée aux renseignements dont la divulgation non autorisée serait préjudiciables aux intérêts de l'O.T.A.N. " [23]

§ 5. - La mention "Diffusion restreinte"

En deça des classifications de secret, la France comme la plupart des autres pays occidentaux et l'O.T.A.N., possède une mention de niveau inférieur qui vise simplement à empêcher la communication au public de documents ou d'informations qui, sans être secrèts (ni même pouvoir mener directement à des secrets, comme c'est le cas pour les informations classifiées *Confidentiel-défense*) doivent demeurer couverts par les règles du secret professionnel ou de ce que l'on appelle dans l'administration, la *"discrétion professionnelle"* (cf. infra). Les autorités françaises utilisent pour ce faire la mention *"Diffusion restreinte"* dont le décret du 12 mai 1981 dit simplement, dans son article 6 que

"il appartient à chaque ministre d'organiser suivant les nécessités de son département la protection des informations qui doivent faire l'objet d'une diffusion restreinte".

---

[22] Cf. Alain-Louis Mie, *L'administration et le droit à l'information*, Berger-Levrault, 1985, pp. 157 et 185.

[23] Décret n° 65-234 du 26 mars 1965, *op. cit.* ; également : A.-L. Mie, *op. cit.*, pp. 157 et 158.

L'usage de cette mention provoque deux effets juridiques complémentaires : d'une part, la communication d'un document "*Diffusion restreinte*" à une personne non autorisée entraîne l'application des dispositions pénales sur le secret professionnel et la discrétion professionnelle (cf. infra) ; d'autre part, elle contribue à rendre le document non communicable au public (la C.A.D.A. a, par exemple, décidé de refuser l'accès à l'instruction interministérielle n°1300 sur la protection du secret, pour cause de "*Diffusion restreinte*" [24]), et cela, malgré l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 qui a modifié l'article 10 du statut général des fonctionnaires (cf. infra). C'est ce qui ressort, par exemple, des orientations fixées aux ministères par le S.G.D.N. :

> "*D'une manière générale, toutes les informations d'un Département ministériel qui ne sont couvertes ni par le secret de défense, ni par une mention de protection de confidentialité spécifique, mais qui sont considérées comme non communicables au public, doivent recevoir la mention Diffusion Restreinte.* " [25]

Il faut également souligner, dans le nouveau contexte créé par la révision du Code pénal, que les dispositions de l'article 413-9 devraient pousser les autorités gouvernementales à préciser leur définition du "*Diffusion restreinte*", qui n'existe pas à proprement parler dans les textes publiés. En effet, la nouvelle définition pénale crée une présomption de secret de défense pour toute information "*intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion*", ce qui s'applique - de par la généralité de la formule - à toutes les informations "*Diffusion restreinte*" relatives à la défense nationale. En théorie, donc, le juge pénal devrait analyser chaque cas de divulgation non autorisée d'un tel document "*Diffusion restreinte*" afin de savoir si son contenu l'exclut bien du champ d'application du secret défini par l'alinéa 2 de l'article 413-9. Face à la présomption formelle de secret créée par le premier alinéa, il importerait que la mention "*Diffusion restreinte*" soit définie par l'autorité réglementaire [26] de telle sorte qu'elle constitue, à elle seule, une présomption du caractère non-secret de son contenu, au regard de l'alinéa 2.

---

[24] Cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II et l'avis *Syndicat C.F.D.T. des métallurgistes du Nord de la Seine*, 24 octobre 1985.

[25] *Protection des informations sensibles ne relevant pas du secret de défense - Recommandations pour les postes de travail informatiques*, n° 600 S.G.D.N./D.I.S.S.I./S.C.S.S.I., janvier 1990, p. 4.

[26] Dans le nouveau décret en Conseil d'Etat qui va remplacer le décret du 12 mai 1981 (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier).

§ 6. - *Les classifications internes à certains organismes*

A cette mouvance des classifications de secret et discrétion professionnelle, appartiennent aussi certaines classifications internes à des organismes publics ou para-publics. Les mesures de protection des informations mises en place par ces organismes s'apparentent, pour l'essentiel, à de simples mesures d'ordre privé visant à assurer la protection du secret de fabrique ou de secrets d'affaires [27], mais lorsque ces organismes publics travaillent dans des domaines sensibles pour la collectivité et que les informations en question sont manipulées par des personnels de statut public (soumis de ce fait à des obligations de discrétion professionnelle particulières), ces classifications s'assimilent également à une extension de la mention *"Diffusion restreinte"* évoquée plus haut. Il existe, par exemple, des mentions *"Confidentiel-industrie"*, *"Confidentiel-technologie"* [28], ou encore *"Confidentiel-commercial"*. [29]

Mais le cas le plus important en cette matière concerne le Commissariat à l'Energie Atomique (C.E.A.) au sein duquel il existe (comme nous l'avons déjà évoqué, cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier) des procédures internes de protection du secret très rigoureuses, mais qui ne relèvent du système classique de protection du secret de défense qu'en partie (celle qui concerne directement les activités de la Direction des Applications militaires (D.A.M.) du C.E.A. au profit du ministère de la défense et, plus particulièrement, de la Délégation générale pour l'Armement). Pour le reste, le *"Secret C.E.A."* appartient à cette zone floue des classifications parallèles, comme l'a reconnu officiellement le Gouvernement en réponse à la question d'un parlementaire en 1982 :

> *"La notion d'information de défense nationale est prise dans son acception la plus large en raison du caractère d'universalité de la défense affirmée par l'ordonnance du 7 janvier 1959 (...) Lorsqu'il s'agit d'informations ne relevant pas du secret de défense nationale, il faut distinguer celles qui sont traitées par des établissements ou des entreprises publiques de celles qui concernent des*

---

[27] Cf. notamment Miroslav Kovarik, "Un aspect particulier du droit des affaires en France : l'espionnage économique et industriel", *Les Petites Affiches*, n° 84, 14 juillet 1986, pp. 20 à 25 et n° 85, 16 juillet 1986, pp. 17 à 23.

[28] Cf. Jean Laveissière, "Le pouvoir, ses archives et ses secrets (à propos de l'affaire des avions renifleurs)", *D.*, 1984, XI.67.

[29] Ces trois classifications sont mentionnées, notamment, dans les conditions générales des conventions de recherche signées par la D.G.A./D.R.E.T. (cf. infra - IIème Partie, Chapitre III), reproduites en annexe in Guillaume Drago, "Les conventions de recherche passées par le Ministère de la Défense", in B. Warusfel (sous la dir.), *Industrie, technologie et défense*, *op. cit.*, p. 95.

entreprises privées. Le premier cas intéresse essentiellement le commissariat à l'énergie atomique. S'inspirant des textes réglementaires précités, ce dernier a créé un "secret C.E.A." (dont les règles générales sont élaborées par une commission spéciale) et un "secret Cogema" qui couvrent toutes les informations considérées comme sensibles au plan de l'innovation industrielle et du patrimoine du groupe C.E.A.." [30]

Pour autant, la pratique du C.E.A. est de traiter la protection de l'ensemble des secrets qu'il possède (qu'ils soient ou non des secrets liés à la défense) grâce à un système uniforme de classification, auquel l'on accède au travers d'une procédure d'habilitation spécifique géré directement par le C.E.A. et son service de sécurité [31]. Si, dans la pratique, ce *"Secret C.E.A."* autonome fait penser aux *"Restricted Data"* américaines qui couvrent toutes les informations secrètes relatives au nucléaire civil et militaire, il ne faut pas oublier cependant qu'aux Etats-Unis, ce dispositif de classification spécifique pour le nucléaire est fondé par une loi particulière, l'*Atomic Energy Act* de 1946 qui comporte ses propres sanctions pénales [32]. En France, en revanche, nous ne connaissons aucune disposition réglementaire spécifique au secret dans le domaine des technologies nucléaires, à la seule exception - très spécifique et très limitée - du décret du 3 avril 1980 qui instaure un contrôle préalable sur les études et recherches *"dans le domaine de la fusion thermonucléaire par confinement inertiel"* [33].

---

[30] *J.O.R.F. Débats Assemblée nationale*, 1er mars 1982, réponse à la question écrite n° 7338 du 28 décembre 1981.

[31] Pierre Péan mentionne notamment la volonté affirmée d'André Giraud, administrateur général du C.E.A. de 1970 à 1976, qui réforma le système du secret au sein du C.E.A. et pratiqua volontairement une politique *"d'autonomie du système de protection"*, allant jusqu'à se méfier aussi bien des autorités gouvernementales, que des militaires des Armées ou même de la D.S.T. (P. Péan, *op. cit.*, pp. 99 à 102). Sur la Direction de la sécurité du C.E.A., cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier.

[32] Cf. par exemple, James R. Newman, "Control of Information Relating to Atomic Energy", *The Yale Law Journal*, Vol. 56, mai 1947, n° 5, pp. 769 et s..

[33] Décret n° 80-247 du 3 avril 1980 relatif aux activités d'études et de recherches dans le domaine de la fusion thermonucléaire par confinement inertiel, *J.O.R.F.*, 6 avril 1980. Ce décret prévoit que *"toute personne physique ou morale se disposant à entreprendre ou à faire entreprendre de études et recherches dans le domaine de la fusion thermonucléaire par confinement inertiel doit en faire la déclaration auprès du secrétariat général de la défense nationale"*. Un comité sspécialié donne un avis sur le projet ainsi que sur on exécution et les éventuelles publication ou communications, en vue de respecter le secret de défense. Les travaux sur financement public dans ce domaine doivent faire l'objet d'une autorisation explicite du Premier ministre. Ce système - institué dans un domaine critique pour le développement de armes nucléaires de nouvelle génération et de la simulation des explosions nucléaires - est le seul système français prévoyant un contrôle préalable sur de recherches ou publications scientifiques (alors qu'aux Etats-Unis, par exemple, certains aspects de la cryptographie font l'objet de dispositions

Sous-Section II. - Les mesures de protection liées à la classification

Chaque niveau de classification se distingue des autres, non seulement par ses critères de définition (cf. supra) mais surtout par les mesures de protection qui y sont liées.

C'est, ainsi, par exemple, qu'il faut bien comprendre qu'entre le *Secret-défense* et le *Très secret-défense* qui sont deux mentions qui couvrent des secrets de défense au sens strict, la véritable différence pratique n'est pas dans la teneur de l'obligation de secret, mais simplement dans le renforcement des mesures de protection et des peines encourues [34].

Sans entrer dans tous les détails de ces procédures qui précisent avec minutie les règles applicables à la gestion pratique des supports d'informations classifiées - et qui sont, elles-mêmes couvertes par des mentions de classification ou de discrétion professionnelle - nous indiquerons simplement les principes essentiels qui les gouvernent.

Il s'agit, pour l'essentiel, de règles concernant l'identification, la diffusion et la conservation de ces supports [35].

§ *1. - L'identification des supports*

L'identification des supports d'information classifiée se fait, chaque fois que cela est possible, par le marquage de ce support d'une manière normalisée indiquant le niveau de classification et rappelant à toute personne amenée à voir se marquage que

similaires). Sur les raisons de non-prolifération et de protection du secret ayant conduit à prendre une telle mesure, cf. Michel Ferrier, "La non-prolifération : une question d'actualité", *Relations internationales*, n° 69, printemp 1992, p. 67.

[34] Cf. A.-L. Mie, *op. cit.*, p. 157.

[35] Sur l'ensemble de ces règles fixées par l'instruction interministérielle n° 1300 et les autres instructions spécialisées, cf. pour une vision d'ensemble du dispositif de protection pratique : A.-L. Mie, *op. cit.*, pp. 171 à 175 ; P. Péan, *op. cit.*, pp. 49 à 61 ; J.-J. Rodilla, *op. cit.*, pp. 42 à 46 (bien que son mémoire soit antérieur à la refonte de l'instruction n° 1300 en 1982).

l'accès à ce support est réservé à des personnes spécialement qualifiées pour ce faire [36]. Ce marquage remplit, en effet, une double fonction :

- une fonction administrative, qui permet aux détenteurs qualifiés de connaître le niveau de classification du document de manière à lui permettre de respecter les mesures de sécurité appropriées ;

- une fonction juridique, qui met en connaissance de cause les détenteurs qualifiés aussi bien que les tiers du caractère confidentiel du document, ce qui devrait permettre ultérieurement de présumer le caractère intentionnel d'une éventuelle compromission de ce secret.

Mais si le marquage est la solution d'identification appropriée à la protection d'informations sous forme scripturale, cette technique devient plus délicate à employer dans le cas d'objets (machines, dispositifs, armes, maquettes, ...), voire inadaptée à la protection des informations sur support immatériel (exposés oraux, stockage et transmission d'informations sous forme électronique). C'est là l'un des défis pratiques lancés par l'évolution des techniques et des modes de travail aux méthodes traditionnelles de protection du secret (cf. infra).

§ 2. - *La diffusion des supports*

La diffusion des supports d'information classifiée est le second aspect essentiel de cette méthodologie de protection et de gestion des supports du secret. Le principe en est la limitation de la diffusion aux personnes qualifiées et, pour ce faire, l'organisation d'une "traçabilité" permanente des supports. Les règles en question - plus ou moins strictes suivant les niveaux de classification [37] - interviennent à un double niveau :

---

[36] Certains auteurs ont relevé le caractère paradoxal du marquage du secret : *"Notons ce paradoxe d'un secret qui se matérialise, qui prend forme, qui se montre. Le plus sûr des secrets n'est-il pas celui qui s'est libéré des marques qui le dénoncent, partant, qui a pris les apparences de la plus grande publicité ? Le secret politique contemporain, bureaucratisé, paperassier, fier de lui-même, récuse la logique de la dissimulation qui a inspiré "La Lettre volée" : il a besoin de se faire reconnaître. Cette ambition de reconnaissance a elle-même des effets. Pour l'habilité, qui se voit à chaque feuillet reconnaître qu'il appartient au monde de ceux qui savent. Pour l'espion à l'affût du tampon révélateur. Pour l'outsider, porté à donner valeur à ce dont il est exclu"* (A. Dewerpe, *op. cit.*, pp. 141 à 142).

[37] Sur le plan des principes, il semble que la grande distinction existant entre les règles de gestion des informations classifiées *"Confidentiel-défense"* et celles classifiées *"Secret-défense"* est que le *"Confidentiel-défense" "nécessite une surveillance régulière"* alors que le *"Secret-défense" "exige une surveillance permanente"* (Georges Herrmann, *Guide pour la sécurité industrielle - guide à l'usage des agents de sécurité responsables de la protection du secret dans les marchés classés de défense nationale*, chez l'auteur, mars 1984, p. 31).

- le tirage et la reproduction des documents ne peuvent être assurés que dans des conditions permettant à l'autorité émettrice de garder un contrôle sur ces opérations et de permettre l'enregistrement et la numérotation des exemplaires réalisés [38]. De plus, la réglementation distingue entre les reproductions partielles et totales, lorsqu'il s'agit de documents *Secret-défense* [39]. Ces règles sont généralement complétées par des mesures propres à chaque type de moyen de reproduction (photocopieuse, télécopieur, imprimante, micrographie ...).

- la circulation physique des supports est encadrée par des obligations portant, notamment sur l'établissement de listes de diffusion, l'enregistrement des personnes en ayant reçu communication, l'envoi du courrier sous double enveloppe et les bordereaux d'accompagnement [40], l'utilisation de convoyeurs ayant reçu un agrément particulier (cf. infra).

§ 3. - La conservation et la destruction des supports

La conservation des supports d'informations classifiées est le dernier aspect sensible de la gestion des supports qui fait l'objet de règles contraignantes pour les détenteurs d'informations classifiées. Il faut savoir qu'il s'agit d'un problème fort important étant donné le volume fréquemment élevé d'informations classifiées détenues par certains services. A titre d'exemple, on a pu évaluer le nombre de documents

---

[38] A titre d'exemple des risques que peut comporter une gestion non rigoureuse des règles régissant la reproduction et la diffusion des documents classifiés : des plans de matériel classifié (lance-roquette) ainsi que ceux de plusieurs administrations (sous-sol du siège de la Banque de France) et entreprises, retrouvés dans les poubelles d'une société spécialisée en reproduction de documents techniques (*Minute*, 8 décembre 1984, p. 18) ; des plans d'une centrale nucléaire espagnole trouvés en pleine rue à Paris (*Le Canard enchaîné*, 11 septembre 1985) ; des courriers et des télex canadiens relatifs à une négociation classifiée sur la vente de sous-marins reçus par une agence de voyage homonyme d'une société de commerce d'armements (*Le Canard enchaîné*, 6 août 1986). Plus sérieusement, Wladimar Zolotarenko, employé subalterne au service reprographie de l'A.G.A.R.D. - agence aéronautique dépendant de l'O.T.A.N. installée en France - fut condamné en février 1984 à dix ans de détention pour avoir photocopié au profit du K.G.B. un très grand nombre de documents classifiés de l'O.T.A.N.. Lors de son procès, les officiers de sécurité de l'A.G.A.R.D. reconnurent qu'ils avaient négligé d'appliquer à son sujet les consignes de sécurité, à savoir, la présence d'un agent de sécurité à ses côtés lors des photocopies et des destructions de documents et la fouille à la sortie des locaux (cf. André Giresse & Philippe Bernert, *Seule la vérité blesse - L'honneur de déplaire*, Plon, 1987, réédition : Presses Pocket, 1988, p. 325 ; Thierry Wolton, *Le K.G.B. en France*, Grasset, 1986, pp. 148 et 149). Et cette pratique paraît ancienne : en 1912, l'Amirauté britannique se serait procuré le projet de loi sur le renforcement de la marine allemande grâce un agent qui subtilisa un jeu d'épreuves dans l'établissement chargé de l'impression des documents du Reichstag (cf. Hector C. Bywater & H.C. Ferraby, *Intelligence Service - Souvenir du service secret de l'Amirauté britannique*, édition française : Payot, 1932, p. 89).

[39] Cf. P. Péan, *op. cit.*, pp. 50 à 52.

[40] Cf. P. Péan, *op. cit.*, pp. 57 et 58.

annuellement classifiés aux U.S.A. à 6,8 millions de documents en 1989 et à 6,3 millions en 1992 [41].

Pour l'essentiel, les contraintes ont trait aux sites de stockage et d'utilisation des supports concernés : si le *Confidentiel-défense* ne requiert que la conservation des documents dans des armoires fortes, les classifications supérieures obligent à la création de "*zone réservée*", voire de "*zone protégée*" dont les accès sont contrôlés et qui sont placés sous surveillance (cf. infra).

Mais la destruction des supports classifiés est aussi soumise à des règles précises dont le but est d'éviter qu'à l'occasion d'une destruction incomplète ou fictive, une information secrète puisse être compromise sans que l'organisation de sécurité ne détecte cette fuite. Les règles de destruction portent sur l'utilisation de techniques appropriées, sur la nécessité de garder trace de la destruction (sur cahier d'enregistrement ou par procès-verbal suivant les cas) et sur les personnes et autorités habilitées à effectuer cette opération ou devant être prévenues de celle-ci (dans certains cas, l'autorité d'origine).

Sous-Section III. - La déclassification et l'archivage de supports d'information classifiées

Lorsqu'une information classifiée a cessé d'être directement utile ou exploitable, se pose pour son détenteur la question de son devenir. Nous avons vu précédemment que la réglementation prévoyait la possibilité de destruction du support sous certaines conditions, mais de nombreuses raisons peuvent amener le détenteur à souhaiter ou devoir conserver le support d'information concerné. Se pose, dans ce cas, un double problème : celui de l'éventuelle déclassification de ce support classifié et celui de son archivage.

§ *1. - La déclassification des supports*

La déclassification est une procédure prévue par les textes organisant la protection du secret. Elle peut être plus ou moins poussée : soit la déclassification complète qui fait perdre au document tout caractère secret et le rend potentiellement communicable, soit l'abaissement de classification, qui permet d'alléger les mesures de protection à exercer et d'accroître le nombre des personnes qualifiées pouvant potentiellement en prendre connaissance (c'est, notamment le cas lorsqu'un document

---

[41] Pour 1989, chiffre cité par l'*International Herald Tribune* du 19 avril 1990, repris par John R. Saul, *Les bâtards de Voltaire - La dictature de la raison en Occident*, Payot, 1993, p. 310 ; pour 1992, chiffre cité par A. & H. Toffler, *op. cit.*, p. 225.

classé "*Secret*" devient simplement "*Confidentiel*" : cela signifie, en principe, que l'information en elle-même n'a plus de caractère secret, mais que la lecture du document pourrait simplement donner des indications à un adversaire potentiel sur la manière d'accéder à d'autres secrets).

Cette déclassification est une décision qui peut être prise, outre pour des raisons de réduction des coûts liés à la protection, pour adapter cette protection à l'évolution dans le temps de la valeur de l'information protégée. Le temps est, en effet, l'une des variables essentielles de la "sensibilité" d'une information confidentielle :

> "*Pour les documents intéressant la défense, le secret est susceptible d'évoluer et même de disparaître avant l'expiration de ce délai* [des 60 ans de non-consultation des archives - cf. infra]. *Par exemple, le secret qui entoure, de manière extrêmement stricte, des opérations militaires, perd souvent de sa sensibilité dès la fin de celles-ci : il en est ainsi pour les patrouilles de sous-marins nucléaires, dont le retour est tenu secret jusqu'au moment où le S.N.L.E. a regagné sa base*" [42].

Après avoir ignoré longtemps (jusque dans les années soixante [43]) cette nécessité de la déclassification, la réglementation française donne la possibilité (même si cela ne paraît pas être une pratique totalement entrée dans les moeurs) à l'autorité émettrice de prévoir, à l'avance, un terme à l'issue duquel la classification initiale sera réduite ou supprimée automatiquement. Et l'instruction n° 1300 propose, à titre indicatif, le délai de 10 ans pour le "*Secret-défense*" et de 5 ans pour le "*Confidentiel-défense*" [44].

Aux Etats-Unis, cette pratique de la déclassification périodique a toujours été au coeur des débats engagés sur le contrôle des services de renseignement et les risques d'"*overclassification*" [45] (sur ce sujet, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier). Après que l'Executive Order n° 10501 du président Eisenhower eut fixé en 1953 une limite de durée de classification de douze ans pour les documents "Top Secret" (avec certaines exceptions), l'Executive Order n° 11652 (du président Nixon en 1972) puis l'Executive Order n° 12065 (du président Carter en 1978) organisèrent chacun des

---

[42] H. Debrun, *op. cit.*, p. 444.

[43] Cf. Jean Planchais, "Les charmes du secret", *Le Monde*, 5 janvier 1984.

[44] Cité par P. Péan, *op. cit.*, p. 49.

[45] Cf. sur ce sujet Repr. William S. Moorhead, "Operation and Reform of the Classification System in the United States" *in* Thomas M. Franck & Edward Weisband (ed.), *Secrecy and Foreign Policy*, Oxford University Press, 1974, pp. 87 et s..

procédures de déclassification automatique au bout d'une certaine période pour chaque niveau de classification. Mais ce système de déclassification automatique fut abrogé par l'Executive Order n° 12356 signé par le président Reagan le 2 avril 1982, qui se contenta de prévoir en remplacement des procédures de révision des classifications, soit de manière automatique par les services d'archives, soit même à la demande d'un citoyen américain ou de n'importe quelle institution américaine [46].

La déclassification peut aussi, plus rarement, être décidée en fonction du contexte et de la situation environnante. C'est parfois le cas au cours de procédures judiciaires dans lesquelles les magistrats demandent à l'autorité administrative la déclassification d'une information pour les besoins de leur instruction [47]. C'est plus fréquemment le cas, aux Etats-Unis, au travers de l'utilisation par les médias et les citoyens du Freedom of Information Act (F.O.I.A.) qui leur permet de requérir de l'administration américaine le droit d'accéder (et donc - le cas échéant - de déclassifier) à toute information détenue par celle-ci.

Mais quelque soit le motif et l'initiative de la demande de déclassification, le principe général en droit administratif français du *"parallélisme des formes"* s'applique, bien évidemment, en la matière. C'est l'autorité émettrice et sa hiérarchie (conformément aux règles du pouvoir hiérarchique en matière de droit de réformation et d'abrogation des décisions administratives prises par des autorités subordonnées [48]) qui ont seules la possibilité de modifier et d'assouplir le niveau de classification initiale, ainsi que le prévoit l'article 3, alinéa 2 du décret du 12 mai 1981 :

> *"Les modifications ou les suppressions des mentions sont décidées par les autorités qui ont procédé à la classification"*.

§ 2. - *L'archivage des supports*

L'archivage des documents classifiés est un autre aspect de la question. Si la compatibilité des mesures de protection du secret avec les obligations légales résultant

---

[46] *National Security Information*, Executive Order 12356 du 2 avril 1982, 47 F.R. 14874, *US Code Congressionnal and Administrative News* - 97th Congress Second Session, 1982, n° 4, Section 3.3.(a)(b), pp. B57 à B58.

[47] On l'a vu en France dans plusieurs affaires contemporaines, comme dans l'"affaire Luchaire" ou celles des "Avions renifleurs", du "Carrefour du développement" ou encore des "écoutes téléphoniques de l'Elysée", affaires dans lesquelles la demande de déclassification a été diversement accueillie par les autorités gouvernementales (sur tous ces dossiers judiciaires dans lesquels le secret de défense a été invoqué, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II).

[48] Sur le pouvoir de l'autorité hiérarchique sur les décisions de l'autorité subordonnée, cf. notamment Olivier Gohin, *Institutions administratives*, L.G.D.J., 1992, p. 71.

de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives [49] et du décret du 3 décembre 1979 relatif aux archives de défense [50], est étudiée plus loin (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier), nous voudrions nous contenter ici de rappeler les règles pratiques qui sont observées pour l'archivage des documents classifiés :

- l'archivage des documents "*Très secret-défense*" est impossible, les services d'archives n'étant au mieux qu'habilités à recevoir des documents classifiés du niveau "*Secret-défense*". Leur archivage ne peut donc survenir qu'après une décision éventuelle de déclassification (cf. infra) ;

- les documents classifiés doivent faire l'objet, dans les mêmes conditions que toutes les archives publiques, d'un tri avant archivage en vue de "*séparer les documents à conserver et les documents dépourvus d'intérêt administratif et historique, destinés à l'élimination*" (article 4 de la loi sur les archives) ;

- seuls trois services d'archives sont habilités pour conserver des documents classifiés de niveau "*Confidentiel-défense*" ou "*Secret-défense*". Il s'agit du service historique des armées (pour le ministère de la défense), des archives du ministère des affaires étrangères (pour les archives diplomatiques) et de la direction des Archives nationales (pour l'ensemble des autres administrations et organismes civils) ;

- conformément à l'article 7.5° de la loi sur les archives et de l'article 6 du décret relatif aux archives de la défense, les documents classifiés "*Secret-défense*" et "*Très-secret*" ne peuvent être librement consultées qu'après un délai de soixante ans [51]. Pour les documents "*Confidentiel-défense*", s'applique, en revanche, le délai de droit commun de trente ans (article 6.4° de la loi sur les archives), sauf lorsque ces documents appartiennent, de par leur contenu, à certaines des autres catégories définies par le décret sur les archives de défense comme relevant du délai de soixante ans [52].

---

[49] Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979, *J.O.R.F.* du 5 janvier 1979, pp. 43 et s..

[50] Décret n° 79-1035 du 3 décembre 1979 relatif aux archives de défense, *J.O.R.F.* du 5 décembre 1979, pp. 3055 et s..

[51] Le fait que les documents "*Très secret-défense*" ne soient communicables qu'après soixante ans n'est pas contradictoire avec le fait que ces documents ne peuvent être versés aux services d'archives. En effet, le décret sur les archives de défense considère comme "*archives courantes*" les documents qui demeurent entre les mains des services qui les ont produits ou reçus, catégorie dans laquelle rentrent les documents "*Très secret-défense*".

[52] Ce sont "*les dossiers, rapports et fiches de renseignement à caractère nominatif mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'Etat ou la défense nationale ; les dossiers des*

SECTION III. - Les règles applicables aux personnes

Une fois l'information et son support classifiés, la procédure de protection du secret s'intéresse aux détenteurs potentiels de ce secret. Or, contrairement à l'adage populaire selon lequel *"secret de trois : secret de tous"*, le nombre des personnes habilitées ests très important dans les pays industrialisés. A titre d'exemple, les statistiques américaines dénombrent actuellement près de 3 millions et demi de personnes habilités [53]. Parmi celles-ci, environ 500.000 personnes seraient habilités *Top Secret* [54]. De plus, près de la moitié des Américains habilités travailleraient dans l'industrie répartis au titre des contrats de recherche ou d'armements [55]. On ne dispose pas de tels chiffres pour la France, mais des sources journalistiques avancent le nombre de 8.000 habilités au sein du seul C.E.A. [56], et estiment à plusieurs milliers le nombre d'enquêtes d'habilitation effectuées chaque années par la D.P.S.D [57]. Il s'agit donc bien, en France également, d'une gestion de masse qui requiert des règles très précises.

Le contrôle des personnes ayant accès au secret va reposer sur un système à double niveau : la procédure d'habilitation, dont nous étudierons successivement les objectifs (Sous-Section I.) et les modalités (Sous-Section II.), puis l'appréciation du *"besoin d'en connaître"* (Sous-Section III.). Mais le rappel et l'engagement éventuel de la responsabilité de la personne habilitée (Sous-Section IV.) reste l'outil dissuasif le plus efficace pour assurer la sécurité des informations classifiées.

---

deuxièmes bureaux des états-majors et des bureaux de renseignement et de relations internationales militaires ; les dossiers du S.D.E.C.E. ; les archives des services de gendarmerie mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'Etat ou la défense nationale ; les dossiers de la sécurité militaire" (Décret n° 79-1035, *op. cit.*, art. 6).

[53] Chiffre cité par l'*International Herald Tribune*, 30 mai 1986, repris par J. R. Saul, *op. cit.*, p. 310.

[54] Chiffre de 1986 extrait du *Federal Government's Security Clearance Program*, 1986, cité par Chapman Pincher, *Traitors - The Labyrinths of Treason*, Sidgwick & Jackson, Londres, 1987 - réédition 1989, p. 176.

[55] "Pentagon to Overhaul Policies on Secrecy Procedures", *Defense News*, 14/20 septembre 1992, p. 6.

[56] Chiffre cité dans le dossier spécial "La force de frappe tranquille", *Canard Enchaîné*, n° 12, septembre 1984, p. 54.

[57] J. Guisnel & B. Violet, *op. cit.*, p.125.

Sous-Section I. - Les objectifs de la procédure d'habilitation

La sécurité du secret repose sur le fait que n'auront accès à lui que des personnes ayant été préalablement sélectionnées, en fonction de leur aptitude à respecter les règles de sécurité liés à la classification. Ce premier préalable à l'accès à l'information classifiée (le second étant le *"besoin d'en connaître"* - cf. infra) constitue la procédure d'habilitation [58] (appelée dans les pays anglo-saxons, le système du *"positive vetting"* [59]).

L'obligation de recourir à cette procédure est fondée sur les articles 7 et 8 du décret du 12 mai 1981. Avant cette date - mis à part les personnels militaires pour lesquels la procédure d'enquête préalable à tout engagement se fondait déjà sur l'article 88 du statut général des militaires [60] - la pratique des habilitations ne faisait l'objet d'aucun fondement législatif ou réglementaire publié. Elle n'était régie - comme les autres dispositions administratives de protection du secret - que par des instructions internes et non publiées, et ne reposait qu'*a contrario*, et indirectement, sur le fait que le Code pénal a toujours connu la notion de *"personne non qualifiée"* pour connaître des secrets, ce qui laissait entendre qu'il existait des personnes qualifiées et donc, *a fortiori*, habilitées [61].

L'article 7 du décret du 12 mai 1981 prévoit notamment que

> *"nul n'est qualifié pour connaître des informations protégées s'il n'a reçu une autorisation préalable et s'il n' a été reconnu comme ayant besoin de les connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission"*.

---

[58] Le terme dérivé du latin (*habilis* : celui qui est capable, puis en bas latin, le verbe *habilitare* : rendre capable) a pris un sens juridique attesté dès le XIVème siècle : *abilitacion* (1373), ce qui rend légalement capable (cf. *Dictionnaire historique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1993, p. 935).

[59] Cf., pour la Grande-Bretagne, Chapman Pincher, *Too Secret, Too Long - The great bretrayal of Britain's crucial secrets and the cover-up*, Sidwick & Jackson, Londres, 1984, p. 201 ; "Report of the Security Commission May 1985", *H.M.S.O.*, Londres, Cmnd. 9514, pp. 22 à 24 ; S.A. de Smith, *Constitutional and administrative law*, Penguin, Londres, 1975, p. 197.

[60] *"Nul ne peut souscrire un engagement : (...) s'il ne présente les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction"* (article 88 de la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, *J.O.R.F.*, 14 juin 1972, p. 7430).

[61] Il ne faut pas, pour autant, confondre personne *"qualifiée"* et personne *"habilitée"* (cf. infra, nos développements sur le *"besoin d'en connaître"*).

Mais c'est son article 8 qui précise que la décision d'autorisation préalable mentionnée à l'article précédent permettant à une personne d'accéder à des informations est prise

> *"à la suite d'une procédure d'habilitation définie par le Premier ministre, aux personnes qui, sans risque pour la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou leur propre sécurité, peuvent connaître ces informations".*

Cette disposition réglementaire décrit ainsi, de manière succinte, l'objet de l'habilitation : s'assurer, avant toute communication d'informations classifiées à une personne que celle-ci ne constitue pas un *"facteur de risques"* pour la sécurité des informations concernées. Les spécialistes de la protection du secret estiment, en effet, traditionnellement que l'être humain est souvent le *"maillon faible"* d'une organisation de sécurité et que ce qu'ils appellent la *"source humaine"* [62] demeure un canal très efficace pour connaître certaines informations confidentielles [63]. Or, comme le fait remarquer un spécialiste britannique, ayant longuement travaillé sur les cas de trahison survenus au Royaume-Uni depuis la seconde Guerre mondiale

> *"il y a un facteur commun dans l'équation de la trahison de la plupart des traîtres du temps de paix, c'est l'accès aux secrets. Les histoires connues en la matière indiquent qu'à chaque fois qu'un traître a décidé de transmettre de l'information, il a tendance à fournir tout ce qui lui tombe sous la main, sans discernement, utilisant comme matériau ce qui s'offre le plus aisément à lui. De*

---

[62] En anglais : *"Human Intelligence"* (HUMINT), par opposition aux sources techniques : communications (COMINT), signaux (SIGINT), émissions électroniques (ELINT).

[63] Si les sources techniques concurrencent de plus en plus actuellement la source humaine pour de nombreuses fonctions (notamment en ce qui concerne le renseignement militaire opérationnel), l'utilisation de personnes physiques comme source d'information demeure indispensable pour certaines tâches : connaissance de l'état d'esprit et du contexte dans lesquels évoluent les décideurs, assistance à certaines réunions, capacité d'influence sur certaines décisions (pour un écho de ce débat interne à la doctrine du renseignement, cf. A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 251). C'est logiquement l'opinion du colonel Paillole, l'une des grandes figures de la tradition française du renseignement, pour qui *"l'homme demeure la ressource fondamentale de la recherche"* (préface au tome 1er de Roger Faligot & Rémi Kauffer, *Histoire mondiale du renseignement*, Robert Laffont, 1993, p. 7) ou encore de l'amiral Pierre Lacoste, ancien directeur général de la D.G.S.E., selon lequel *"on accorde beaucoup moins d'attention au facteur humain, alors qu'il est, à mon sens, le plus important de tous"* (P. Lacoste, *op. cit.*, p. 41). Plus surprenant, le futurologue américain Alvin Tofler n'hésite pas à affirmer que, par rapport à la *"Deuxième Vague"* du renseignement que nous avons connue jusqu'à maintenant (et qui se caractérisait par l'usage massif de moyens techniques) *"le passage à un système de renseignement de la Troisième Vague signifie, paradoxalement que l'on va donner plus d'importance aux espions humains : les seuls qu'avaient connus le monde de la Première Vague"* (A. & H. Toffler, *op. cit.*, p. 224).

ce fait, l'étendue des dommages infligés par un traître dépend de la qualité de l'accès dont il dispose et du temps durant lequel il va opérer" [64].

En termes administratifs, l'enquête d'habilitation qui va être effectuée concernant la personne à habiliter va tenter d'évaluer si celle-ci ne possède pas, du fait de tel ou tel aspect de sa vie (famille, activité, contacts, ... - cf. infra) une "*vulnérabilité particulière*" (ce sont les termes employés par le ministre de la défense dans l'affaire *Pourbagher*, cf. infra), c'est-à-dire une faiblesse qui pourrait être exploitable par un service ou une puissance désireuse d'accéder à des informations secrètes [65].

Lorsque l'article 8 met, sur le même plan, que les intérêts de la défense nationale, la sécurité propre de la personne faisant l'objet de la procédure d'habilitation, il s'agit simplement d'exprimer l'idée selon laquelle faire accéder une personne "vulnérable" à des informations classifiées comporte, non seulement un danger pour la sécurité de ces informations, mais aussi pour la sécurité de cette personne qui risque d'être confrontée à des tentatives d'exploitation de ses vulnérabilités par une puissance tierce cherchant à faire pression sur elle pour qu'elle accepte de violer à son profit les règles de sécurité. En cas de refus d'habilitation, les autorités gouvernementales prennent d'ailleurs parfois le soin de faire comprendre que ce refus respecte les droits et les intérêts de la personne concernée :

"*De telles mesures de protection et de prévention - tant à l'égard des personnes que des informations - n'affectent en rien l'honorabilité des agents*" [66].

Mais bien que cet aspect des choses soit moralement indiscutable, on doit constater cependant que cette invocation de la sécurité personnelle de l'intéressé

---

[64] Chapman Pincher, *Traitors - The Labyrinths of Treason*, Sidgwick & Jackson, Londres, 1987 - réédition 1989, p. 174.

[65] Les milieux du renseignement résument souvent les principales causes de "vulnérabilité" amenant au recrutement par un service étranger, sous la forme de l'acronyme M.I.C.E. ("*Monnaie, Idéologie, Chantage, Ego*", cf. Th. Wolton, *op. cit.*, p. 134), ou de sa version anglo-saxonne, M.I.S.E. ("*Money, Ideology, Sex, Ego*", Constantin Melnik, *Un espion dans le siècle - La diagonale du double*, Plon, 1994, p. 222). L'un des reproches fréquemment formulés à l'encontre de la procédure d'habilitation tient à l'interprétation subjective et tendancieuse qui peut être faite de la notion de "vulnérabilité" : outre le problème des appartenances politiques et syndicales (cf. infra), un ouvrage critique sur la Sécurité Militaire (la S.M. devenue depuis D.P.S.D.) notait ainsi "*on sait combien cette notion [de vulnérabilité] est floue ; ainsi le fait d'être homosexuel est considéré comme parfaitement dangereux par la S.M., tout comme le fait de jouer aux courses : là encore les investigations s'étendent à la vie privée*" (Jean Dolent & Thomas Daquin, *La sécurité militaire*, Editions du Cerf, 1981, p. 75).

[66] *Assemblée nationale*, réponse à la question écrite n° 32165 du 2 novembre 1987, 14 décembre 1987, *J.O.R.F.*, p. 6779.

comme motif d'un possible refus d'habilitation demeure avant tout une manière élégante pour les autorités gouvernementales de faire accepter cette procédure et ses éventuelles conséquences par les citoyens qui en font l'objet.

Sous-Section II. - Les modalités de la procédure d'habilitation

La procédure d'habilitation concerne en premier lieu les personnes physiques devant être amenées, de par leurs activités, à prendre connaissance et à traiter des informations secrètes. Mais elle peut également, dans certains cas, déboucher sur l'habilitation de personnes morales de droit privé, lorsque l'administration confie, par contrat, à un organisme privé cocontractant le soin de réaliser pour son compte des opérations comportant l'accès à de telles informations (cf. infra, nos développements sur la protection en milieu industriel).

§ *1. - La procédure d'habilitation des personnes physiques*

La procédure d'habilitation des personnes physiques est engagée sur la base d'une demande formulée par l'autorité qui emploie la personne concernée ou qui veut lui confier l'exécution d'une tâche impliquant l'accès à des informations classifiées. Chaque demande d'habilitation se réfère à un degré de classification particulier (*Confidentiel-défense*, *Secret-défense*, *Très secret-défense*). En matière de *Très secret Défense*, seul le Secrétariat général de la défense nationale a compétence pour faire instruire le dossier par les services spécialisés et pour prendre la décision d'admission (cf. supra).

La personne, objet de la procédure, remplit un formulaire de renseignements détaillé. Ce formulaire, dénommé "*notice individuelle*" comporte plusieurs rubriques portant notamment sur l'état-civil, la famille [67], les activités professionnelles, les domiciles successifs et les voyages à l'étranger de la personne à habiliter [68]. De plus, cette

> "*notice individuelle que chaque candidat doit remplir en application de l'instruction générale interministérielle 1300/S.G.D.N./S.S.D. du 12 mars*

---

[67] Outre la connaissance des ascendants et collatéraux de la personne concernée (dont les éventuelles origines étrangères ou la résidence hors du territoire national peuvent être l'occasion d'exercer des pressions), le conjoint éventuel fait l'objet de l'attention des services enquêteurs. Il en est particulièrement ainsi lorsqu'une personne ayant déjà accès à des informations classifiées épouse un conjoint ressortissant d'un pays étranger considéré comme "*sensible*" (cf. *Le Figaro*, 21/22 mars 1987).

[68] J. Dolent & T. Daquin, *op. cit.*, pp. 75 et 76 ; J. Guisnel et B. Violet, *op. cit.*, p. 125.

1982, comprend trois rubriques portant sur la nationalité : nationalité à la naissance ; nationalité actuelle ; en cas de double nationalité, le préciser. Ces rubriques sont alimentées par la personne concernée qui s'engage sur leur exactitude par une mention signée à la fin du document" [69].

Ce dossier est alors transmis à un *"service chargé de l'enquête"* [70]. Il s'agit d'un service de sécurité et de contre-espionnage chargé d'effectuer une enquête à partir des renseignements fournis, d'identifier éventuellement et d'évaluer les vulnérabilités de la personne concernée et de faire connaître son avis technique au service demandeur [71].

Le plus important de ces services est la Direction de la protection et de la sécurité de la défense (D.P.S.D. - cf. supra, IIème Partie, Chapitre Ier) qui a repris, parmi les attributions traditionnelles de l'ancienne Sécurité militaire, celle d'effectuer des enquêtes d'habilitation [72], compétence qui a été spécifiquement consacrée par l'article 3 de son texte fondateur [73]. L'une des divisions opérationnelles de sa direction centrale en est spécialement chargée [74]. Sa compétence en matière d'enquêtes d'habilitation couvre l'ensemble des personnels civils et militaires du ministère de la défense ainsi que celles relatives aux cocontractants de ce même ministère.

---

[69] *Assemblée nationale*, réponse à la question écrite n° 28718 du 27 juillet 1987, 7 septembre 1987, *J.O.R.F.*, p. 5088.

[70] *Ibid.*.

[71] Bien que l'on sache fort peu de choses sur la manière dont les services de sécurité procèdent pour mener leurs enquêtes d'habilitation, il paraît certain qu'une partie essentielle du travail consiste à interroger les fichiers des différents services de police et de gendarmerie à propos de la personne concernée et recouper les données fournies dans la notice individuelle avec les éléments d'information disponibles dans les dossiers et les fichiers officiels. On a plus d'informations sur la pratique des enquêtes en Grande-Bretagne ou aux Etats-Unis. Au Royaume-Uni, notamment, le travail à partir du questionnaire individuel et des fichiers de police, est complété par des entretiens avec l'intéressé (cf., par exemple, les quelques détails fournis sur la pratique du *"positive vetting"* dans le rapport établi après l'arrestation de Michael Bettaney, ancien officier du MI5 inculpé en 1984 pour avoir tenté de faire passer au KGB des documents classifiés : "Report of the Security Commission May 1985", *op. cit.*, pp. 22 à 24 ; cf. également Labour Party, *Freedom and the Security Services*, p. 13, qui précise que ces enquêtes et entretiens demandent beaucoup de personnel : 180 personnes, par exemple, pour les seules habilitations du ministère de la défense, à l'exclusion de celles relevant des forces armées, du MI5 ou du Foreign Office, qui possèdent leurs propres équipes d'enquêteurs).

[72] Cf. notamment P. Péan, *op. cit.*, p. 92. ; J. Dolent & T. Daquin, *op. cit.*, pp. 74 à 77.

[73] *"En particulier, elle met en oeuvre la procédure d'habilitation prévue par l'article 8 du décret n° 81-514 susvisé"* article 3, alinéa 5 du décret n° 81-1041 du 20 novembre 1981 fixant les attributions de la Direction de la protection et de la sécurité de la défense et portant suppression de la Direction de la sécurité militaire, *J.O.R.F.*, 24 novembre 1981).

[74] Cf. J. Guisnel et B. Violet, *op. cit.*, p. 122.

La Direction de la surveillance du territoire (D.S.T. - cf. supra, IIème Partie, Chapitre Ier) effectue, quant à elle, au titre de sa mission générale de sécurité et de protection du secret [75], les mêmes enquêtes d'habilitation en ce qui concerne les personnes ne relevant pas du ministère de la défense.

Mais en ce qui concerne les habilitations au "*Secret C.E.A.*" (cf. supra), l'enquête préalable est confiée à sa direction de la sécurité (l'ancien D.S.P.S.), conformément aux règles très dérogatoires qui, comme nous l'avons vu précédemment, assurent une très large autonomie au C.E.A. dans la conduite de sa sécurité.

Une fois l'enquête effectuée, l'autorité demanderesse de l'habilitation reçoit communication d'un "*avis de sécurité*" [76] résumant les conclusions du service enquêteur (qui peuvent être de trois ordres : "*sans objection*", "*défavorable*" ou "*restrictif*" [77]) et prend ou refuse [78] - sous sa propre responsabilité - la décision d'admission ou d'agrément [79] aux informations classifiées du niveau correspondant, sachant que "*l'accès au niveau le plus élevé permet l'accès aux niveaux inférieurs*" [80].

Cette décision n'est pas communiquée en tant que telle à l'intéressé auquel est seulement demandé de signer une attestation de reconnaissance de responsabilité (cf. infra).

---

[75] Article 2, alinéa 3 du décret n° 82-1100 du 22 décembre 1982 fixant les attributions de la Direction de la surveillance du territoire, *J.O.R.F.*, 26 décembre 1982.

[76] *"La D.P.S.D. délivre à l'attention du commandement des avis pour l'habilitation des personnes aux différentes catégories de secret"* (*Terre Information*, n° 171, février 1989, p. 6). Sur les restrictions d'accès à ces avis, cf. IIIème Partie, Chapitre II.

[77] Cf. J. Dolent & T. Daquin, *op. cit.*, p. 76.

[78] Concernant le ratio entre décisions favorables et défavorables, le ministre de l'équipement a, par exemple, répondu en 1987 à une question parlementaire que *"les avis défavorables émis par les services spécialisés après instruction de demandes d'habilitations demeurent exceptionnels : de l'ordre de 2 à 3 p. 100 des demandes présentées. La réglementation susvisée exclut expressément la communication à qui que ce soit de leurs conclusions"* (*Assemblée nationale*, réponse à la question n° 32954 du 16 novembre 1987, *J.O.R.F.*, p. 6985).

[79] A la différence de la décision d'admission qui est destinée à des personnes devant prendre connaissance de manière régulière d'informations classifiées, l'agrément de sécurité est accordé, à l'issue de l'enquête d'habilitation, à certaines personne qui n'auront qu'une *"connaissance fortuite et/ou occasionnelle d'informations "Secret défense" ou "Confidentiel défense" (...) : membres des conseils d'administration, cadres et employés de certains services commerciaux, certains convoyeurs, gardiens, personnels d'entretien, cabinets conseils, audits, commissaires aux comptes, ..."* (G. Herrmann, *op. cit.*, p. 55).

[80] R. Blaser, *op. cit.*, p. 84.

Dès lors que la procédure d'habilitation s'est conclue sur une décision d'admission aux informations classifiées, le service demandeur dont dépend la personne habilitée effectue une gestion administrative (souvent informatisée) de ces dossiers d'autorisations d'accès au secret [81]. Pour leur part, les services de contre-espionnage ayant effectué l'enquête conservent les documents et les informations nominatives ayant été recueillies lors de cette enquête [82].

Qu'il s'agisse de l'habilitation d'une personne physique ou morale, celle-ci n'a qu'une durée de vie limitée et nécessite son renouvellement périodique, dès lors que la personne concernée peut toujours justifier de son *"besoin d'en connaître"* (cf. ci-dessous) à la date d'expiration de sa précédente habilitation. Une habilitation au *Très secret-défense* doit être renouvelé au bout de trois années, contre 5 ans pour le niveau *Secret* et le niveau *Confidentiel* [83], mais doit également être renouvelée (avec rédaction d'un nouveau questionnaire) lors de chaque modification de la situation de l'intéressé (situation familiale, ou professionnelle) [84].

On relèvera, enfin, que dans un but d'allégement des procédures d'habilitation, il existe une

---

[81] On peut citer, à titre d'exemple de cette gestion, la base de donnée informatique constituée par le bureau Sécurité de la D.G.A. : *"Il est créé au bureau Sécurité de la Délégation générale pour l'armement (D.G.A.) un traitement automatisé d'informations nominatives dont la finalité est la gestion des autorisations d'accès aux informations classées de la défense. Ce traitement concerne le personnel habilité travaillant dans les sociétés privées ou les établissements de la D.G.A. titulaires de marchés classés ou à clause de sécurité"*. Sont enregistrées - pour chaque personne habilitée - les données nominatives suivantes : *"L'identité (nom, prénom, date et lieu de naissance, numéro de carte d'identité ou de passeport) ; l'activité professionnelle (dénomination de la société, adresse, téléphone, grade et fonction) ; l'habilitation (numéro et date de la décision d'habilitation, la nature de l'avis de sécurité)"* (arrêté du 26 novembre 1992 relatif à la mise en oeuvre d'un traitement automatisé de gestion des autorisations d'accès aux informations classées de défense à la délégation générale pour l'armement, *J.O.R.F.*, 18 décembre 1992, p. 17316). Dans le même domaine, la base de données constituée par la Direction des constructions navales (direction appartenant à la Délégation générale pour l'armement) en matière de sûreté de ses établissements comporte la catégorie suivante : *"information relatives à la sûreté : références d'habilitation, niveau, date de péremption, attestation de reconnaissance de responsabilité"* (arrêté du 7 juin 1991 relatif à l'informatisation de traitements concernant la sûreté à la direction des constructions navales, *J.O.R.F.*, 19 juin 1991, p. 7946).

[82] Ce stockage des dossiers de demande d'habilitation par les services de contre-espionnage, associé à la tradition de "fichage" qui marque l'histoire de ces services, donne lieu périodiquement à des critiques : cf., par exemple, les critiques dirigées contre le D.S.P.S. (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier).

[83] Cf. A.-L. Mie, *op. cit.*, p. 167 (néanmoins, l'habilitation au *Confidentiel-défense* peut être renouvelée une fois par tacite reconduction, pour autant que la situation du titulaire n'ait pas été modifiée).

[84] Cf. G. Herrmann, *op. cit.*, pp. 55 et 56.

"dispense de la condition d'habilitation en faveur des fonctionnaires titulaires de l'Etat pour l'accès à la classification Confidentiel défense exclusivement. Ceux-ci ont accès de plein droit à ce niveau de classification sur la base du "besoin d'en connaître". " [85]

§ 2. - *La procédure d'habilitation des personnes morales*

La procédure d'habilitation des personnes morales est mise en oeuvre à chaque fois qu'une personne morales de droit privé, non déjà habilitée, devient titulaire d'un marché public dit *"marché classé de défense"*, c'est-à-dire un marché passé avec une administration pour l'exécution duquel le cocontractant aura communication d'informations classifiées (cf. infra, IIème Partie, Chapitre III, nos développements sur la pratique des "marchés classés").

Sous-Section III. - L'appréciation du "besoin d'en connaître"

L'accès d'une personne à une information classifiée ne nécessite pas seulement que cette personne ait fait l'objet d'une enquête d'habilitation suivie d'une décision d'admission. Il faut également que pour chaque information classifiée, la personne habilitée justifie de son *"besoin d'en connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission"*, ainsi que le prévoit l'article 7 du décret du 12 mai 1981.

---

[85] R. Blaser, *op. cit.*, p. 84. A ce propos, il convient de signaler qu'une tradition ancienne veut que les ministres et leur entourage proche (leur cabinet, notamment) ne fassent pas l'objet de la procédure d'habilitation, alors même que leurs fonctions gouvernementales peuvent les amener à consulter et à créer des documents confidentiels (cf. l'ancien directeur général du S.D.E.C.E., qui relève ce point pour le regretter : Christine Ockrent & Alexandre de Marenches, *Dans le secret des princes*, Stock, 1986, p. 143). La raison doit sans doute en être trouvée dans la légitimité politique et démocratique qu'ils sont censés incarner. C'est la raison qu'invoque, par exemple, le sénateur J. Thyraud lorsqu'il défend le droit d'accès aux informations classifiées pour les parlementaires tout en refusant l'idée même d'une habilitation : *"ses membres* [du Parlement] *ne sont soumis à aucune hiérarchie qui puisse les habiliter au Secret-défense lorsqu'ils ont "besoin d'en connaître". Ils tiennent de leur mandat et de la confiance de leur assemblée, la possibilité d'y avoir accès, dans le cadre des missions dont elle les charge"* (Proposition de loi tendant à remédier à l'usage abusif du Secret-défense, présentée par M. Jacques Thyraud, *Sénat*, première session ordinaire de 1985-1986, séance du 15 octobre 1985, document n° 32, p. 7). Il faut savoir, à ce sujet, qu'en 1948, les membres de la Commission de la défense nationale de l'Assemblée ont voté une question préalable selon laquelle les secrets intéressant la Défense ne pourraient être évoqués en présence des députés communistes, membres de la Commission (cf. "Les secrets de la Défense nationale ne seront pas communiqués aux commissaires communistes" article paru dans *Le Figaro*, semaine du 30 octobre au 5 novembre 1948, reproduit in *Le Figaro-Magazine*, 5 novembre 1988, p. 191). Et en ce qui concerne les ministres, le problème de l'accès aux documents classifiés s'est posé lors de la participation de ministres communistes au Gouvernement en 1981 : Marcel Chalet, alors directeur de la D.S.T. affirme que *"sans entrer dans des détails que je ne me sens pas autorisé à révéler, (qu')il a été fait, en sorte, au niveau gouvernemental, que, les principes étant saufs, les risques soient éludés"* (Marcel Chalet & Thierry Wolton, *Les visiteurs du soir*, Grasset/Fasquelle, 1990, p. 291).

C'est là que réside la différence que nous avons évoquée plus haut entre une personne *"habilitée"* (c'est-à-dire ayant fait l'objet d'une décision d'admission positive) et la *"personne qualifiée"* auquel se réfère depuis longtemps le Code pénal pour caractériser les infractions à la protection du secret. Cela a été, d'ailleurs, confirmé lorsqu'au cours des débats parlementaires sur le projet de nouveau Code pénal, un amendement a proposé de remplacer dans l'article 413.10 l'expression *"personne non qualifiée"* par celle de *"personne non habilitée"*, ce que le Gouvernement a refusé en expliquant que

> *"le Gouvernement souhaite, sur ce point, que la formulation initiale, juridiquement plus exacte, soit conservée. Comme vous le savez, il ne suffit pas d'être habilité pour être qualifié ; cela ressort très clairement des textes organisant la protection des secrets de la défense nationale."* [86]

Ce *"besoin d'en connaître"* est donc un élément essentiel pour l'accès à des informations classifiées et son appréciation fait partie des garanties que met en place l'organisation administrative de protection du secret de défense. Pour autant, les textes publiés - tout comme l'analyse de la pratique - ne permettent pas toujours de définir avec précision les modalités et le contenu exact de cette obligation. Tout au plus peut-on estimer que :

- la liberté d'accès aux informations classifiées n'est pas un droit acquis attaché à l'habilitation et à la décision d'admission [87] ;

- le besoin d'en connaître paraît essentiellement lié à l'exercice d'une fonction ou d'une mission [88] ;

- la personne habilitée à un niveau donné de classification, pourra accéder, non pas à la totalité des informations classifiées de ce niveau, mais seulement à celles d'entre elles qui seront en rapport avec les missions précises qui lui seront confiées (en effet, *"faire dépendre ce besoin* [d'en connaître] *de la seule*

---

[86] Intervention de M. Vauzelle, garde des sceaux, séance du jeudi 23 avril 1992, n° 25 S (C.R.), *J.O.R.F. Sénat débats* du 24 avril 1992, p. 803).

[87] Cf., par exemple, Gérard Vial, *"La sécurité du C.E.A. - Une réponse aux diverses menaces de l'entreprise"*, Réalités Industrielles/Annales des Mines, octobre-novembre 1989, p. 136.

[88] *"Selon l'interprétation administrative qui est faite de ce texte réglementaire, le "besoin d'en connaître" doit être entendu comme une obligation liée aux fonctions exercées et non comme un droit personnel à prendre connaissance de l'information. L'appréciation de ce besoin relève de l'autorité compétente pour l'habilitation"* (J. Thyraud, *Sénat*, document n° 32, *op. cit.*, p. 4).

considération du poste occupé, en une sorte de facteur de prestige, constituerait un détournement de la règle de droit " [89]) ;

- le changement de fonction ou la fin de la mission confiée à l'intéressé fait disparaître sa capacité d'accès aux informations classifiées, alors même que la durée de péremption de l'habilitation n'a pas encore été atteinte [90].

Si tous ces points paraissent indiscutables et indiscutés, il faut cependant relever que la situation est moins claire en ce qui concerne les modalités pratiques de détermination du besoin d'en connaître. Dans le silence des textes réglementaires sur le sujet, il nous paraît que ce besoin s'apprécie en fonction de différents critères, tenant d'un côté à la volonté de l'autorité hiérarchique (qui peut avoir confié par écrit à son subordonné le soin d'accéder à telle information particulière, voire à une catégorie générique d'informations classifiées) et de l'autre, à l'analyse des fonctions et des activités exercées par la personne habilitée.

Cette appréciation paraît relativement aisée dans le cadre de marchés classés de défense (cf. infra - IIème Partie, Chapitre III) puisque ceux-ci constituent, en eux-mêmes, la preuve du *"besoin d'en connaître"* de l'entreprise et, de plus, précisent dans leur annexe de sécurité les activités et les informations qui sont considérées comme classifiées. Elle l'est moins, en revanche, dans le cas d'une personne physique habilitée employée dans un service ou un organisme possédant certaines informations classifiées. Dès lors que la personne concernée ne peut pas produire un document de sa hiérarchie lui donnant, directement ou indirectement, mission de prendre connaissance de ces informations, le risque existe qu'en cas de litige (disciplinaire ou pénal), cette personne puisse se voir contester son besoin de connaître certaines informations et donc être considérée, *a posteriori*, comme étant, en l'espèce, une *"personne non qualifiée"* pour en prendre connaissance, avec toutes les conséquences que cela peut entraîner [91].

---

[89] R. Blaser, *op. cit.*, p. 84.

[90] Cf. G. Vial, *op. cit.*, p. 136.

[91] L'arrêt du Conseil d'Etat *Demoiselle Faucheux* (cf. infra) - bien que ne traitant pas du besoin de connaître de documents classifiés, mais simplement de la communication (pour des motifs syndicaux) d'un document interne à une administration - montre, néanmoins, les limites strictes de la notion de personne ayant besoin de connaître d'une information. Il a sanctionné, en effet, un agent public, ayant pris connaissance d'un document dans le cadre de ses fonctions, pour avoir porté celui-ci à la connaissance de ses collègues, lesquels - bien qu'également agents de la même administration - devant être considérés comme des *"tiers"* au regard de l'obligation de discrétion professionnelle qui est imposée aux fonctionnaires de par la loi (CE, *Demoiselle Faucheux*, 6 mars 1953, note M. Waline, R.D.P. 53, p. 1035).

Sous-Section IV. - Les responsabilités des personnes habilitées

Les personnes habilitées et ayant à connaître des informations classifiées, assument, de ce fait, une obligation de confidentialité qui leur interdit de communiquer les supports d'information protégés auxquels ils accèdent à des personnes qui ne seraient, comme eux, qualifiées pour en connaître.

§ *1. - L'attestation de reconnaissance de responsabilité*

Cette obligation est normalement matérialisée par l'attestation de reconnaissance de responsabilité que l'autorité hiérarchique fait signer par la personne concernée avant de donner accès aux informations classifiées. Dans cette attestation, la personne habilitée reconnaît avoir connaissance des dispositions pénales et réglementaires relatives à la protection du secret et des conséquences auxquelles elle s'exposerait dans le cas où elle laisserait communiquer ces informations à une personne non qualifiée. Une autre version de cette attestation doit, généralement, être signée par la même personne dans le cas où elle cesse les fonctions qui lui donnaient accès aux informations classifiées [92].

L'analyse juridique de cette obligation amène à distinguer en elle deux niveaux complémentaires :

- une responsabilité pénale principale découlant de la violation des dispositions directement relatives au secret de défense ou aux intérêts fondamentaux de la nation,

- une responsabilité disciplinaire complémentaire liée - pour les agents publics - à la violation des obligations générales de discrétion professionnelle et de réserve et - pour les salariés de droit privé - aux règles du droit du travail.

Si la responsabilité pénale découlant des dispositions du Code sur le secret de défense et les intérêts fondamentaux de la nation n'appelle d'autres commentaires que ceux, déjà fournis précédemment lors de l'analyse de ces textes et de la jurisprudence judiciaire (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier et Chapitre III), il convient d'expliciter

---

[92] La pratique d'un engagement signé est également en vigueur aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne mais, dans ces pays, elle revêt une beaucoup plus grande importance et sert de véritable engagement contractuel entre la personne habilitée et le Gouvernement (cf. notamment sur les poursuites engagées, aux Etats-Unis, à la suite du livre de Frank W. Snepp, ancien agent de la C.I.A. : Diane F. Orentlicher, "*Snepp v. United States - The C.I.A. Secrecy Agreement and the First Amendment*", Columbia Law Review, Vol. 81.1, avril 1981, n° 3, pp. 662 et s. ; Idem en Australie à l'encontre de Peter Wright suite à la publication de son livre *Spycatcher*, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II).

la responsabilité disciplinaire secondaire et de comprendre la manière dont elle peut se concilier avec la précédente.

§ 2. - *La responsabilité disciplinaire des agents publics*

Les fonctionnaires sont soumis aux dispositions du statut général de la fonction publique, qui prévoit, dans son article 26 (tel qu'il résulte de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) :

> *"Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées par le Code pénal. Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent."*

Les militaires, pour leur part, sont soumis aux dispositions de l'article 18 du statut général des militaires [93] :

> *"Indépendamment des dispositions du Code pénal relatives à la violation du secret de la défense nationale ou du secret professionnel, les militaires sont liés par l'obligation de discrétion pour tout ce qui concerne les faits et informations dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions. Tout détournement, toute communication contraire aux règlements, de pièces ou documents de service à des tiers est interdit. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, les militaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion ou relevés de l'interdiction édictée à l'alinéa précédent qu'avec l'autorisation du ministre."*

Relevons tout de suite, les deux différences qui distinguent ces textes, par ailleurs très proches dans leurs principes :

- D'une part, la loi de 1983 fait une place explicite aux règles sur la liberté d'accès aux documents administratifs, qu'elle considère comme une exception

---

[93] A propos de ces obligations de réserve renforcées du fait de la situation particulière des militaires, le Contrôleur général Roqueplo estimait, dans son commentaire du statut général, que *"le "cantonnement juridique" n'est plus aussi absolu que par le passé, mais il demeure néanmoins l'un des fondements essentiels de la spécificité de la fonction militaire"* (Jean-Claude Roqueplo, *Le statut des militaires*, La Documentation française, Notes et études documentaires, n° 4503, janvier 1979, p. 88).

permanente (mais relative [94]) à la règle de la discrétion professionnelle (cf. sur la conciliation de ce droit d'accès avec le secret de défense, infra - IIIème Partie, Chapitre Ier), alors que le statut des militaires - antérieur à la loi de 1978 - ne parle que des cas *"expressément prévus par la législation en vigueur"*. Pour autant, il ne fait aucun doute que, comme l'indique la loi de 1983, les dispositions sur l'accès aux documents administratifs font partie des cas prévus par la réglementation en vigueur, et constituent donc également une exception à la discrétion professionnelle des militaires, dans les mêmes conditions que pour les autres fonctionnaires.

- D'autre part, la loi de 1983 ne parle que des dispositions pénales concernant le secret professionnel, alors que le statut des militaires évoque également les dispositions pénales relatives au secret de la défense nationale. Là encore - même s'il faut déplorer que la question n'ait pas été abordée explicitement [95] il ne faut tirer de cette omission aucune conséquence particulière : les dispositions du Livre IV du Code pénal s'imposent aux agents publics - qu'ils soient civils ou militaires - de la même façon qu'à tous les autres citoyens, et ne font que se surajouter à l'obligation de discrétion professionnelle qui est la leur. On peut même dire que les agents publics civils et militaires sont encore plus particulièrement visés que les autres citoyens par les dispositions de l'article 413-10 qui répriment la compromission du secret par son dépositaire, lequel est majoritairement un agent de l'Etat.

Du point de vue qui nous concerne, il convient d'éliminer d'emblée le secret professionnel prévu par le Code pénal (ancien article 378, nouveaux articles 226-13 et 226-14), et ce pour trois raisons. Premièrement, la jurisprudence constante en la matière réserve, en effet, l'application de cette notion à certaines catégories spécifiques de personnes privées (avocats, médecins, prêtres, ...) ou d'agents publics exerçant des fonctions particulières (officiers de police judiciaire contraints d'observer le secret de l'instruction, agents des P&T soumis au secret postal et des communications) à

---

[94] Le fait qu'un document soit communicable ne supprime pas l'obligation de discrétion professionnelle de l'agent public à son endroit. Il ne fait qu'empêcher celui-ci d'opposer l'obligation de discrétion à la personne qui a droit à cette communication (par exemple, le droit d'un étudiant à la communication de sa copie). Mais l'obligation continue à jouer à l'encontre des personnes qui n'ont pas le droit à communication de ce même document (cf. notamment, Jacques Robert (sous la dir.) *Etude de droit interne sur les notions de secret de défense et de patrimoine national et les règles de protection qui leur sont applicables*, (étude non publiée), S.G.D.N., janvier 1983, p. 13).

[95] Cette omission du secret de la défense nationale dans le texte de la loi de 1983 a été regrettée par un député lors des débats parlementaires (cf. intervention de M. Maurice Ligot, *Assemblée nationale, débats*, 2ème séance du 4 mai 1983, *J.O.R.F.*, p. 885).

l'exclusion de tous les autres. Dès lors, l'ensemble des fonctionnaires ou militaires ne sont pas soumis au secret professionnel, au sens du Code pénal. Deuxièmement, il ne faut pas oublier la différence de nature qui existe entre le secret professionnel, qui est un secret personnel (c'est-à-dire attaché à une personne exerçant une certaine fonction, quelque soit le contenu des informations dont il prend connaissance à cette occasion) et le secret de défense qui est - peut-on dire - un *"secret réel"* attaché à certaines informations, quelque soit la personne qui en prend connaissance [96]. Enfin - et surtout - la jurisprudence considère, depuis la célèbre affaire *Arton* de 1896, que le secret professionnel institué par l'article 378 CP ne peut être invoqué qu'en faveur des particuliers et jamais pour protéger les intérêts publics que défend l'Etat [97].

Seule la loi sur les archives du 6 janvier 1979 (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II) a créé un cas particulier de secret professionnel permettant de sanctionner pénalement un agent public pour la divulgation d'un document confidentiel [98]. Ce secret professionnel s'impose à tous les agents affectés aux services d'archives et sa sanction pénale (et non seulement disciplinaire) peut se cumuler avec une infraction au secret de défense, dès lors que le document d'archives diffusé illégalement relève de cette catégorie de secret [99].

---

[96] Sur cette distinction secret personnel/secret réel, cf. Françoise Gallouinec-Genuys & Herbert Maisl, *Le secret des fichiers*, IFSA/Editions Cujas, cahier n° 13, 1976. Pour une application de la notion de *"secret réel"* au secret de défense, cf. Bruno Lasserre, Noëlle Lenoir & Bernard Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987, p. 10.

[97] Dans cette affaire, jugée par le tribunal correctionnel de la Seine, un fonctionnaire du ministère de l'Intérieur publia, sans autorisation des informations relatives à la mission qui lui avait été confiée en marge du scandale de Panama. Le juge pénal l'acquitta car *"en imposant à certaines personnes, sous une sanction pénale, l'obligation du secret, le législateur a voulu assurer la confiance que doivent inspirer certaines professions et garantir le repos des familles. Tel est bien l'esprit de l'article 378 CP. En dehors des secrets intéressant les particuliers, cet article ne peut recevoir d'application que dans des cas spéciaux où la loi, dans un but d'ordre public a imprimé le caractère confidentiel et secret aux actes d'une profession ou d'une fonction publique. Un rédacteur au ministère de l'Intérieur, secrétaire du directeur de la sûreté générale, n'est point tenu par la loi au secret professionnel. (...) Les secrets dont il se trouvait dépositaire n'intéressent pas les particuliers. Il ne les tient pas d'eux, les secrets sont d'ordre purement administratif et politique. Leur révélation ne peut donc entraîner contre lui que des mesures disciplinaires, ou, suivant les cas, des poursuites en diffamation"* (T.C. Seine, 25 janvier 1896).

[98] *"Tout fonctionnaire ou agent chargé de la collecte ou de la conservation d'archives en application des dispositions de la présente loi est tenu au secret professionnel en ce qui concerne tout document qui ne peut être légalement mis à la disposition du public"* (article 2 de la loi du 3 janvier 1979 sur les archives, *op. cit.*).

[99] Ce cumul serait également possible lorsqu'une information protégée par le secret de défense, l'est, parallèlement, par le secret professionnel (par exemple, un document classifié faisant état d'informations sur l'état médical d'une personne, ou une information classifiée confiée à un avocat dans le cadre d'un dossier dont il a la charge). De même, la loi du 16 juillet 1980 (cf. infra, nos développements à propos de la protection des secrets économiques - IIème Partie, Chapitre

Dans les autres cas, la divulgation par un agent public [100] civil ou militaire d'une information confidentielle n'est punissable - du point de vue du droit de la fonction publique - que de sanctions disciplinaires, au titre de la violation des obligations de discrétion professionnelle ou de celle du *"devoir de réserve"* (imposées par l'art. 18 et l'art. 7 du statut des militaires [101], et dont la violation peut donner lieu à la révélation d'éléments couverts par la discrétion professionnelle, entraînant alors un cumul de fautes [102]). Tout au plus, dans certains cas, peut-il s'ajouter à cette responsabilité disciplinaire, la mise en cause de la responsabilité civile de l'agent [103] ou celle de la responsabilité de l'Administration [104].

La jurisprudence administrative a, par exemple, consacré l'application de ce pouvoir disciplinaire en cas de violation de la discrétion professionnelle dans l'arrêt *Noblet d'Anglure* [105], ou encore l'arrêt *Demoiselle Faucheux* (sanction contre un responsable syndical diffusant au sein du service un document de travail [106]).

§ *3. - La responsabilité disciplinaire des salariés privés*

A l'opposé, les salariés de droit privé habilités à accéder à des informations classifiées (généralement dans le cadre de l'exécution par leur entreprise d'un marché classé ou à clause de sécurité, cf. infra) ne relèvent pas des dispositions disciplinaires de la fonction publique. Les conséquences non pénales d'une éventuelle compromission

---

III) sanctionne pénalement la livraison à l'étranger, de certaines informations, qui peuvent - par ailleurs - être classifiées.

[100] Dans le cas d'agents publics ne relevant pas du statut général des fonctionnaires, ce sont généralement des dispositions contractuelles spécifiques qui les obligent à se plier à une obligation de discrétion professionnelle (c'est le cas, par exemple, pour les agents du C.E.A.).

[101] Cf. notamment Roqueplo, op. cit., pp. 86-89 (qui estime cependant que *"dans l'armée, la séparation entre pouvoir disciplinaire et pouvoir judiciaire est demeurée beaucoup moins tranchée que dans les autres groupes sociaux"*) ; Jacques Robert, "Libertés publiques et défense", *R.D.P.*, 1977, p. 949.

[102] Ce fut le cas, par exemple, lors de la révocation en conseil de discipline de l'inspecteur de police Antoine Gaudino, pour *"manquement à l'obligation de réserve et à la discrétion professionnelle"* du fait de la publication de son ouvrage *"L'enquête impossible"* (consacré à l'affaire des *"fausses factures du Sud-Est"*) (Cf. le procès-verbal du conseil de discipline de la police nationale du 14 mars 1991, reproduit in Antoine Gaudino, *Le procès impossible*, Albin Michel, 1992, pp. 245 à 265). Cette décision fut annulée en appel par le Conseil d'Etat.

[103] Cf. notamment Tribunal des Conflits, *Gérard*, 11 décembre 1909.

[104] Cf. notamment C.E., *Fleur-Santucci*, 25 octobre 1935, Rec. 983 ; C.E., *Sesmat*, 6 avril 1951, Rec. 175.

[105] C.E., *Noblet d'Anglure*, 24 mai 1935, Rec. 594.

[106] C.E., *Demoiselle Faucheux*, 6 mars 1953, note M. Waline, R.D.P. 53, p. 1035, *op. cit.*.

d'informations classifiées par leurs soins, doivent donc être cherchées dans l'application des règles disciplinaires prévues par le Code du travail.

A ce titre, le salarié se rendant coupable d'un acte compromettant une information classifiée peut faire l'objet d'une mesure disciplinaire décidée par son employeur (conformément à l'article L.122-41 du Code du travail), pouvant aller jusqu'au licenciement (article L 122-14 du Code du travail). Les motifs de ce licenciement, qu'il appartiendra, le cas échéant, au juge d'apprécier, pourront, vraisemblablement, être trouvés suivant les cas

- dans le préjudice que risque de subir l'entreprise du fait de cette compromission [107]: si celle-ci a eu lieu dans le cadre d'un marché classé, il est, notamment, fort probable que ce marché sera résilié unilatéralement aux torts de l'entreprise et que son habilitation lui sera retirée ;

- dans le caractère gravement fautif que constitue la compromission d'une information qui a été confiée au salarié pour l'exécution d'un travail dans des conditions de sécurité données et, en aucun cas, pour en permettre la divulgation ;

- dans la violation éventuelle d'une clause de discrétion professionnelle que l'employeur avait peut-être introduite dans le contrat de travail du salarié, ou - en l'absence d'une telle clause - dans la violation d'une obligation implicite de discrétion qui pèse sur certaines catégories de fonctions [108] ;

- dans l'impossibilité de poursuivre le contrat de travail du salarié, du fait du retrait (fort probable) de son habilitation par l'administration [109],

---

[107] Ainsi que nous l'évoquerons plus bas, plusieurs décisions de justice ont consacré, sous certaines conditions, la possibilité de licencier un salarié qui n'a pu obtenir l'habilitation nécessaire à l'exercice de ses fonctions au sein de l'entreprise (cf. infra). L'une d'entre elles précise plus généralement, dans ses attendus, que *"l'entreprise privée qui travaille pour la défense nationale et est obligée d'assurer strictement le secret des fabrications, doit veiller à ce que son personnel réponde exactement aux qualités que l'Etat estime indispensables pour des travaux de ce genre, toute négligence à cet égard pouvant engager la responsabilité morale et même pénale de ses directeurs si, à la suite de l'inexécution des instructions de l'autorité militaire, dont il ne lui appartient pas d'apprécier la légalité, le secret d'une fabrication n'avait pu être entièrement sauvegardé"* (Cour d'Appel de Paris, 21ème ch., *Sarl Rubanox c. Cothier*, 27 juin 1963, Dalloz, 1964, p. 48).

[108] Cf. par exemple, note Bertrand Warusfel sous Cass. Soc., 8 février 1990 et CA Dijon, 11 février 1987, affaire *Pardon*, *Droit de l'informatique et des télécoms*, n° 91/3.

[109] Sur les conditions dans lesquels le refus ou le retrait d'habilitation peut donner lieu à licenciement, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier, nos développements sur la conciliation de la protection du secret avec les règles de droit du travail. Pour des jurisprudences confirmant la

- ou, au minimum, dans la perte de confiance qui résultera du fait que le salarié a commis un acte répréhensible pénalement [110].

§ *4. - Le cumul éventuel des responsabilités pénales et disciplinaires*

Au total, ce cumul éventuel d'une responsabilité pénale au titre de la protection du secret de défense (ou - *a fortiori* - des intérêts fondamentaux de la nation) et d'une responsabilité disciplinaire au titre de l'obligation de discrétion professionnelle ou des règles générales du droit du travail, appelle, de notre part, les remarques suivantes :

- concernant les personnes habilitées, les agents publics comme les salariés de droit privé sont susceptibles de subir des sanctions disciplinaires parallèles à d'éventuelles sanctions pénales. La seule distorsion juridique entre leur deux situations tient dans le fait que, concernant un agent public, cette procédure disciplinaire est de droit en application de la loi, alors que le déclenchement des sanctions contre le salarié de droit privé demeure à la discrétion de son employeur (qui est - de son côté - le seul contre lequel l'Etat pourra exercer - le cas échéant - des rétorsions contractuelles) ;

- concernant les informations éventuellement compromises, cette analyse confirme ce que nous avions déjà évoqué rapidement plus haut, à savoir qu'il y a une distinction à faire entre les informations classifiées de niveau *Confidentiel*, *Secret* et *Très secret*, dont la compromission peut être sanctionnée à la fois pénalement et disciplinairement et celles portant uniquement la mention de "*diffusion restreinte*" dont, *a priori*, la divulgation ne peut relever que de sanctions disciplinaires pour violation de la "*discrétion professionnelle*", que ce soit dans un contexte de droit public ou de droit privé [111].

---

possibilité de rompre le contrat de travail lorsque le refus d'habilitation entraîne une "*impossibilité prouvée de fournir du travail*" au salarié : Cons. Prudh. Cherbourg, 14 novembre 1984, *Maheo c/ CMR* ; Cons. Prudh. Cherbourg, 13 février 1985, *Deslandes c/ CMR* (nons publiés).

[110] On mentionnera, par comparaison, que le simple fait pour une salariée d'une entreprise travaillant pour la défense nationale, d'avoir signalé - sans en avertir son employeur - à la D.P.S.D. l'existence de faits qu'elle considérait comme pouvant être constitutifs d'espionnage, a été jugé comme constituant une faute grave justifiant son licenciement (Cour d'Appel de Paris, 18ème ch., *Thomson Sintra c. Vie*, 1er février 1991, confirmé par Cass. Soc., 2 juillet 1992).

[111] Aux Etats-Unis, ces deux niveaux de responsabilité existent également mais de manière quelque peu différente pour les employés (ou anciens employés) des services gouvernementaux. Dans son arrêt sur l'affaire Snepp en 1980, la Cour Suprême a notamment considéré que l'engagement contractuel signé par tous les agents de la C.I.A. de ne rien publier concernant l'Agence sans autorisation préalable, ne se limitait pas à la seule interdiction de révéler des informations classifiées mais leur interdisait également de publier sans autorisation des informations non classifiées sur la C.I.A.. En d'autres termes à la sanction pénale qui réprime la violation des secrets, s'ajoute pour les agents ou anciens agents une responsabilité purement contractuelle qui leur impose des restrictions, qui dans un autre contexte, seraient contraires au

Il nous faut cependant souligner à nouveau (cf. supra) que, dans le nouveau contexte pénal, ce cantonnement du "*Diffusion restreinte*" est, moins encore que par le passé, absolu. Il peut exister, en effet, deux exceptions :

- d'une part, comme nous l'avons déjà mentionné, le juge peut, à la lumière du contenu du document, requalifier celui-ci et considérer qu'il s'agit, en fait, d'un document secret dont la violation est réprimée par les articles 413-10 ou 413-11 ;

- mais, d'autre part, rien n'empêche qu'une information classée "*diffusion restreinte*" ne concernant pas la défense nationale, fasse partie de celles dont la divulgation serait de nature à porter atteinte à certains autres "*intérêts fondamentaux de la nation*". Dès lors, la compromission de cette information "*diffusion restreinte*" sera à la fois sanctionnée par des mesures disciplinaires et par des peines délictuelles ou criminelles qui pourront être supérieures à celles encourues pour une simple violation d'un secret de défense classifié.

SECTION IV. - Les règles relatives à la protection des sites

Si les règles d'habilitation visent à protéger les supports d'information classifiés contre les menaces "internes" (c'est-à-dire la divulgation non autorisée par des personnes appartenant ou en relation à la structure gouvernementale émettrice), il convient aussi d'assurer la sécurité de ces supports vis-à-vis des menaces "externes", comme, par exemple, l'intrusion de personnes étrangères dans des lieux où ils sont entreposés. Cette protection physique et juridique de différents sites "sensibles" trouve ses moyens, d'une part, dans les dispositions générales qui protègent les installations qui intéressent la défense nationale (Sous-Section I.) et d'autre part, dans les règles qui instaurent des zones spécifiquement dédiées à la préservation du secret ou du patrimoine (Sous-Section II.).

Sous-Section I. - La protection générale des installations intéressant la défense nationale

Indépendamment des contraintes de la protection du secret, les autorités responsables de la défense nationale, à savoir le Premier ministre et le ministre de la

---

Premier Amendement de la Constitution. Ce faisant, cette responsabilité contractuelle particulière crée une obligation de confidentialité qui s'étend sur toutes les informations recueillies à titre professionnel et va au-delà des simples informations classifiées, dont la violation pourrait représenter une infraction pénale (cf. Frank W. Snepp, III v. United States, 444 US 507, 62 L Ed 2d 704, 100 S Ct 763, *US Supreme Court Reports*, 1980).

défense (responsable de la sécurité des forces armées), ont adopté ou ont fait adopter des mesures de protection générale qui protègent l'accès aux principales installations intéressant la défense. Il s'agit, d'un côté, des sites militaires eux-mêmes et, de l'autre, des sites civils considérés comme "*sensibles*", au regard des exigences de la défense civile ou économique.

§ *1. - La protection des établissements militaires*

Les sites militaires font depuis très longtemps l'objet de mesures de protection, tant physiques que juridiques [112]. Déjà, la loi du 18 avril 1886 réprimait différents actes dirigés contre la sécurité des sites ou navires militaires [113]. Les textes successifs continuèrent à incriminer spécifiquement les atteintes à l'intégrité des établissements militaires, de manière à éviter tant les actes de sabotage que les risques de violation des secrets de défense. On citera, par exemple, l'article 82 issu de la modification du Code pénal de 1939 et repris intégralement en 1960 dans l'article 79 [114].

---

[112] D'après une étude de marché européenne, les armées françaises entretenaient, en 1989, "*59 sites de haute sécurité, 335 bases principales, 555 hôpitaux, baraquements et autres constructions et 3.200 petites bases*" et les dépenses totales de la France pour assurer la sécurité de ces sites militaires, s'élevaient à l'équivalent de 172 millions de dollars (cf. *Sécurité militaire et services associés en Europe de l'Ouest*, étude E1243, Frost & Sullivan Ltd., février 1990).

[113] "*Art. 5 : Sera punie d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 5.000 francs :*
1° Toute personne qui, à l'aide d'un déguisement ou d'un faux nom ou en dissimulant sa qualité, sa profession ou sa nationalité, se sera introduite dans une place forte, un poste, un navire de l'Etat ou dans un établissement militaire ou maritime ;
2° Toute personne qui, à l'aide d'un déguisement ou d'un faux nom ou en dissimulant sa qualité, sa profession ou sa nationalité, aura levé des plans, reconnu des voies de communication ou recueilli des renseignements intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat.
Art. 6 : Celui qui, sans autorisation de l'autorité militaire ou maritime, aura exécuté des levées ou opérations de topographie dans un rayon d'un myriamètre autour d'une place forte, d'un poste, ou d'un établissement militaire ou maritime, à partir des ouvrages avancés, sera puni d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 100 à 1.000 francs.
Art. 7 : La peine d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de 16 à 100 francs sera appliquée à celui qui, pour reconnaître un ouvrage de défense, aura franchi les barrières, palissades ou autres clôtures établies sur le terrain militaire, ou qui aura escaladé les revêtements et les talus des fortifications."

[114] Il punit par ses alinéas 1° à 5° différents agissements proches de ceux déjà sanctionnés en 1886, mais modernisées en fonction des nouvelles possibilités techniques du moment (aviation, transmission radio, photographie). Concernant ce dernier aspect des photographies de zones militaires, les travaux parlementaires consacrés en 1922 à une tentative de réforme du Code pénal (qui n'aboutit pas) indiquaient que "*dans l'état actuel de la législation* [de 1886], *les tribunaux restent désarmés à l'égard des éditeurs et des vendeurs de photographies d'ouvrage de défense. Les autorités militaires et judiciaires en sont réduites à inviter officieusement les éditeurs et vendeurs à remettre leurs clichés et les épreuves qu'ils possèdent et à s'abstenir de prendre de semblables vues. Il semble impossible d'accepter comme licite le fait de faire commerce de photographies dont la divulgation est reconnue dangereuse pour la défense nationale, et alors que la loi punit ceux qui fournissent ces photographies.*" (Rapport de M.

En la matière, le nouveau Code pénal a choisi une approche formellement plus sélective. Incriminant spécifiquement les différents agissements permettant de rechercher, de découvrir et de communiquer soit des secrets de la défense nationale (articles 413-10 à 413-12, cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier), soit des éléments dont la divulgation au profit d'une puissance étrangère porterait atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (articles 411-1 à 411-11, cf. supra - Ière Partie, Chapitre II), son Livre IV réprime séparément le simple fait de violer l'intégrité de certains sites intéressant la défense. C'est notamment le cas des établissements militaires qui sont désormais protégés par l'article 413-5 nCP (qui correspondait précédemment au 1° de l'article 79) aux termes duquel

> *"Le fait, sans autorisation des autorités compétentes, de s'introduire frauduleusement sur un terrain, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 F d'amende."*

Mis à part le fait que les peines encourues ont été - dans le souci, déjà évoqué, de les rendre plus aisément applicables - très fortement abaissées par rapport au texte précédent (un an au lieu de dix à vingt ans), cet article ne comporte qu'une innovation formelle : l'expression "*affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle*", qui couvre - comme le texte ancien - tout le domaine militaire [115], ainsi, sans doute, que les sites qui peuvent être mis temporairement à disposition des armées, en cas d'opérations militaires ou d'événements particuliers [116]. Pour le reste, comme l'ancien article 79,

---

Guillaume Poulle, sur le projet de loi tendant à réprimer les délits d'espionnage et les agissements de nature à favoriser l'espionnage, *J.O.R.F.*, Sénat, Débats, 14 juin 1922). Le nouveau texte de 1939 ne résolu cependant pas complètement ce problème, puisqu'après la guerre, on relève à ce sujet - une anecdote révélatrice de la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer un secret de défense d'un document public : la D.S.T. alertée par le S.D.E.C.E. à propos d'une commande de 1.500 cartes postales représentant des vues d'avion, identifia l'acheteur : l'attaché de l'air adjoint de l'ambassade soviétique. Elle fut alors chargée d'une commission rogatoire en vue de saisir chez tous les fabricants de cartes postales les clichés pouvant représenter des zones d'intérêt militaire (Cf. Pierre Levergeois, *J'ai choisi la D.S.T. - Souvenirs d'un inspecteur*, Flammarion, 1978, p. 108 et s.) ; A la même époque, L. Farago signale le même problème potentiel aux Etats-Unis, (Cf. Ladislas Farago, *War of Wits*, traduction française : *Les secrets de l'espionnage*, Presses de la Cité, 1955, p. 306).

[115] Dans ce sens, *Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique*, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 74.

[116] Cette expression rejoint, en cela, celle employée dans le règlement de discipline générale dans les armées qui organise notamment la protection du secret *"dans les enceintes et établissements militaires ou, en campagne, dans les cantonnements ou véhicules, ainsi qu'à bord des bâtiments de la marine et des aéronefs"* (Article 24 du règlement de discipline générale dans les armées, Décret n° 82-598 du 12 juillet 1982, cf. infra).

l'article 413-5 s'applique sans qu'il soit besoin de prouver quelque autre intention (espionnage, sabotage, ...) dès lors que deux conditions cumulatives sont réunies : introduction sans autorisation et caractère frauduleux. Cette double condition a paru *"presque redondante"* à certains lors des travaux parlementaires [117]. Pourtant, elle prend tout son sens, à la lumière du nouvel article R. 644-1 nCP, introduit dans la partie réglementaire du Code par le décret du 29 mars 1993 [118] qui abrogea, en même temps, le décret du 6 février 1981 réglementant l'accès aux établissements militaires. Cet article prévoit, en effet, que

> *"Hors le cas prévu par l'article 413-5, le fait, sans autorisation des autorités compétentes, de pénétrer, séjourner ou circuler sur un terrain, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4ème classe.*
>
> *L'interdiction d'accès aux terrains, constructions, engins ou appareils visés à l'alinéa précédent fait l'objet d'une signalisation particulière lorsque aucune marque distinctive ne signale qu'ils sont affectés à l'autorité militaire ou placés sous son contrôle".*

En clair, la pénétration sans autorisation dans un site militaire est constitutif d'un délit s'il est possible d'en établir le caractère frauduleux (par exemple, violence, effraction, fausse identité ou apparence, ...), soit d'une simple contravention de 4ème classe si ce caractère frauduleux ne peut être établi [119]. De plus, il faut comprendre le second alinéa de l'article R. 644-1 comme faisant de l'existence d'une marque ou d'une signalisation distinctive une condition de son application. Il est logique, en effet, que la pénétration sans intention frauduleuse ne soit punissable qu'à partir du moment où son auteur avait connaissance du fait qu'il pénétrait dans un site interdit.

Pour pouvoir mettre en oeuvre ces dispositions pénales, les forces armées doivent donc organiser sur le terrain une protection physique de leurs établissements et

---

[117] Ce fut le cas du rapporteur de l'Assemblée, M. Colcombet, *op. cit.*, p. 75.

[118] Décret n° 93-726 du 29 mars 1993 portant réforme du Code pénal (deuxième partie : décrets en Conseil d'Etat) et modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale, *J.O.R.F.*, 30 mars 1993, pp. 5559 et s..

[119] On peut voir dans cet article R. 644-1 nCP *"un complément de protection contre les rôdeurs et les curieux, ainsi qu'une arme de dernier recours contre des personnes soupçonnées de s'être introduites sciemment sur le site sans qu'il soit possible d'en apporter la preuve"* (Bertrand Warusfel, "Les zones protégées dans le nouveau Code pénal", *Droit et Défense*, n° 93/2, p. 61).

un contrôle de leurs accès. Tous les établissements militaires possèdent à la fois une clôture limitant les risques de pénétration clandestine et aux entrées du site, du personnel de surveillance gérant une procédure de contrôle des accès [120]. Ce travail de protection est généralement assuré dans les sites militaires par la conjonction de trois types d'intervenants :

- des personnels militaires appartenant à l'unité implantée sur le site ou à des unités spécialisées dans la protection (la marine possède 1.900 fusiliers marins pour la protection des bases navales et l'armée de l'air plus de 1.500 fusiliers commandos de l'air [121]) ;

- la gendarmerie, soit au travers d'unités spécialisées implantées à l'intérieur des établissements (1.000 gendarmes maritimes dans les bases navales, 1.200 gendarmes de l'air [122] sur les bases aériennes, 400 gendarmes de l'armement dans les établissements de la D.G.A. [123], Garde républicaine dans certains bâtiments gouvernementaux [124]), soit par les brigades territoriales qui assurent,

---

[120] A titre de court résumé du contenu de ces procédures, on peut se reporter à un arrêté d'août 1993 décrivant le contenu de la base de données type pour la gestion des accès. Elle doit comprendre des catégories d'information relatives *"aux personnels : nom (patronymique, marital ou d'usage), prénoms, sexe, nationalité, date et lieu de naissance, photographie, adresse personnelle, situation militaire ou professionnelle (matricule, grade, fonction, service ou affectation, habilitation) ; aux visiteurs : nom (patronymique, marital ou d'usage), prénom usuel, sexe, nationalité, date et lieu de naissance, adresse personnelle, fonction ou entreprise, mise en garde ; au déplacement des personnes : le numéro du badge ou du laisser-passer, la période de validité, la couleur ou les zones de circulation autorisées, la personne ou le service visité ; à l'identification des véhicules : le numéro du badge ou du laisser-passer, les marque et type, le numéro minéralogique, le titulaire de l'autorisation d'accès"* (Arrêté du 23 août 1993 portant création d'un modèle type de traitement automatisé d'informations nominatives ayant pour objet le contrôle et la gestion des accès des établissements militaires, *J.O.R.F.*, 9 septembre 1993, p. 12645).

[121] Cf. le dossier spécial sur la protection, *in Armées d'aujourd'hui*, n° 116, décembre 1986/janvier 1987, p. 31 (la protection des bases navales) et p. 33 (la protection des bases aériennes).

[122] *Ibid.*.

[123] Dans les établissements de l'armement, les gendarmes travaillent en parallèle avec des sociétés de gardiennage privées, titulaires de marchés à clauses de sécurité (cf. infra) avec la D.G.A. (Cf. *Info-DGA*, n° 27, avril-mai 1990, p. 36 ; *Armées d'aujourd'hui*, n° 47, janvier/février 1980, p. 32).

[124] Les régiments de la Garde républicaine, unité spécialisée de la Gendarmerie nationale, assure la protection des principaux centres gouvernementaux (Palais de l'Elysée, Hôtel Matignon, les Assemblées, certains ministères sensibles - tels que les Affaires étrangères ou la Défense). Ils sont parfois soutenus et renforcés par des escadrons tournants de la gendarmerie mobile. A titre d'exemple, sur le rôle des gardes républicains dans la protection de Matignon ou de l'Elysée, cf. Thierry Pfister, *La vie quotidienne à Matignon au temps de l'Union de la gauche*, Hachette, 1985, pp. 93 à 97 et Charles Debbasch, *L'Elysée dévoilé*, Albin Michel, 1982, p. 67.

à l'occasion de rondes périodiques, la surveillance extérieure des installations militaires [125] ;

- la D.P.S.D., dont les postes, détachements et antennes implantés sur les principaux sites militaires et auprès de tous les échelons hiérarchiques (sur cette direction et ses mission, cf. supra - chapitre ...), cherche à détecter les éventuels risques d'intrusion ou d'atteinte à la sécurité des installations (l'une de ses missions), assure l'inspection des sites et sert de conseil au commandement en matière de sécurité [126].

Si les tâches de police judiciaire nécessaires à mettre en oeuvre en cas de commission d'infractions aux règles décrites ci-dessus, ne peuvent être effectuées que par les forces de gendarmerie (valablement habilitées par le procureur de la République du lieu), il demeure cependant vrai qu'en cas de flagrant délit, l'article 73 du Code de procédure pénale donne qualité à *"toute personne"* pour appréhender son auteur et le conduire devant l'officier de police judiciaire le plus proche. Appliqué aux règles régissant la protection et l'accès aux établissements militaires, cela implique que lorsqu'une intrusion *"frauduleuse"* (c'est-à-dire passible de l'application de l'article 413-5, et non du seul article R.644-1 [127]) est détectée, toutes les forces impliquées dans la tâche de sécurité, c'est-à-dire

> *"le chef de poste, la sentinelle ou/et tout militaire peuvent appréhender un individu s'étant introduit frauduleusement ou sciemment dans un terrain militaire ou une zone protégée. On peut appréhender, mais sans usage des armes, mais on ne peut pas détenir.* (...) [On] *doit aussitôt en aviser l'officier de police judiciaire le plus proche dans le meilleur délai possible.* " [128]

Dans les établissements militaires nécessitant une protection particulière, peut être créée une zone ayant le statut de *"zone militaire sensible"* (Z.M.S.), bénéficiant d'une sécurité renforcée et dont le statut se rattache à celui des *"zones protégées"*,

---

[125] Cf. "La gendarmerie et la sécurité des établissements militaires", *Armées d'aujourd'hui*, n° 116, *op. cit.*, pp. 35 et 36. Sur une critique de l'efficacité de cette protection *"périphérique"* par la gendarmerie territoriale de certains sites sensibles (en l'occurrence, les centrales nucléaires d'E.D.F.), cf. *Le Canard Enchaîné*, 18 avril 1990.

[126] Cf. notamment, l'interview du général Armand Wautrin, alors, directeur de la D.P.S.D., *in Armées d'aujourd'hui*, n° 79, avril 1983, pp. 6 et 7.

[127] On conçoit, cependant, que la distinction parfois subtile entre une simple intrusion *"sans autorisation"* et une intrusion réellement *"frauduleuse"* demeure difficile à faire, ce qui peut conduire, dans la pratique, à une interprétation extensive de la notion de *"flagrant délit"*.

[128] *Lettre d'information de l'Inspection de la Défense Opérationnelle du Territoire*, n°2-93.

mises en place pour la protection du secret et nous en étudierons plus loin les modalités.

Avant d'en finir avec ce sujet de l'accès aux établissements militaires, signalons - pour mémoire - que l'application sur le territoire français du traité sur les forces armées conventionnelles en Europe [129], implique désormais que des *"inspections de défiance"* peuvent avoir lieu dans les établissements militaires (ainsi qu'éventuellement, dans des lieux dépendant de personnes privées ou de personnes publiques autres que l'Etat [130]).

Ajoutons, enfin, à tous ces éléments concernant l'accès aux établissements militaires qu'en leur sein, deux dispositions réglementaires spécifiques concernant la protection du secret à l'intérieur ou à proximité des sites militaires :

- l'article 24 du règlement de discipline générale dans les armées, qui impose à tous militaires certaines contraintes destinées à empêcher l'appropriation non autorisée d'informations pouvant être confidentielles [131],

- le nouvel article R. 645-2 du Code pénal, qui punit d'une contraventions de la 5ème classe un comportement, jusqu'alors réprimé d'une peine de dix à vingt ans de détention criminelle par l'article 79.4°, à savoir le fait d'effectuer des *"dessins, levés ou enregistrement d'image, de sons ou de signaux de toute nature"* dans une *"zone d'interdiction fixée par l'autorité militaire"*. Outre un très sensible allégement des peines encourues, cette nouvelle rédaction

---

[129] Cf. la loi n° 91-1399 du 31 décembre 1991 autorisant la ratification du traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (ensemble huit protocoles), signé à Paris le 19 novembre 1990 (publié par le décret n° 93-183 du 2 février 1993) et la loi n° 93-893 du 6 juillet 1993 relative à la conduite des inspections menées en vertu de l'article 14 du traité sur les forces armées conventionnelles en Europe et du protocole sur l'inspection annexé à ce traité. Pour un premier commentaire de ces textes, cf. David Ruzié, "Actualités sur la participation de la France aux accords sur la sécurité collective", *Droit et Défense*, n° 93/2, p. 57.

[130] Cf. le décret n° 94-116 du 4 février 1994 pris pour l'application de la loi n° 93-893 du 6 juillet 1993 relative à la conduite des inspections menées en vertu de l'article 14 du traité sur les forces armées conventionnelles en Europe et du protocole sur l'inspection annexé à ce traité, *J.O.R.F.*, 11 février 1994, p. 2351.

[131] *"1. La détention et l'usage d'appareils photographiques, cinématographiques ou enregistreurs ainsi que de postes émetteurs de radiodiffusion ou télévision dans les enceintes et établissements militaires ou, en campagne, dans les cantonnements ou véhicules, ainsi qu'à bord des bâtiments de la marine et des aéronefs, peuvent être soumis à autorisation préalable des chefs de corps et de service dans les conditions fixées par le commandement. 2. La publication ou la cession de films, de photographies ou d'enregistrements pris dans les enceintes, établissements militaires, bâtiments de la marine et aéronefs ou à l'occasion d'opérations, de manoeuvres ou de toute autre activité militaire est soumise à l'autorisation préalable du commandement."* (art. 24, décret n° 82-598 du 12 juillet 1982).

modernise la liste des activités interdites en visant les différentes formes d'enregistrement possibles, s'alignant ainsi sur les nouveaux moyens techniques d'espionnage (écoute électronique, radio-électrique, surveillance vidéo, ...).

§ 2. - *La protection des points sensibles*

La France connaît une double structure de protection, la structure militaire et la structure de défense, qui englobe la structure militaire et lui adjoint d'autres éléments répondant notamment aux exigences de la défense civile et économique. Dans le cadre de cette organisation globale de la défense, a été élaborée la réglementation et la protection des *"points sensibles"*, définie par l'ordonnance du 29 décembre 1958 [132] et précisée par une instruction interministérielle récente [133].

Relèvent de cette réglementation les sites civils ou militaires considérés comme vitaux pour la sauvegarde de la capacité nationale de réaction à une agression. A côté des sites militaires (tous déjà protégés par leurs propres moyens, comme nous l'avons vu), plus de 2.500 sites civils sont classés points sensibles (on y trouve, des installations de télécommunications et de télédiffusion, les centrales électriques, nucléaires ou non, les oléoducs, certains axes de transport, des gares, des ports, des stocks alimentaires ou de matières premières, des hôpitaux, certaines industries ou services publics, ...) [134]. Toutes les entreprises ou organisations, désignées par leur ministère de tutelle sur proposition des préfets, sont

> *"tenues de coopérer à leurs frais (...) à la protection desdits établissements, installations et ouvrages contre toute tentative de sabotage."* [135]

Cette protection de points sensibles civils comporte des points communs avec celles des établissements militaires : protection périmétrique et contrôle des accès [136],

---

[132] Ordonnance n° 58-1371 du 29 décembre 1958 tendant à renforcer la protection des installations d'importance vitale, *J.O.R.F.*, 31 décembre 1958, p. 12064.

[133] Instruction interministérielle n° 4600 SGDN du 8 février 1993 (diffusion restreinte) citée *in* Philippe Burlet, "Protection des P.M.I. de haute technologie en période insurrectionnelle", *Défense - Revue de l'Union des associations d'auditeurs de l'I.H.E.D.N.*, n° 65, septembre 1994, p. 58.

[134] Pour une description d'ensemble, cf. P. Péan, *op. cit.*, pp. 145 à 147.

[135] Article 1er, alinéa 2 de l'ordonnance du 29 décembre 1958, *op. cit.*, p. 12064.

[136] Pour un exemple de la protection physique d'un point sensible industriel (en l'occurrence une unité de production de matériels d'armement), cf. "Classé point sensible", *Telonde - Revue internationale de Thomson-CSF*, n° 5, septembre 1986, pp. 18 à 21.

établissement d'un plan particulier de protection transmis aux autorités [137], inspections régulières par les services de sécurité et surveillance périphérique exercée, d'une part par les unités de gendarmerie (dans le cadre de leur mission générale de sécurité du territoire) et, spécifiquement, par la D.S.T., service de contre-espionnage responsable de la détection des menaces externes pesant sur les points sensibles.

Même si, au quotidien, la sécurité de ces nombreux points sensibles laisse parfois à désirer [138] et si la protection du secret n'est pas, là, la préoccupation principale, il est clair, cependant, que les mesures préventives prises pour assurer la protection du point sensible contre de possibles atteintes extérieures ne peuvent que renforcer la sécurité des éventuelles informations classifiées qui pourraient s'y trouver.

Cette réglementation des points sensibles comprend plusieurs niveaux de protection suivant la sensibilité du site concerné : RS, PS1, PS2, PS3, ou - au maximum - IPD (Installations prioritaires de défense). Les *"installations prioritaires de défense"* sont des sites dont, au sens de l'article 17 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 [139], les conditions de sécurité sont définies en Conseil de défense. Cette qualification permet notamment de créer des secteurs de sécurité autour de ces installations, secteurs dans lesquels les fonctions de renseignement et de police sont spécifiquement coordonnées en cas de menace conformément aux dispositions du décret du 1er mars 1973 [140].

---

[137] Cf. G. Herrmann, *op. cit.*, p. 89.

[138] La presse révèle régulièrement des informations peu rassurantes sur la protection de certains points sensibles civils. Citons, à titre d'exemple, le Centre spatial guyanais de Kourou, dans lesquels des commandos en exercice se sont plusieurs fois infiltrés à l'intérieur de la base : la Légion, en 1984 (cf. *Le Figaro*, 20 août 1985), le G.I.G.N. et le 2ème R.E.P., en 1986 (cf. *L'Express*, 11 mai 1990), ou plusieurs installations électriques d'E.D.F. (trois attentats écologistes limités contre des lignes à haute tension, cf. *Le Canard Enchaîné*, 18 avril 1990, puis l'infiltration et un simulacre de sabotage par un commando de la D.G.S.E. à la centrale nucléaire du Bugey, cf. *Le Canard Enchaîné*, 25 avril 1990, et enfin, un attentat à la roquette contre le surgénérateur Superphenix de Creys-Malville en juillet 1992).

[139] L'ordonnance de 1959 a été complétée sur ce sujet, par la loi n° 72-1149 du 23 décembre 1972.

[140] Décret n° 73-236 du 1er mars 1973 relatif aux secteurs de sécurité des installations prioritaires de défense, *J.O.R.F.*, 7 mars 1973. Par ailleurs, des aires spéciales de surveillances (ass) peuvent être mises en place autour de ces installations afin de faire l'objet de mesures de surveillance phyisques renforcées (cf., notamment, *Armées d'aujourd'hui*, n° 116, *op. cit.*, p.36).

Sous-Section II. - La protection des zones dédiées à la préservation du secret ou du patrimoine

La conservation en toute sécurité d'informations secrètes nécessite, dans de nombreux cas, de délimiter des zones réservées à l'intérieur des locaux de l'organisme qui en a la charge, et ce notamment dans les entreprises ou les centres de recherche qui, par nature, sont plus sujets au passage de personnes extérieures que les services dépendant directement du ministère de la défense. De même, cet impératif de protection du secret et du patrimoine national scientifique et technique (particulièrement en ce qui concerne les visites et les stages) a conduit à faire de certains sites des *"établissements à régime restrictif"*.

§ 1. - Les zones "réservées" et les zones "protégées"

Les règles de protection du secret exigent, à partir du niveau *Secret défense*, que soit délimitée, à l'intérieur du site une zone, munie de moyens de protection suffisants et d'un système de contrôle d'accès, à l'intérieur de laquelle les documents classifiés seront rédigés, traités et entreposés [141]. Si l'instauration de ce type de zone est obligatoire pour tout service traitant des informations classifiées de ce niveau, le non-respect de cette règle (par exemple, absence de zone, conservation de documents classifiés hors de cette zone, pénétration d'une personne non autorisée, ...) ne constitue, en elle-même, qu'une violation d'une mesure réglementaire interne, ne pouvant donner lieu qu'à une sanction disciplinaire (cf. supra). Il n'y a qu'en cas de compromission d'un secret suite à cette violation - entraînant l'ouverture d'une information judiciaire - qu'une sanction pénale pourrait s'appliquer à ses auteurs (sur le fondement, notamment, des articles 413-10 à 413-12).

C'est donc afin de pouvoir sanctionner pénalement le simple fait de pénétrer dans une zone mise en place dans le but de préserver le secret de défense, que le législateur est intervenu en 1973 pour compléter le Code pénal sur ce point. Souhaitant *"donner un caractère plus impératif"* à l'interdiction de pénétrer dans les zones réservées aux informations classifiées, il a introduit dans le Code pénal, par la loi du 5 juillet 1972 (?), un article 418.1. qui permet à l'autorité ministérielle d'ériger une zone réservée en *"zone protégée"* spécialement visée par le Code pénal [142] :

---

[141] Cf. A.-L. Mie, *op. cit.*, p. 174.

[142] Cf. P. Péan, *op. cit.*, p. 67. Signalons que l'intrusion sans autorisation dans une zone protégée constituant donc un délit, les mêmes possibilités d'appréhension en *"flagrant délit"* des intrus que celles évoqués plus haut en ce qui concerne les établissements militaires, y sont applicables (et peuvent être utilisées, par exemple, par des agents privés de gardiennage chargés de surveiller la zone).

"Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 500 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque, dans les services, établissements ou entreprises publics ou privés, intéressant la défense nationale, se sera sciemment introduit, sans y être autorisé, à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est constamment interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications.

Un décret détermine d'une part les conditions dans lesquelles il est procédé à la délimitation des terrains et locaux visés à l'alinéa précédent et d'autre part les conditions dans lesquelles les autorisations d'y pénétrer peuvent être délivrées".

Cet article visait à donner un fondement légal et à assurer une sanction pénale à l'obligation faîte par l'instruction 2000 aux titulaires de marchés classés de créer au sein de leur entreprise une zone protégée destinée à recevoir les informations classifiées et dans laquelle ne pourrait pénétrer que des personnes habilitées [143].

Le décret du 27 mars 1973 [144] précisa le fait que toute zone protégée ne peut être créée que par arrêté ministériel et que, lorsqu'elle a pour objet de protéger des secrets de défense, les autorisations d'y pénétrer sont également délivrées par le ministre ayant créé la zone.

Lorsque le degré de sensibilité des informations ou des activités concernées le nécessite, l'autorité réglementaire a prévu la possibilité de renforcer la sécurité physique des zones protégées en les érigeant en *"zones sensibles"*. Dans les *"zones militaires sensibles"*, les militaires peuvent notamment procéder - après les sommations d'usage - à l'ouverture du feu à l'encontre d'intrus [145]. Plus récemment, un décret de 1985 a permis de créer, sur le même modèle, des *"zones civiles sensibles"* dans les entreprises intéressant la défense nationale (par exemple, entreprises d'armement) : leur protection est assurée *"notamment par des dispositifs dangereux, permanents ou temporaires"* et elles sont signalisées par des panneaux portant la mention *"Défense de pénétrer - danger de mort"* [146].

---

[143] Cf. Charles Ribière, "Entreprises publiques ou privées intéressant la Défense nationale - Circulation interdite", *Jurisclasseur Pénal*, art. 418.1..

[144] Décret n° 73-389 portant application de l'article 418-1 du Code pénal, *J.O.R.F.*, 4 avril 1973.

[145] Cf. *Armées d'aujourd'hui*, n° 116, *op. cit.*, p. 28.

[146] Décret n° 85-1357 du 18 décembre 1985 portant création de zones civiles sensibles à l'intérieur de certaines installations d'importance vitale, *J.O.R.F.*, 22 décembre 1985, p. 15012.

L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal n'a pas modifié profondément ce dispositif. Le nouvel article 413-7 nCP a remplacé l'article 418-1 mais conserve un esprit et une rédaction très proches :

> *"Est puni de six mois d'emprisonnement et de 50.000 F d'amende le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux ou terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications".*

On ne note, par rapport au texte précédent, que trois modifications :

- le quantum des peines est modifié (six mois d'emprisonnement et 50.000 F d'amende contre trois mois à un an et 500 à 10.000 F précédemment), sans doute pour se mettre en conformité avec les nouvelles peines de l'article 413-5 (cf. supra). Ce faisant, le nouveau Code limite, certes, le niveau maximal de la peine (qui ne pourra plus dépasser six mois, contre un an) mais renforce plutôt l'ensemble des sanctions (amendes considérablement augmentées, minimum d'emprisonnement doublé) ;

- l'adverbe *"sciemment"* a disparu, l'article punit désormais le seul fait de *"s'introduire sans autorisation"*, sans qu'il soit besoin de prouver l'intentionnalité (qui est, cependant, présumée à partir du moment où la zone protégée est délimitée et signalée) ;

- enfin, l'Assemblée nationale a supprimé en deuxième lecture, l'adverbe *"constamment"*, ce qui a pour effet *"d'étendre l'infraction au cas d'une restriction simplement intermittente à cette libre circulation"* [147] (cette ouverture vers la prise en compte de situation temporaire est cohérente avec l'évolution constatée à propos de l'article 413-5 nCP, cf. supra).

Au total, ces quelques modifications mineures témoignent plutôt de la tendance générale - déjà évoquée - du nouveau Code, qui, d'un côté, cantonne fortement le dispositif de protection du secret de défense en tant que tel, tout en cherchant, d'un autre côté, par différents moyens, à renforcer ce qui concerne la protection des aspects

---

[147] *Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique* par Paul Masson, *Sénat*, seconde session ordinaire de 1991/1992, séance du 24 juin 1992, document n° 436, p. 16.

industriels et technologiques (qui sont explicitement visés par cet article qui parle, notamment, du *"secret des recherches, études ou fabrications"*).

Sur la base de cet article 413-5 nCP, le décret du 29 mars 1993, déjà cité, abrogea le décret du 27 mars 1973 portant application de l'ancien article 418-1 et le remplaça par les articles R. 413-1 nCP à R. 413-5 nCP.

Eux aussi, reprennent quasi textuellement les anciennes dispositions du texte précédent. Les commentateurs ont simplement relevé au passage que l'autorité réglementaire a profité de l'occasion pour corriger une erreur ancienne [148]. En effet, il a rétabli dans l'article R. 413-2 nCP la mention des *"études"* à la liste des éléments à caractère secret dont le ministre a la charge, qui existait déjà dans l'article 418-1, mais avait été omis, par inadvertance, dans le texte de l'article 1er alinéa 2 du décret de 1973.

§ 2. - *Les établissements à régime restrictif*

Les différents modes de protection évoqués jusqu'à présent (régime des établissements militaires, point sensible, zone réservée, zone protégée, voire zone - civile ou militaire - sensible) visent, en résumé, à ce que ne pénètrent dans ces sites que des personnes dûment autorisées et à en interdire l'accès aux intrus. Mais il existe, notamment dans les secteurs technologiques et industriels, une situation intermédiaire fréquente : celle des personnes extérieures souhaitant pénétrer temporairement sur le site pour des visites ou des stages.

L'ouverture internationale de la France fait que ses entreprises et organismes de recherche sont l'objet de nombreuses visites et stages de la part de personnes de nationalité étrangère (on a dénombré ainsi 30.000 stagiaires et 50.000 visiteurs étrangers en 1985 [149], 41.000 stagiaires et 36.000 visiteurs en 1987 [150] et pour 1992, 50.000 stagiaires [151]). Or, certains exemples ont montré que cet afflux d'intérêt pour nos principaux centres de développement technologique et scientifique n'était pas toujours innocent et recelait souvent des tentatives d'espionnage de la part de services

---

[148] Cf. notamment, *Droit et Défense*, *op. cit.*, p. 60.

[149] Chiffres cités par la Direction de la Surveillance du Territoire in "Visiteurs et stagiaires étrangers dans nos entreprises et laboratoires - une coopération pas toujours innocente ...", *La Jaune et la Rouge*, août-septembre 1987, p. 84.

[150] Chiffres cités par la Direction de la Surveillance du Territoire in *Réalités Industrielles/Annales des Mines*, octobre-novembre 1989, p. 61.

[151] Estimation du S.G.D.N. cité par *Valeurs Actuelles*, 27 décembre 1993, p. 4.

ou d'officines de renseignement étrangèrs [152]. Une réglementation existe donc pour tenter de filtrer les demandes de visites et de stages de personnes étrangères dans un certain nombre d'établissements considérés comme sensibles. Elle a été définie par une instruction interministérielle sur la protection du patrimoine scientifique et technique français dans les échanges internationaux n° 486 en date du 25 août 1982 et qui a fait l'objet d'une refonte récente.

Son principe consiste, d'abord, à établir et à tenir à jour une liste des *"établissements à régime restrictif"* ainsi que des *"pays soumis à réglementation spéciale"* (c'est-à-dire dont les nationaux font l'objet d'une attention particulière en cas de visite ou de stage [153]. Cette liste - non publiée - est arrêtée par le Premier ministre (S.G.D.N.) sur proposition des ministres de tutelle et du Conseil d'action scientifique de défense [154]. Parmi ces établissements à régime restrictif, l'on trouve une centaine de laboratoires de recherche civils [155], les établissements de la D.G.A., les entreprises travaillant sur des marchés classés de défense et tous les établissements soumis à la réglementation des points sensibles (cf. supra).

Tout établissement à régime restrictif est, dès lors, tenu de soumettre à autorisation préalable les projets de visites et de stages de nationaux étrangers. L'autorisation doit être donnée au niveau du ministère de tutelle (représenté par le Haut fonctionnaire de défense), sauf délégation de pouvoir donnée dans certains cas à des autorités subordonnées, voire aux responsables des sites. Le S.G.D.N. n'est consulté que pour les autorisations

> *"qui concernent les cas les plus délicats remontant au niveau du Premier ministre (10% environ). En moyenne, sur 2.500 dossiers traités annuellement à ce titre, le pourcentage de refus total est inférieur à 5%, et environ 20% font l'objet d'une réorientation ou de refus partiels."* [156]

---

[152] Cf. notamment *La Jaune et la Rouge*, *op. cit.*, pp. 83 à 86 ; l'interview du général de Barry (alors S.G.D.N.) : "Les limites du secret scientifique", *La Recherche*, n° 151, janvier 1984, pp. 123 à 127 ; plus récemment Pierre Louisot, "Protection du patrimoine scientifique" *INSERM Actualités*, n° 122, janvier-février 1994, p. 10 ; et pour un exemple révélé par la presse : "La France fournissait aussi de la matière grise à l'Irak", *Le Canard Enchaîné*, 20 février 1991.

[153] Cf. J. Huygues des Etages, *Avis de la commission de la défense nationale sur le budget pour 1984*, Assemblée nationale, 1ère session ordinaire 1983/1984, séance du 6 octobre 1983, document n° 1738, fiche n° 8, p. 35.

[154] Cf. *La Recherche*, *op. cit.*, p. 124.

[155] Cf. *La Recherche*, *op. cit.*, p. 123.

[156] Général de Barry in *La Recherche*, *op. cit.*, p. 126.

Lorsqu'une visite ou un stage est autorisé dans un établissement à régime restrictif, il appartient cependant au responsable de ce site et aux personnes qui y sont en charge de la sécurité de faire en sorte que le circuit de visite ou le lieu d'affectation du stagiaire ne risque pas d'amener la personne étrangère au contact d'informations classifiées ou à pénétrer à l'intérieur d'une éventuelle zone réservée ou protégée.

CHAPITRE III

LA PROTECTION DU SECRET DANS LE CONTEXTE DE LA SOCIETE D'INFORMATION CONTEMPORAINE

La France, comme les autres pays industrialisés, a connu dans les quarante dernières années une transformation très rapide et très profonde de son économie, de ses modes de vie et de ses valeurs. Cette transformation - que certains ont analysée comme le symptôme d'un véritable changement de civilisation - est due, pour l'essentiel, aux conséquences du progrès technique considérable de la seconde moitié du XXème siècle, progrès qui a tout à la fois modifié en profondeur les comportements et les moeurs et permis l'émergence d'un nouveau type d'économie, fondée sur l'utilisation intensive des technologies de pointe et des ressources d'information à l'échelle internationale.

Ce contexte dominant a nécessairement des retombées sur les formes et les moyens de la protection du secret. En effet, tout le dispositif de protection du secret est un processus intimement lié, d'une part, à l'appréciation de ce qui est stratégique pour le développement et la défense d'une collectivité à un moment donné et, d'autre part, à l'état des moyens de communication et de traitement de l'information disponibles dans cette société. Le développement d'une économie internationale de l'information post-industrielle et technologique, fondée essentiellement sur le primat de la communication et développant des nouvelles formes de richesse sur une base supra-nationale, modifie donc fondamentalement la valeur des principaux paramètres de l'équation du secret.

Trois caractéristiques, en effet, décrivent synthétiquement cette modernité :

- la diversification des facteurs de puissance. Face aux facteurs traditionnels de la puissance politique, diplomatique et militaire, notre temps met à la première place des facteurs, souvent demeurés subordonnés dans le passé, tel le facteur économique, technologique ou culturel. Du même coup, les enjeux de puissance et les luttes stratégiques se déplacent vers ces nouvelles sources de pouvoir et s'organisent de plus en plus autour d'elles.

- la diversification des acteurs de puissance. A côté des Etats, d'autres acteurs pénètrent dans les jeux de la concurrence et de la puissance, à commencer par les acteurs économiques privés et les structures sociales infra ou supra-nationales issues de la "société civile", qui viennent contester aux Etats et à

leurs structures politico-administratives leur monopole apparent sur la gestion et la représentation des affaires collectives.

- la transformation des lieux et des supports de la puissance. A l'ancien ordre basé sur la territorialité (frontières, territoires) et la matérialité du pouvoir et de la richesse (appropriation physique des ressources et des territoires), la nouvelle donne contemporaine oppose la délocalisation (ou la trans-localisation) de la puissance et l'immatérialité des nouvelles ressources informationnelles, passant ainsi d'une logique d'appropriation des stocks à celle du contrôle des flux.

Appliqué au système de protection du secret, on peut décrire trois niveaux de transformation complémentaires : la mutation du contenu du secret qui tend à couvrir de plus en plus d'informations de nature technologique ou économique (Section I.), celle des acteurs de la protection de ces secrets, qui sont de plus en plus souvent des personnes privées soumises à des logiques autonomes (Section II.) et celle - enfin - des moyens et supports du secret, qui sont essentiellement aujourd'hui des systèmes d'information (Section III.). Le nouveau Code pénal ne réussit que très imparfaitement à prendre en compte ces trois mutations convergentes qui sont caractéristiques de la "*société d'information*" contemporaine [1].

SECTION I. - La mutation de l'objet du secret : la difficile protection des secrets économiques et technologiques

Dans une société d'information, où l'information est, non seulement, largement diffusée par les moyens de communication, mais aussi la source dominante de la richesse et du pouvoir, le statut du secret révèle, plus que jamais, son ambiguïté fondamentale. On peut la résumer par le syllogisme suivant :

- plus l'on communique, plus l'information devient importante,

---

[1] La terminologie pour nommer le nouveau type de société dans laquelle nous entrons n'est pas encore stabilisée. Le professeur (et ancien conseiller à la sécurité nationale du président Carter) Brzezinski proposa en 1970 le concept de l'"*ère technetronique*" (Zbigniew Brzezinski, *Between Two Ages - America's Role in the Technetronic Era*, Viking Press, 1970). De son côté, le professeur Danièle Loschak a utilisé la formule de "*société technologique avancée*" pour décrire la même réalité sociale, technique et économique que celle qui nous intéresse ici (cf. Danièle Loschak, "Le principe de légalité - Mythes et mystifications", *A.J.D.A.*, 20 septembre 1981, p. 392). Pour notre part, nous avons choisi de retenir le terme plus large de "*société d'information*" - couramment utilisé dans la littérature anglo-saxonne - car il nous paraît mettre en lumière le fait que les technologies dominantes de ce temps sont celles de l'information (électronique, informatique, télécommunications, logiciel, audiovisuel) et que - juridiquement - ces technologies trouvent leur pendant dans l'émergence du "*droit à l'information*", illustré en France par les différentes lois adoptées à la fin des années soixante-dix.

- plus l'information devient importante, plus le secret devient utile pour la protéger,

- donc, plus le niveau de communication augmente, plus le secret à la fois nécessaire (pour sauvegarder la valeur de l'information) et intolérable (puisque contraire, par nature même, à la logique de la communication).

Cette contradiction est, notamment, visible aujourd'hui dans le fait qu'au moment où la sphère du secret paraît se rétrécir devant la croissance de l'information ouverte, les contraintes des nouvelles rivalités de puissance poussent à inclure dans ce champ du secret des données économiques et technologiques jusqu'alors peu protégées.

Or, malgré l'affirmation du caractère global de la défense nationale par l'ordonnance du 7 janvier 1959 et les modifications successives du Code pénal en 1939 et 1960, les secrets économiques et technologiques ont toujours éprouvé des difficultés à être protégés par le secret de défense (Sous-Section I.) et ont plutôt profité de certaines protections "périphériques" (Sous-Section II.).

Sous-Section I. - Des secrets économiques et technologiques mal pris en compte par le secret de défense

Nous avons remarqué dans la première partie que la jurisprudence était restée très réservée quant à l'utilisation du secret de défense pour protéger des informations économiques ou technologiques et avait le plus souvent recouru, concernant la compromission de telles informations, à l'article 80.3° qui la dispensait de leur attribuer une qualification secrète (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III). Et nous avons constaté que, pour sa part, la pratique administrative limitait, pour l'essentiel, la protection des secrets économiques aux informations directement en relation avec la mise en oeuvre des forces armées ou la réalisation des exportations d'armement et celle des secrets technologiques au cas des demandes de titre de propriété industrielle mis au secret en raison de leur lien avec des matériels d'armement.

Mais le concept même de secret technologique ou de secret économique peut aller au-delà de ces informations gouvernementales à objet économique ou industriel. Il peut notamment vouloir s'étendre à des informations détenues par des personnes privées et pouvant intéresser la réussite économique ou technologique du pays. Il est donc pertinent de se poser la question de savoir jusqu'où le secret de la défense nationale - dans son acception ancienne tout comme dans sa nouvelle définition - peut couvrir ces secrets technologiques et économiques, que les législateurs successifs ont, semble-t-il, voulu intégrer dans son champ d'intervention.

Comme nous l'avons vu (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier), l'article 78 issu de la réforme du Code pénal de 1939 mentionnait déjà explicitement dans son premier alinéa les renseignements *"économiques ou industriels"*. Il y ajoutait dans son second alinéa une énumération des supports rédigée de manière à pouvoir concerner certains types d'équipements et de documents techniques (notamment *"matériels"* et *"plans"*). Ces précisions avaient été introduites, en toute connaissance de cause, par le législateur pour permettre de prendre en compte le nouveau risque que constituait l'apparition dans l'entre-deux guerre des premières formes de l'espionnage industriel.

Cette innovation législative n'arrivait pas seule. Elle se conjuguait avec l'adoption, peu de mois avant, du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre [2]. Et, elle était, surtout, complétée par les nouvelles dispositions de l'alinéa 3° de l'article 81 qui sanctionnaient lourdement quiconque *"sans autorisation préalable de l'autorité compétente, livrera ou communiquera à une personne agissant pour le compte d'une puissance ou d'une entreprise étrangère, soit une invention intéressant la défense nationale, soit des renseignements, études ou procédés de fabrication se rapportant à une invention de ce genre, ou à une application industrielle intéressant la défense nationale"*.

Ce dernier texte était fort important dans la mesure où il mentionnait *"une entreprise étrangère"*, mettant sur un pied d'égalité les actes d'espionnage industriel commis directement par un Etat étranger et ceux commis par une firme étrangère, que ce soit pour son propre compte ou indirectement pour le compte de son Etat d'origine [3]. Mais il faut remarquer aussi que cet article consacrait une nouvelle notion, celle d'*"invention intéressant la défense nationale"*, qu'il fallut interpréter à la lumière d'autres textes publiés à la même période, tels les décrets-lois du 30 octobre 1935 et du 29 novembre 1939, complétés par une instruction d'application du 26 novembre 1939.

---

[2] Sur ce texte et la réglementation qu'il mit en place - et qui reste toujours en vigueur aujourd'hui - cf. André Collet, "Le régime des matériels de guerre, armes et munitions" *Défense nationale*, juin 1985, p. 79, et Bertrand Warusfel, "Strategic Exports Control and Disarmament in France", *Disarmament*, Volume XV, n° 1, United Nations, New York, 1992, p. 43 et s..

[3] On connaît, dès avant la seconde guerre mondiale, plusieurs cas attestés d'espionnage économique et industriel perpétrés par des entreprises étrangères : Alfred Krupp, par exemple, fit en 1838 un voyage à Sheffield afin d'aller surprendre, lui-même, les secrets de fabrication de l'acier anglais (cf. Peter Batty, *La dynastie des Krupp*, R. Laffont). Cf. aussi, Oscar Ray, *Histoire de l'espionnage*, Gallimard, 1936, p.241 à 248. .... Et le colonel Nicolaï, ancien chef du service de renseignement allemand durant la première guerre mondiale, écrit en 1932 que l'organisation du renseignement *"connaît de tout ce qui, en fin de compte, peut donner la victoire sur l'ennemi : des affaires, du commerce, de l'industrie, de la politique, des armes. Son occupation n'est plus la recherche passive du renseignement. Elle prend une part active à la lutte économique et à la propagande extérieure et intérieure"* (cité par Jean-Paul Mauriat, "Le contre-espionnage, élément de la défense", *Défense nationale*, janvier 1967, p. 109).

Ces textes avaient *"pour objet de permettre au Gouvernement français (...) de réserver à la France le bénéfice des inventions intéressant la défense nationale"* [4] et créait un droit de regard du ministre de la défense sur les demandes de brevet (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III).

La réforme du Code pénal de juillet 1939 et les textes adoptés parallèlement établissait donc une double protection des secrets techniques et industriels de défense : une protection directe des renseignements et documents se rapportant à des armements considérés comme secrets (via l'article 78) et une protection indirecte de ces mêmes secrets en veillant à la sauvegarde des mesures prises pour empêcher la divulgation de certains brevets intéressant la défense (via l'article 81.3°).

Quant aux renseignements économiques également évoquées à l'article 78.1°, les auteurs du *"Code pénal annoté"* de 1952 estimaient qu'ils ne constituaient des secrets que

> *"s'ils concernent la mobilisation économique de la nation, c'est-à-dire s'ils se rapportent à un établissement intégré dans le plan de défense nationale"* [5].

La réforme de 1960 devait confirmer, en apparence, cette prise en compte des secrets économiques et industriels. Certes, nous l'avons vu, l'abandon de tout effort de définition du secret de défense entraîna la disparition explicite du caractère économique ou industriel des renseignements secrets. Mais, en revanche apparaissait désormais le terme *"procédé"* qui désigne clairement comme objet de protection des éléments techniques immatériels (tels que savoir-faire, inventions, ...). Et, plus généralement, les commentateurs se sont accordés pour admettre que

> *"le caractère désormais général des problèmes de la défense nationale, et singulièrement l'importance prise par les données économiques dans l'"organisation générale de la défense" instituée par l'ordonnance du 7 janvier 1959 semblent, de nature à donner une signification beaucoup plus large aux termes employés. Si les renseignements énumérés par l'ancien article 78 du Code pénal sont toujours de nature à constituer des secrets de la défense nationale, la volonté des auteurs de la réforme a été de ne pas limiter à cette énumération les hypothèses de renseignements secrets ; des renseignements d'un autre ordre que ceux indiqués par l'ancien texte peuvent donc constituer*

---

[4] J.B. Herzog, "Atteintes à la sûreté de l'Etat", *Encyclopédie Dalloz Pénal*, n° 92, 1967.

[5] E. Garçon (mise à jour : Rousselet, Patin et Ancel), *Code pénal annoté*, 1952, note sous l'article 78 citée par Michel Sénéchal, *Droits politiques et libertés d'expression des officiers des forces armées*, L.G.D.J., 1964, p.133.

> *également des secrets : ainsi en est-il, par exemple, d'un renseignement scientifique "et, à l'extrême, social ou démographique, pourvu que la défense nationale exige qu'il ne soit communiqué à d'autres qu'à ceux qualifiés pour les détenir".* "[6]

Outre cette extension implicite du champ du secret en matière économique et technologique, plusieurs articles du nouveau texte semblaient confirmer et accentuer cette orientation. En premier lieu, l'article 77 modifié reprit intégralement la rédaction de l'article 81.3° et la mise à jour de la législation sur les brevets d'invention maintint les pratiques antérieures d'examen préalable et de mise au secret[7].

Mais, pour autant, la réforme de 1960 n'a pas réussi à imposer à la jurisprudence - comme nous l'avons vu - un véritable élargissement du champ d'application du secret de défense au-delà de ses domaines de prédilection traditionnels. Et la conclusion rétrospective qu'a tirée, lors des débats sur le nouveau Code pénal, le rapporteur de l'Assemblée nationale, reste - somme toute - assez proche du constat que faisaient en 1952 les commentateurs cités plus haut à propos des seuls secrets économiques. Selon lui, le secret de défense couvrait dans l'ordonnance de 1960

> *"les renseignements économiques ou industriels, mais seulement dans la mesure où ils intéressaient la défense nationale. La protection contre l'espionnage s'arrête aux limites du "complexe militaro-industriel", sous réserve que de la loi du 26 juillet 1968. C'est pourquoi la commission de révision du Code pénal a considéré qu'il fallait à l'avenir assurer la protection des secrets mettant en cause les intérêts fondamentaux de la Nation, dont la défense n'est qu'un des éléments.* "[8]

Avant donc d'analyser en quoi la protection des intérêts fondamentaux de la nation peut contribuer à celle des secrets économiques et technologiques, il faut préciser cependant qu'il existe dans la réglementation des dispositifs distincts du secret de défense qui ont, jusqu'à présent, assuré une certaine protection périphérique des données technologiques ou économiques pouvant intéresser la défense.

---

[6] Michel Sénéchal, *op. cit.*, p. 133. (citant lui-même le commentaire - déjà cité plus haut - du Professeur Vitu au J.C.P. 1960).

[7] Cf. J.B. Herzog, *op. cit.*.

[8] *Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique*, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 48.

Sous-Section II. - Les protections "périphériques" des secrets technologiques ou économiques intéressant la défense

Pour compléter les mesures spécifiques prises au niveau des dépôts de demandes des titres de propriété industrielle (cf. supra - 1ère Partie, chapitre III) ou de l'exécution des marchés classés de défense (cf. infra - Section II.), plusieurs dispositifs annexes peuvent être, en effet, considérés comme contribuant périphériquement et indirectement à la protection de certains secrets technologiques ou économiques. Il s'agit essentiellement des mesures de protection du *"patrimoine national scientifique et technique"* en matière de contrôle des visites, des stages et des coopérations (§ 1.), du contrôle à l'exportation des armements ou des produits et technologies sensibles (§ 2.) et des limitations de communication de certaines informations à l'étranger (§ 3.).

§ 1. - Les tentatives de protection du patrimoine national scientifique et technique

Le Secrétariat général de la défense nationale et la DST - sensibilisées par les vulnérabilités économiques nouvelles de la France et par les menaces d'espionnage scientifique et technologique (notamment celles en provenance de l'URSS) ont conçu, aux lendemain de la crise pétrolière de 1973 [9], un concept différent de celui de secret de défense et à vocation principalement technologique : le *"patrimoine national scientifique et technique"*. La définition de cette notion lui conférait, en théorie, une très large portée, mais n'ayant jamais été précisée dans un texte réglementaire publié (mais uniquement dans des instructions non publiées), ses contours n'ont pas été totalement fixés et nous devons nous en tenir aux interprétations qu'ont pu en donner des auteurs ayant exercé des responsabilités opérationnelles en la matière.

Pour le colonel Henri Debrun, par exemple, le *"patrimoine scientifique et technique"* devait être vu - en 1987 - comme un sous-ensemble d'un concept plus général de *"patrimoine national"* :

> *"Le patrimoine national correspond à l'ensemble des informations qui concernent les intérêts essentiels de l'Etat (économiques, diplomatiques, scientifiques, industriels ou commerciaux) dont le regroupement ou l'exploitation peut éventuellement conduire à la découverte d'un secret de*

---

[9] Cf. Rémy Pautrat, "L'intelligence économique : un nouveau défi et un grand enjeu pour la France", *Défense - Revue de l'Union des associations d'auditeurs de l'IHEDN*, n° 65, septembre 1994, p. 46.

défense nationale ou nuire à celle-ci, et qui justifient des mesures de protection sectorielles. " [10]

Cette présentation du patrimoine national faisait ressortir son large spectre (dépassant largement le seul domaine technologique et dont la définition comporte des affinités fortes avec celle adoptée ultérieurement par le nouveau Code pénal en ce qui concerne les intérêts fondamentaux de la nation). Mais, outre le fait que le *"patrimoine national"* dans ce sens large n'a jamais fait - à notre connaissance - l'objet d'une définition réglementaire, même non publiée, on peut également constater la difficulté qu'il y avait, à ce niveau, pour distinguer cette notion de celle des "secrets par extension" (cf. articles 75 et 76 de l'ancien Code pénal ou la définition du *Confidentiel-défense* dans le décret du 12 mai 1981, supra - Ière Partie, Chapitre Ier).

En revanche, la définition qu'il donnait du *"patrimoine scientifique et technique"* - proche de celle fournie par les textes réglementaires non publiés, tel l'instruction interministérielle n° 486 - se limitait aux seuls aspects technologiques, mais se distinguait plus clairement de la notion de secret de défense :

"D'une manière générale, par patrimoine scientifique et technique, il faut entendre tout savoir, quelque soit son support, tout savoir-faire, tout matériel intéressant non seulement le domaine strictement entendu des intérêts militaires de la défense (qu'il convient de protéger pour conserver notre indépendance ou notre avance) mais encore tout acquis dans les domaines scientifiques et techniques dont la connaissance par un pays étranger ferait perdre à la France un avantage dans un secteur concourant à sa puissance et à son indépendance et pourrait ainsi nuire indirectement à la défense nationale (considérée dans son acception globale). " [11]

Avec cette définition, on perçoit l'idée centrale de la protection du patrimoine : assurer au-delà de la protection directe des secrets de défense (dont la divulgation nuirait directement à la défense), une protection indirecte des intérêts nationaux en essayant de conserver une certaine confidentialité à certaines informations scientifiques et techniques (dont la divulgation nuirait à la position de la France, et donc - indirectement - à la défense nationale).

---

[10] H. Debrun, "Le secret de défense" in J. Robert (sous la dir.) "L'esprit de défense", *Economica*, 1987.

[11] H. Debrun, *op. cit.*. Cf. aussi, pour une définition quasiment textuellement identique, Gérard Vial, "La sécurité du C.E.A. - Une réponse aux diverses menaces de l'entreprise", *Réalités Industrielles/Annales des Mines*, octobre-novembre 1989, p. 132.

Mais un tel objectif a rencontré, dès sa formulation, une double difficulté. La première de ces difficultés est une difficulté théorique intrinsèque, comme Jean-Pierre Bansard, officier alors en poste au S.G.D.N., l'a clairement explicitée dans un article paru en 1993 et consacré à la protection du patrimoine et à son évolution :

> *"la notion même de patrimoine national implique qu'il existe des droits de propriété sur un ensemble de biens détenus par la collectivité nationale. Ce sont alors ces droits de propriété qui légitiment les mesures de protection du bien collectif. Or l'épistémologie considère que "l'expérience scientifique se développe dans un espace triangulaire limité par ses trois sommets correspondant à la question, la réponse et la publication des résultats". Cette publication des résultats est indispensable au "jugement des pairs" sans lequel une connaissance scientifique ne peut acquérir une existence, être considérée comme authentique et entrer alors dans le patrimoine scientifique universel. On voit que la connaissance scientifique est, par essence, rebelle à toute appropriation individuelle ou nationale. Il semble donc que la notion même de "patrimoine scientifique national" soit intrinsèquement paradoxale, ce qui constitue dès l'abord un indice assez peu favorable quant à la simplicité de la mission de protection confiée au S.G.D.N.."* [12]

La protection du patrimoine cumule, en effet, les handicaps juridiques. Elle présuppose, d'abord, que la collectivité nationale veut se prévaloir de certains droits sur des éléments intellectuels dont la propriété appartient pour l'essentiel à des personnes privées (entreprises, laboratoires, chercheurs, ...). Or, ces droits que réclame l'Etat, au nom de la nation, ne peuvent pas être, comme J.-P. Bansard l'affirme un peu hâtivement, de véritables droits de propriété : il s'agirait plutôt, en réalité, de sorte de *"servitudes"* grevant les informations en question, dont le régime juridique apparaît, pour différentes raisons (mélange droit privé/droit public, application à des éléments immatériels eux-mêmes relevant de régimes juridiques particuliers) assez complexe. D'autre part, cette protection cherche à s'exercer dans le domaine de la connaissance scientifique et technique, secteur qui bénéficie à la fois d'une tradition de liberté et de certaines protections juridiques garantissant justement sa non-appropriation [13]. Signalons, à ce sujet, que cette difficulté juridique fondamentale

---

[12] Jean-Pierre Bansard "La protection du patrimoine scientifique et technologique national : de la théorie à la pratique d'hier à aujourd'hui" *in* Bertrand Warusfel (sous la dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, Travaux du Centre Droit et Défense, Documentation française, 1993, p. 101.

[13] Cf., notamment, Gérard Cohen-Jonathan, "Progrès scientifique et technique et droits de l'homme", in *Droit et Libertés à la fin du XXème Siècle - Influence des données économiques et technologiques - études offertes à Claude-Albert Colliard*, Pedone, 1984, pp. 123 et s..

demeure plus que jamais actuelle et irrésolue dans le cadre de la protection des intérêts fondamentaux de la nation, à la différence près que celle-ci bénéficie d'un fondement législatif solide (cf. infra).

Le deuxième ordre de difficulté - dépendant du premier - a été de nature pratique : comment mettre en oeuvre cette protection du patrimoine dont les contours conceptuels et la qualification juridique restaient flous ? L'administration (et particulièrement le S.G.D.N. qui en a la charge) y a remédié en adoptant une ligne de conduite très modeste et très prudente, qui consistait à limiter le champ de cette protection à des procédures déjà existantes ainsi qu'à celle - déjà évoquée (cf. supra - IIème Partie, chapitre II) - du contrôle des visites et des stages :

> *"Si l'on regarde, en effet, dans l'instruction 1300, le contenu de la rubrique "Protection du patrimoine national", l'on constate que le texte renvoie uniquement à trois éléments : la procédure des marchés classés, les mesures de mise au secret des brevets intéressant la défense nationale, les mesures de contrôle des visites et des stages définies par l'instruction interministérielle 486 du 25 août 1982"* [14].

Les procédures des marchés classés (cf. infra) et du contrôle des brevets (cf. supra - Première partie, Chapitre III) étant directement liées à la protection du secret de défense lui-même, on a donc pu dire à ce sujet que

> *"la seule manifestation tangible du concept de "patrimoine national" se résume à une procédure de filtrage préventif des visiteurs et des stagiaires étrangers dans un certain nombre de laboratoires et de sites industriels publics ou privés. Cela paraît bien peu par rapport à l'enjeu."* [15]

§ 2. - *Le contrôle des exportations d'armement*

La France - comme la plupart des pays industrialisés - a mis en place un contrôle sur les exportations non seulement des matériels de guerre, mais aussi de certains produits et technologies considérés comme sensibles. Ces réglementations, bien que non liées directement aux questions de secret de défense, ont participé cependant, jusqu'à présent, à en compléter la protection par une surveillance des flux technologiques entretenus avec l'étranger.

---

[14] Bertrand Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation" *in Industrie, Technologie et Défense*, *op. cit.*, p. 143.

[15] *Ibid.*.

La réglementation française des matériels de guerre prévoit que toute activité industrielle ou commerciale relative à ces matériels est soumise à autorisation préalable. Dès lors, les exportations en sont interdites sauf dérogation gouvernementale attribuée discrétionnairement par le Premier ministre. Ces principes ont été fixés par le décret-loi du 18 avril 1939, à la veille de la seconde guerre mondiale. Ce texte - toujours en vigueur - établit une liste en huit catégories des types de matériels considérés comme *"matériels de guerre, armes et munitions"* et dispose que

> *"les entreprises de fabrication ou de commerce de matériels de guerre et d'armes et de munitions de défense (catégories 1, 2, 3, 4) ne peuvent fonctionner et l'activité de leurs intermédiaires ou agents de publicité ne peut s'exercer qu'après autorisation de l'Etat et sous son contrôle."* [16]

Ce contrôle de l'Etat va porter à la fois sur la nationalité des capitaux et des dirigeants [17], sur les règles de protection du secret et de sécurité au sein de ces entreprises, sur la qualité technique des processus de production et des matériels produits ainsi que sur le prix de revient de ces matériels.

Le même décret-loi précise également que

> *"l'exportation sous un régime douanier quelconque, sans autorisation, des matériels de guerre et matériels assimilés est prohibée"* [18] et qu' *"il ne devra être accepté aucune commande en vue de l'exportation des matériels (...) sans agrément préalable donné dans des conditions fixés par arrêté interministériel. Il ne devra non plus, sans le même agrément, être procédé, aux fins de cession ou de livraison ultérieures à l'étranger, à aucune présentation ni à aucun essai de ceux de ces matériels, visés ci-dessus, qui seront définis par ledit arrêté. Il en sera de même pour la cession des licences commerciales de fabrication et de tous les documents nécessaires pour l'exécution des fabrications."* [19]

Les exportations d'armement (et les importations, qui suivent le même régime) à partir de la France constituent donc juridiquement des exceptions limitativement

---

[16] Article 2, alinéa 3 du décret-loi du 18 avril 1939.

[17] Les critères relatifs à la nationalité de l'entreprise et de ses dirigeants en matière de commerce et de fabrication des matériels de guerre sont fixés par l'article 7 du décret n° 73-364 du 12 mars 1973. Ils sont également utilisés dans le cadre de la procédure d'habilitation des personnes morales titulaires de marchés classés de défense (cf. infra).

[18] Article 13, alinéa 1 du décret-loi du 18 avril 1939.

[19] Article 12 du décret-loi du 18 avril 1939.

autorisées par le Gouvernement au principe général de non-exportation. Ces dérogations relèvent du pouvoir discrétionnaire de l'administration, bien que le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation leur refusent le caractère d'"*actes de gouvernement*" [20]. Ils restent dès lors soumis à un contrôle - restreint - du juge administratif [21].

Sur le plan de la procédure, différentes autorisations successives sont prévues et détaillées dans le décret du 12 mars 1973 : des agréments préalables pour la prospection [22], les démonstrations, la remise d'offres, leur négociation, l'acceptation des commandes, les cessions de droits de propriété industrielle ou de données techniques, puis l'autorisation d'exportation elle-même (c'est-à-dire la dérogation à la prohibition de sortie) [23]. Ce système à plusieurs niveaux est propre à la France, la plupart des pays occidentaux ne connaissant qu'une seule procédure d'autorisation d'exportation. Une liste particulière regroupe en six catégories les matériels soumis à ces procédures de contrôle à l'exportation [24]. Elle est plus détaillée que celle citée plus haut qui concerne les matériels soumis à autorisation de fabrication et de commerce, et comprend notamment, en plus des matériels de guerre à proprement parler, certains produits à double usage comme les lanceurs spatiaux ou les moyens de cryptologie [25].

---

[20] Cf. notamment Cass. Civ. 1ère, 30 juin 1992, *Association européenne Droit contre Raison d'Etat c. Avions Marcel Dassault - Breguet Aviation*, note David Ruzié, *Droit et Défense*, n° 93/2, p. 74.

[21] Cf. notamment CE Ass, 29 juin 1962, *Société Manufacture des machines du Haut Rhin* (Manurhin), Rec. 432, arrêt dans lequel le Conseil d'Etat a refusé de faire jouer, à propos d'un refus d'autorisation d'exportation d'armes de guerre, la responsabilité sans faute de l'administration du fait des actes légalement pris, en raison du fait que *"la société requérante ne pouvait ignorer l'aléa que comportait nécessairement la passation d'un tel contrat"*.

[22] En 1991, le Gouvernement avait envisagé - pour soutenir les industriels français de l'armement face à la concurrence - de supprimer l'agrément préalable de la phase de prospection. Mais la révélation de ce projet dans la presse (*Le Canard Enchaîné*, 10 avril 1991 ; *Le Monde*, 18 avril 1991), à quelques semaines de la fin des hostilités en Irak, a fait renoncer le Gouvernement à ce projet.

[23] Cette procédure est actuellement définie par l'arrêté du Premier ministre du 2 octobre 1992, (*J.O.R.F.*, 6 octobre 1992) : articles 5 à 8 pour les agréments préalables, articles 9 à 14 pour l'autorisation d'exportation.

[24] La liste actuellement en vigueur a été fixée par l'arrêté du Premier ministre du 20 décembre 1991, *J.O.R.F.*, 22 novembre 1991.

[25] Sur la cryptologie, les règles d'exportation qui lui sont applicables et les contradictions existant entre celles-ci et la procédure d'exportation des matériels de guerre, cf. notamment Bertrand Warusfel, "Exportation de cryptologie : des régimes juridiques difficiles à concilier", *Droit de l'informatique et des télécoms*, n°93/1 et nos développements infra.

Les agréments préalables sont accordées au nom du Premier ministre par le Secrétariat général de la défense nationale (S.G.D.N.) après avis de la Commission interministérielle d'Etude des exportations de matériel de guerre (C.I.E.E.M.G.) [26]. Mais lorsque les agréments préalables ont été obtenus et le contrat conclu, l'industriel doit encore obtenir du ministère du Budget (Direction générale des douanes et des droits indirects) la délivrance d'une Autorisation d'exportation de matériel de guerre (A.E.M.G.) afin de pouvoir faire sortir du territoire les matériels objets du contrat.

La demande d'A.E.M.G. ainsi qu'une déclaration d'autorisation de sortie sont présentées par l'exportateur à la D.G.A./D.R.I., qui la vise puis la transmet successivement au Secrétariat général de la défense nationale ainsi qu'au Ministère des Affaires étrangères. Cette consultation écrite permet aux principaux ministères intéressés de vérifier que la demande d'exportation est effectuée en conformité avec les agréments précédemment obtenus après avis de la C.I.E.E.M.G.. Mais elle permet aussi d'exercer un dernier contrôle d'opportunité avant le départ définitif du matériel. Une fois que tous les ministères ont donné leur accord, la direction générale des douanes délivre l'A.E.M.G. à l'exportateur.

En complément de cette procédure de contrôle, deux éléments sont censés permettre aux autorités françaises de s'assurer de l'arrivée à destination et de la non-réexportation clandestine des matériels de guerre exportés. C'est d'abord, la procédure douanière de l'acquit-à-caution (prévu par l'article de l'arrêté du 2 octobre 1992), c'est-à-dire le paiement d'une caution forfaitaire qui n'est restitué au vendeur que lorsqu'il peut fournir la preuve de l'arrivée à destination et de la non-réexportation du matériel [27]. C'est ensuite la présence obligatoire d'une clause de non-réexportation (C.N.R.) dans le contrat de vente (article 12 du décret de 1992) [28].

L'objectif principal de ces différentes procédures n'est pas la protection du secret. Il est d'abord politico-stratégique (évaluer si le renforcement des moyens

---

[26] Cette commission, créée en 1949 et modifiée en 1955 (décret n° 55-965 du 16 juillet 1955), regroupe mensuellement, sous la présidence du secrétaire général de la défense nationale, les représentants des ministères des Finances, des Affaires étrangères et de la Défense, auxquels s'ajoutent souvent d'autres administrations (Industrie, Intérieur et Coopération notamment). En pratique, les services de la Délégation aux relations internationales (D.R.I.) de la Délégation générale pour l'Armement (D.G.A.) assurent l'instruction préalable des dossiers soumis à la C.I.E.E.M.G..

[27] Sur cette procédure, cf. notamment, Mireille Couston, "Droit et pratique des marchés d'armement", *Droit et Défense*, n° 93/1, p. 23.

[28] Cf. notamment Jean-Luc Lagardère, "Les modalités de conclusion d'un contrat de vente d'armes" in *Le droit international et les armes*, colloque de la société française pour le droit international, Pedone, 1983, p. 197.

militaires de l'Etat acheteur va dans le sens des intérêts français) et ensuite militaire (éviter de fournir des armes à des adversaires potentiels qui pourraient être amenés à les utiliser plus tard contre les forces françaises ou leurs alliés). Mais, de même qu'il s'agit de s'assurer du fait que la livraison de ces armes ne va pas à l'encontre de la sécurité de la France et de ses forces, ces procédures de contrôle permettent de s'assurer *a priori* du fait que cette livraison ne va pas entraîner la compromission d'un secret de défense.

La protection du secret fait donc partie - parmi d'autres - des critères pris en compte par la C.I.E.E.M.G. lors de son examen des demandes d'agrément [29]. Et cela est compréhensible, puisque, la plupart du temps, les industriels français exportent les mêmes équipements qu'ils ont conçus et vendus aux armées françaises. Une analyse détaillée de ces équipements par un client étranger malintentionné à l'égard de la France permettrait donc de connaître avec une certaine précision le niveau de performances et les faiblesses corrélatives des matériels équipant la défense française. Il est donc indispensable qu'un examen attentif des équipements à livrer et des données techniques qui les accompagneront fasse l'objet d'une évaluation au regard des nécessités de protection du secret.

Une lecture attentive des dispositions de l'arrêté du 2 octobre 1992 fixant la procédure d'exportation confirme, d'ailleurs, la préoccupation sous-jacente de la protection du secret. Son article 5 impose, notamment, un agrément avant toute prospection dès lors que celle-ci est

> *"accompagnée de la diffusion, sous quelque forme que ce soit, d'informations de nature à permettre ou à faciliter la fabrication ou la reproduction de ces matériels ou à en compromettre l'efficacité."*

Et le même article soumet également à agrément préalable

> *"la cession à l'étranger de tous droits de propriété industrielle et de toute documentation relatifs aux matériels visés ci-dessus"* et *"l'échange, la cession ou la communication à l'étranger d'études ou de leurs résultats (y compris les prototypes) ainsi que des technologies de conception ou de fabrication directement associées à ces matériels."*

Sachant que les caractéristiques des armements utilisés par les forces armées françaises font partie du domaine traditionnellement couvert largement par le secret (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III), on constate aisément que cette procédure des

---

[29] Cf. Patrick Mercillon, "L'industrie d'armement" in Jacques Robert (sous la dir.) *L'esprit de défense*, Economica, Paris 1987.

agréments préalables permet, en dehors du matériel lui-même, de s'assurer que l'exportation envisagée ne comportera pas de transferts d'informations secrètes ou permettant de faciliter la découverte d'un tel secret [30]. Et cette préoccupation de préserver le secret se répercute, à son tour, sur le vendeur au travers d'une clause de secret inséré dans le contrat de vente [31] et, à chaque fois que cela est possible, au travers d'un *"accord intergouvernemental de sécurité"* parallèle à la signature du contrat [32]. Dans ce sens, on peut donc considérer que les contrôles de la C.I.E.E.M.G. sur les ventes d'armes et l'ensemble de la procédure d'exportation constituent des instruments périphériques supplétifs de la protection du secret. La seule différence avec les procédures spécifiquement dédiées à ce but, est qu'en matière d'autorisation d'exportation de matériels de guerre, la protection n'est qu'un critère parmi d'autres et se trouve mise en balance avec les intérêts politiques, voire économiques attachés à la réalisation d'une telle opération.

§ 3. - Le contrôle des exportations de matériels et technologies à double usage

Outre les matériels de guerre proprement dits, la France, comme la plupart des pays occidentaux, exerce des contrôles à l'exportation sur d'autres types de produits ou de technologies pouvant avoir un usage militaire indirect.

Historiquement, la France a commencé par participer, dès sa création en 1949, à la concertation des pays occidentaux regroupés à l'initiative des Etats-Unis au sein du CO.COM (COordinating COMmittee). Ce comité dissous le 31 mars 1994 regroupait à la date de sa disparition dix-sept pays, soit l'ensemble de l'Alliance Atlantique - sauf l'Islande - plus le Japon et l'Australie. Il a eu comme unique fonction d'exercer un embargo sur les exportations d'une série de produits et de technologies militaires, nucléaires mais aussi - et surtout - civiles à double usage (civil et militaire) à destination de l'U.R.S.S., de la Chine et de leurs principaux satellites. A ce titre, la France a publié et tenu à jour une liste commune établie par le CO.COM de produits et technologies soumis à contrôle, sous la forme d'un *"avis aux importateurs et*

---

[30] On peut noter, par exemple, que la rédaction qui vise des *"informations de nature à permettre ou à faciliter la fabrication ou la reproduction de ces matériels ou à en compromettre l'efficacité"* est intellectuellement proche de la distinction classique du Code pénal entre les informations *"dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale"* et celles dont la divulgation *"pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale"* (article 413-9 nCP, cf. supra - 1ère Partie, Chapitre Ier).

[31] Cf. J.-L. Lagardère, *op. cit.*, p. 197.

[32] Cf. à titre d'exemple, les clauses de sécurité négociées entre la France et l'Allemagne à propos du programme en coopération d'hélicoptères de combat et - pour un exemple étranger - celles prévues entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne dans l'accord de vente des fusées nucléaires Polaris.

exportateurs relatif aux produits et technologies soumis au contrôle de la destination finale" [33].

Par ailleurs, la France participe aux différentes initiatives internationales destinées à limiter la prolifération de certaines technologies et armes de destruction massive. C'est ainsi que la France est membre du *Nuclear Supplier Group* (dit "*Club de Londres*") [34] qui regroupe les principaux exportateurs de produits et technologies nucléaires civils, du *Missile Technology Control Regime* (M.T.C.R.) mis en place pour limiter la prolifération des armes balistiques [35] et de l'*Australia Group*, groupe informel consacré au contrôle des exportations de produits chimiques et biologiques à double usage [36].

L'ensemble des produits et technologies contrôlés au titre de ces différents régimes et de leurs listes respectives va être regroupé au sein d'une liste unique de contrôle des produits et technologies à double usage mise au point par les Etats membres de l'Union européenne dans le cadre d'une nouvelle réglementation commune européenne en la matière, qui devrait entrer en vigueur le 1er janvier 1995. Cette réglementation commune a pour but d'harmoniser les politiques nationales de contrôle des différents Etats membres et de faire disparaître les restrictions au commerce intra-européen fondées sur ces contrôles. Elle va ainsi se substituer, en ce qui concerne les échanges intra-européens de produits contrôlés à double usage, à la réglementation

---

[33] La dernière publication complète de cette liste date du 24 janvier 1992, avec des mises à jour parues dans le *J.O.R.F.* les 8 mai 1992, 27 août 1992, 30 décembre 1992, 1er février 1994, 12 février 1994 et 15 juin 1994.

[34] Les produits et technologies mentionnés sur la liste établie par le N.S.G., ne peuvent être exportés qu'après obtention d'une licence 02 délivrée après l'accord donné par un comité interministériel dénommé G.I.R. (Groupe Interministériel Restreint), lui-même placé sous l'autorité d'un Conseil de Politique nucléaire extérieure. Cf. Simone Courteix, *Exportation nucléaires et non-prolifération*, Economica, 1978.

[35] En France, la plupart des produits relevant de la liste MTCR (systèmes capables de projeter une charge utile de plus de 500 kg à plus de 300 km de distance) sont déjà pris en compte par la liste de matériel de guerre de 1971 (cf. supra) et par la liste des produits établie par l'ancien CO.COM., et le Gouvernement français n'avait donc pas jugé utile de publier une liste spécifique (à l'exception d'un court complément paru au *J.O.R.F.* du 10 novembre 1990).

[36] Par ailleurs, les exportateurs français sont astreints comme les autres exportateurs européens au respect des règles de contrôle imposées par la Communauté européenne (C.E.E.) en février 1989 sur huit produits chimiques précurseurs (Règlement C.E.E. du 20 février 1989). Sur toutes ces réglementations de non-prolifération, cf. également Bertrand Warusfel, "La prolifération des technologies sensibles vers le Sud : menaces et perspectives de contrôle", *Cultures et conflits*, n° 2, L'Harmattan, 1991.

française traditionnelle - dite de *"contrôle de la destination finale"* (C.D.F.), qui ne demeurera en vigueur, que pour le contrôle des échanges vers les pays tiers [37].

Outre la mise en place de la nouvelle réglementation européenne qui va permettre la libre circulation au sein de l'Union de la quasi-totalité des produits et technologies à double usage, le domaine des contrôles des exportations est en train de connaître - depuis la disparition du CO.COM. - une véritable révolution culturelle, dont nous apercevons seulement les principes directeurs, sans pouvoir prévoir les résultats finaux. Cette nouvelle problématique des contrôles à l'exportation devrait se caractériser par les évolutions parallèles suivantes :

- les contrôles de sécurité nationale (c'est-à-dire, en résumé, des contrôles de légitime défense) disparaissent rapidement au profit exclusif de contrôles de non-prolifération [38], ce qui ne va pas aller sans fragiliser leur légitimité, qui apparaissait clairement dans le cas des embargos Ouest-Est ou dans le domaine de la prolifération nucléaire, mais qui tend à être remise en cause lorsqu'il s'agit de mettre sous surveillance une large part des échanges technologiques Nord-Sud,

- les pays *"visés"* (c'est-à-dire - dans le vocabulaire issu du CO.COM. - ceux faisant l'objet de restrictions ou d'embargos) deviennent une notion extensive qui pourra, suivant les fluctuations de la conjoncture internationale, inclure de nombreux Etats du monde en développement ou présents dans des zones sensibles,

- pour demeurer efficaces, les instances de contrôle vont devoir négocier avec certains pays proliférants eux-mêmes, voire même dans certains cas, envisager de les intégrer,

- étant donné les écarts importants de développements technologiques et industriels pouvant exister avec certains Etats proliférants, la liste des produits et technologies à contrôler devient très extensive et très imprécise, ce qui tend à déplacer les préoccupations du contrôle de la technologie vers le contrôle de l'utilisateur final,

---

[37] Sur le fondement juridique et le fonctionnement de l'ensemble de ces procédures de contrôle de la destination finale, cf. Bernard Chantebout & Bertrand Warusfel (sous la dir.) *Le contrôle des exportations de haute technologie vers les pays de l'Est*, Masson, 1988.

[38] Sur la distinction théorique et juridique entre les différents types de contrôle, cf. B. Warusfel, *Cultures et conflits, op. cit.*.

- dans un contexte d'échanges internationaux libéralisé et de mondialisation des formes de prolifération, les procédures de contrôle *a priori* aux frontières des Etats développés vont de plus en plus être remplacées ou renforcées par des procédures nouvelles de contrôle sur place et d'audit a posteriori,

Jusqu'à présent, les systèmes de contrôle mis en place par les Occidentaux étaient l'oeuvre d'un groupe restreint de nations développées qui exerçaient leur défiance à l'encontre de quelques pays *"visés"* limitativement identifiés au travers de restrictions d'exportation portant sur des listes de produits et technologies précisément définis. La transformation du contexte international a bouleversé ce schéma et un nouveau modèle de contrôle est en train d'émerger en marge des tentatives d'instauration d'un *"nouvel ordre international"*. Mais il est, d'ores et déjà, certain que cette nouvelle donne des contrôles ne permettra plus à chaque Gouvernement d'utiliser ces procédures pour protéger la périphérie de ses secrets technologiques de défense.

§ 4. - *Les règles relatives à la communication d'informations à des personnes étrangères*

Bien que la communication d'informations non secrètes soit, par principe, libre de franchir les frontières, le Gouvernement français a fait adopter par le Parlement en juillet 1980 une loi restreignant - sous peine de sanctions pénales - la transmission de certaines informations non secrètes à des personnes de nationalité étrangère [39].

Ce texte qui modifie une loi de 1968 relative à la communication des informations concernant le commerce maritime, modifie deux articles de cette loi antérieure, afin de couvrir deux cas distincts et complémentaires de transmission vers l'étranger de

"documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique."

Le premier cas (nouvel article 1er de la loi du 26 juillet 1968 modifiée) édicte - *"sous réserve des traités ou accords internationaux"* - une interdiction applicable à toute personne physique ou morale de nationalité française ou résidant en France [40]. Elle s'applique à la communication *"par écrit, oralement ou sous autre forme, en quelque lieu que ce soit"*, des informations susvisées dès lors que :

---

[39] Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, *J.O.R.F.*, 17 juillet 1980, p. 1799.

[40] Cet article a fait l'objet d'un arrêté d'application spécifique concernant les entreprises de transport et de travail aérien (arrêté du 20 novembre 1980).

- cette communication serait *"de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public* [41]*, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin* [42] *"*,

et

- qu'elle serait effectuée au profit d' *"autorités publiques étrangères"* [43].

Avant le nouveau Code pénal, cette incrimination pouvait représenter - somme toute - une autre protection périphérique du secret de défense en matière économique et technologique, dans la mesure où elle constituait une version correctionnalisée et modestement sanctionnée (deux à six mois d'emprisonnement et 10.000 F à 120.000 F d'amende) de l'infraction criminelle d'intelligence prévue à l'ancien article 80.3° (à la seule différence que la communication devait être caractérisée, alors que la seule existence de l'intelligence suffisait pour que s'applique l'article 80.3°). Par rapport au nouveau Code pénal, elle a perdu, en revanche, son utilité puisque - du fait du renversement de perspective provoqué par les dispositions relatives aux intérêts fondamentaux de la nation (cf. sur ce renversement, supra - Ière Partie, Chapitre II) - elle recouvre largement (avec un quantum de peines très considérablement inférieur) le champ d'application de l'actuel article 411-6.

Le second cas de communication prohibée par la loi du 16 juillet 1980 (nouvel article 1er bis de la loi du 26 juillet 1968 modifiée) présente des caractéristiques différentes à deux niveaux :

---

[41] On relèvera ici la similitude d'inspiration avec la définition désormais donnée par le nouveau Code pénal concernant les intérêts fondamentaux de la nation.

[42] Cette fin de paragraphe est fort importante, dans la mesure où elle affirme le droit régalien de l'administration à définir par elle-même et *a priori* les types d'information ou les situations dans lesquelles la communication serait contraire aux intérêts nationaux en question (ce qui revient à donner au pouvoir réglementaire la possibilité de définir le champ d'application de l'infraction, ainsi que c'est déjà le cas en matière de contrôle des exportations, cf. supra). Mais ce complément nous conduit à penser que, lorsqu'une infraction pénale prend pour critère d'application l'énoncé de grands objectifs généraux, il est logique d'attendre de l'Etat - dans un souci de sécurité juridique - qu'il prenne ses responsabilités en fixant par la voie réglementaire l'interprétation opérationnelle de ce texte et du contenu de ces grands intérêts de référence (on retrouve une telle problématique dans la controverse qui a opposé la France à la plupart de ses partenaires européens concernant la présence d'une *"catch-all clause"* relative aux risques de prolifération dans le projet de réglement communautaire relatif au contrôle des exportations à double usage). Or, cette remarque prend encore plus de sens dans le nouveau contexte de la protection des intérêts fondamentaux de la nation, qu'il serait nécessaire que l'autorité réglementaire complète - à notre sens - par des indications plus pragmatiques en matière de risques et de modalités de protection.

[43] L'application n'est pas étendue - comme dans le nouveau Code pénal - aux organisations non-gouvernementales étrangères, ni aux organisations *"sous contrôle étranger"*.

- concernant les auteurs de l'infraction, ne sont plus seulement visés les détenteurs d'information (comme précédemment) mais aussi les "chercheurs" d'information (c'est-à-dire les éventuels agents d'information ou de renseignement cherchant à s'informer) et - logiquement - non plus seulement les relations entre nationaux ou résidents français et fonctionnaires étrangers, mais les communications entre toutes personnes, quelque soit leur nationalité ou leur résidence,

- concernant les informations communiquées, il s'agit toujours du même type d'informations mais l'article ne demande de démontrer aucun risque de préjudice contre les intérêts nationaux et se limite à incriminer la communication d'informations *"tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci"*.

Cette seconde incrimination - punie des mêmes peines que la précédente - a été conçue principalement pour opposer un rempart légal à la pression des enquêtes fiscales internationales, notamment américaines. Mais elle pourrait couvrir également des cas de procédures étrangères relatives à des faits couverts en France par le secret de défense.

Pour autant, cette législation de circonstances n'a fait l'objet d'aucune diffusion réelle notamment auprès des entreprises (principales détentrices des informations concernées) ni d'aucune jurisprudence effective. On peut donc s'interroger sur la pertinence du maintien - sans adaptation - de ces deux dispositions, aux côtés de celles existants désormais dans le nouveau Code pénal.

SECTION II. - La mutation des acteurs du secret : la protection du secret par les entreprises dans un contexte industriel et commercial

Si le contenu du secret évolue, il en va de même pour ses producteurs et ses détenteurs. Alors que le système classique de protection a été conçu en fonction d'un secret né à l'intérieur de l'administration, géré par elle et seulement ponctuellement confié à des personnes extérieures, la nouvelle réalité économique et stratégique conduit à un renversement profond de la perspective.

La seconde caractéristique du nouveau contexte économique et stratégique est - nous l'avons déjà signalé - la diversification et l'hétérogénéité des acteurs. Et l'un des aspects les plus importants et les plus frappants de cette évolution concerne la place majeure prise aujourd'hui par l'entreprise privée, acteur économique de base, dans le

fonctionnement non seulement de l'économie marchande, mais aussi de la recherche scientifique et technologique, des relations sociales, des services collectifs, de la culture et des relations internationales. Concernant la protection du secret de défense, cela se traduit par l'importance pratique des procédures de protection du secret dans les marchés classés de défense.

Sous-Section I. - Le recours au contrat pour transposer la protection du secret dans un contexte industriel et commercial

Le secret de défense étant, à l'origine, un secret de l'Etat (voire un "secret d'Etat"), sa protection a été conçue pour être assurée dans un cadre administratif de droit public. Ce cadre administratif présente, d'ailleurs, par nature, quelques avantages pour la préservation du secret : sélection, stabilité et permanence des personnels, règles spécifiques de loyalisme et de réserve applicables statutairement à ceux-ci (cf. supra - IIème Partie, chapitre II.), importance des structures hiérarchiques, absence d'intérêts privés divergents. Dès lors, l'accès au secret de personnes privées situées hors de l'administration et obéissant à des modes d'organisation et à des logiques de comportement différents, pose un problème de fond : comment reproduire dans un environnement différent (celui de l'entreprise concurrentielle, en l'occurrence) un niveau de protection équivalent à celui supposé acquis au sein des services publics ?

Le dispositif des marchés classés de défense a été mis en place pour apporter une réponse pratique à cette interrogation. Son principe en est simple : transposer au sein de l'entreprise les mécanismes de protection du secret utilisés dans les services étatiques, en utilisant comme vecteur juridique principal le contrat (en l'occurrence le marché public conclu entre la personne publique et l'entreprise) comme substitut des règles statutaires et réglementaires directement applicables au sein de l'administration [44]. On se trouve donc ici en présence d'une extension du mode classique de protection administratif du secret en direction des entreprises, et non d'un mode véritablement original de protection du secret en milieu concurrentiel.

Ce passage par la voie contractuelle pour assurer la protection du secret à l'intérieur des entreprises travaillant pour la défense, a trouvé d'autant plus facilement sa légitimité et son efficacité pratique qu'il s'est effectué majoritairement à l'occasion

---

[44] Cette utilisation du contrat comme moyen de répercuter dans l'univers de l'entreprise privée les éléments essentiels d'un régime juridique de droit public n'est pas propre à ce sujet. Elle s'inscrit dans la logique des grands instruments classiques du droit administratif français, tels que la concession de service public.

de marchés de fourniture industrielle d'armements [45]. Ces marchés présentent, en effet, une double particularité juridique :

- il s'agit, le plus souvent, de marchés industriels (au sens du Code des marchés publics et du Cahier des clauses administratives générales - Marchés industriels, C.C.A.G./M.I.), dans lesquels l'existence d'une surveillance régulière par l'Administration est - à défaut d'en constituer le critère principal - *"un élément essentiel"* [46],

- la passation de ces marchés ayant trait à une activité de conception et de fabrication d'armement est soumise à autorisation préalable de l'administration, conformément aux dispositions du décret-loi du 18 avril 1939 et à l'article 238 du Code des marchés publics qui précise que *"les titulaires de marchés de matériels de guerre passés par les administrations sont soumis aux contrôles définis par les textes relatifs au régime des matériels de guerre, armes et munitions."*

On comprend bien que dans ce contexte de marchés d'armement, doublement contrôlés par l'Etat au titre des deux réglementations des marchés et des armements, il a été logique et aisé d'introduire un troisième niveau de contrainte, celui de la protection du secret. Les structures juridiques de l'autorisation préalable et de la surveillance *in situ* existant déjà, la protection du secret s'est simplement glissée dans ce dispositif contractuel préexistant, au risque de s'y confondre parfois. Nous constaterons ici plus bas, par exemple, que le Service de la surveillance industrielle de l'armement (le SIAR, service dépendant de la D.G.A. qui a en charge le contrôle des marchés industriels) joue un rôle permanent et parallèle d'assistance à la protection du secret ou encore que les critères d'autorisation pour la fabrication d'armement ont été retenus pour la délivrance des habilitations d'entreprise au secret de défense [47].

---

[45] Bien que des marchés classés puissent concerner des fournitures ou des études hors du secteur de l'armement (par exemple, la mise au point d'équipement de sécurité publique ou de défense civile), un auteur spécialisé - et pourtant généralement fort avisé - n'a pas hésité à écrire, en un raccourci révélateur qu'*"un marché classé naît de l'expression de besoins en armement exprimée par les Armées"* (Georges Herrmann, *Guide pour la sécurité industrielle*, chez l'auteur, 1983, p. 5).

[46] Jacques Daumard, *Les marchés industriels des départements de la défense nationale - Contribution à la théorie générale des marchés*, L.G.D.J., 1963, p. 122.

[47] Et cette similitude va si loin que le décret définissant les missions de la D.P.S.D. (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier) mentionne explicitement sa mission de protection du secret dans les *"marchés classés de défense nationale passés par le Ministère de la Défense conformément aux dispositions de l'article 238 du Code des marchés publics"* (art. 4 du décret du 2 avril 1982), confondant ainsi - de manière révélatrice - la notion de marché classé (liée à la protection

Sous-Section II. - Les caractéristiques d'un marché classé de défense

La notion de marché classé, comme la plupart de celles ayant trait à la protection du secret de défense, ne trouve pas son origine dans des textes législatifs ou réglementaires publiés. Absente du Code des marchés publics, elle n'apparaît directement que dans des instructions interministérielles et ministérielles non publiées et, indirectement, dans le contenu de certains C.C.A .G..

L'instruction interministérielle 1300 dispose notamment que

> *"lorsqu'il est nécessaire de recourir aux services d'organismes ou d'entreprises extérieurs pour la réalisation d'études, de travaux ou de fabrications intéressant la défense nationale et la sûreté de l'Etat, il est recommandé de faire exécuter de telles prestations, notamment dans le domaine informatique et celui des installations de dispositifs de protection des zones sensibles, dans le cadre de marchés classés de défense en raison des garanties particulières résultant des clauses contractuelles de sécurité qui y sont insérées."* [48]

La définition du marché classé (dit aussi parfois improprement "marché classifié") est très simple :

> *"Un marché classé de défense nationale est un marché qui comporte des informations dites classifiées."* [49]

Le fait d'appartenir à cette catégorie particulière de marchés emporte un certain nombre de conséquences qui sont explicitées dans les instructions spécialisées (l'instruction interministérielle 2000, ou encore - au ministère de la défense - l'instruction ministérielle 2500). Mais elles sont aussi évoquées sous une formulation plus discrète dans les clauses des C.C.A.G. relatives à la sécurité.

Si nous prenons le C.C.A.G./M.I. (utilisé notamment dans tous les programmes d'armement) [50], l'article 6.3. régit, en effet, le marché dès lors *"qu'il*

---

du secret) et celle de marché d'armement soumis à autorisation préalable au titre du régime des matériels de guerre.

[48] Article 48.1. de l'instruction interministérielle SGDN/SSD n°1300 du 12 mars 1982, cité in B. Warusfel, *"Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation"*, *op. cit.*, p. 132.

[49] G. Herrmann, *op. cit.*, p. 9.

[50] *Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés industriels*, décret n° 80-809 du 14 octobre 1980.

présente, en tout ou partie, un caractère secret, soit dans son objet, soit dans ses conditions d'exécution", ce qui correspond à la définition donnée plus haut du marché classé dont le critère est la présence d'un secret.

Cet article impose à l'entreprise contractante deux niveaux d'obligation :

- d'une part, respecter les "*obligations générales relatives à la protection du secret, notamment à celles qui concernent le contrôle du personnel, ainsi qu'aux mesures particulières de protection à observer pour l'exécution du marché.*" (art. 6.33) [51] ;

- d'autre part et plus précisément "*prendre toutes dispositions pour assurer la conservation et la protection des éléments du marché qui revêtent un caractère secret*", "*maintenir secret tout renseignement intéressant la défense dont il peut avoir eu connaissance de quelque manière que ce soit, à l'occasion du marché*" et "*aviser sans délai la personne publique de toute disparition, ainsi que de tout incident pouvant révéler un risque de violation du secret.*" (art. 6.34).

En contrepartie, la personne publique intervient à double titre :

- lors de l'établissement du marché pour "*notifier au titulaire par un document spécial les éléments à caractère secret du marché*" (art. 6.32), lequel document précise notamment les "*obligations générales*" et les "*mesures particulières*" de protection du secret que devra respecter le titulaire (art. 6.33) ;

- lors de l'exécution du marché, en usant du "*droit d'agréer les préposés du titulaire ainsi que ceux de ses sous-traitants ; elle peut également exiger à tout moment le remplacement de toute personne participant à l'exécution des prestations.*" (art. 6.35).

De ce dispositif ressortent directement ou indirectement plusieurs éléments caractéristiques du marché classé :

- la présence dans le corpus contractuel d'éléments spécifiques relatifs à la protection du secret, qui sont de deux ordres :

---

[51] L'agent central de sécurité du groupe Matra résumait ainsi en 1988 le contenu de ces obligations de sécurité : "[les] *mesures de protection (qui) consistent : à rechercher la vulnérabilité du personnel ; à mettre en place le contrôle et le filtrage des accès aux informations ; à ériger des zones dites réservées ; à sensibiliser l'ensemble du personnel et à responsabiliser chacun à son niveau ; à appliquer strictement les mesures réglementaires.*" (Georges Herrmann, "*La surveillance des transferts de technologie et la politique de sécurité des entreprises*", in Bernard Chantebout & Bertrand Warusfel (sous la dir.), *Le contrôle des exportations de haute technologie vers les pays les pays de l'Est*, Masson, 1988, pp. 91 et 92).

. des clauses contractuelles de sécurité par lesquelles le contractant atteste avoir pris connaissance des réglementations relatives à la protection du secret et s'engage à en respecter les obligations. Dans les contrats soumis au Code des marchés publics, ces clauses figurent dans les différents Cahier des Clauses Administratives Générales (C.C.A.G.) qui leur sont applicables [52] ;

. une annexe de sécurité (dénommée *"document spécial"* dans le C.C.A.G./M.I.) énumérant les éléments du marché qui possèdent un caractère secret [53], leur niveau de sensibilité respectifs et les mesures de sécurité qui leur sont applicables [54].

- des moyens de contrôle des autorités de sécurité visant à s'assurer de la qualité de la protection assurée par l'entreprise contractante :

. un contrôle préalable en amont de l'exécution du marché qui consiste en l'habilitation (dénommée *"agrément"* par le C.C.A.G./M.I.) de l'entreprise (cf. infra), de ses éventuels sous-traitants et de certains de ses salariés ;

. une vérification de l'aptitude physique de l'entreprise à mettre en oeuvre et à respecter les obligations de sécurité ;

. un contrôle en cours d'exécution du marché de la bonne application de ces obligations.

On voit ainsi que - bien que la notion de "marché classé" ne soit pas mentionnée dans le Code des marchés publics - les clauses types applicables aux principales catégories de marché public [55] établissent contractuellement les fondements juridiques

---

[52] Le contenu de l'article du 6.3 du C.C.A.G./M.I. citée plus haut, se retrouve identiquement dans l'article 7.3 du C.C.A.G./P.I.. En revanche, le C.C.A.G./F.C.S. ne comporte que la disposition obligeant le titulaire à se soumettre aux *"dispositions particulières que la personne publique lui a fait communiquer"* dès lors que les prestations sont à exécuter dans un lieu sécurisé et notamment dans un *"point sensible"* ou une *"zone protégée"* (article 6.2 du C.C.A.G./F.C.S.).

[53] Cette désignation contractuelle du contenu du secret est essentielle, sur le plan à la fois juridique et pratique, car *"La définition du secret reste en fait le moteur prédominant d'une bonne sécurité"* (G. Herrmann, in B. Chantebout & B. Warusfel, *op. cit.*, p. 91).

[54] Sur l'annexe de sécurité, cf. B. Warusfel, *op. cit.*, p. 132 ; G. Herrmann, *Guide pour la sécurité industrielle*, p. 10 ; Robert Carayon, *50 mots-clefs de la sécurité*, Privat, 1985, p. 212.

[55] Le manque de précision du C.C.A.G./FCS sur la question du secret tient simplement au fait que ce type de marché n'est utilisé que pour des opérations de fournitures courantes qui ne peuvent donner lieu, en pratique, à la manipulation d'informations confidentielles. Le seul cas envisagé est celui d'un marché de fourniture amenant le titulaire à pénétrer, pour l'exécution de sa prestation (installation d'un équipement, réalisation d'une formation, maintenance ou

des principales règles de protection du secret applicables dans le cadre des marchés classés, règles dont le détail est, en parallèle, précisé dans les instructions gouvernementales non publiées dont le contractant est amené à prendre connaissance.

Mais ce dispositif des marchés classés dépasse le cadre des seuls marchés publics. Il existe, en effet, des contrats non considérés comme des marchés publics qui peuvent donner lieu à transmission et exploitation de données classifiées. On peut penser, par exemple, aux commandes hors marché (c'est-à-dire passées pour un montant inférieur au seuil fixé par le Code des marchés publics). Les directives gouvernementales précisent également qu'

> *"un marché de sous-traitance entre deux entreprises privées passé pour l'exécution d'un marché classé peut constituer lui aussi un marché classé."* [56]

Les conventions de recherche passée par la Direction des recherches, études et techniques de la Délégation générale pour l'armement (D.G.A./D.R.E.T.) [57] sont un troisième exemple de ces contrats ne présentant pas le caractère de marchés publics [58] mais pouvant constituer néanmoins un marché classé. Les conditions générales applicables à ces conventions reprennent, en effet, l'ensemble des dispositions principales évoquées plus haut et constituant les caractéristiques d'un marché classé. Leur article 18, consacré au *"caractère secret de la recherche"* dispose, en effet, que la convention doit préciser le *"degré de secret éventuel des informations"* dans un *"document contractuel de sécurité"*, reprend quasiment mot à mot le contenu des articles 6.3. du C.C.A.G./M.I. et 7.3. du C.C.A.G./P.I. (cf. supra) et précise, de plus, que le titulaire et le responsable scientifique

> *"déclarent avoir pris connaissance de l'Instruction Générale Interministérielle n° 1300/SGDN/SSD du 12 mars 1982, de l'Instruction Interministérielle n° 2000/S.G.D.N./S.S.D./D.R. du 1er octobre 1986, des textes d'application*

---

réparation d'un système, ...) dans une zone où se trouvent des informations confidentielles (ce qui correspond à la catégorie des marchés dits *"à clause de sécurité"*, cf. infra).

[56] B. Warusfel, *op. cit.*, p. 132.

[57] Sur ces conventions et leur régime juridique, cf. Louis Favoreu, "Un contrat administratif d'un type nouveau ? Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E.", *A.J.D.A.*, 1965, pp. 443 et s. et pour une analyse récente : Guillaume Drago, "Les conventions de recherche passées par le ministère de la Défense", in B. Warusfel (sous la dir.), *Industrie, technologie et défense*, *op. cit.*, p. 65 et s..

[58] *"Certains services de la Défense, notamment la DRET, signent des conventions. Ces dernières ne font pas exception au Code* [des marchés publics], *car elles n'ont pas la nature de marché public"* (remarque de la Commission centrale des marchés, reproduite in *Droit et Défense*, 94/2, p. 55).

s'y rapportant et éventuellement de toutes autres instructions que l'Etat peut leur communiquer. " [59]

Sous-Section III. - L'habilitation des entreprises titulaires de marchés classés

L'un des préalables indispensables à l'exécution d'un marché classé est, en effet, l'habilitation de l'entreprise (l'autre étant son aptitude physique à mettre en oeuvre les mesures de sécurité propres à la protection des informations classifiées, cf. infra) [60]. Signalons aussi que, pour autant, l'habilitation éventuelle de l'entreprise ne la dispensera pas de faire également habiliter toutes les personnes qui en son sein seront amenées à connaître et à traiter les informations classifiées.

A partir d'une demande établie par l'autorité administrative contractante, d'un formulaire de renseignements décrivant la société et des dossiers d'habilitation individuelle de ses dirigeants et responsables de sécurité, une enquête est effectuée par un service spécialisé (de la même manière que pour les habilitations de personne physique : la D.P.S.D. est compétente pour les marchés classés du ministère de la défense et la D.S.T. pour les marchés des autres administrations). Cette enquête consiste essentiellement en la vérification des informations fournies dans le dossier et constitue - d'une certaine manière - une "*enquête de moralité*" appliquée à l'entreprise (il peut s'agir d'éviter, par exemple, que soit confié un marché classé à une entreprise dont la santé économique serait trop compromise, ce qui pourrait conduire les dirigeants à devenir "*vulnérables*" à des pressions extérieures [61]).

---

[59] Article 18.2.1. des *Conditions générales applicables aux conventions de recherches non soumises aux dispositions du Code des marchés publics passées par la Direction des recherches, études et techniques (édition avril 1988)*, reproduites en annexe in G. Drago, *op. cit.*, p. 95. On remarquera, incidemment, la curieuse rédaction de la fin de ce paragraphe dans lesquels les contractants reconnaissent avoir déjà pris connaissance d'éventuels documents *"que l'Etat peut leur communiquer"*, formulation qui vise pourtant à couvrir des cas de communication ultérieure en cours d'exécution de la convention. Au travers de ce petit anachronisme (reconnaître avoir déjà pris connaissance de documents qui ne seront communiqués qu'ultérieurement), l'on perçoit comment en la matière les dispositions contractuelles ne sont, en réalité, qu'une fiction recouvrant l'application unilatérale permanente des réglementations issues de l'autorité administrative.

[60] Cf. G. Herrmann, *op. cit.*, pp. 5 à 7.

[61] Plusieurs affaires survenues en France concernant de l'espionnage technologique et des exportations de produits prohibés ont, ainsi, mis en avant des entreprises qui souffraient de difficultés financières et dont la fragilité pouvait avoir été l'un des mobiles du détournement : c'est le cas de l'affaire Tavera (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III) ; à son propos André Giresse, président de la cour d'assises que le condamna, s'exclame : *"Si les PDG de sociétés en difficulté se mettaient à travailler pour l'U.R.S.S. pour s'en sortir et laissaient racheter leurs firmes par les services secrets soviétiques, où allait-on ?"* André Giresse & Philippe Bernert, *Seule la vérité blesse - L'honneur de déplaire*, Plon, 1987, réédition : Presses Pocket, 1988, p. 329).

Mais au-delà des garanties que présentent l'état de l'entreprise et ses dirigeants du point de vue de la sécurité, il est aussi prescrit par les instructions ministérielles et interministérielles que l'autorité contractante, une fois reçues les conclusions de l'analyse du dossier d'habilitation, ne peut accorder une décision favorable d'habilitation que si sont réunies toutes les conditions prévues par le décret du 12 mars 1973 relatif à l'application du décret-loi du 18 avril 1939 concernant la fabrication et le commerce des armes et matériels de guerre. A savoir :

- pour une entreprise individuelle : appartenir à un français,
- pour les sociétés de personnes : que tous les associés et gérants soient français,
- pour les Sarl et les sociétés par actions et/ou en commandite : avoir tous les gérants, commandités, membres du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance, de nationalité française, et avoir la majorité du capital détenue par des personnes de nationalité française.

Dans le cas où ces conditions sont remplies, une décision favorable d'habilitation peut être prononcée. Cette décision autorise les services gouvernementaux à passer avec l'entreprise des marchés classés, sous réserve que des visites sur le site d'exécution du marché permettent aux services de sécurité spécialisés d'évaluer positivement l'aptitude physique de l'entreprise à mettre en oeuvre efficacement les règles de sécurité et de protection du secret (cf. supra, nos développements sur la protection des sites - IIème Partie, Chapitre II).

Par rapport au droit communautaire, cette procédure d'habilitation des entreprises contractantes de marchés classés ne paraît pas poser de problèmes particuliers lorsqu'elle s'applique à des entreprises travaillant sur des contrats d'armement (ce qui est le cas le plus souvent). En effet, dans ce cas, l'article 223b du Traite de Rome s'applique automatiquement. Plus largement, la directive du 22 mars 1988 sur les marchés publics précise qu'elle ne s'applique pas "*aux fournitures, lorsqu'elles sont déclarées secrètes*". Néanmoins, il faut garder à l'esprit que dans le cas d'un marché classé concernant un domaine non militaire (défense civile ou produit à double usage), le juge communautaire pourra être tenté d'apprécier le caractère nécessaire et proportionné du secret justifiant la non-application des règles de la directive, du fait que la procédure d'habilitation introduit un obstacle à la libre concurrence et une forme de discrimination en faveur des entreprises de nationalité française. Les responsables du S.G.D.N. en sont d'ailleurs conscients :

> "*les difficultés qui concernent la nationalité des personnes physiques ne sont rien au regard de celles qui sont soulevées par les personnes morales privées*

telles que les sociétés et groupes industriels. En effet, les groupes industriels sont la plupart du temps des entités supranationales disposant de filiales dans un grand nombre de pays. Comment doit-on considérer ces filiales ? La nationalité d'une société doit-elle se juger à la localisation géographique de son siège social, à la nationalité de ses dirigeants, de ses employés ou de ses capitaux ? Il paraît logique d'associer la nationalité au pouvoir de décision c'est-à-dire aux capitaux, mais alors sa détermination relève la plupart du temps de la gageure. Cette situation est très loin d'aller en s'améliorant et, en fait, la notion même de nationalité d'une société semble vouée à perdre son sens, tout du moins son sens actuel. " [62]

A cette difficulté juridique de principe se rajoute des difficultés techniques lorsqu'une entreprise française de l'armement (ou d'un autre secteur travaillant pour des motifs de défense) coopére avec un partenaire étranger. Tant que la coopération se passe dans un cadre inter-gouvernemental couvert par un accord officiel entre les Etats, les clauses de sécurité adéquates sont prévues. Mais de plus en plus, les coopérations - même dans ces domaines - vont être des projets privés dont l'initiative et la gestion reviendra aux seules entreprises [63]. Dès lors, la nécessité d'obtenir du Gouvernement français (et éventuellement de son homologue) une dérogation pour l'habilitation nécessaire du partenaire peut constituer un frein pratique aux développements des rapprochements industriels et technologiques, y compris entre Européens.

SECTION III. - La mutation des supports du secret : sécurité et protection du secret en milieu informatisé

Notre époque est marquée profondément, tant dans son économie que dans ses modes de travail et de vie, par le développement extrêmement rapide de l'usage et des performances des moyens électroniques de traitement de l'information.

Du point de vue qui est le nôtre ici, le développement de cette société d'information a un impact direct sur les questions de sécurité et de défense, tant en ce qui concerne le déclenchement et la conduite des conflits [64] qu'en matière de protection

---

[62] J.-P. Bansard, *op. cit.*, pp. 116 et 117.

[63] Cf. Bertrand Warusfel, "Industrie d'armement et développement économique de l'Europe", in *Industrie, Technologie et Défense*, op. cit., p. 244.

[64] La réflexion critique sur l'effet de la technologie - et notamment de celles de l'information - sur la guerre paraît avoir véritablement commencée avec la Première guerre mondiale. Outre les réflexions de Clemenceau, déjà citées (cf. supra - 1ère Partie, Chapitre III) sur l'importance du traitement de l'information par les armées, il faut signaler - à titre d'exemple caractéristique et peu

des informations confidentielles, et notamment des secrets de défense. L'usage généralisé des systèmes d'information a créé, en effet, de nouvelles vulnérabilités (Sous-Section I.) qui obligent à modifier et à compléter les règles traditionnelles de protection du secret par des règles spécifiques applicables aux systèmes d'information (Sous-Section II.).

Sous-Section I. - Les nouvelles vulnérabilités induites par l'emploi des systèmes d'information

Par rapport aux règles classiques régissant la protection des supports du secret (cf. supra - IIème Partie, chapitre II), l'utilisation des systèmes de traitement de l'information induit quelques transformations qualitatives essentielles :

- La dématérialisation des informations a plusieurs conséquences en matière de sécurité des données. Tout d'abord, elle banalise les différentes informations (qui sont toutes sous forme électronique), ce qui rend leur identification physique plus difficile (il n'y a plus de marque physique aisément repérable de leur présence) [65], ce qui en accroit considérablement la facilité de duplication

---

connu - le petit ouvrage de circonstances écrit par l'historien monarchiste Jacques Bainville en 1917 dans lequel il évoque les relations entre "la guerre et le progrès". Il y insiste, notamment, sur la responsabilité possible des systèmes d'information de l'époque dans le déclenchement du conflit. Il cite notamment Albert Sorel qui affirmait, vingt ans avant, que *"la télégraphie a bouleversé toutes les conditions de l'ancienne diplomatie (...) Le télégraphe et le téléphone mettent en rapports directs le ministre et l'ambassadeur, les hommes d'Etat qui mènent les grandes nations, les souverains qui règnent sur elles. Rien ne les sépare et rien n'arrête leurs paroles. (...) Un mot lancé entre deux répliques, et les soldats s'apprêtent dans leurs casernes, les locomotives se mettent en pression. A mesure que la dispute s'anime, les armées se précipitent vers les frontières. Les courants de la passion humaine se heurtent comme les courants électriques qui les portent"*. De même, rapporte-t-il, dans le même sens, les propos d'un académicien britannique, Lord Bryce qui déclarait au commencement de la Première guerre mondiale que *"le télégraphe a mal servi les peuples. Si les communications diplomatiques eussent été contenues dans des messages écrits, transmis par des courriers, comme elles l'auraient été il y a quatre-vingt ans, il est probable que la guerre eut pu être évitée"* (Jacques Bainville, *Petit musée germanique* suivi de *La Russie en 1916*, Société Littéraire de France, 1917, p. 198, p. 200 et p. 209). Cf. également Lieutenant Boidin, "La télégraphie sans fil en temps de guerre et le Droit international", *R.G.D.I.P.*, Pedone, 1909.

[65] Un exemple des difficultés pratiques de protection des supports électroniques d'information a été fourni lors de l'arrestation en 1979 d'un fonctionnaire du ministère britannique de la défense, John Barry Wagstaff, accusé d'avoir dérobé (pour son simple usage personnel, semble-t-il) entre 50 et 120 cassettes magnétiques contenant des données informatiques hautement classifiées. L'enquête diligentée à la suite de cette affaire a relevé que la simple assimilation administrative des supports magnétiques classifiés aux documents écrits classifiés n'était pas adaptée à la situation, étant donné les différences d'usage entre ces deux types de supports (notamment en ce qui concerne le marquage). La commission de sécurité a, de ce fait, prescrit la mise en place de régles spécifiques de sécurité applicables aux moyens informatiques (cf. Report of the Security Commission, mai 1981, *H.M.S.O.*, Cmnd. 8235, Londres, pp. 8 et 9).

(duplication d'autant plus efficace que la copie est identique en tout point à l'original).

- La délocalisation des informations via les réseaux de communication, est le second aspect dominant de la mutation technologique des systèmes d'information. En se généralisant, elle dé-territorialise la possession des ressources d'information. Alors que traditionnellement le transport et le traitement étaient deux actions autonomes et exclusives l'une de l'autre, dans un système d'information interconnecté la transmission de l'information est transparente et ne se distingue pas réellement des autres opérations de traitement. On accède et l'on transforme, donc, une information de la même manière qu'elle soit stockée physiquement sur place ou qu'elle soit située à l'autre bout de la planète. La localisation physique de l'information change donc de signification : jusqu'alors, elle signifiait le contrôle absolu sur l'accès et sur sa diffusion. Désormais, les éléments déterminants deviennent la capacité d'accès (selon quels protocoles ? à quelles vitesses ?) et les modes d'interrogation disponibles. L'on perçoit également toutes les fragilités qu'une telle situation induit dans les procédures traditionnelles de sécurité, qui reposent pour une partie importante sur le cantonnement et la surveillance physique des informations ou des objets confidentiels. Désormais, la présence de l'information dans un système (dont on a déjà dit qu'elle était, de plus, difficile à vérifier physiquement) ne la préserve pas contre sa prise de connaissance, sa duplication, voire sa destruction par un tiers connecté à ce système et situé à n'importe quel point du monde. De même, la détection d'une telle compromission extérieure s'avère, en général, difficile à effectuer et - même lorsqu'elle est possible - ne permet pas toujours l'identification de la personne qui en est responsable.

- Enfin, le développement des systèmes d'information se traduit par une dépendance croissante des fonctions sociales et productives par rapport au bon fonctionnement de ces systèmes. Cela rend donc vulnérables de nombreux secteurs de la vie collective aux risques d'indisponibilité des moyens de traitement de l'information et crée, de ce fait, des moyens supplémentaires d'intervention hostile et les tâches nouvelles de sécurité corrélatives.

Avant d'évoquer les risques informatiques spécifiques aux questions de sécurité nationale (§ 2.), nous rappelons ci-dessous les typologies généralement admises concernant les différentes atteintes à la sécurité des systèmes d'information (§ 1.).

§ *1. - La typologie des atteintes à la sécurité des systèmes d'information*

Les objectifs de la sécurité des systèmes d'information sont généralement classés par la doctrine en trois catégories concentriques [66] :

- le premier niveau de sécurité est celui de l'accessibilité (ou la disponibilité) qui se caractérise par le fait que le système est en permanence utilisable pour remplir les fonctions qui lui sont assignées. Ce niveau est présumé devoir être exigible de tout système, la seule variable étant le degré de disponibilité recherchée (qui se mesure en pourcentage de temps d'indisponibilité par rapport au temps de fonctionnement opérationnel),

- le second niveau de sécurité est celui de l'intégrité qui se caractérise par le fait que les données traitées et les programmes exécutés par le système ne peuvent pas subir d'altérations et qu'en conséquence l'utilisateur peut se fier en toute confiance aux résultats fournis par le système. Là encore, un minimum d'intégrité apparaît requis pour tout système, mais dans les systèmes impliquant une très grande confiance et une très grande fiabilité des résultats (par exemple, systèmes bancaires, médicaux, ...) cette demande d'intégrité pourra être considérablement renforcée,

- le troisième niveau de sécurité est celui de la confidentialité qui se caractérise en ce que les données traitées par le système ne peuvent être portées qu'à la connaissance de personnes habilitées pour ce faire, à l'exception de toute personne extérieure. Ce niveau n'est, cependant, pas une exigence majeure pour toutes les activités. Dans beaucoup de domaines, l'information traitée n'est pas d'une nature suffisamment sensible par elle-même pour devoir être conservée complètement confidentielle et la demande d'accessibilité et d'intégrité est prioritaire. En revanche, dans certains cas (dont, bien entendu, ceux ayant trait à la protection du secret de défense), la confidentialité devient indispensable et prend alors le pas sur les deux autres niveaux.

Il est donc intéressant de classer les types d'atteinte à la sécurité des systèmes d'information en fonction des trois niveaux de sécurité décrits ci-dessus [67] :

---

[66] Cf., par exemple, *Protection des informations sensibles ne relevant pas du secret de défense - Recommandations pour les postes de travail informatiques*, n° 600 S.G.D.N./D.I.S.S.I./S.C.S.S.I., janvier 1990, p. 3.

[67] Cette typologie est reprise de notre article : Bertrand Warusfel, "La sécurité de l'information - Une exigence stratégique pour le développement de l'économie européenne", *Documentaliste/Sciences de l'information*, vol. 28, n° 6, 1991, p. 240.

- Les atteintes à l'accessibilité (qui regroupent tous les actes susceptibles de mettre le système hors d'état d'accomplir sa fonction) peuvent être de deux ordres : des atteintes involontaires (les risques accidentels) et des atteintes volontaires (le sabotage physique ou logique) ;

- Les atteintes à l'intégrité se distinguent des atteintes à l'accessibilité par le fait que, pour atteindre leurs buts (à savoir affecter l'intégrité du traitement effectué par le système), il est nécessaire que le système demeure en état de fonctionnement apparent et que les altérations qu'il a subies ne soient pas aisément détectables. Pour l'essentiel, il s'agira également de sabotage logique affectant les logiques de traitement du système, avec une variante, que nous appelons manipulation frauduleuse qui se distingue de la simple atteinte logique à l'intégrité du système par le fait que l'objectif recherché est que le système se mette à produire certains effets utiles aux intérêts de l'auteur de la manipulation ;

- Les atteintes à la confidentialité, consistant au sens large à obtenir de manière clandestine l'accès à des données dont l'utilisateur souhaite empêcher la diffusion et la reproduction, recouvrent essentiellement les différents agissements que l'on peut regrouper sous le terme d'espionnage électronique [68]. Mais il convient de faire un cas particulier pour les violations de la confidentialité qui ont pour but non pas la seule prise d'information, mais la ré-utilisation de cette information détournée au profit de l'auteur du détournement : on appelle communément cette forme d'atteinte le piratage de fichiers ou de logiciels.

On peut ajouter à cette typologie des atteintes, quelques éléments - plus subjectifs - sur la typologie des auteurs de tels agissements.

L'un des responsables de la sécurité informatique du groupe Thomson propose, par exemple, de distinguer parmi les "attaquants" potentiels des systèmes : l'attaquant interne, l'attaquant curieux, l'attaquant prestataire et l'attaquant professionnel [69].

---

[68] De nombreuses techniques peuvent être employées à cette fin. Cela va du simple accès physique au système en l'absence ou à l'insu de son utilisateur au branchement sur un câble ou une ligne de communication afin de l'écouter, en passant par la captation à distance des ondes électromagnétiques émises indirectement par la plupart des systèmes électroniques (cf. infra, nos développements sur la lutte contre les rayonnements compromettants).

[69] Typologie présentée par M. Jean-Claude Bréan, responsable des systèmes d'information à la Direction de la sécurité du groupe Thomson, in *Thomson Hebdo*, n° 394, 11 juin 1992, p. 3.

Pour leur part, les services de l'Etat responsables des questions de sécurité des systèmes (la Délégation interministérielle à la sécurité des systèmes d'information et la structure opérationnelle qui en dépend : le Service de sécurité des systèmes d'information) s'appuient sur une distinction ternaire qui s'attache essentiellement à la motivation des agissements perpétrés :

> *"La menace ludique a pour auteur des jeunes, généralement de sexe masculin, soucieux de s'affirmer par une prouesse technique ; (...) La menace avide, forme moderne de la délinquance astucieuse, est le fait de délinquants en col blanc à la recherche de gains rapides, donc qui choisissent leurs victimes parmi ceux qui détiennent l'argent ou des informations négociables (...). La menace terroriste, arme du faible contre le fort, vise à frapper ce dernier d'une psychose de peur, en recherchant une diffusion la plus large possible dans les opinions publiques (...). La menace stratégique est celle de l'espionnage qui a pénétré tous les domaines de notre société moderne : politique, de sécurité, économique, industriel, ... "* [70]

Cette distinction entre les différentes catégories de menace est, somme toute, complémentaire de celle fondée sur le type d'attaquant. Mais elle ne doit pas être comprise de manière rigide, dans la mesure où l'observation des atteintes constatées sur les systèmes d'information depuis plusieurs années permet de s'apercevoir qu'il peut y avoir des glissements d'un type de menace vers l'autre [71], et que, notamment

> "(la menace stratégique) *est d'autant plus sérieuse qu'il y a interpénétration entre les différentes menaces, l'expérience ayant montré qu'un certain nombre de pirates ludiques étaient en réalité manipulés par des services de renseignement.* " [72]

Maintenant que le tableau général de l'*"insécurité informatique"* a été rapidement dressé, il nous faut donc nous arrêter quelques temps sur les risques spécifiques qui, dans ce domaine, constituent cette *"menace stratégique"* qui pèse sur les intérêts de sécurité nationale et, notamment, sur le secret de défense.

---

[70] Eric Meillan, *La sécurité des systèmes d'information - Les aspects juridiques*, Hermès, 1993, pp. 12 et 13. Cette typologie est, notamment, reprise par M. Jacques Vincent-Carrefour, Délégué interministériel à la sécurité des systèmes d'information, in *Les cahiers de la sécurité intérieure*, IHESI/La Documentation française, n° 10, août-octobre 1992, p. 111.

[71] Cf. E. Meillan, *op. cit.*, p. 13.

[72] J. Vincent-Carrefour, *op. cit.*, p. 112.

§ 2. - *Les risques spécifiques menaçant la sécurité nationale*

Les systèmes d'information ont toujours été un enjeu stratégique pour les Etats et les services publics. On l'a principalement constaté au travers des politiques industrielles très offensives inititées par les principaux gouvernements des pays industrialisés à partir de la fin de la seconde guerre mondiale en faveur du développement des systèmes informatiques :

> *"Dès l'apparition des premiers ordinateurs, l'informatique est devenue un secteur stratégique dans la plupart des pays ; conscients de la spécificité de sa matière première, l'information, les Etats se sont très vite intéressés à cette industrie. En fait, depuis 1945 peu de domaines sauf l'atome ont eu le droit à une attention aussi sourcilleuse des gouvernements"* [73]

Cet intérêt politico-industriel pour le développement des ordinateurs et des réseaux de communication, a conduit les Etats à être parmi les principaux "créateurs" de l'informatique [74] et certains d'entre eux, comme la France, a se lancer dans une politique nationaliste et interventionniste en la matière [75]. L'une des conséquences de cette implicitation forte des Etats dans les systèmes d'information (qui en fut, sans doute aussi, l'une des causes) est aujourd'hui l'importance des utilisations de ceux-ci par les services publics civils et militaires.

Citons, par exemple, dans le domaine militaire, les systèmes de commandement dénommés C^3I [76] ou, dans le domaine civil, les réseaux publics de télécommunications (qui constituent, en quelque sorte *"le système nerveux"* et *"un des organes vitaux de la*

---

[73] Simon Nora & Alain Minc, *L'informatisation de la société - Rapport à M. le Président de la République*, La Documentation française, 1978, réed. Le Seuil, 1978, p. 63.

[74] Sur ce rôle des gouvernements dans le développement de l'informatique, cf. notamment, Kenneth Flamm, *Creating the Computer - Government, Industry and High Technology*, The Brookings Institution, Washington, 1988 (notamment pp. 12, 34 et 251).

[75] Sur la politique française en matière électronique et informatique, cf. principalement, pour une analyse politico-économique, la thèse de John Zysman, *Political Strategies for Industrial Order*, University of California, 1977, traduction française : *L'industrie française entre l'Etat et le marché*, Bonnel, 1982 ; et pour un rappel des discontinuités de cette politique dans les années soixante-dix : Jacques Jublin & Jean-Michel Quatrepoint, *French Ordinateurs*, Alain Moreau, 1976.

[76] C^3I, acronyme anglo-saxon (*Command, Control, Communication and Intelligence*) désignant les systèmes intégrés de communication et de commandement. Cf. notamment, M. Hill, *Réalisation en matière de commandement, conduite des opérations, communications et renseignement (C3I)*, Rapport à l'Assemblée de l'Union de l'Europe Occidentale, UEO, 36ème session ordinaire, document 1229, 25 mai 1990.

nation "[77]) ou encore les systèmes informatisés de supervision et de gestion des grands réseaux de transport et de distribution d'énergie. De même, les administrations publiques sont à la fois un des lieux privilégiés de la recherche scientifique et technique (activités fortement utilisatrices de systèmes d'information, notamment de supercalculateurs et de réseaux à haut débit[78]) et le principal lieu de collecte et de stockage automatisé des informations nominatives[79], économiques et sociales (notamment au travers des fichiers des services du Ministère des Finances et de l'I.N.S.E.E.).

Dans ces conditions, la sécurité de ces systèmes d'information et de communication est essentielle pour la propre sécurité des activités publiques elles-mêmes. Et ce, y compris en matière de protection du secret, puisque, d'après une estimation administrative, environ 50% des secrets de défense seraient aujourd'hui traités ou échangés sous forme informatique[80]. Si on analyse donc, du point de vue des intérêts de l'Etat et de la sécurité nationale, les risques d'atteinte à la sécurité des systèmes décrits plus haut, on peut en identifier trois types de risque qui paraissent spécifiquement importants de ce point de vue : celui de l'espionnage électronique d'informations classifiées, celui du sabotage des systèmes d'information vitaux et celui de la manipulation frauduleuse de données en vue d'induire en erreur les systèmes publics et leurs utilisateurs.

Le risque d'espionnage électronique en vue de recueillir des informations classifiées est l'un des plus anciens risques identifiés en matière d'usage de systèmes d'information par les autorités politiques et militaires. L'exemple historique majeur en est certainement celui de l'écoute et du déchiffrement de la quasi-totalité des communications militaires allemandes et japonaises durant la seconde guerre mondiale par les Alliés[81]. Il a justifié - outre la conservation d'un secret très sévère sur ce

---

[77] Paul Carenco, "Protéger les réseaux de télécommunications", *Les cahiers de la sécurité intérieure*, I.H.E.S.I./La Documentation française, n° 10, août-octobre 1992, p. 36.

[78] Citons notamment le centre de calcul scientifique installé dans l'enceinte de l'Ecole Polytechnique à Palaiseau, doté de supercalculateurs parmi les plus performants au monde, et le réseau de communication RENATER développé par France Telecom en partenariat avec la communauté scientifique et le Ministère de la Recherche.

[79] Ce qui a conduit le législateur a prévoir, dans le cadre de la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique, les fichiers et les libertés, un régime spécifique - plus contraignant - pour la création et la gestion des traitements d'informations nominatives par les personnes publiques (art. 15 de la loi Informatique et libertés ; sur ce texte, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II).

[80] Cf. *Bulletin de sécurité de défense*, S.G.D.N., n° 3, décembre 1987, p. 1.

[81] Sur la pénétration du système allemand Enigma, cf. l'ouvrage britannique qui a révélé ce secret : F. W. Winterbotham, *The Ultra Secret*, Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1974,

dossier, durant de très longues années [82] - la création d'organismes spécialisés, à la fois, dans la protection et l'attaque des systèmes d'information et de communication : le plus grand et le plus secret d'entre eux a été - et demeure - la National Security Agency (N.S.A.) américaine, créée en novembre 1952, qui dispose, aujourd'hui encore, de moyens plusieurs fois supérieurs à ceux de la C.I.A. et dont l'existence demeura quasiment inconnue jusqu'à la fin des années soixante-dix [83].

Des exemples plus récents ont prouvé que les systèmes informatiques et électroniques utilisés pour traiter des informations confidentielles demeuraient fréquemment vulnérables à des atteintes extérieures et que, eu égard aux risques à prendre pour obtenir des informations par des sources humaines, l'utilisation de "sources techniques" (euphémisme généralement employé pour désigner les différentes formes d'espionnage électronique) était un moyen d'action efficace.

En plein coeur de la guerre froide, la C.I.A. installa, par exemple, un tunnel passant sous la ligne de démarcation avec le secteur soviétique de Berlin afin d'effectuer des écoutes sur les câbles téléphoniques reliant les forces soviétiques de la ville à leurs états-majors [84]. Mais cette opération - techniquement remarquable et bien représentative des formes modernes possibles d'espionnage électronique - ne donna pas de véritables résultats car elle fut dénoncée immédiatement par l'officier de

---

traduction française : *Ultra*, Robert Laffont, 1976 ; David Kahn, *La guerre des codes secrets - des hiéroglyphes à l'ordinateur*, Interéditions, 1980 (traduction française incomplète - mais mise à jour sur ce point - de *The Codebreakers*, Macmillan Co., New-York, 1967) ; Antony Cave Brown, *Bodyguard of Lies*, Harper & Row, New York, 1975, traduction française : *La guerre secrète - le rempart des mensonges*, Pygmalion/Gérard Watelet, 1981 (particulièrement le Tome 1er : *L'origine des moyens spéciaux*) ; et pour la part importante qu'y ont jouée les services français à la veille de la guerre : Gustave Bertrand, *Enigma*, Plon, 1973 et Paul Paillole, *Notre agent chez Hitler*, Robert Laffont, 1985. En ce qui concerne la pénétration des codes japonais : Ronald W. Clark, *The Man Who Broke Purple*, Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1977 ; James Rusbridger & Eric Nave, *Betrayal of Pearl Harbor - How Churchill Lured Roosevelt into WWII*, Simon & Schuster, New York, 1991, traduction française : *Trahison à Pearl Harbour - Comment Churchill a entraîné Roosevelt dans la Seconde Guerre Mondiale*, Pygmalion/Gerard Watelet, 1992.

[82] Pour un exemple des mesures de sécurité prises à l'époque pour assurer la sécurité des informations Ultra (issues du déchiffrement des codes Enigma), outre les ouvrages signalés précédemment, quelques documents américains de 1943 déclassifiés en 1991 : "From the Archives Security of Ultra and Rabid Intelligence - War Department", *Cryptologia*, Volume XV, n° 4, octobre 1991, pp. 341 et s.. Pour la difficulté rencontrée pour obtenir des informations sur ces questions plus de trente années plus tard, cf. l'introduction de l'ouvrage de A. C. Brown, *op. cit.*.

[83] Cf. le premier ouvrage - très documenté - écrit sur la N.S.A. : James Bamford, *The Puzzle Palace - Inside the National Security Agency, A Report on America's Most Secret Agency*, Houghton Mifflin Company, 1982.

[84] Cf. David Martin, *The Wilderness of mirrors*, Harper & Row, New York, 1980, traduction française : *K.G.B. contre C.I.A.*, Presses de la Renaissance, 1981, pp. 102 à 124.

renseignement britannique Georges Blake (alors en poste à Berlin), qui travaillait clandestinement au profit du K.G.B. [85].

Ce type de tentative de branchement clandestin paraît avoir continué à être pratiqué [86]. L'ambassade allemande à Moscou fut ainsi victime en 1964 d'un micro permettant d'intercepter avant chiffrement les télex destinés au ministère allemand des affaires étrangères [87]. Vingt ans plus tard, ce sont les services diplomatiques français qui firent exactement le même type de découverte sur les télex de leur ambassade en U.R.S.S.. Il semblerait que la découverte en janvier 1983 de ce piratage effectué par le K.G.B. ait été la cause directe de l'expulsion des quarante-sept diplomates soviétiques en poste en France le 5 avril 1983. La D.S.T. aurait utilisé - à cette occasion - pour sélectionner les personnes à expulser les informations fournies par son agent "Farewell" (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier) [88].

Mais surtout dans le courant des années quatre-vingt plusieurs affaires, plus ou moins complètement élucidées, ont montré que des intrusions informatiques logiques (c'est-à-dire sans branchement physique et par le simple biais des réseaux de communication auxquels sont raccordés les systèmes informatiques) sont possibles à l'encontre de systèmes informatiques militaires ou directement liés à des activités de défense nationale. Parmi les sites informatiques français traitant éventuellement des informations classifiées, ayant fait - d'après la presse - l'objet de pénétrations, on peut citer :

- le centre de calcul vectoriel pour la recherche (C2VR) de l'Ecole Polytechnique à Palaiseau en mars 1986 [89],

---

[85] Sur la trahison du tunnel par Blake, cf. notamment E. H. Cookridge, *Shadows of a Spy - The Complete Dossier on George Blake*, Leslie Frewin Publishers, Londres, 1967, p. 157 et 158 ; D. C. Martin, *op. cit.*, pp. 137 à 139.

[86] En 1985, la presse révèla par exemple qu'aurait été détectée et empêchée une tentative de branchement sur les câbles informatiques reliant le ministère de la défense à différents sites militaires sensibles *(Le Figaro*, 11 juin 1985).

[87] Cf. John Barron, *K.G.B.*, Elsevier Sequoïa, Paris/Berne, 1975, p. 24.

[88] Cf. notamment Jacques Attali, *Verbatim I 1981/1986*, Fayard, 1993, p. 382 (*"Mardi 11 janvier 1983 : Le Président apprend que, depuis 1976, tous les messages chiffrés envoyés au Quai d'Orsay par l'ambassade de France à Moscou sont décryptés par le K.G.B."*) ; *Le Point*, 8 avril 1985.

[89] Les journalistes du Matin de Paris ont, notamment, recueilli les confidences de trois étudiants en informatique prétendant être les auteurs d'une intrusion sur l'ordinateur DPS 8 (de Bull) utilisé comme "frontal" (c'est-à-dire comme machine de liaison) du super-calculateur Cray One de Polytechnique, ainsi que d'une quinzaine d'autres sites du même type (dont celui de la Régie Renault) pour des motifs purement ludiques. A la Délégation générale pour l'armement, la

- le centre de calcul de l'E.D.F. à Clamart en 1984 [90],

- différents systèmes informatiques appartenant au C.E.A. [91],

- le système d'un autre organisme public français (non identifié) en décembre 1986 [92],

- en 1989, deux informaticiens français ont été arrêtés pour avoir pénétré illicitement dans plusieurs centaines de systèmes informatiques, dont celui de la Direction des Constructions Navales à Cherbourg [93].

A ces affaires purement françaises, s'ajoutent des affaires plus internationales (ce qui est normal, du fait de l'internationalisation des communications) et d'une plus grande portée. On se contentera de rappeler les deux principales :

- En septembre 1987, la presse a révélé que des "pirates" informatiques, en lien avec le groupe de Hambourg appelé le Chaos Computer Club (C.C.C.), avaient pénétré le réseau SPAN reliant la N.A.S.A aux autres agences spatiales occidentales [94]. Ils auraient pénétré, par ce biais, 135 sites informatiques dans le monde entier et dans plusieurs cas il aurait été constaté la disparition ou l'altération de données confidentielles [95]. La police française a pour sa part

---

pénétration fut confirmée tout en affirmant qu'aucune information classifiée n'était traitée sur cette machine qui ne servait qu'à la réalisation de calculs scientifiques ou techniques très partiels, et donc non confidentiels en eux-mêmes (cf. *Le Matin de Paris*, 18 juillet 1986 et 19/20 juillet 1986 ; *Le Monde*, 19 juillet 1986).

[90] Un stagiaire étranger employé durant l'été 1984 à la direction des études et recherches de l'E.D.F. aurait permis aux soviétiques de se connecter à l'ordinateur central de l'établissement et d'y prendre connaissance de différentes informations techniques (*Le Parisien Libéré*, 6 juin 1986, pp. 2 et 3 ; *Le Monde*, 7 juin 1986).

[91] En 1984, Le Canard Enchaîné révéla avoir accédé par Minitel (sans doute grâce à une complicité intérieure) à une banque de données gérée par la CISI (filiale informatique du C.E.A.) et contenant différentes informations plus ou moins confidentielles sur les activités du C.E.A., dont certaines sur des opérations sur le site de Muruoa, le planning de construction du coeur d'une centrale nucléaire ou sur des projets de laser *"classé secret"* (*Le Canard Enchaîné*, 28 novembre 1984, p. 3 ; *Le Monde Informatique*, 3 décembre 1984). Par ailleurs, un mini-ordinateur du département de recherche en physique des particules du C.E.A. aurait été pénétré en 1986 (cf. *Le Matin de Paris*, 19/20 juillet 1986, p. 3).

[92] *Bulletin de sécurité de défense*, n° 3, *op. cit.*, p. 4.

[93] Cf. notamment *A.F.P.*, 26 avril 1989.

[94] Le C.C.C. a toujours nié avoir réalisé lui-même les piratages en question et prétendu avoir simplement été contacté par les "pirates" et avoir prévenu les services de sécurité (cf. *A.F.P.*, 1er mars 1989).

[95] Cf. notamment, *Bulletin de sécurité de défense*, n° 3, *op. cit.*, p. 4.

détecté des intrusions du C.C.C. dans les systèmes informatiques du C.E.A., de Thomson, de Philips-France, qui ont porté plainte à ce sujet. Leur responsable, l'allemand Stephen Wernery, a été interpellé et incarcéré plusieurs mois à ce propos lors de sa venue sur le territoire français en 1988 [96].

- En 1988, la presse a révélé qu'un jeune informaticien avait été arrêté - puis relâché - par la police britannique pour avoir essayé d'effectuer du chantage auprès des sociétés IBM et Digital Equipment. Cette arrestation aurait permis de découvrir les indices de nombreuses pénétrations dans des bases de données appartenant à la défense britannique, à la N.A.S.A américaine et à plusieurs centaines d'entreprises ou laboratoires en Europe (dont Alcatel, S.G.S.-Thomson, le C.E.R.N.) [97].

- Une enquête entreprise mi-1986 aux Etats-Unis à la suite d'un incident survenu au Lawrence Berkeley Laboratory (centre de recherches en astrophysique installé en Californie) permit finalement d'identifier un groupe de pirates ouest-allemands, qui furent accusés d'avoir pénétré de nombreux centres informatiques militaires et aérospatiaux américains (banque de données "Optimus" du Département de la défense, le Jet Propulsion Laboratory de Pasadena, le centre atomique de Los Alamos, ainsi que différents sites européens, notamment à l'Agence spatiale européenne, chez Thomson C.S.F., Philips France, au C.E.R.N. ou au C.N.R.S.. Les enquêtes parallèles américaines, françaises et allemandes débouchèrent en mars 1989 sur l'inculpation de huit jeunes pirates allemands (dont trois furent arrêtés) et sur la démonstration - pour la première fois - de l'implication directe du K.G.B. dans leur manipulation et leur exploitation [98].

A côté des risques d'espionnage électronique et informatique, les autorités de défense des pays occidentaux s'inquiètent des risques de sabotage des systèmes d'information vitaux. De tels risques peuvent prendre plusieurs aspects :

---

[96] Cf. notamment *L'Express*, 11 mars 1988 ; *A.F.P.*, 1er mars 1989.

[97] Cf. *Le Quotidien de Paris*, 25 octobre 1988, citant le *Sunday Telegraph*. La similitude de certaines des sites visés peut faire croire à un lien avec l'affaire rendue publique l'année suivante en Allemagne (cf. infra).

[98] Cf. notamment *A.F.P.*, 3 mars 1989 ; *Paris-Match*, 16 mars 1989 ; *L'Express*, 10 mars 1989 ; *Le Monde*, 4 et 7 mars 1989. Quelques mois après, l'un de ces pirates, qui avait été "retourné" par les services allemands, a été retrouvé mort dans des conditions suspectes (cf. *Expertises des systèmes d'information*, n° 118, juillet 1989).

- le sabotage accidentel d'un système sensible à l'occasion d'une pénétration mal conduite (par exemple, effacement de certains fichiers),

- le sabotage volontaire à des fins mercantiles (par exemple de chantage), ou simplement ludiques,

- le sabotage volontaire d'un système comme acte terroriste [99],

- le sabotage volontaire comme moyen d'affaiblissement du pays en cas de crise ou comme préparatif ultime d'une éventuelle action armée.

Concernant le dernier point, la plupart des pays industrialisés ont notamment pris des mesures afin de "durcir" leurs principaux réseaux informatiques de communication et de commandement et les soustraire ainsi aux effets de l'impulsion électro-magnétique (I.E.M.) qui résulterait de l'explosion en altitude d'un explosif nucléaire (laquelle aurait pour effet la mise hors d'usage de tous les dispositifs électroniques dans un vaste rayon) [100]. Mais, dès le temps de paix, différentes manipulations sur les systèmes informatiques centraux de différents réseaux vitaux (communication, transport, énergie, ...) pourraient avoir les mêmes effets, et ce d'autant que les techniques informatiques actuelles permettent d'envisager la mise en place de "bombes à retardement" que l'on peut placer très discrètement dans les systèmes et qui pourraient être actionnées à distance le jour venu [101].

Le seul cas connu d'un sabotage effectif d'un système d'information gouvernemental a été rendu public en fin 1988 : un jeune étudiant américain, Robert T. Morris a introduit, par jeu, un virus informatique dans le réseau ARPANET (réseau de messagerie électronique géré par la D.A.R.P.A., l'agence fédérale pour les projets technologiques de défense, et qui a servi de point de départ au réseau international INTERNET) qui s'est - par erreur - mis à proliférer jusqu'à bloquer le fonctionnement de 6.000 systèmes informatiques, dont plusieurs appartenant au Pentagone et à des agences fédérales américaines. Il a été poursuivi devant la justice américaine sur le

---

[99] La France a connu quelques rares cas de tentatives de terrorisme informatique d'origine anarchiste (notamment, un éphémère groupe dénommé CLODO qui commit plusieurs attentats matériels contre des sites informatiques).

[100] Cf. notamment, Bertrand Warusfel, "Sécurité informatique et secret de défense", *Défense nationale*, février 1986, p. 87.

[101] Cette crainte - bien réelle - des "bombes logiques" a donné lieu, dans le public à plusieurs alertes au virus informatique et à un roman d'anticipation (Thierry Breton & Denis Beneich, *Softwar - La guerre douce*, Robert Laffont, 1984).

fondement de la loi fédérale sur le piratage informatique [102]. A l'inverse, un magazine américain a pu affirmer, il y a quelques années, que les services de renseignement américains pratiquaient activement, non seulement la pénétration de systèmes d'information soviétiques, mais aussi leur sabotage à l'aide de virus informatiques [103].

Mais, plus encore que la violation de données confidentielles ou le sabotage de systèmes informatiques, l'une des principales menaces auxquelles sont exposés les systèmes d'information sensibles est la manipulation frauduleuse d'informations en vue d'induire en erreur soit les autorités, soit la population. De même que l'intoxication et la désinformation font partie intégrante du renseignement, la désinformation informatique devient un mode d'action offensif qui pourrait s'avérer très efficace.

Si l'on ne connaît pas d'exemple public de manipulation informatique à des fins d'intoxication en matière militaire ou politico-stratégique, il est facile d'imaginer de telles hypothèses [104]. Par exemple, il y a quelques années, une fausse information diffusée sur un service de messagerie Minitel boursière a entraîné une chute de plus de 30% de la valeur des actions d'une entreprise dont on avait annoncé faussement la rupture d'avec son principal fournisseur.

Dans le contexte de la vie d'entreprise et des activités modernes, il n'est pas difficile d'imaginer que la transmission de fausses informations via les réseaux de communication peut avoir des effets rapides et mettre en échec la vigilance des spécialistes, comme le reconnaît lui-même le responsable sécurité informatique du groupe Thomson, qui affirmait, notamment :

> *"Il n'y a rien de plus facile à faire qu'une fausse vraie note de service (...) Mais quel cadre, quel commercial en mission à l'autre bout du monde va chercher à authentifier l'instruction prétendument émise de Paris, via un fax, par son supérieur hiérarchique ?"* [105]

---

[102] Cf. notamment *A.F.P.*, 3 août 1989 ; *Paris-Match*, novembre 1988, p. 106. Pour l'anecdote, Robert T. Morris serait le fils d'un des responsables de la N.S.A. en charge du National Computer Security Center (*Le Quotidien de Paris*, 7 novembre 1988).

[103] Le magazine *Time* cité par l'*A.F.P.*, 13 mars 1989.

[104] Rappelons, pour l'anecdote, qu'Alexandre Dumas a imaginé ce qui est sans doute le premier cas de désinformation par le biais d'un système de communication : dans le chapitre LXI du *Comte de Monte-Cristo*, son héros se venge de son ennemi Danglars, spéculateur enragé, en soudoyant le servant d'une station du télégraphe de Chappe afin qu'il transmette à Paris une fausse nouvelle concernant l'évolution de la situation en Espagne, conduisant ainsi son ennemi à effectuer en précipitation une opération financière qui se retournera contre lui, dès que la véritable nouvelle sera connue.

[105] Interview de J.-Cl. Bréan, *Thomson Hebdo*, *op. cit.*, p. 4.

Certains experts américains imaginent que de telles stratégies de désinformation électronique pourraient être engagées à grande échelle soit par des Etats étrangers, soit même par des groupes criminels organisés afin de perturber la vie sociale et économique d'un pays. En 1980, le responsable des questions de sécurité au Stanford Research Institute (S.R.I.), Donn B. Parker, a ainsi mis en garde contre les effets déstabilisant qui pourraient affecter la sécurité nationale des Etats-Unis en cas de perturbation organisée du système de transfert de fonds électroniques ou des outils informatiques de comptabilisation de la masse monétaire (M1) [106]. D'après lui,

> *"La destruction physique ou logique d'un système de transfert de fond électronique qui pourrait causer la ruine économique d'un pays, est une forme de guerre plus attractive et moins coûteuse que celle qui utiliserait les bombes et missiles nucléaires."* [107]

L'ensemble de ces menaces - techniquement similaires à celles qui affectent les systèmes d'information privés, mais susceptibles de porter des coups très durs à la capacité d'action et de défense des Etats, - justifie actuellement la priorité donnée dans la plupart des pays développés à une politique de sécurité des systèmes sensibles et stratégiques et à la mise en place de règles spécifiques de protection de leur intégrité et de leur confidentialité. A travers celles-ci se met ainsi en place une sorte de *"secret de défense informatique"* [108], dont les incidences et les interactions avec les moyens de sécurité privés sont assez complexes à analyser.

Sous-Section II. - La mise en place de règles spécifiques applicables aux systèmes informatiques et de communication

Pour assurer la sécurité des traitements et des données sensibles, les autorités administratives ont mis en place un dispositif qui comporte plusieurs volets : une adaptation des règles de protection du secret en informatique (§ 1.), une réglementation

---

[106] Rappelons qu'en 1792, un agent royaliste envisagea de faire tomber le pouvoir révolutionnaire en fabriquant de faux assignats (cf. J. W. Thompson & S. K. Padover, *L'espionnage politique en Europe de 1500 à 1815*, Payot, 1938, p. 174). De même, l'Allemagne nazie a tenté durant la seconde guerre mondiale de désorganiser l'économie britannique par un trafic intense de fausse monnaie. Pour sa part, le Canada a adopté une loi interdisant aux banques la gestion informatique de leurs comptes hors du territoire fédéral (cf. B. Warusfel, *Défense nationale*, *op. cit.*, p. 91).

[107] Donn B. Parker, *The Potential Effects of Electronic Fund Transfer Systems on National Security*, (dactyl.) SRI International, Juin 1980, p. 4.

[108] Cf. B. Warusfel, *Défense nationale*, *op. cit.*, p. 93 ; Christine Bréchon-Moulènes, "Marchés publics et protection juridique des logiciels", *Droit de l'informatique*, 1987/1, p. 22.

particulière couvrant la cryptologie (§ 2.) et la définition de normes de sécurité applicables aux systèmes d'information (§ 3.).

§ 1. - Les règles de protection du secret en informatique

Les risques et les particularités des systèmes d'information nécessitaient la définition de règles spécifiques pour la protection du secret en milieu informatisé. Cela a été entrepris depuis près de vingt ans sous la forme d'une adaptation des règles générales de protection plutôt que par la conception de logiques de protection totalement originales.

Privilégiant la cohérence intellectuelle et pratique du système de protection, les textes administratifs spécialisés (tels principalement l'instruction n° 1900 sur la protection du secret de défense en informatique [109]) ont choisi que

> *"les règles fondamentales de protection du secret s'appliquent également au domaine des traitements informatiques."* [110]

S'appliquent donc les différents principes généraux de la protection du secret définis par le décret du 12 mai 1981 et l'instruction interministérielle n° 1300 (cf. supra - IIème Partie, Chapitre II) : classification des supports, habilitation des personnes, protection des sites. Pour autant, des difficultés d'application pratiques apparaissent à ces trois niveaux, que les règles administratives adoptées cherchent à prendre en compte :

- en ce qui concerne la classification des documents, l'immatérialité des supports informatiques et électroniques rend inefficace l'effet pédagogique et juridique du marquage (cf. supra - IIème Partie, Chapitre II) ;

- en ce qui concerne l'habilitation des personnes, l'interconnexion des réseaux crée le risque permanent de l'accès à l'information d'une personne non autorisée ;

- en ce qui concerne la protection des sites, les systèmes d'information - notamment lorsqu'ils sont en réseau - paraissent très vulnérables physiquement et difficiles à surveiller d'un bout à l'autre des liaisons de communication.

---

[109] Citée dans sa version du 6 décembre 1976, par Chr. Bréchon-Moulènes, *op. cit.*, p. 32.

[110] B. Warusfel, *Défense nationale*, *op. cit.*, p. 94.

Ces différents problèmes, qui fragilisent considérablement l'efficacité des règles traditionnelles de protection du secret, ne peuvent pas trouver de solution isolément. Ils ne le peuvent qu'au prix d'un renforcement global de la sécurité des systèmes utilisés pour traiter les informations confidentielles et de la rigueur des procédures entourant leur mise en oeuvre.

L'effet recherché au travers des outils de sécurité et des procédures mises en oeuvre va être d'isoler, plus ou moins complètement, les systèmes d'information sensibles par rapport à l'extérieur et d'empêcher que des utilisateurs non autorisés puissent y accéder ou, pour le moins, puissent prendre connaissance de la partie confidentielle des données traitées.

Plusieurs moyens sont donc retenus, en fonction du niveau de sensibilité des informations traitées. Les précautions à prendre concernent notamment

> *"l'identité de l'utilisateur,* [le] *travail en mono-programmation et mono-application et, éventuellement, l'isolement physique de l'ordinateur par rapport aux réseaux informatiques auxquels il est connecté.* " [111]

Et ces mesures sont renforcées dans le cas particulier (et essentiel) de la transmission d'informations sensibles, voire classifiées. Suivant les cas, elle sera, soit totalement interdite, soit nécessairement effectuée en utilisant des moyens de chiffrement autoriséés (cf. infra).

S'il est difficile de donner plus de précision sur les règles de protection des informations classifiées - à proprement parler - en milieu informatisé (car il s'agit d'un domaine qui fait l'objet de règles - elle-mêmes - fortement classifiées), il est cependant possible de se référer, par comparaison, à l'ensemble des recommandations édictées par l'administration en ce qui concerne le traitement informatique des *"informations sensibles ne relevant pas du secret de défense."* [112]

Ces recommandations constituent, en effet, en matière informatique, une autre forme de ces modes de protection périphériques du secret de défense, que nous avons déjà identifiés précédemment (cf. supra). Elles s'appliquent ainsi aux

---

[111] *Ibid.*

[112] Recommandation S.G.D.N./D.I.S.S.I./S.C.S.S.I. n° 600 , *op. cit.*. Ce concept d'informations "sensibles mais ne relevant pas du secret de défense" s'inspire de la pratique administrative américaine qui avait projeté différentes restrictions (fort critiquées par la communauté scientifique américaine) concernant l'accès aux informations *"sensitive but un-classified"* (cf. *Washington Post*, 13 novembre 1986 ; *Documentaliste/Sciences de l'information*, n° 4/5, juillet 1985, p. 193).

"informations ne relevant pas du secret de défense, mais dont la destruction, la falsification, le détournement ou l'utilisation frauduleuse porterait atteinte aux intérêts nationaux, au patrimoine scientifique et technique, ou à la vie privée ou professionnelle des individus." [113]

Les principales règles décrites dans ce document concernent, notamment :

- la responsabilisation et le contrôle hiérarchique des utilisateurs (avec signature d'un engagement de responsabilité),

- la sécurité physique des systèmes (protection contre le vol, l'intrusion, les risques accidentels) et les contrôles d'accès aux sites,

- la manipulation, la conservation et l'archivage des supports informatiques dans des lieux protégés,

- la définition et la gestion de droits d'accès et de niveaux d'habilitation au sein des utilisateurs,

- la nécessité d'un système d'authentification de l'utilisateur avant toute utilisation d'un poste de travail (sur la distinction entre authentification et chiffrement - cf. infra),

- une gestion rigoureuse des logiciels utilisés et leur vérification périodique,

- l'interdiction de transmettre des données sensibles sur une liaison sans que celle-ci ait été, au préalable *"approuvée"* (c'est-à-dire des liaisons dont les extrémités et les points de coupure sont en zone contrôlée) ou que soit utilisé - conformément à la réglementation en vigueur - un moyen de chiffrement approprié,

- la définition de certaines procédures de sauvegarde et de secours en cas d'incident.

---

[113] Ibid., p. 3. On reconnait dans cette énumération la notion de *"patrimoine"*, une formule sur les *"intérêts nationaux"* (qui préfigure, là aussi, les *"intérêts fondamentaux de la nation"* du nouveau Code pénal) et une référence à la protection de la vie privée qui ne doit pas surprendre, étant donné que la loi du 6 janvier 1978 impose, dans son article 29, une obligation particulière de sécurité aux responsables de fichiers de données nominatives (désormais sanctionnée par l'art. 226-17 nCP), ce qui a conduit la CNIL à prendre des recommandations en matière de sécurité, dont notamment la délibération n° 81.94 du 21 juillet 1981 portant adoption d'une recommandation relative aux mesures générales de sécurité des systèmes informatiques.

On voit donc bien que la protection du secret de défense et des autres secrets de la nation dans un environnement informatisé (ce qui devient le cas le plus fréquent) nécessite des procédures adaptées, mais aussi que celles-ci doivent s'appuyer sur la mise en oeuvre d'outils techniques de sécurité particuliers. C'est pourquoi les règles de protection sont complétées dans ce domaine par des règles spécifiques relatives à la cryptologie et à la sécurité des systèmes.

§ 2. - *Le contrôle de la cryptologie*

L'usage du chiffrement comme moyen de sauvegarde de la confidentialité de l'information est un moyen très ancien [114]. Mais il a pris une importance nouvelle avec deux vagues successives d'innovations technologiques. La première correspond à l'apparition et à l'utilisation des télécommunications (sous leurs deux formes : filaires et radios). Dès 1891, le réglement télégraphique international (confirmé en France par un courrier du directeur des postes et télégraphes n° 229 du 7 avril 1892) a, par exemple, interdit l'usage de "lettres secrètes" dans le contenu des télégrammes [115], prouvant ainsi indirectement l'importance qu'a revêtue dès ce moment la maîtrise par le pouvoir politique et les autorités militaires de l'usage des moyens de chiffrement. La seconde mutation technologique essentielle dans le domaine est venue du développement exponentiel des moyens informatiques, ce qui a, tout à la fois, facilité les moyens de chiffrement (et notamment de chiffrement rapide et de haut niveau cryptologique) et ceux de décryptage [116].

Dans ce contexte technologique marqué par le développement des réseaux de communication et par la puissance croissante des moyens de calcul et de traitement, les Etats n'ont pas renoncé à tenter de faire valoir leurs droits à l'usage et au contrôle de l'outil cryptologique. La France, pour sa part, s'est engagée en 1990 sur la reformulation des textes en la matière.

---

[114] Parmi la littérature abondante sur les origines et le développement historique de la cryptologie, on se réfèrera notamment à André Langie, De la Cryptographie, Payot, 1918, pp. 11 à 50 ; J. W. Thompson & S. K. Padover, *op. cit.*, pp. 244 à 255 ; et pour des ouvrages plus récents : David Kahn, *op. cit.* ; Edmond Lerville, *Les cahiers secrets de la cryptographie*, Editions du Rocher, 1972.

[115] Cf. Marquis de Viaris, *L'art de déchiffrer les dépêches secrètes*, Gauthier-Villard & fils/G. Masson, Paris, 1892, pp. 88 à 95. Cette prohibition de l'usage de la cryptologie dans les correspondances télégraphiques serait, cependant, tombée rapidement en désuétude d'après l'historienne Catherine Bertho (*Histoire des télécommunications en France*, Ers, 1985, *Télégraphes et téléphones, de Valmy au microprocesseur*, Hachette, Livre de Poche, 1981).

[116] Rappelons-nous que les premiers ordinateurs au monde ont, d'ailleurs, été conçus pour réaliser le déchiffrement des codes ennemis durant la seconde guerre mondiale (notamment, la "Bomba" et "Colossus", machines réalisées en Grande-Bretagne sur les instructions du mathématicien Alan Thuring. Cf. notamment K. Flamm, *op. cit.*, pp. 34 à 39).

La loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications a prévu dans son article 28 le principe d'un régime juridique contraignant pour l'utilisation, la fourniture et l'exportation de moyens et de prestations de cryptologie.

Elle pose, comme principe, la distinction entre deux types de procédure suivant le type de moyen ou de prestation concerné :

> *"déclaration préalable lorsque ce moyen ou cette prestation ne peut avoir d'autre objet que d'authentifier une communication ou d'assurer l'intégrité du message transmis ; l'autorisation préalable du Premier ministre dans les autres cas.* " [117]

Cette procédure à deux niveaux constitue, par rapport à la situation antérieure à 1990 un effort d'assouplissement et de clarification notable [118]. Précédemment, en effet, tous les systèmes cryptographiques étaient considérés comme des matériels de guerre et soumis sur le territoire national comme pour leur exportation aux dispositions du décret-loi de 1939 (cf. supra). Trois textes de février 1986 en avaient uniquement adouci les rigueurs en ce qui concernait les systèmes à usage commercial ou privé qui pouvaient - au cas par cas - faire l'objet d'une procédure assouplie [119]. Désormais, la perspective a été renversée : d'une situation où la règle était l'application du régime des matériels de guerre et l'exception la "déclassification" (comme de nombreux commentateurs l'ont dit quelque peu improprement, alors que l'arrêté du Premier ministre du 18 février 1986 parlait de *"l'exclusion du régime des matériels de guerre"* [120]) de certains matériels commerciaux, on en est venu à une situation dans

---

[117] Article 28, alinéa 2 a) et b) de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990, modifiée par la loi 91-648 du 11 juillet 1991.

[118] Cf. "L'assouplissement du régime de la cryptologie", *Sécurité informatique*, n° 68, février 1992, pp. 2 et s. ; Eric Meillan, *La sécurité des systèmes d'information - les aspects juridiques*, Hermès, pp. 157 à 163.

[119] Décret n° 86-250 du 18 février 1986 portant modification du décret n° 73-364 du 12 mars 1973 relatif à l'application du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, deux arrêtés - l'un du Premier ministre, l'autre du ministre des PTT, portant le même titre - du 18 février 1986 relatif à la fabrication, au commerce, à l'acquisition, à la détention et à l'utilisation de moyens de cryptologie destinés à des fins professionnelles ou privées sur le territoire national, *J.O.R.F.*, 26 février 1986, p. 3018, p. 3019 et p. 3022. Nous notions, à l'époque, à propos de ces textes qu'il était *"possible que les textes aujourd'hui en vigueur ne soient qu'une étape vers une réforme plus ambitieuse qui doterait la France des moyens juridiques et techniques de protéger de façon plus homogène l'ensemble de son patrimoine informationnel, qu'il soit public ou privé"* (Bertrand Warusfel, "Sécurité informatique et défense : La Délégation interministérielle pour la sécurité des systèmes d'information", *Défense nationale*, février 1987).

[120] Cet arrêté avait fait l'objet en 1990 d'une modification en vue, notamment, d'exclure explicitement les cartes bancaires à microprocesseur.

laquelle les moyens de cryptologie ne sont plus des matériels de guerre, sauf dans le cas particulier de l'exportation d'un moyen de cryptologie *"conçu ou modifié pour les besoins militaires"* [121].

Mais, malgré les discours officiels quelque peu confus, la logique de cette procédure à deux niveaux est claire : il s'agit de dissuader, autant que faire ce peut, les personnes privées de se doter de véritables moyens de chiffrement des communications, afin de conserver aux services chargés d'éventuelles interceptions (le GIC, dont l'activité est désormais organisée par la loi du 10 juillet 1991 mais aussi, sans doute, le G.C.R. de la D.G.S.E. et les centres d'écoutes de la D.S.T.) la possibilité de les réaliser avec le maximum de succès. Dès lors, la voie déclarative - beaucoup moins contraignante - vise à orienter les entreprises à recourir prioritairement à la seule utilisation de moyens cryptologiques limités aux seules fonctions d'authentification et de garantie d'intégrité [122].

Plusieurs textes d'application sont venus en 1992 préciser les conditions pratiques du déroulement des procédures de déclaration et d'autorisation, tant pour la fourniture et l'utilisation en France que pour l'exportation :

- le décret du 28 décembre 1992 définissant les conditions dans lesquelles sont souscrites les déclarations et accordées les autorisations concernant les moyens et prestations de cryptologie ;

- l'arrêté du 28 décembre 1992 du Premier ministre concernant les déclarations et demandes d'autorisations relatives aux moyens et prestations de cryptologie ;

- l'arrêté du 28 décembre 1992 du Premier ministre définissant les dispositions particulières auxquelles sont soumises les prestations de cryptologie.

Ils confient au Service Central de la Sécurité des Systèmes d'Information la responsabilité de recevoir, d'étudier et de statuer - au nom du Premier ministre, dont il

---

[121] Article 10 du décret n° 92-1358 du 28 décembre 1992 définissant les conditions dans lesquelles sont souscrites les déclarations et accordées les autorisations concernant les moyens et prestations de cryptologie, *J.O.R.F.*, 30 décembre 1992, p. 17915.

[122] Cette pratique a également cours aux Etats-Unis, où la NSA cherche à écarter l'utilisation - très répandue - de l'algorithme RSA (qui permet à la fois la signature et le chiffrement) en imposant le DSA (Digital Signature Standard), un standard de signature qui ne peut pas aucunement servir de moyen de chiffrement. Elle s'appuie sur certaines analyses de professionnels selon lesquels *"l'objectif primordial des entreprises du secteur civil est l'intégrité des données"* alors que la confidentialité reste *"le souci légitime dans le cas d'un organisme militaire"* ("Controverses autour du critère du DoD", *Sécuritique*, n° 4, septembre 1987, p. 4).

dépend - sur les demandes d'autorisation qui lui sont présentées, y compris à l'exportation [123].

Ils assortissent également les obligations de déclaration ou d'autorisation préalable d'un ensemble de sanctions pénales contraventionnelles de quatrième et cinquième classe, qui complètent les pouvoirs d'enquête et de saisie confiés aux agents du Premier ministre (c'est-à-dire à ceux du S.C.S.S.I.) par le troisième paragraphe de l'article 28 de la loi du 29 décembre 1990 (modifié par celle du 11 juillet 1991) et la peine correctionnelle prévue, en cas de refus de coopérer à de telles enquêtes, par le même texte.

L'un des principaux problèmes provoqués par l'application de cette procédure de contrôle de la cryptologie est son antinomie, au nom de l'intérêt public de la sécurité nationale, avec l'autre intérêt public qui veut que les entreprises et les particuliers puissent développer la sécurité de leurs propres patrimoines. Certes, dans ce domaine, la doctrine juridique internationale respecte les droits de l'Etat à limiter les libertés indivduelles et économiques au nom de la sécurité nationale [124]. Mais en freinant l'accès des entreprises à l'achat et l'utilisation des produits de chiffrement, la législation française a fait cependant un choix qui illustre la contradiction qu'il peut y avoir parfois entre la protection du secret commercial privatif et celle du secret de défense. La querelle engagée aux Etats-Unis autour du système Clipper (un algorithme de chiffrement contenu dans un processeur spécialisé dont les autorités fédérales pourraient obtenir les clés afin d'en déchiffrer les messages) a, notamment, montré l'importance d'un tel face-à-face [125].

---

[123] Sur les problèmes procéduraux posés par l'application à l'exportation des dispositions de cette réglementation, cf. notre article, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, n° 93/1, *op. cit.*.

[124] C'est ainsi que les lignes directrices adoptées par l'O.C.D.E. en novembre 1992 en matière de sécurité des systèmes précisent qu'elles *"n'affectent pas les droits souverains des Etats en ce qui concerne la sécurité nationale et l'ordre public, lesquels demeurent régis par la législation nationale"*. Cependant le même texte souligne que *"les parties doivent notamment s'efforcer d'éviter que la situation n'évolue dans le sens d'une approche dualiste avec, d'un côté, un régime applicable aux systèmes d'information en rapport avec la sécurité nationale et, de l'autre, des règles concernant tous les autres systèmes d'information"* (*O.C.D.E.*, Lignes directrices régissant la sécurité des systèmes d'information, 26 novembre 1992).

[125] Cf. notamment *Le Monde*, 22 et 23 juillet 1994, et pour une réaction hostile au sein de la communauté américaine de l'informatique, Mike Godwin, "A Chip Over My Shoulder : The Problems with Clipper", *Internet World*, juillet/août 1994, pp. 92 à 95 (la conclusion de cet article fait apparaître le débat de société qui sous-tend cette polémique : *"Nous sommes désormais face à un choix. Après un siècle de développement technologique qui a érodé notre capacité à conserver privée notre vie, nous possédons enfin (grâce à la puissance informatique bon marché et aux avancées en cryptologie) la possibilité de prendre nous-mêmes en mains la protection de notre vie privée et de prendre nos propres décisions sur ce que nous voulons et comment nous voulons la protéger. Mais cette perspective fait peur à un gouvernement qui*

Face à une contradiction de ce type, les prises de position en faveur d'une libéralisation des conditions d'utilisation de la cryptologie se font plus fréquentes. Dans son projet de Livre vert sur la sécurité des systèmes d'information, la Commission des Communautés européennes milite, notamment, pour que s'instaure - au minimum - une complémentarité entre les besoins de sécurité commerciaux et ceux qui relèvent de la protection du secret de défense [126]. Plus directement, la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) vient de prendre publiquement position en faveur d'une libéralisation des outils de cryptologie en faveur des capacités des entreprises [127]. Dans ce texte, la C.C.I. - porte-parole des milieux d'affaires internationaux - estime qu'

> "*à l'exception de celles spécialement élaborées à des fins militaires ou diplomatiques, les méthodes de chiffrement ne devraient pas faire l'objet de contrôles à l'exportation ou à l'importation, de restrictions à l'utilisation, d'accords de licence restrictifs ou de toute autre restriction*" et que les utilisateurs "*devraient être libres d'utiliser et d'appliquer le cadre existant des méthodes de chiffrement généralement disponibles et généralement acceptées et de choisir sans restrictions les clés et la gestion des clés.*"

§ 3. - La définition de normes de sécurité des systèmes

Si dans le domaine de la cryptologie, l'intérêt public qui s'attache à la protection des communications gouvernementales et à la possibilité de réaliser des "*interceptions de sécurité*" (pour emprunter la terminologie de la loi française du 10 juillet 1991) paraît partiellement contradictoire avec les intérêts privés de protection des secrets concurrentiels, il est un autre aspect de la politique de sécurité informatique gouvernementale qui ne pose pas les mêmes problèmes de principe. Il s'agit de la définition de normes techniques spécifiant des systèmes informatiques sécurisés. Dans ce domaine, comme dans beaucoup d'autres en ces matières, les Etats-Unis sont la puissance initiatrice et dominante.

La première de ces normes a été celle qui est relative à la lutte contre les "*rayonnements compromettants*". Il semble, en effet, que les Américains aient observé, dans les années cinquantes, des effets parasites sur leur nouvelle machine à chiffrer SIGTOT, qui consistaient en une sorte d'écho électromagnétique (qui furent dénommés

---

devrait renoncer à sa capacité de pénétrer dans nos vies privées à chaque fois qu'il pense que cela est nécessaire").

[126] Commission des Communautés Européennes, DG XIII, *Green Book on the Security of Information Systems* (Draft 3.6.), 14 juillet 1993, p. 11.

[127] Cf. "Prise de position de la C.C.I. sur une politique internationale de chiffrement" *in Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 94/2, pp. 70 à 74.

"*transients*" ou encore "*artifacts*") répercutant sur la ligne de transmission sur laquelle circulait le message chiffré l'image du texte original introduits "en clair" dans la machine. Ils découvrirent ensuite que les systèmes soviétiques souffraient des mêmes faiblesses (ce qui permit des interceptions fort importantes, notamment concernant les projets militaires soviétiques durant la guerre de Corée) [128]. Une fois analysé scientifiquement, il fut attesté que tout système électronique était susceptible d'émettre deux sortes de signaux électromagnétiques parasites : d'une part un rayonnement radio-électrique, de l'autre un phénomène de conduction (renvoyant une onde électromagnétique par le biais d'une ligne électrique ou de transmission relié au système) [129]. Et il fut établi qu'une fois identifiés et captés, ces signaux pouvaient être "*compromettants*" (c'est-à-dire qu'ils pouvaient - convenablement traités - permettre de reconstituer plus ou moins précisément le traitement d'information en cours sur le système émetteur) [130]. Des exemples d'interception de ce type ont été, d'ailleurs, évoqués publiquement, que ce soit dans le domaine de l'espionnage commercial [131], ou de l'espionnage militaro-stratégique [132].

C'est pourquoi le Département de la défense adopta finalement une norme technique fixant les niveaux de rayonnement maxima à ne pas dépasser pour qu'un système soit réellement anti-compromettant. Il s'agit du *National Communication Security Information Memorandum* (N.A.C.S.I.M.) *5100A*, norme classifiée adoptée par la N.S.A. [133]. Ce standard américain, adopté par les principaux pays alliés des Etats-Unis (l'O.T.A.N. en a établi une version propre sous la référence ASMG 720B)

---

[128] Cf. D. C. Martin, *op. cit.*, pp. 104 et 105. L'amiral Klotz, alors DISSI, estime, pour sa part, que cette menace électromagnétique a été prise en compte "*à partir des années 60*" (Commission Nationale Informatique et Libertés, Annexe 18, "Audition de M. l'Amiral Bernard Klotz, délégué interministériel à la sécurité des systèmes d'information (DISSI)", *Rapport annuel 1987*, p. 225).

[129] Cf. Colonel René Gasser, "L'informatique : des systèmes protégés contre les fuites", *Armées d'Aujourd'hui*, n° 116, décembre 1986 / janvier 1987, p. 21.

[130] Cf. notamment, en ce qui concerne le rayonnement compromettant engendré par les écrans d'ordinateur, W. Van Eyck, "Rayonnement électromagnétique d'information par des terminaux cathodiques", *Actes du Congrès Sécuricom 1985*, p. 299.

[131] Un cas d'espionnage électronique par captation des radiations électromagnétiques au détriment d'une société du secteur électrique aurait été découvert en Italie (Cf. *A.F.P.*, 1er mars 1989).

[132] L'ancien directeur de la D.S.T. a révélé que ce service aurait neutralisé, par exemple, deux agents soviétiques sous couverture diplomatique, en train de se livrer dans un parking proche d'un site du C.E.A., à des interceptions électromagnétiques visant un système informatique de la Direction des applications militaires (cf. Marcel Chalet & Thierry Wolton, *Les visiteurs de l'ombre*, Grasset, 1990, p. 135).

[133] Cf. notamment James B. Schultz, "Defeating Ivan with TEMPEST", *Defense Electronics*, juin 1983, pp. 64 à 75.

est communément connu sous le nom de norme *Tempest* (*"Transient Electromagnetic Pulse Emanation Standard"*). Les autorités françaises s'y réfèrent également [134], au travers d'une instruction interministérielle n° 300, établie par le S.C.S.S.I..

Le principe est donc que les informations classifiées les plus confidentielles ne peuvent être traitées que par des systèmes d'information protégés contre ces rayonnements compromettants. Deux moyens principaux s'offrent alors techniquement pour parvenir à ce niveau de discrétion des systèmes [135]. Le premier s'applique principalement aux sites importants (sites militaires lourds, ambassades situées dans des pays sensibles, ...) : il consiste à installer les systèmes à protéger à l'intérieur d'une "cage de Faraday" afin d'empêcher toutes fuites électromagnétiques [136]. Le second moyen réside dans l'utilisation d'ordinateurs conçus et montés spécialement pour réduire les risques de compromission. Ces systèmes "blindés" et conformes à la norme Tempest sont principalement fabriqués par les grands constructeurs américains (qui possèdent des versions sécurisées de leurs gammes civiles) ou par certains sous-traitants spécialisés aux Etats-Unis. Ces systèmes sont soumis, tant aux Etats-Unis qu'en France, à des contraintes à l'exportation ainsi qu'à des autorisations gouvernementales en ce qui concerne leur utilisation par les organismes publics.

Par ailleurs, au-delà de l'aspect des protections techniques, la doctrine considère aujourd'hui que les dispositions pénales relatives à la fraude informatique (telles qu'elles sont désormais reprises dans le nouveau Code pénal, cf. infra) rendent la

> *"captation de signaux parasites exploitant l'effet Tempest (...) parfaitement incriminable. Si, un jour, les tribunaux répressifs devaient être saisis d'un tel dossier, ils trouveraient dans l'arsenal juridique existant le moyen de sanctionner de tels agissements."* [137]

Le deuxième type de normes apparues plus récemment en matière de sécurité des systèmes et de protection du secret en informatique, concerne la définition

---

[134] Cf. R. Gasser, *op. cit.*, p. 21.

[135] Cf. notamment *Info-D.G.A*, n° 27, avril/mai 1990, p. 33.

[136] Certains spécialistes font remarquer que, bien qu'elle soit la *"solution idéale"* contre le rayonnement, la cage de Faraday *"n'est pas toujours utile contre (...) la captation de l'énergie électromagnétique des lignes de télécommunications"* (Andréa Brignone, "L'écoute des réseaux de communications", *Milipol Magazine*, n° 0, p. 3).

[137] Michel Vivant, "Les captations illicites des signaux parasites sous le coup de la loi pénale", *Droit et Défense*, 94/3, p. 8.

d'architectures logicielles de sécurité. La sauvegarde des informations classifiées à l'intérieur des bases de données informatiques nécessite, en effet, que les logiciels d'exploitation de ces systèmes répondent à certains critères, en ce qui concerne notamment le contrôle d'accès, la séparation des différents fichiers au sein de la base, ou encore le suivi et l'enregistrement de toutes les opérations réalisées par les utilisateurs.

Là encore, le Département de la défense américain et le centre de sécurité informatique de la N.S.A. ont été les pionniers avec la publication en 1983 d'un document connu depuis lors sous le nom familier d'"*Orange Book*" [138]. Il établit des critères qui

"*constituent un jeu cohérent d'exigences de base et de niveaux d'évaluation pour certifier l'effectivité des contrôles de sécurité implantés dans les systèmes de traitement automatisé d'information. Ces critères sont conçus pour être utilisés dans l'évaluation et la sélection de systèmes d'information intervenant dans le traitement et/ou le stockage et le retrait d'informations sensibles ou classifiées par le Département de la défense.*

La mise en oeuvre des méthodes et des critères définis dans cet *Orange Book* [139], a créé un premier cadre normalisé pour la définition de systèmes d'information adaptés aux exigences de la protection du secret, et particulièrement des données classifiées. En revanche, des débats se sont engagés - là aussi - concernant la compatibilité entre cette approche à usage gouvernemental et celles utilisables pour les entreprises privées [140]. D'autre part, les pays européens se sont émus du monopole américain dans ce domaine [141] et la Commission des Communautés européennes a fait élaborer un document européen d'objet équivalent, dénommé I.T.SEC. (Information Technology Security).

---

[138] Department of Defense, Computer Security Center, *Department of Defense Trusted Computer System Evaluation Criteria*, CST-STD-001-83, 15 août 1983.

[139] Pour un résumé rapide de l'Orange Book, cf. Michel Heurteaux, "Selon l'évaluation de la Défense américaine - Les progiciels de sécurité sur la sellette", *Le Monde Informatique*, 13 octobre 1986, pp. 27 à 29.

[140] Cf. *Sécuritique*, *op. cit.*, p. 4.

[141] "Les Etats-Unis délivrent des certificats de sécurité, mais ils ne les délivrent qu'aux entreprises américaines. Il y a par conséquent un problème pour les entreprises européennes" (entretien avec J. Vincent-Carrefour, *Les cahiers de la sécurité intérieure*, *op. cit.*, p. 113).

SECTION IV. - Des mutations auxquelles le nouveau Code pénal n'apporte qu'une réponse partielle

Bien que le nouveau Code pénal ait affiché ses intentions d'adapter la loi pénale aux exigences de la modernité et, notamment, d'élargir le spectre de la protection juridique sur toute information dont la confidentialité pourrait s'avérer utile pour la collectivité nationale (cf. supra - Ière Partie, Chapitre II), il faut reconnaître que, par rapport aux trois niveaux de mutation que nous avons étudiés plus haut, ce texte n'apporte que des éléments de réponse partiels.

Sous-Section I. - La notion de "potentiel scientifique et économique"

En premier lieu, il faut relever que, parmi la liste des intérêts fondamentaux de la nation donnée par l'article 410-1, le législateur a choisi de mentionner "*son potentiel scientifique et économique*". Par cette terminologie, le nouveau Code pénal reconnaît une certaine filiation et demeure proche du concept de "*patrimoine scientifique et technique*", déjà évoqué.

Il en consacre l'élargissement sectoriel puisque le potentiel économique se trouve placé sur le même plan que le potentiel scientifique, ce qui évite de restreindre le champ de la protection aux seules données techniques et permet de l'étendre à volonté à des informations tant commerciales, industrielles que financières.

Pourtant, le paradoxe veut qu'en retenant ces deux termes, le législateur ait sans doute procédé également à une involontaire limitation, dans la mesure ou il a choisi le seul terme de "*scientifique*" au détriment de toute autre dénomination (telles que, par exemple, "*technique*" ou "*technologique*") :

> "*Il y a là, stricto sensu, une appréciation incorrecte de la réalité technologique puisque dans la pratique le savoir scientifique lui-même demeure par nature ouvert et communicable alors que seul le renseignement technologique (qui consiste en l'application technique d'une connaissance scientifique à un dispositif ou à un processus) peut faire l'objet de secret et de protection.*" [142]

Il y a, en effet, de grandes différences entre la science et la technologie. Des différences de niveau, tout d'abord, entre un processus amont (la recherche scientifique) et une étape très en aval (l'innovation technologique) dont la réalisation ne résulte pas de la seule maturation du savoir scientifique, mais d'une dialectique

---

[142] B. Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation", *op. cit.*, p. 151.

beaucoup plus complexe avec d'autres éléments économiques, sociaux ou culturels [143]. Mais il existe également une différence juridique essentielle entre le domaine scientifique, régi par le principe de liberté de la recherche, de publication, d'internationalisation du savoir et de non-appropriation privative et celui de la technologie, dominé par les dispositifs de protection de la propriété intellectuelle et industrielle. La protection du patrimoine scientifique national est donc, au minimum, un concept restreint (qui serait essentiellement opérationnel à l'encontre des risques de trucage ou de détournement d'antériorité des résultats scientifiques) et, au pire, un contresens.

A ceci s'ajoute le fait que les éléments constitutifs de ce "*potentiel scientifique et économique*" mentionné dans l'article 410-1, ne sont pas décrits et que le Code ne donne aucune indication sur les critères à retenir pour les identifier. Or, il est évident que toutes les connaissances scientifiques ou techniques d'origine française ou détenues par des ressortissants français ne peuvent bénéficier d'une protection pénale au titre de la protection des intérêts fondamentaux de la nation. Il serait donc nécessaire de distinguer parmi elles celles qui possèdent les caractéristiques adéquates pour relever de ce texte. On y trouve certainement la plupart des informations classifiées (ce qui permet, en cas de compromission, de procéder à un cumul d'incriminations). En revanche, il n'apparaît pas facile de distinguer entre les informations non classifiées celles qui sont protégées au nom des intérêts fondamentaux de la nation et celles qui ne le sont pas. Certes, il est possible (à partir notamment de la définition du patrimoine national, cf. supra) d'identifier deux critères essentiels :

- le degré d'avance acquis par rapport à l'état du marché international,

- le niveau d'intérêt manifesté, officiellement ou clandestinement par des puissances étrangères à propos des données en question.

On a pu, ainsi, proposer une typologie très schématique des catégories d'éléments non classifiés que la collectivité nationale aurait intérêt à couvrir d'une protection renforcée :

- les produits et technologies à double usage (et particulièrement ceux qui sont contrôlés à l'exportation pour ce motif, cf. supra),

---

[143] Sur la définition de l'innovation technologique et sa relative autonomie par rapport à la seule recherche scientifique, cf. *La mesure des activités scientifiques et techniques : Méthode-type proposée pour les enquêtes sur la recherche et le développement expérimental* (dit "Manuel de Frascati"), OCDE, 1980 ; Jean-Baptiste de Boissière & Bertrand Warusfel, *La nouvelle frontière de la technologie européenne*, Calmann-Lévy, 1991, p. 152.

- des *"informations relatives à certaines missions de service public sans rapport direct avec la défense telles que : la protection de l'environnement, la gestion des grands réseaux de distribution et de transport"* [144],

- *"certaines informations commerciales ou technologiques confidentielles qui ont trait à la position de telle entreprise française sur un créneau de marché qui paraît porteur au niveau international, ou au contraire qui fait l'objet d'une concurrence internationale acharnée."* [145]

Mais, pour autant, de très nombreuses questions demeurent mal résolues. Citons, parmi d'autres, les interrogations suivantes :

- doit-il s'agir toujours d'informations sur des activités de technologie avancée ou des secteurs économiques internationalement exposés, ou peut-on aussi y inclure des données sur des secteurs plus traditionnels ?

- le caractère stratégique vis-à-vis des intérêts de la nation, doit-il être apprécié en fonction des seuls objectifs gouvernementaux (et donc nécessairement lié à des enjeux de puissance étatique) ou faut-il considérer (et jusqu'où ?) que l'intérêt autonome d'une entreprise privée ou d'un secteur économique est aussi indirectement une composante de l'intérêt national, et protégeable à ce titre ?

- dans quelle mesure, l'extension de cette protection pénale à des informations concurrentielles non directement associées à des activités gouvernementales ne pourrait-elle pas être considérée au regard des règles européennes et internationales comme faussant l'application des règles de concurrence et de libre échange des marchandises et des informations ?

Il est donc permis de penser qu'en l'absence de toute intervention réglementaire en la matière fournissant plus ou moins directement des critères formels ou matériels d'évaluation du contenu de ce potentiel scientifique et économique, la jurisprudence pénale restera très timide en la matière et n'étendra pas largement l'application de ce concept au-delà du type d'informations dont la compromission était déjà réprimé par les anciens articles 77 ou 80.3° du Code pénal.

---

[144] B. Warusfel, *"Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation"*, *op. cit.*, p. 138.

[145] *Ibid.*

Le ferait-elle, d'ailleurs, que cela créerait, en matière de protection de la confidentialité des informations économiques et technologiques non classifiées, une situation de disparité juridique très aiguë entre :

- certaines informations non classifiées qui, du fait de leur rattachement aux intérêts fondamentaux de la nation sont protégées par des incriminations lourdement sanctionnées (entre sept ans d'emprisonnement et vingt ans de détention criminelle, suivant les infractions, c'est-à-dire plus lourdement que s'il ne s'agissait que de la violation d'un simple secret de défense) ;

- l'ensemble des autres informations non classifiées qui ne bénéficient que de la protection très partielle et imparfaite offerte par le droit français aux différentes formes de ce que l'on appelle parfois les "secrets d'affaires" (ce qui se résume essentiellement à la protection des secrets de fabrique [146] et à certains aspects de la jurisprudence sur la concurrence déloyale [147]).

Sous-Section II. - La prise en compte des agissements des entreprises

On sait que, dans sa globalité, le nouveau Code pénal se caractérise par l'attention approfondie portée à certains délits économiques et par la nouvelle notion de la responsabilité pénale des personnes morales [148]. Il est donc intéressant de constater dans quelle mesure cette prise en compte pénale de l'activité des entreprises se traduit dans le domaine des crimes et délits contre la nation, domaine dans lequel nous avons noté que l'entreprise prenait une place de plus en plus importante en participant notamment à la production et à la détention d'informations confidentielles intéressant la collectivité.

Outre le fait - évoqué plus haut - d'une insistance renouvelée quant aux secrets économiques (qui sont pour une bonne partie le fait d'entreprises privées), le Livre IV ne présente qu'une particularité significative relative aux entreprises : il s'agit de la référence dans tous les articles protégeant les intérêts fondamentaux de la nation, à

---

[146] Article L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle, renvoyant à l'article L.152-7 du Code du travail ; Alain Casalonga, "La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel", *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, Tome 2*, Litec, 1974, pp. 199 et s..

[147] Cf. notamment, Christian Gavalda, "Le secret des affaires", *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 292 ; Miroslav Kovarik, "Un aspect particulier du droit des affaires en France : l'espionnage économique et industriel", *Les Petites Affiches*, n° 84, 14 juillet 1986 (1ère partie), p. 22.

[148] Article L.121-2 nCP.

"une puissance étrangère, une organisation étrangère ou sous contrôle étranger" (cf. supra - Ière Partie, Chapitre II). Alors que dans le texte de 1960, seul l'article 77 faisait référence à *"une entreprise étrangère"*, cette extension prend effectivement en compte le rôle croissant des entreprises et organisations non-étatiques dans le jeu contemporain du renseignement et paraît particulièrement adaptée au cas d'espionnage industriel et économique.

Pourtant, on constate que l'entreprise n'est prise en compte ici qu'en tant qu'auteur potentiel de l'infraction, et à la condition restrictive qu'elle soit étrangère ou sous contrôle étranger. En revanche, aucun des articles du nouveau Livre IV n'envisage de dispositions relatives à la protection spécifique du secret (ou, plus largement, des intérêts fondamentaux de la nation) par et au sein d'une entreprise installée en France.

La prise de conscience reste donc partielle et essentiellement défensive : le législateur perçoit que la menace étrangère est en train de changer partiellement de mains mais il n'a pas encore pris conscience du fait que le même phénomène est en train de se produire au sein de l'espace national.

Sous-Section III. - La protection face aux vulnérabilités des moyens informatiques

Concernant la prise en compte des usages des moyens de communication et des systèmes d'information, le nouveau Code pénal ne comporte pas de révolutions majeures, même s'il témoigne du souci louable de moderniser un certain nombre d'incriminations pour mieux coller à la situation technologique contemporaine.

Dans le domaine des crimes et délits contre la nation, deux éléments, déjà évoqués précédemment, sont à rappeler :

- l'adjonction des mentions *"fichiers"* et *"données informatisées"* dans les énumérations présentes dans plusieurs articles de ce Livre (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier), ce qui permet de protéger l'information confidentielle sensible (secret de défense ou non) sous toutes ses formes, y compris électronique et informatique ;

- la répression par l'article 411-9 nCP du sabotage d'un système de traitement automatisé d'informations, dès lors qu'il porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation.

De même, on peut signaler que l'article 411-10 nCP sur la fourniture de fausses informations devrait pouvoir également servir en cas de tromperie effectuée par le biais et à l'encontre d'un système de traitement de l'information (par exemple, l'envoi d'un faux message d'alarme à un système de supervision informatisé) [149].

Ce faisant, le Livre IV ne fait que suivre la double tendance transparaissant dans l'ensemble de ce nouveau Code pénal, à savoir, d'une part, l'extension explicite de nombreuses infractions de droit commun aux atteintes à certains "objets" informatiques ou électroniques et, d'autre part, l'adoption de quelques infractions spécifiquement conçues pour répondre aux formes nouvelles de la criminalité informatique.

Concernant l'extension d'infractions de droit commun aux objets informatiques ou électroniques, on note principalement l'article 441-1 nCP consacré à la définition du faux et qui couvre désormais "un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée", ce qui inclut tous les faux pouvant être commis par voie ou sur support informatique. Cette définition élargie du faux a, d'ailleurs, justifié la non-reconduction des anciens articles 462-5 et 462-6 relatifs à la réalisation et à l'usage de documents informatiques falsifiés [150].

En matière d'infractions spécifiques à la criminalité informatique, le nouveau Code s'est contenté, principalement, de récrire légèrement la rédaction des infractions créées par la loi du 5 janvier 1988 sur la fraude informatique, qui sont désormais intégrées au nouveau Code sous les articles 323-1 nCP à 323-7) [151].

On soulignera cependant que ces dispositions pénales combinées avec celles du Code de la propriété intellectuelle (concernant le logiciel) couvrent - plus ou moins directement - l'ensemble des types d'atteinte définis précédemment (à l'exception du risque accidentel, qui ne relève, pour sa part, que de mesures techniques préventives et d'une éventuelle assurance) :

- sabotage physique ou logique (art. 323-2 nCP, art. 323-1, al.2 nCP),

- manipulation frauduleuse (art. 323-3 nCP),

---

[149] Dans ce sens, cf. le rapport de l'Observatoire Juridique des Technologies de l'Information, *Rapport du groupe de travail sur le Nouveau Code pénal et les nouvelles technologies de l'information*, 31 juillet 1993, p. 4.

[150] Cf. sur ce point, la circulaire de la Chancellerie relative au nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 214.

[151] Sur les adaptations mineures effectuées par le nouveau Code pénal par rapport aux dispositions de la loi du 5 janvier 1988, cf. Bertrand Warusfel, "Les technologies de l'information dans le Nouveau Code pénal", *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 94/2.

- espionnage électronique (art. 323-1, al. 1 nCP),

- piratage de logiciels (art. L.112-2 CPI, art L.335-3 CPI).

Par ailleurs, l'article 226-15 nCP sanctionne, à côté de l'atteinte au secret des correspondances, les atteintes au secret des correspondances *"émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications"*. Cette disposition complète ainsi l'ancienne infraction relative au secret des seules correspondances par voie postale [152] et les dispositions du Code des P&T qui prévoyaient déjà une sanction pénale en la matière, mais seulement applicables aux agents de France Telecom. Ce faisant, il ne fait que confirmer et mettre en oeuvre la loi du 10 juillet 1991, qui a posé le principe du secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, a encadré et contrôlé la pratique des écoutes administratives et avait introduit dans l'ancien Code pénal l'article 186-1 (dont l'article 226-15 nCP reproduit - avec quelques modifications - le second alinéa) [153].

Il y a donc bien dans cette nouvelle loi pénale une volonté d'appréhender de manière plus large et plus cohérente les effets de l'usage des systèmes d'information. Et leur impact spécifique sur les questions relevant de la sécurité de la nation ne sont pas exempts de cette volonté de modernisation de l'outil pénal face à la société d'information. Mais il est tout aussi clair que cette évolution, louable et nécessaire, demeure modeste par rapport aux enjeux considérables en cause et qu'elle comporte toujours au moins deux lacunes importantes.

La première est une lacune générale qui affecte toutes les dispositions juridiques relatives à l'utilisation des systèmes d'information : celle des moyens de preuve des actes considérés et des éventuelles infractions y afférentes. Le nouveau Code pénal ne comporte aucune véritable innovation par rapport à ce problème, ce qui limite fortement l'efficacité réelle des infractions nouvelles ou modernisées qu'il contient. Et, de notre point de vue, cette faiblesse congénitale du droit - et notamment, du droit pénal - des nouvelles technologies ne trouvera sa solution qu'au travers d'une évolution profonde d'une question, évoquée plus haut et étroitement liée à celle des secrets de la nation : celle de la cryptologie [154].

---

[152] Ancien art. 187 CP.

[153] Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications (pour la description et l'analyse de cette loi, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre Ier).

[154] Pour notre part, nous estimons que le débat sur la validité des moyens de preuve informatique ne pourra déboucher que sur la mise au point et l'utilisation de moyens

La seconde n'est que la transposition à l'article 411-9 de la lacune générale du concept des intérêts fondamentaux de la nation, à savoir - comme nous l'avons indiqué plus haut - l'absence de critère permettant d'identifier les cas où ces intérêts peuvent être mis en cause et le risque de voir se creuser une grave disproportion (et, même dans certains cas, une véritable discrimination) entre des situations matériellement proches mais juridiquement traitées de manière très différente [155]. Dans ce cas des systèmes d'information, il est vraisemblable que l'on pourra appliquer cet article non seulement en cas de sabotage de systèmes d'information affectés à des applications de défense ou de sécurité publique mais aussi à des systèmes gérant de grands réseaux vitaux de distribution (électricité, télécommunications, eau, transport, ...). Mais en sera-t-il de même pour des réseaux d'autres administrations civiles, pour ceux des industriels privés de technologie avancée ou des grandes banques ou institutions financières ? Ce n'est pas certain, d'autant que la jurisprudence aura à se prononcer sur la question de savoir s'il convient d'apprécier le lien avec les intérêts fondamentaux de la nation en fonction :

. de la nature de l'entité propriétaire - ou utilisatrice - du système (critère organique),

. du type d'application et d'informations traitées (critère matériel),

. de l'existence de mesures particulières de protection prises pour protéger le système (critère formel),

. de l'évaluation des dommages subis par la collectivité du fait de l'atteinte (critère "finaliste") [156].

Au total, le nouveau Code pénal témoigne d'une volonté du législateur de prendre en compte les nouvelles données de l'environnement économique, technologique et stratégique contemporain. Mais son analyse montre également que le résultat obtenu est encore loin de constituer un cadre juridique suffisamment stabilisé et

---

cryptologiques de signature électronique, certifiés par l'autorité publique et que la justice et le droit positif accepteraient de tenir pour élément probant.

[155] *"L'article 411-9 nécessitera une interprétation pour savoir quels types de système de traitement automatisé sont tels que le fait de les détruire ou de les détériorer porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation"* (O.J.T.I., *op. cit.*, p. 4).

[156] Ce dernier critère paraît être à la fois le plus logique intellectuellement et le plus proche des termes de l'article 411-9 nCP mais il est certainement celui qui repose sur les évaluations les plus subjectives et qui laisse le moins de liberté réelle au juge pénal, le rendant presque complètement dépendant de l'expertise gouvernementale (comme c'est largement le cas aujourd'hui en matière de compromission du secret de défense, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

performant pour assurer la prise en compte de toutes les mutations qui affectent actuellement le dispositif de protection du secret de défense et en limitent l'efficacité.

Notre explication de la persistance de ce décalage entre les mutations en cours et la réponse législative récemment proposée est - ainsi que nous l'avons suggéré dans notre introduction générale - que, derrière ces différentes évolutions du contexte de la société d'information, se dissimule une remise en cause - non seulement de certains intérêts fondamentaux de la collectivité nationale - mais plus encore des principes mêmes qui fondent l'exercice en son sein des prérogatives étatiques.

Nous touchons là aux limites que la pratique du secret et les modalités de sa protection rencontrent aujourd'hui dans la société et le système juridique contemporain.

TROISIEME PARTIE

LES LIMITES DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE

"L'un des malheurs du prince est d'être souvent trop plein de son secret, par le péril qu'il y a à le répandre ; son bonheur est de rencontrer une personne sûre qui l'en décharge."

La Bruyère, Les Caractères
("Du souverain ou de la république")

Comme toute pratique sociale, l'usage du secret de défense atteint obligatoirement ses propres limites ou se heurte à celles des autres activités individuelles et collectives. Cette limitation est inévitable et elle est, en même temps, nécessaire. Aux contraintes intrinsèques du *"système du secret"*, s'ajoutent - nous l'avons vu - celles qui tiennent aux nouvelles réalités de la société d'information et aux exigences juridiques d'un Etat de droit.

La première limitation - paradoxale - de la pratique du secret de la défense nationale provient de ses propres excès qui peuvent engendrer **des risques d'abus susceptibles de discréditer l'usage du secret** *(Chapitre Ier)*.

Nous constaterons que pour prévenir ces abus et respecter le cadre juridique d'une société démocratique, le législateur et les autorités administratives indépendantes s'efforcent de maintenir **un équilibre fragile entre le secret et les nouveaux droits des citoyens** *(Chapitre II)*.

L'impact relatif de cette limitation *a priori* du secret, par la loi, nous amène à regretter la défaillance des dispositifs de limitation *a posteriori*, qui fait qu'aujourd'hui le secret de défense est **une prérogative sans contre-pouvoir** *(Chapitre III)* et nous conduit à penser qu'il est urgent - dans l'intérêt même de la sécurité nationale - **d'organiser le contrôle du secret** *(Conclusion générale)*.

CHAPITRE IER

DES RISQUES D'ABUS SUSCEPTIBLES DE DISCREDITER L'USAGE DU SECRET

L'usage du secret de la défense nationale est une prérogative gouvernementale qui a pour objectif la conservation de la confidentialité de certaines informations à des fins d'intérêt public. Mais cela constitue aussi une dérogation importante à l'exercice de principales libertés publiques essentielles, les libertés de la pensée et de la communication, qui fondent la démocratie. Il importe donc que cet usage du secret ne dépasse pas certaines limites quantitatives et qualitatives et ne soit pas utilisé à des fins distinctes de celles pour lesquelles il a été institué. Faute de quoi, le secret est alors créateur d'abus préoccupants et dont la répétition est de nature à discréditer sa légitimité même.

Plusieurs "affaires" intervenues en France et à l'étranger dans ces dernières années montrent à l'évidence que l'usage du secret de défense est un exercice difficile pour toute autorité publique et que les risques de déviation sont constamment présents. Après avoir rappelé ce qui nous semble être la problématique d'usage du secret dans un contexte démocratique (Section I.), nous nous attacherons - à partir de cas significatifs - à une analyse de ce qui nous semble être les trois types d'abus les plus fréquents : les abus visant d'une manière générale à limiter la diffusion d'informations auprès du public (Section II.), les abus portant spécifiquement atteinte à la liberté de la presse (Section III.) et les abus ayant pour objet de freiner l'action de la justice (Section IV.).

SECTION I. - Problématique du secret de défense dans un contexte démocratique

La règle du jeu démocratique étant le partage de l'information et la transparence de la vie sociale et politique, tout usage du secret restreignant la diffusion d'une information dont le contenu ne justifie pas une telle protection constituera, *ipso facto*, une atteinte au droit à l'information du citoyen. C'est pourquoi dans un contexte démocratique, la pratique du secret - même à des fins de sécurité de la collectivité - ne peut être que tolérée, sans pour autant que cette tolérance ne lui enlève son caractère potentiellement dangereux pour les libertés, qu'il s'agisse des risques de dérive

totalitaire qu'elle peut engendrer, ou - plus couramment - des simples effets pervers de la sur-classification.

Sous-Section I. - Une pratique dangereuse mais tolérée

Si la tradition juridique libérale conserve de la suspicion par rapport au secret de défense, qu'elle considère comme la rémanence du concept absolutiste de secret d'Etat (§ 2.), c'est aussi parce que l'histoire contemporaine nous apprend que l'abus du secret est l'un des voies de prédilection de la tentation totalitaire (§ 1.). Pour autant, la philosophie politique classique des droits de l'homme, héritée de la Déclaration de 1789, admet la légitimité de la pratique à titre d'exception encadrée par la loi (§ 3.).

§ *1. - Secret et dérive totalitaire*

Les exemples extrêmes de l'usage anti-démocratique du secret sont évidemment à chercher dans les régimes politiques autoritaires. Un auteur comme Hannah Arendt a, notamment, insisté particulièrement sur l'importance du secret comme mécanisme fondamental - et ambivalent - des régimes totalitaires [1], qu'elle considère comme de véritables sociétés secrètes étendues à l'échelle de toute une nation. Ainsi, à la veille du second conflit mondial, Hitler promulgue en mai 1939 des directives très rigoureuses sur le secret :

> "*1. N'informer personne qui n'ait pas besoin de savoir ;*
> *2. Que personne ne sache plus qu'il n'en a besoin ;*
> *3. Que personne ne sache plus tôt qu'il n'est besoin.*" [2]

Un autre symbole de cette relation fondamentale entre secret et régime totalitaire a sans doute été la pratique soviétique de truquer les cartes routières de l'U.R.S.S. pour non seulement y faire disparaître certains sites jugés "*sensibles*" mais aussi en modifiant volontairement certains détails géographiques (routes, fleuves, noms de rue, ...). Ces méthodes décidées sous Staline à la fin des années trente ont perdurées jusqu'en 1988, date à laquelle - perestroïka oblige - elles ont été révélées au public par un article du directeur du département central de géographie et de cartographie [3]. En

---

[1] Cf. Hannah Arendt, *Le système totalitaire*, 1972, Le Seuil, pp. 103 à 105. Son analyse du totalitarisme s'inspire explicitement du travail sociologique de Georg Simmel en 1906 sur les sociétés secrètes (Georg Simmel, *Secret et sociétés secrètes*, réédition française : Circé, Strasbourg, 1991).

[2] Cité par H. Arendt, *op. cit.*, p. 268, d'après Heintz Holldack, *Was wirklich gesach*, 1949, p. 378.

[3] "Le sceau du secret est levé", *Izvestia*, 3 septembre 1988 (traduction française dans *Valeurs Actuelles* du 19 septembre 1988, p. 38) et *Le Monde*, 4/5 septembre 1988.

Union Soviétique, comme sous le IIIème Reich nazi, l'usage systématique du secret a ainsi toujours accompagné la mise en place et la survie du régime oppressif et Alexandre Soljenitsyne faisait remarquer justement, dès 1973, que :

> *"l'espionnite n'était pas seulement une manie obtuse de Staline. Tous ceux qui accédaient aux privilèges en découvrirent tout de suite la commodité. Elle devint la justification naturelle de cette propension générale au secret qui se faisait déjà jour, de l'interdiction de l'information, des huis clos, du système de laisser-passer, des datchas entourées de palissades et des magasins spéciaux. Le peuple ne pouvait pas pénétrer derrière les défenses blindées de l'espionnite pour voir les bureaucrates s'entendre entre eux sur son dos, se tourner les pouces, se tromper, se bâfrer et se divertir."* [4]

Près de vingt plus tard (et - notamment - après le choc provoqué par la catastrophe de Tchernobyl [5]), les tenants officiels de la nouvelle politique de transparence gorbatchévienne confirmèrent à la fois le constat et l'analyse du grand écrivain proscrit. Vladimir A. Rubanov, chef de département à l'Institut du K.G.B., écrivait ainsi en septembre 1988 que :

> *"la préservation du culte du secret dans la pratique et la pensée politiques est un moyen de maintenir la foi dans l'infaillibilité de la pensée bureaucratique et les chances d'un pouvoir utilisé de manière irresponsable et incontrôlable au profit des propres intérêts d'un petit groupe. (...) Il semble que certains "intérêts de l'Etat" ne sont pas tant protégés contre les menaces étrangères que contre les citoyens soviétiques."* [6]

La protection du secret fut notamment employée comme une arme dans la lutte engagé par le pouvoir communiste contre certains dissidents politiques importants ou des anciens compagnons devenus encombrants. Le dissident Anatoly Tcharansky fut ainsi condamné pour espionnage [7]. Plus insidieusement l'argument de la protection du secret a été plusieurs fois utilisé pour justifier le refus d'accorder l'autorisation de

---

[4] Alexandre Soljenitsyne, *L'archipel du Goulag*, Tome 1, Le Seuil, 1973, p. 53.

[5] Sur Tchernobyl comme symptôme du secret soviétique, cf. Alain Besançon, "Eclair sur le Dniepr", *L'Express*, 9 mai 1986, p. 31.

[6] "K.G.B. Official Cites Abuses of Secrecy", *International Herald Tribune*, 9 septembre 1988, p. 2.

[7] Cas cependant assez rare, la plupart des dissidents ayant été principalement condamnés sur la base de l'*"agitation et propagande anti-soviétique"* (article 7 de la loi soviétique sur les infractions d'Etat du 25 décembre 1958, reproduite en traduction française dans "Les infractions contre l'Etat en U.R.S.S.", *Notes et Etudes Documentaires*, n°2953, La Documentation Française, 10 janvier 1963).

quitter le territoire soviétique à des personnalités ayant exercées précédemment des fonctions dans un domaine sensible. Ce fut le cas pour le physicien Andreï Sakharov, concepteur de l'arme thermonucléaire soviétique devenu dissident et qui fut exilé dans la ville interdite de Gorki en 1980 "*afin de l'empêcher de divulguer des secrets d'Etat à des étrangers*" [8]. Mais l'argument avait été également utilisé durant quelques temps par le gouvernement polonais pour tenter de retenir en Pologne en 1972 Leopold Trepper, l'ancien responsable du réseau de renseignement militaire soviétique Orchestre Rouge [9].

Parallèlement à cette utilisation instrumentale du secret pour lutter contre les opposants ou justifier la raison d'Etat, on constate aussi dans les phénomènes totalitaires un second usage du secret, d'ordre essentiellement psychologique. En entretenant l'ignorance du citoyen sur l'avenir et sur les intentions de la caste dirigeante, le recours au secret d'Etat encourage une forme de paranoïa, qui favorise ce qu'Alain Dewerpe appelle une "*herméneutique cryptique*" ou encore une "*obsession cryptographique*" [10] : chacun croit que les événements sont le résultat de complots, de manipulations cachées, de manoeuvres occultes. Ce type d'intoxication, pratiquée à grande échelle, finit généralement par donner aux citoyens une impression d'impuissance devant l'histoire, par les persuader que leur destin leur échappe au profit d'une minorité agissante. Par là, plus encore sans doute que par des actes répressifs effectifs, l'abus quotidien du secret peut être un poison puissant contre l'esprit démocratique et la liberté individuelle.

§ 2. - *Une tradition libérale opposée au concept absolutiste de secret d'Etat*

Par réaction avec la pratique régalienne du secret par les princes et les monarques absolus (cf. supra - Introduction générale), l'affirmation au XVIIIème siècle des droits de l'homme et du citoyen a créé une situation nouvelle en la matière, dans la mesure où ces droits ont été conçus comme une protection juridique du citoyen face à l'*imperium* de l'Etat. A côté de la liberté, de la propriété et de la résistance à l'oppression, l'article 2 de la Déclaration de 1789 élève ainsi au rang de "*droit naturel*

---

[8] Déclaration de M. Lomeiko, chef du département de presse du ministère soviétique des affaires étrangères, lors d'une conférence de presse consacrée à l'application des accords d'Helsinki, cf. "Soviet Scorns West on Human Rights", *International Herald Tribune*, 22 juillet 1985.

[9] Cf. Leopold Trepper, *Le grand jeu*, Albin Michel, 1975 (réédition Livre de Poche, 1978, p. 545).

[10] Alain Dewerpe, *Espion - Une anthropologie historique du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994, pp. 97-107.

et imprescriptible de l'homme" la sûreté, dont on a pu définir l'objet comme *"la sécurité juridique de l'individu face au pouvoir."* [11]

La philosophie des Lumières est, en effet, dans son principe même, opposée au caractère clandestin et subjectif du pouvoir politique qui caractérisait la monarchie : tant que la conduite des affaires de l'Etat s'incarnait dans la volonté d'un individu, la politique conservait quelque chose de privé qui était tout naturellement protégée par le secret. A l'inverse, dès lors que la chose publique doit obéir aux lois naturelles de la Raison et se soumettre à la volonté générale, la transparence est devenue un impératif essentiel et le secret une pratique suspecte :

> *"L'affirmation du règne de la loi et de la légitimation du pouvoir par une volonté générale fondatrice de la souveraineté ouvre à une nouvelle délimitation de la frontière entre le secret et le public. En refusant l'arbitraire qui résulterait de l'existence d'un pouvoir préalable et transcendant constitutif du droit, le droit naturel institue la loi comme préalable à l'Etat. En affirmant le règne de l'Etat de droit, l'économie libérale du secret exclut la possibilité d'un acte politique qui ne soit pas assujetti à la loi. Aussi la transparence du pouvoir est-elle garante de sa modération dans la même mesure où l'arcane est le signe du despotisme. Cette limite réduit à peu l'espace du secret légitime. Le silence s'abat sur l'usage de l'occulte politique, les arcana imperii et les intrigues de cabinet"* [12].

Jürgen Habermas considère, de la même manière, que la révolution bourgeoise du XVIIIème siècle vise à transposer à une logique aristocratique, marquée par le secret, une logique de la rationalité politique qui implique une certaine publicité :

> *"La revendication polémique de ce type de rationalité dirigée contre la pratique du secret propre à la domination du Prince s'est historiquement développée en liaison avec l'usage public que les personnes privées faisaient du raisonnement. De même que la pratique du secret sert la conservation d'un pouvoir fondé sur l'arbitraire (voluntas) la Publicité est au service d'une législation qui cherche à s'imposer en prenant pour base la raison (ratio)."* [13]

---

[11] Jean Rivero, *Libertés Publiques*, PUF, 1984 (4ème édition), Tome 1, p. 32.

[12] A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 77.

[13] Jürgen Habermas, *Struckturwandel der öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, traduction française : *L'espace public*, réédition Payot, 1992, p. 63.

Mais cette philosophie politique du débat public, de la transparence et du règne de la loi n'a jamais ignoré *"l'empire de la nécessité"* [14], c'est-à-dire l'existence de situations de péril dans lesquelles le salut de la démocratie elle-même exige que l'on suspende la liberté [15]. De même, ce libéralisme politique, qui paraît réduire l'espace du secret public, est aussi l'idéologie qui va permettre la dilatation du secret privé (secret du vote, secret de la vie privée, secret des affaires), ce qui - plus tard - créera les conditions d'un conflit entre secret privé et secret public (par exemple, en matière de protection des données nominatives ou de cryptologie, cf. supra - IIème Partie, Chapitre III).

Enfin, il est historiquement acquis que, dans la pratique, la Révolution française - consécration politique des réflexions philosophiques des Lumières - puis le Consulat et l'Empire, ont largement fait appel aux techniques clandestines et aux moyens de l'espionnage et de la police politique [16].

Il serait donc très excessif de penser que l'avènement du libéralisme politique a rendu totalement illégitime la notion de secret. Tout au plus peut-on considérer qu'à la fin du XVIIIème siècle, le statut politique et juridique du secret change de nature : jusqu'alors, composante naturelle immanente du pouvoir, il n'avait pas - de ce fait - de statut juridique précis ni de limites [17] ; désormais, il est devenu une exception

---

[14] *Ibid.*, p. 79.

[15] *"J'avoue pourtant que l'usage des peuples les plus libres qui aient jamais été sur la terre, me fait croire qu'il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux"* (Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, Livre XII, Chapitre XIX). Sur ce paradoxe terrible selon lequel il n'y a *"pas de liberté pour les ennemis de la Liberté"*, se fonderont les déviations totalitaires des révolutions démocratiques, telles que la Terreur (le fameux décret sur les suspects du 17 septembre 1793 considère, par exemple, comme *"gens suspects"* devant être immédiatement arrêtés *"ceux qui, soit par leur conduite, soit par leurs relations, soit par leurs propos ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme, et ennemis de la liberté"*) ou les répressions léniniste, puis staliniennes.

[16] Cf. J. W. Thompson & S. K. Padover, *L'espionnage politique en Europe de 1500 à 1815*, Payot, 1938, pp. 172 et s.. Jean-Pierre Alem n'hésite pas à affirmer, à ce sujet, qu'avec la Révolution, *"le domaine du SR s'élargit (...) Avant la Révolution, les objectifs des services secrets étaient la politique des souverains, les intrigues des grands, la force et le mouvement des armées. Après la Révolution, un nouveau facteur intervint dans la vie politique : la volonté des peuples"* et il rappelle, par exemple que, dès le 30 novembre 1789, le député Agier appelait publiquement à la délation contre les espions étrangers et contre-révolutionnaires et à la reconstitution d'une police secrète (J.-P. Alem, *op. cit.*, pp. 197 et 198).

[17] Il n'était, d'ailleurs, pas non plus ressenti comme un élément essentiel de l'arbitraire royal : lorsque Montesquieu - déjà cité - étudie, dans le douzième livre de l'*Esprit des lois*, consacré aux *"lois qui forment la liberté politique, dans son rapport avec le citoyen"*, les principaux risques de lois *"liberticides"*, il ne cite jamais directement la question du secret d'Etat : tout au plus, critique-t-il l'usage des espions par les Princes, qu'il trouve moralement infamant (chapitre XXIII) et quand il traite des *"paroles indiscrètes"* susceptibles de constituer un crime de lèse-majesté, c'est pour

nécessaire aux libertés publiques essentielles, exception qu'il faut dès lors organiser juridiquement et cantonner institutionnellement (d'où, par exemple, la constitution progressive des *"services secrets"* au cours du XIXème siècle [18], cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier).

§ 3. - Une exception qui demeure légitime, dès lors qu'elle est encadrée par la loi

Le principal article de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen concerné par la pratique du secret est l'article 11 relatif à la liberté de pensée et d'opinion :

> *"La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi."*

Le secret conservé et imposé par l'Etat aux titres de ses intérêts supérieurs s'analyse, en effet, comme une double atteinte à ces libertés de l'esprit :

- d'une part, le secret constitue, vis-à-vis de l'ensemble des citoyens, une atteinte passive à la *"libre communication des pensées et des opinions"* puisqu'il empêche la diffusion dans le public de certaines informations,

- d'autre part, le secret représente, vis-à-vis des personnes détentrices d'informations considérées comme confidentielles, une entrave active à leur liberté d'expression.

Mais l'on note immédiatement que l'article 11 prévoit explicitement que la loi puisse déterminer des cas d'abus des libertés de la pensée. De même qu'à l'article 10, les libertés d'opinion et de religion sont assurées, *"pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre établi par la loi"*. Cette possibilité d'encadrer législativement l'exercice des libertés publiques s'intègre pleinement dans la conception éminente que se faisaient du rôle de la loi les auteurs de la Déclaration. La loi *"expression de la volonté générale"* (art. 6) *"n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société"* (art. 5). Ce n'est donc que lorsque l'usage des libertés de la pensée peut constituer un abus nuisible à la société que la loi peut le sanctionner.

---

s'en tenir aux calomnies ou aux appels à la révolte et soutenir l'idée selon laquelle *"les paroles ne forment point un corps de délit ; elles ne restent que dans l'idée"* (chapitre XII).

[18] Cf. notamment A. Dewerpe, *op. cit*, pp. 121 et s.

La poursuite de la lecture de la Déclaration montre indirectement que ce que nous appelons aujourd'hui la "défense" peut être l'une des justifications sociales et politiques fondant des limitations législatives à l'exercice des libertés [19]. L'article 12 affirme la nécessité d'une *"force publique"* qui impose certaines contraintes au corps social, telle la levée d' *"une contribution commune"* (art. 13), ou encore des atteinte à la propriété privée au nom de la *"nécessité publique, légalement constatée"* (art. 17).

Il faut donc penser que la doctrine classique des droits de l'homme et des libertés publiques accepte comme légitime le fait que la collectivité puisse, au nom de ses intérêts de sécurité, restreindre et considérer comme abusif la diffusion de certaines informations.

Le professeur Jean Rivero, classe ainsi parmi les *"limitations absolues"* à l'exercice des libertés publiques, la *"protection de l'Etat"* :

> *"Les structures étatiques dont la société s'est dotée appellent, elles aussi, une protection. L'Etat doit pouvoir assurer sa propre existence. L'exercice des libertés ne saurait aller jusqu'à le détruire, car c'est dans un Etat organisé qu'elles trouvent leur cadre protecteur. Mais les limitations que l'Etat édicte à ce titre sont sans doute, de toutes, celles qui prêtent aux plus graves abus. La raison d'Etat, de tout temps, a servi de justification au pires atteintes infligées aux libertés. Là plus encore qu'ailleurs, le droit positif a de la peine à réaliser l'équilibre souhaitable. La sauvegarde de l'Etat implique d'abord la protection des autorités qui l'incarnent (...) Le droit positif va plus loin encore : de même qu'il protège les fondements éthiques de la société, il tend à assigner comme limite aux libertés le respect des valeurs politiques essentielles sur lesquelles l'Etat se fonde. Dans l'Etat libéral, ces valeurs tendent vers un minimum : à la limite, le seul loyalisme envers la patrie (répression de la trahison, de l'espionnage)."* [20]

La seule condition que pose réellement la Déclaration des droits de l'homme est, en réalité, la consécration par la loi, puisque *"tout ce qui n'est défendu par la loi ne peut être empêché ; et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas"* (art. 5). Encore faut-il s'interroger sur la signification qu'il convient d'apporter aujourd'hui au terme "loi" : on sait, par exemple que la jurisprudence de la Cour Européenne des

---

[19] Sur la Déclaration des droits de l'homme de 1789 comme fondement de la défense nationale, cf. Olivier Gohin, "Les fondements juridiques de la défense nationale", *Droit et Défense*, n°93/1, p. 4 et 5.

[20] J. Rivero, *op. cit.*, p.202 à 203.

Droits de l'Homme donne à ce terme un sens très large qui peut couvrir à la fois des actes législatifs, réglementaires, voire la *common law* issue de la jurisprudence des cours britanniques [21]. Notons cependant sur cette interprétation extensive de la notion de "loi" que la situation est, sans doute, différente aux Etats-Unis où si la Déclaration d'indépendance puis la Constitution de 1787 restent imprécises sur le contenu des libertés de la pensée, le Premier Amendement a explicitement affirmé que *"le Congrès ne fera aucune loi qui (...) restreigne la liberté de la parole ou de la presse .. "*.

On trouve, *a posteriori*, une confirmation explicite de cette interprétation du texte de 1789 dans celui de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950. Cette convention reconnait que la *"sécurité nationale"* peut être un motif de dérogation à l'exercice de certaines libertés, telles que : le respect de la vie privée (art. 8), la liberté d'expression (art. 10), les libertés de réunion et d'association (art. 11). Concernant, d'ailleurs, la protection du secret, l'article 10 prévoit spécifiquement, dans son paragraphe 2, l'existence de :

> *"mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, (...) pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles."*

La Cour européenne des Droits de l'Homme a, d'ailleurs, eu à appliquer cette disposition de l'article 10 à propos de la condamnation d'un officier de l'armée grec reconnu coupable d'avoir divulgué des informations techniques relatives à un missile à une société industrielle privée. La Cour a estimé dans cette affaire que, dès lors que la divulgation de ces informations étaient de nature *"à causer à la sécurité nationale un préjudice considérable"* et que la proportionnalité avait été respectée entre la sanction et le but visé, les autorités grecques n'avaient pas commis de violation de l'article 10.2. en condamnant cet officier pour violation de la confidentialité des informations dont il avait la charge [22].

Il faut donc constater que - malgré une mutation politique et philosophique profonde - le droit classique des libertés publiques issu de la Déclaration de 1789 n'a jamais réellement remis en cause l'existence et la pratique du secret gouvernemental.

La pratique du secret a donc subsisté dans tous les régimes démocratiques, mais elle y a connu un minimum d'encadrement juridique. Dans ce nouveau contexte cherchant à concilier démocratie et secret, la dérive totalitaire est donc généralement

---

[21] Cf. Roger Pinto, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Economica, 1984, p. 101.

[22] Cour Européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Hadjianastassiou c./ Grèce*, 16 décembre 1992.

évitée, mais elle est fréquemment remplacée par un autre type d'abus, aux conséquences moins dramatiques mais néanmoins potentiellement dangereuses : la sur-classification.

Sous-Section II. - L'abus du secret en régime démocratique : la sur-classification

Dans les Etats de droit, l'utilisation du secret ne peut pas atteindre les excès constatés dans les régimes totalitaires. L'organisation démocratiques des institutions et la nécessité de faire participer la population aux enjeux politiques et sociaux obligent l'appareil étatique à respecter une certaine transparence de son action. Cependant, les abus dans l'usage du secret sont assez fréquents. Ils prennent là une forme plus insidieuse que dans les régimes autoritaires : la *"sur-classification"* (*"over-classification"* en anglais).

§ *1. - Définition de la sur-classification*

Cette pratique peut être définie comme la tendance, volontaire ou involontaire, d'une administration à user de niveaux de classification supérieurs à ce que requiert la nature des informations à protéger. Cette habitude a été mise en lumière et critiquée, pour la première fois, aux Etats-Unis en 1956 lors du rapport du Comité Coolidge à la Chambre des Représentants [23]. Ce rapport identifia deux défauts majeurs dans le fonctionnement du système de protection du secret américain : *"la sur-classification et des révélations volontaires d'informations non-autorisées"*. Il insista notamment sur *"une tendance d'une partie des responsables du Pentagone à "jouer sûr" et à sur-classifier"*, voire même à *"classifier l'inclasssifiable"*. Ce rapport parlementaire recommanda d'ailleurs l'adoption de sanctions disciplinaires contre la sur-classification et les erreurs de classification. Mais malgré ces mises en garde, le même défaut fut à nouveau dénoncé par le Président Nixon en 1972 à l'occasion de l'adoption d'un nouveau réglement sur la protection du secret [24] :

---

[23] US House of Representatives, 85th Cong., 1st sess., House Committee on Governments Operations, Foreign Operations, and Government Information Subcommittee, *Hearings*, Part. 8, "Availability of Information from Federal Departments and Agencies", pp. 2133 à 2146.

[24] Executive Order n° 11652 du 8 mars 1972, publié au 37 *Federal Register*, n° 48 du 10 mars 1972, pp. 5209 à 5218.

> *"le système de classification en vigueur aux Etats-Unis n'a pas réussi à respecter les standards d'une société ouverte et démocratique et a permis que trop de documents soient classifiés pour trop longtemps."* [25]

Aujourd'hui, aux Etats-Unis, ce sujet de la sur-classification est à nouveau discuté en raison du changement du contexte international et de la disparition de la menace de l'espionnage soviétique. Un rapport du Pentagone de 1992 insiste notamment sur ce point :

> *"Concentrer l'effort sur les informations qui nécessitent réellement une protection n'est pas seulement une mesure de bonne gestion, c'est aussi un moyen de freiner la tendance au secret excessif.* (...) [actuellement] *trop de choses sont classifiées à un trop haut niveau."* [26]

Des décisions concernant une réduction importante du nombre et des niveaux de classification sont, de ce fait, en cours d'adoption au sein du Gouvernement américain.

Mais la sur-classification n'est le propre des seuls Etats-Unis. En Grande-Bretagne, le rapport Francks établi en 1972 pour étudier une éventuelle réforme de l'Official Secrets Act de 1911, estimait, lui aussi, qu' "*une vigilance constante contre la sur-classification est nécessaire*" et souhaita que des mesures soient prises pour l'éviter [27]. De même, au Canada, le rapport de la *Royal Commission on Security* reconnut en 1969 qu' "*il y a une tendance - spécialement chez la plupart des jeunes fonctionnaires - à sur-classifier de manière à "jouer sûr"*. Le rapport affirme plus loin que la sur-classification est un "*problème habituel et général*". " [28]

Le problème paraît donc inhérent à toutes les démocraties occidentales ouvertes et affecte aussi la France. Au point que le S.G.D.N. a dû préciser explicitement que :

---

[25] Exposé des motifs reproduit (avec le réglement n° 11652) dans : US House of Representatives, 92th Cong., 2d sess., House Committee on Governments Operations, Foreign Operations, and Government Information Subcommittee, *Hearings*, Part. 7, Mai 1972, "US Government Information Policies and Practices - Security Classification Problems involving Subsection (b) (1) of the Freedom of Information Act", pp. 2309 et s.

[26] Cité in "Pentagon to Overhaul Policies on Secrecy Procedures", *Defense News*, 14/20 septembre 1992, p. 6.

[27] Home Office, *Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911* (communément appelé "Rapport Franks"), Volume 1, *H.M.S.O.*, Cmnd. 5104, Septembre 1972, p. 59 et 60.

[28] Maxwell Cohen, "Secrecy in Law and Policy : The Canadian Experience and International Relations" in Thomas M. Franck & Edward Weisband (ed.), *Secrecy and Foreign Policy*, Oxford University Press, New York, 1974, p. 374.

"L'abus des classifications élevées est à proscrire, parce qu'il aboutit à un abaissement de la valeur attachée au secret. Il faut éviter également que l'autorité hiérarchique ne soit mise dans la position d'émettre un avis différent sur le caractère du document, ou que la juridiction de jugement ne soit conduite à estimer qu'il n'y avait pas lieu de tenir l'information secrète dans l'intérêt de la défense nationale et de la sûreté de l'Etat. Inversement, le désir d'éviter les contraintes de protection ne doit pas conduire à une sous-classification systématique." [29]

Lors du colloque de l'Institut de Criminologie en 1985, plusieurs témoignages de fonctionnaires ont confirmé la véracité d'une pratique française de la sur-classification. Henri Dontenwille, ancien avocat général devant la Cour de Sûreté de l'Etat, expliquait que :

"le moindre document en matière de défense nationale, le déplacement d'un simple autocar, même pour un week-end de détente, possède la mention "Confidentiel-défense". Vous n'avez plus un seul document sur lequel il n'y ait plus de tampon !" [30]

De même, le contrôleur général François Cailleteau, chef du Contrôle général des Armées, s'interrogea tout haut sur le même thème :

"On peut en effet se demander si, dans le fond, ce qui est classé dans le "Confidentiel-défense" entre toujours dans les matières couvertes par le secret, et si ce classement ne crée pas quelquefois plus d'inconvénients que d'avantages." [31]

Plus récemment encore, un ancien directeur de la D.G.S.E. n'hésitait pas à affirmer :

"Mon appréciation de l'usage du "secret défense" n'est pas limitée au cas de la D.G.S.E.. J'ai pu également avoir accès à de nombreux documents qualifiés de secrets et intéressant d'autres départements ministériels, ou des deuxièmes

---

[29] Cité par Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, Fayard, 1986, p. 40.

[30] *Ibid.*, p. 48.

[31] *Ibid.*, p. 48.

bureaux militaires. Je n'exagère pas en disant que les critères employés relèvent souvent d'une grande fantaisie, pour ne pas dire de la farce. " [32]

Enfin, ainsi que nous l'avons déjà signalé (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier), le rapport de la commission parlementaire sur la simulation des essais nucléaires a - malgré une position d'ensemble largement favorable à la poursuite des essais nucléaires français - relevé en conclusion que

"Le secret-défense et la "sur-classification" qui caractérisent tout ce qui touche au nucléaire, l'extrême complexité et technique du nucléaire militaire, se sont souvent additionnés pour opacifier les démarches suivies en ce domaine " [33].

§ 2. - *Conséquences de la sur-classification*

La sur-classification est donc une réalité largement reconnue et, derrière le caractère parfois humoristique [34] et quelque peu ridicule de certaines manifestations de ce que les anglo-saxons appellent le *"play it safe"* (ou encore le *"stamp game"*), cette pratique recèle plusieurs conséquences dangereuses et préoccupantes :

- l'excès de secret fragilise l'efficacité même du secret, car comme le souligne H. Dontenwille,

"il est bien certain que la vue du sigle ne provoque plus aucune réaction et qu'il faut passer au "Très secret-défense" (et encore !) pour que l'on s'en inquiète. " [35]

Et un autre magistrat - américain - a exprimé la même analyse dans son opinion sous l'arrêt relatif aux "Pentagon Papers" :

---

[32] Pierre Marion, *Le pouvoir sans visage - Le complexe militaro-industriel*, Calmann Lévy, 1990, p. 241.

[33] *Assemblée nationale*, Commission de la défense nationale et des forces armées, "Rapport d'information sur la simulation des essais nucléaires", présente par M. René Galy-Dejean, dixième législature, séance du 15 décembre 1993, document n° 847, p. 59.

[34] Ainsi, le chef de corps du 17ème régiment de génie de parachutistes envoyait-il ses voeux de Noël à deux de ses sous-officiers en mission en Afrique, au moyen d'un télex *Confidentiel-défense* (ce qui n'a pas empêché la reproduction de celui-ci dans la revue du régiment, cf. *Sape et Tape - Journal du 17ème RGP*, 2ème trimestre 1987).

[35] Cité par Pierre Péan, *op. cit.*, p. 48.

"Lorsque tout est classé secret, il ne reste plus rien de secret, car le système en vient à être négligé par les cyniques ou les sans souci ou par être manipulé par ceux qui cherchent à se protéger ou à se promouvoir eux-mêmes" [36] ;

- la sur-classification peut donner, à l'inverse, une crédibilité artificielle à des informations qui mériteraient d'être soumises à un examen critique. Le sociologue Georg Simmel a bien décrit - au début de ce siècle - ce phénomène :

"Ce secret, dont l'ombre couvre tout ce qui est profond et important, donne naissance à cette erreur typique : tout ce qui est mystérieux est essentiel et important." [37]

Clive Ponting, le haut fonctionnaire britannique acquitté en 1985 pour avoir révélé à un parlementaire certains détails sur la guerre des Malouines, soulignait, pour sa part :

"Mon expérience me montre qu'il y a une dangereuse tendance à sur-évaluer les informations classifiées. Des analyses superficielles sur les projets politiques ou financiers de certains pays du Tiers Monde sont solennellement classées "Secret", voire "Top Secret" et véritablement regardées comme significatives. Il va sans dire que des décisions importantes sont prises sur de telles informations. J'ai pourtant toujours pensé qu'en lisant les journaux, on obtenait de meilleures et de plus actuelles visions des choses." [38]

Ce problème de la balance à maintenir entre informations secrètes et renseignement ouvert, est bien le lot commun de tout analyste de services de renseignement qui

"a tendance à surévaluer les informations clandestines, alors que l'interprétation intègre également des informations ouvertes, qui, moins durement gagnées, semblent avoir mois de valeur : c'est la prime au secret." [39]

---

[36] 403 US, extrait de l'opinion de Justice Stewart reproduit dans Saul K. Padover, *The Living U.S. Constitution*, Mentor Books, New York, nouvelle édition, 1983, p. 165.

[37] Georg Simmel, *op. cit.*, p. 45 ; cf. aussi sur le même sujet, A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 142.

[38] Clive Ponting, *The Right To Know - The Inside Story of the Belgrano Affair*, Sphere Books Ltd, Londres, 1985, p. 207.

[39] A. Dewerpe, *op. cit.*, p. 251. On voit, ainsi, Ray Cline, directeur du renseignement à la CIA de 1962 à 1966, et son équipe chercher à convaincre du fait *"qu'ils évaluent les informations en provenance de la division Plans de la CIA* [celle qui organise la collecte clandestine d'informations secrètes] *dans un esprit d'impartialité totale par rapport aux renseignements qui*

- la sur-classification induit des coûts et des contraintes administratives improductives. Cela n'est pas négligeable lorsque l'on sait que les dépenses directes et indirectes liées à la sécurité des informations classifiées sont très importantes : aux Etats-Unis, des évaluations réalisées en 1972 avaient permis d'estimer à environ 200 Millions de $ le coût annuel des mesures de classification (en y incluant les dépenses liées à l'habilitation du personnel) pour l'ensemble des quatre principales administrations américaines concernées par les dossiers secrets (Pentagone, Energie, Département d'Etat, N.A.S.A.) [40]. Et, concernant les dépenses liées à l'application des règles de protection du secret de défense en milieu industriel, un rapport d'une association industrielle américaine évaluait en 1989 que le Pentagone dépensait environ 13,8 Milliards de $ annuellement pour cela [41] ;

- la sur-classification empêche qu'une information puisse faire l'objet d'un débat démocratique ou des contrôles administratifs et judiciaires normaux. Elle peut, dès lors, soustraire à la vigilance publique certains agissements contestables - voire délictueux - ou même priver certaines autorités d'éléments d'information nécessaires aux décisions qu'elles ont à prendre [42] ;

- la sur-classification à grande échelle détruit la confiance que le public et la presse peuvent avoir dans la légitimité des mesures de protection du secret. Elle favorise, à la fois, une perte de légitimité politique et un recours de plus en plus fréquent aux *"fuites"*, c'est-à-dire aux révélations clandestines d'informations confidentielles par voie de presse. C'est particulièrement le cas aux Etats-Unis où de

---

leur viennent d'ailleurs dans le Gouvernement" (David Wise & Thomas Ross, cités par Alain Guérin, *Les gens de la C.I.A.*, Editions sociales, 1980, p. 196).

[40] Cf. William S. Moorhead, "Operation and Reform of the Classification System in the United States", in Thomas M. Franck & Edward Weisband (ed.), *op. cit.*, p. 102.

[41] Rapport de l'*Aerospace Industries Association*, cité in *Defense News*, *op. cit.*, p. 6.

[42] L'un des spécialistes du renseignement allié durant la seconde guerre mondiale, le canadien Stephenson a, par exemple, critiqué l'usage abusif du secret dans le traitement de certaines affaires de trahison (en l'occurrence, les trahisons révélées par le transfuge soviétique Gouzenko au Canada en 1946) et déclarait que *"la meilleure défense contre ce genre de trahison est la dénonciation publique. C'est la meilleure garantie contre les désinformations opérées par le K.G.B., le meilleur antidote contre la folie qui menace les institutions du renseignement"* (cité par William Stevenson, *L'affaire Gouzenko*, Carrère (en traduction française), 1986, p. 40). Sans aller si loin, L. Farago explique que la pratique hiérarchique complexe liée à la gestion rigoureuse des destinataires du secret (cf. infra) peut, dans certains cas, empêcher qu'une information de haut niveau parvienne à temps entre les mains des décideurs : il cite, à ce propos, le cas d'une information très importante relative aux intentions japonaises en fin 1944 qui ne parvint jamais jusqu'au président Roosevelt (L. Farago, *op. cit.*, pp. 115 et 116). A la veille du déclenchement de la guerre du Golfe, les analystes de la *Jane's Soviet Defense Review* avaient souligné les dommages que causeraient vraisemblablement à la capacité de manoeuvre de l'armée irakienne l'excessive *"obsession du secret"* du président Saddam Hussein et de son entourage (cf. *Le Monde*, 26 septembre 1990).

nombreuses analyses soulignent que le phénomène des fuites (*"leaks"*) est consubstantiel au système de protection du secret lui-même et constitue, pour les autorités politiques et administratives une arme de pression dans leurs luttes intestines :

> *"Les Présidents prennent des décisions secrètes dans le seul but d'effrayer une nation adverse lorsqu'ils les révèlent (...) Les services militaires conduisent des recherches secrètes sur les armements, dans le seul but de les faire connaître pour mieux accroître leurs budgets, apparaître supérieur ou inférieur à une nation étrangère, s'assurer le vote d'un parlementaire ou la faveur d'un industriel. (...) L'Armée fait filtrer des informations secrètes pour prouver sa supériorité sur le Marines Corps. Des membres du Gouvernement révèlent des secrets afin d'obtenir un soutien à leur politique ou pour favoriser le sabotage des projets d'un autre département..."* [43]

En Grande-Bretagne, d'une autre manière, le champ d'application excessif de l'ancien Official Secrets Act (abrogé et remplacé en 1989 - cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier) a conduit plusieurs fonctionnaires à rompre le silence, ce qui a donné lieu à quelques affaires retentissantes : Sarah Tisdall en octobre 1983 (à propos d'informations sur l'arrivée de missiles de croisière américains sur une base britannique), Ian Willmore en novembre 1983 (à propos de projets gouvernementaux en matière sociale et de droit de grève) [44] et - surtout - Clive Ponting, haut fonctionnaire au ministère de la défense qui révéla en 1984 les conditions dans lesquelles le croiseur argentin Belgrano fut coulé durant la guerre des Malouines et fut finalement acquitté après un procès à sensations [45].

Nous avons connu en France une affaire dont le déroulement illustre assez largement ces différents risques liés à la classification abusive d'informations qui n'auraient pas du être couvertes par le secret de défense. Il s'agit de l'affaire dite des *"avions renifleurs"*.

---

[43] Citation de Max Frankel, chef du bureau du New York Times à Washington au moment de l'affaire des "documents du Pentagone" (article publié dans le *New York Times* du 19 juin 1971), reproduite dans "The Medias and Government Leaks", *The Center Magazine*, Center for the Study of Democratic Institutions, Santa Barbara, septembre/octobre 1984, p. 49.

[44] Cf. notamment, Robert Pyper, "Sarah Tisdall, Ian Willmore, and the Civil Servant's "Right to Leak"", *Political Quarterly*, n° 56, janvier 1985, p. 72 et s..

[45] Cf notamment, C. Ponting, *op. cit.* ; Gavin Drewy "The Ponting Case - Leaking in the Public Interest", *Public Law*, été 1985, p. 203 et s. ; Jean-Claude Sergeant, "Au nom du secret officiel - les suites de l'affaire Ponting en Grande-Bretagne", *Le Monde Diplomatique*, juillet 1985, p. 28.

Sous-Section III. - Un cas français de sur-classification : les "avions renifleurs"

Dans cette affaire, entre 1976 et 1979, l'établissement public E.R.A.P. (Entreprise de Recherches et d'Activités Pétrolières) a financé - après accord du Président de la République le 2 juin 1976 le développement et les expérimentations d'un mystérieux procédé de détection des gisements d'hydrocarbures. Cette prétendue invention s'est révélée n'être finalement qu'une escroquerie montée par quelques aventuriers internationaux. Elle a coûté à l'E.R.A.P. et à l'Etat français près de 800 Millions de francs de pertes sans aucun résultat technique ou scientifique. La divulgation de cette escroquerie en 1984 a révélé que le recours au secret de défense, décidé par les autorités gouvernementales, a permis non seulement à l'Etat et à la compagnie nationale de dissimuler ce scandale, mais aussi aux escrocs de poursuivre plus longtemps leurs agissements sans être inquiétés.

On sait aujourd'hui - grâce notamment à un rapport parlementaire détaillé [46] - qu'à trois reprises, le caractère secret conféré abusivement aux informations relatives à cette affaire, a interféré avec la bonne gestion du dossier et avec la recherche ultérieure de la vérité.

§ *1. - La sur-classification originelle*

A l'origine, les dirigeants d'Elf-E.R.A.P. (menacés par les "inventeurs" d'une vente du procédé à un concurrent américain si le secret absolu n'était pas respecté) ont obtenu de l'Etat-actionnaire que l'ensemble du dossier soit couvert par le secret de défense :

> *"le secret a été imposé par les inventeurs à Elf, sollicité par M. Guillaumat auprès du Président de la République, imposé par le Chef de l'Etat à son Premier ministre, imposé par le Premier ministre à l'appareil d'Etat."* [47]

En janvier 1980, une réunion dans le bureau du Premier ministre confirma *a posteriori "l'intérêt capital que l'utilisation des procédés en cause présentait, en cas de succès, pour la défense nationale aussi bien que pour l'économie nationale"* et *"l'absolue nécessité de garder aux opérations conduites par l'E.R.A.P. le caractère*

---

[46] Rapport de la Commission d'enquête chargée d'examiner les conditions dans lesquelles des fonds ont pu être affectés depuis 1976 à une invention scientifique susceptible de bouleverser la recherche pétrolière, *Assemblée nationale*, 1ère session ordinaire de 1984-1985, n° 2418.

[47] *Assemblée nationale, op. cit.*, p. 78.

secret, même à l'égard de son Conseil d'Administration et de ses autorités de tutelle." [48]

Or, il est apparu ultérieurement que par leur nature même, les informations concernées et le sujet de la recherche n'étaient pas de nature à être couverts par le secret de défense. Le seul argument réellement invoqué pour soutenir la qualification de secret de défense était le fait que ce procédé de détection d'hydrocarbure à distance pouvait avoir des retombées en ce qui concernait la détection sous-marine. Mais, le directeur de cabinet du ministre de la défense confirmera aux parlementaires de la commission d'enquête que

> "*dans 90% des cas, c'est le ministère de la défense qui traite des procédés technologiques ayant une application militaire, ce qui aurait été le cas pour détecter des appareils submersibles. Mais ce procédé n'est jamais venu à la connaissance du ministère, du moins lorsque j'y étais.*" [49]

Cette mise à l'écart du ministre de la défense a été confirmée par l'audition de M. Buissonnet, président de chambre à la Cour des Comptes [50]. De plus, l'absence de lien avec la défense nationale a été établie en cours d'expérimentation lorsqu'en 1978 (c'est-à-dire un an avant la cessation du projet par Elf), la Délégation générale pour l'armement a émis un avis défavorable sur le dossier relevant que :

> "*les informations qui ont été communiquées montraient le peu de sérieux des arguments évoqués pour motiver des applications militaires.*" [51]

L'autre argument invoqué tardivement pour justifier le recours au secret de défense fut que ce dossier mettait en cause les relations de la France avec certains pays

---

[48] "Compte-rendu de la réunion tenue le 22 janvier 1980 dans le cabinet de M. Raymond Barre, Premier ministre" (classé "Très Secret"), reproduit dans *Libération* du 4 janvier 1984, p. 26.

[49] *Assemblée nationale, op. cit.*, p. 530.

[50] *Assemblée nationale, op. cit.*, p. 535. A l'inverse, M. Buissonnet semble s'être trompé sur deux points lors de son audition. Tout d'abord, lorsqu'il affirme que "*juridiquement, la mention "secret-défense", très employée à l'époque, n'aurait pu être apposée que si les autorités chargées de la défense avaient été au courant*", ce haut fonctionnaire paraît oublier qu'officiellement le secret de défense est une notion interministérielle, tout comme la défense nationale (en réalité, il faut sans doute voir là une nouvelle preuve du fait que - comme nous l'avons suggéré - le secret de défense est resté une notion assez restreinte aux aspects militaires et para-militaires. cf. supra, Ière Partie, Chapitre III). De plus, il pense, n'étant pas technicien, que "*dans les faits, l'affaire (intéressait) la défense - et qu'elle eut mérité d'être couverte par le secret défense*", ce qui a été démenti par l'avis de la D.G.A. de 1978.

[51] *Assemblée nationale, op. cit.*, p. 83.

étrangers (ce que le Premier président de la Cour des Comptes, M. Chandernagor appellera dans une lettre au Premier ministre en 1984, le *"secret international"* [52]). Mais comme le faisait remarquer le rapporteur de la Cour des Comptes dans son rapport du 21 janvier 1981, cet argument paraît

> *"d'autant plus illusoire que dès 1975-76, un certain nombre de personnalités européennes, pas toutes favorables à la France, ainsi qu'au moins deux chefs d'Etat (ou anciens chefs d'Etat) étrangers connaissaient l'existence du procédé de détection directe VDS. Il s'y ajouta début 1978, le Roi du Maroc."* [53]

Finalement, il apparaît bien que dans tout cela, l'outil du secret de défense a été mobilisé sur la demande expresse de dirigeants d'entreprise (même si celle-ci est publique) pour protéger des intérêts privés (ceux des "inventeurs", plus tard identifiés comme des escrocs), et ce alors qu'aucun argument de fond ne justifiait une telle classification. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est arrivée, de son côté, l'enquête de l'administration fiscale, comme l'a signalé au président de l'E.R.A.P. le ministre de budget :

> *"le rapport de la Direction des Vérifications Nationales et Internationales (...) n'apporte - bien qu'il ait été établi après une enquête minutieuse et sur la base des renseignements fournis par l'entreprise elle-même - aucune clarté réelle, ni sur le caractère militaire ou paramilitaire des opérations en cause, ni sur la destination définitive réelle des sommes en cause."* [54]

Nous sommes donc bien là devant une sur-classification caractérisée d'informations qui n'auraient dû être protégées que par le seul "secret des affaires". Ceci semble d'ailleurs reconnu par les intéressés eux-mêmes, puisque d'après le rapport parlementaire déjà cité :

> *"les responsables d'Elf ont admis que le secret-défense était plus pour eux une procédure assurant la confidentialité qu'un secret au sens strict du terme."* [55]

---

[52] Document n° 44, reproduit en annexe du rapport, *Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 553.

[53] *Rapport confidentiel de la Cour des Comptes sur certaines opérations de l'Entreprise de recherches et d'activités pétrolières* (Rapport Gicquel), 21 janvier 1981, reproduit intégralement dans *Libération* du 4 janvier 1984, p. 32.

[54] Courrier du 16 décembre 1983 reproduit dans *Libération* du 4 janvier 1984, p. 27.

[55] *Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 78.

Mais la suite du déroulement de l'affaire a démontré les effets nocifs que cette sur-classification originelle a produit.

§ 2. - *Le contrôle limité de la Cour des Comptes*

Lorsqu'en janvier 1979 (c'est-à-dire six mois avant l'arrêt des expériences et la rupture des relations avec les "inventeurs"), la Cour des Comptes décide de mener une vérification sur ces activités de recherches, l'E.R.A.P. a fait connaître au Premier Président de la Cour le caractère secret de cette affaire et cherché à dissuader cette juridiction d'entreprendre ses investigations. Ultérieurement, en janvier 1980, le Premier ministre a également demandé à la Cour *"de ne faire figurer aucune indication sur les opérations précitées dans des rapports ou documents appelés à une quelconque diffusion."* [56]

Finalement, un compromis fut trouvé qui consistait à ce que l'enquête sur les "avions renifleurs" soit menée selon les règles prévues pour la vérification des activités couvertes par le secret de défense et fasse l'objet d'un rapport confidentiel distinct de celui sur les comptes de l'entreprise [57].

Pour ce faire, la Cour s'appuya sur l'article 9, alinéa 2 de la loi du 22 juin 1967 (modifié depuis lors par la loi du 10 juillet 1982 créant les chambres régionales des comptes) qui prévoyait que :

> *"Lorsque les communications et auditions portent sur des sujets de caractère secret concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, ou sur des éléments confidentiels de la gestion industrielle, commerciale et financière des entreprises publiques, la Cour prend toutes les dispositions pour garantir strictement le secret de ses investigations et de ses observations."*

La première conséquence de l'application de ce texte a été que ce rapport

> *"ne peut être considéré comme un "rapport particulier" sur les comptes et la gestion d'une entreprise publique au sens des dispositions de l'article 11 de la loi du 22 juin 1967 modifiée et de l'article 37 du décret du 20 septembre 1968 (...) Ainsi, les conditions de son élaboration et de son approbation, comme de sa transmission à son destinataire, confèrent à ce rapport qui traite d'éléments*

---

[56] Réunion du 22 janvier 1980, reproduit dans *Libération* du 4 janvier 1984, p. 26.

[57] Cf. l'audition de M. Buisonnet in *Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 531 et s..

confidentiels de la gestion d'une entreprise publique le caractère d'une communication de la Cour au sens des articles 8 et 9 de la loi de 1967. " [58]

Cela signifie que le rapport spécifique rédigé par le conseiller référendaire François Gicquel [59] n'a pas été délibéré en séance de la Cour, n'a pas été transmis au Procureur général près la Cour, que les responsables de l'entreprise n'ont pas été officiellement auditionnés et que ses conclusions n'ont pas été remises au ministre de tutelle. En effet, le rapporteur a dû agir de manière à ce que :

"*un secret absolu put être conservé tant au sein du Groupe d'Etat où quelques personnes seulement, nommément désignées, étaient informées, qu'à l'égard des ministères de tutelle.* " [60]

Tout au plus, le rapporteur a fait connaître oralement ses conclusions au Président d'Elf-E.R.A.P. et précise, en introduction de son rapport que :

"*si ces conditions - en particulier l'impossibilité de conserver ou reproduire les pièces écrites - ont ralenti ou compliqué le déroulement de l'enquête, le rapporteur a pu néanmoins s'entretenir aussi longuement que nécessaire avec toutes les personnes qu'il a souhaitées entendre et avoir accès, sinon à tous les documents possibles et souhaitables (car aucun dossier exhaustif n'avait été préalablement constitué), du moins à tous ceux dont il venait à apprendre ou dont il supposait l'existence.* " [61]

Il est exact qu'à la lecture du rapport de M. Gicquel, l'on constate que celui-ci a pu identifier les aspects essentiels de l'escroquerie dont a été victime Elf-E.R.A.P., en établir les responsabilités et en chiffrer de manière précise le préjudice financier. Cependant, le caractère secret de la procédure d'enquête et les conditions dans lesquelles il a été imposé suscite d'importantes réserves et a entraîné plusieurs conséquences néfastes :

- il paraît anormal que les résultats d'une enquête juridictionnelle approfondie aient pu être soustraits à la fois à la connaissance du Conseil d'administration du groupe Elf et au ministre de l'industrie (M. Giraud était seulement au courant du projet

---

[58] document n° 44, *Assemblée nationale*, *op. cit.*, p. 553.

[59] Rapport Gicquel, *Libération*, *op. cit.*, p. 11 à 33.

[60] *Ibid.*, p. 11.

[61] *Ibid.*, p. 11.

à titre personnel, en raison de ses anciennes fonctions dans le domaine de l'énergie). Et cela, encore plus lorsque l'escroquerie a été établie.

- comme le remarque le rapport parlementaire, l'attitude du Premier ministre enjoignant à la Cour le secret absolu, est surprenante et, d'une certaine manière, contraire au principe de la séparation des pouvoirs, car :

> *"Comment le Premier ministre peut-il ignorer qu'il n'entre pas dans les prérogatives du chef du Gouvernement de donner des directives à la Cour des comptes, juridiction dont l'indépendance est garantie par la loi ?"* [62]

- cette attitude est d'autant plus surprenante qu'en janvier 1980 - date où le Premier ministre convoque les magistrats de la Cour des comptes pour leur rappeler la nécessité du secret - l'E.R.A.P. a découvert la supercherie et mis fin aux expérimentations et au contrat d'association avec les "inventeurs". Il est donc clair qu'à cette époque, l'affaire ne relève plus du secret de défense (puisqu'en réalité il n'y a aucun aspect technique réel intéressant la défense). D'où une alternative : soit, les dirigeants d'Elf ont omis d'informer le Premier ministre de cette issue peu glorieuse, soit les plus hautes autorités de l'Etat ont sciemment cherché à conserver sous le sceau du secret la vérité sur une opération dont la révélation était susceptible de donner lieu à un scandale.

- à partir de fin janvier 1981 où le Premier Président de la Cour des comptes prend connaissance et remet au Premier ministre le rapport complet de M. Gicquel, il est encore plus anormal que rien n'ait été entrepris. En effet, ce rapport d'une part prouve l'escroquerie et, d'autre part, émet les plus grands doutes sur les incidences réelles de cette affaire vis-à-vis de la défense nationale et de la politique étrangère de la France. Or, rien n'intervient ni pour poursuivre les escrocs (sur la base de l'article 405 du Code pénal, comme le proposait le rapport Gicquel [63]), ni pour que soit reconsidérées les mesures de classification et de confidentialité portant sur les documents relatifs à l'affaire et sur le rapport de la Cour lui-même. Seules des enquêtes fiscales vont être diligentées en 1982 et 1983, indépendamment du rapport de la Cour des Comptes, mais continueront d'être soumises aux règles du secret de défense.

- le rapport parlementaire précité fait, par ailleurs, remarquer que l'article 49 du décret du 20 septembre 1968 n'empêchait pas - au contraire - la Cour des comptes

---

[62] *Assemblée nationale, op. cit.*, p. 85.

[63] Rapport Gicquel, *Libération, op. cit.*, p. 31.

de rendre public le rapport, dès que le Premier ministre l'aurait transmis aux dirigeants d'Elf et *"une fois recueillies les explications et les réponses de l'entreprise."* [64]

Si le contexte politique du moment (proximité d'une élection présidentielle) explique sans doute en partie cette inertie des pouvoirs publics, il n'en demeure pas moins que le secret imposé sur ce dossier a, d'une part, ralenti la réalisation de l'enquête (plus d'un an) et la découverte de la vérité et, d'autre part, rendu impossible l'intervention d'organismes de contrôle et la prise de décisions palliatives.

§ 3. - Le sort du rapport Gicquel

Le dernier épisode de cette affaire est, lui aussi, révélateur, des méfaits d'une sur-classification voulue à l'origine et maintenue, encore plus abusivement, après que la vérité a été établie. Il s'agit de la *"disparition"* momentanée du rapport Gicquel entre janvier 1981 et décembre 1983.

Lorsque l'affaire est rendue publique dans la presse en fin 1983, le secrétaire d'Etat au budget affirme devant l'Assemblée nationale le 21 décembre 1983 que le rapport Gicquel n'a pas été retrouvé dans les archives de l'Etat et accuse de *"forfaiture"* l'ancien Premier président de la Cour des comptes pour l'avoir détruit. En effet, le 18 décembre 1982, M. Beck ancien Premier président, interrogé par son successeur, avait reconnu dans une note interne que :

> *"deux exemplaires du rapport ont été remis en mains propres par mes soins le 30 janvier 1981 à M. Raymond Barre, auquel une audience avait été demandée à cette fin. Ce rapport n'a eu aucun autre destinataire, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur. Les exemplaires supplémentaires ont été détruits par moi-même par lacération, ainsi que le manuscrit de M. Gicquel."* [65]

Le 22 décembre 1983, l'ancien Président de la République, M. V. Giscard d'Estaing, produit un exemplaire du rapport devant les caméras de télévision, *"précisant qu'il l'avait fait rechercher dans les "archives de l'Elysée", c'est-à-dire, en fait, dans ses archives personnelles"* [66]. Et le lendemain, 23 décembre, après un communiqué de M. Barre, un exemplaire détenu par celui-ci est remis au

---

[64] *Assemblée nationale, op. cit.*, p. 87.

[65] Note manuscrite de M. Beck en date du 18 décembre 1982 (portant la mention *"Très Secret"*) reproduite dans *Libération, op. cit.*, p. 26.

[66] Jean Laveissière, "Le pouvoir, ses archives et ses secrets (A propos de l'affaire des avions renifleurs)", *Dalloz Sirey*, 1984, p.63.

Gouvernement. Son contenu est alors rendu public (et donc, *ipso facto*, déclassifié) par décision du Premier ministre M. Pierre Mauroy le 2 janvier 1984.

Cette péripétie est intéressante, du point de vue qui nous intéresse, pour une double raison. Tout d'abord, elle montre que la classification secrète décidée à l'origine de l'affaire a continué à produire ses effets *"post mortem"*. C'est uniquement parce que le dossier lui avait été désigné comme relevant du *"Très secret-défense"* (ainsi qu'il l'indique lui-même dans sa note du 18 décembre 1982) que le Premier président de la Cour des comptes a fait en sorte qu'aucune trace du dossier ne demeure dans les archives de la Cour. De même, nous l'avons vu, c'est le caractère secret du dossier qui a empêché que le ministère de l'industrie soit destinataire du rapport. De ce fait, seuls les exemplaires remis à l'autorité politique (Premier ministre, qui en a transmis un exemplaire au Chef de l'Etat) subsistèrent.

Le deuxième aspect intéressant de cette prétendue *"disparition"* du rapport Gicquel a justement trait au sort réservé aux exemplaires remis à l'autorité politique. Les événements de fin 1983 ont montré que les deux exemplaires restant du rapport avaient été conservés à titre personnel par l'ancien Premier ministre et l'ancien Président de la république après qu'ils aient quitté leurs fonctions respectives en 1981.

Cela relève, pour partie, du fait qu'en France il n'a jamais existé de règles très explicites concernant les documents personnels des responsables politiques[67] (aux Etats-Unis, en revanche, la coutume veut - par exemple - que les Présidents sortants fassent construire une bibliothèque en leur nom dans laquelle ils déposeront toutes leurs archives personnelles, afin qu'elles puissent être examinées par les historiens, dans la limite des règles sur l'ouverture des archives).

Mais, il faut noter également que le Président Giscard d'Estaing, qui a été le premier président français à prévoir la remise aux Archives nationales des documents de l'Elysée concernant son mandat, a reconnu lors de son entretien précité à la télévision que *"pour des raisons de sécurité"*, les dossiers concernant la défense avaient été exclus du dépôt [68], au même titre que sa correspondance personnelle manuscrite. Autant dire que, dans cette conception, les documents relatifs à des secrets de défense détenus par le Président de la république (et, sans doute par extension, par le Premier ministre, responsable de la défense nationale) échappent aux règles prescrites par la loi du 3 janvier 1979 sur les archives, et ce malgré les dispositions prévues dans cette loi

---

[67] Cf. J. Laveissière, *op. cit.*, p. 64.

[68] Intervention télévisée sur Antenne 2, le 22 décembre 1983.

pour protéger le secret de défense et aménager un statut particulier aux archives de défense [69] (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II).

On voit bien, là encore, comment cette affaire - somme toute rocambolesque - illustre les dérives possibles liées à l'utilisation abusive des classifications. Dans ce dossier, il ne fait pas de doute que les motivations gouvernementales pour instaurer le secret ont été pourtant louables à l'origine (éventuelles retombées militaires, concurrence acharnée sur le marché pétrolier mondial, préservation des chances de croissance d'un grand groupe national), mais rapidement ces justifications ont perdu de leur valeur alors que le maintien des mesures de protection du secret a permis toutes les manipulations : retard probable dans la découverte de l'escroquerie, retard dans l'alerte des autorités publiques de tutelle, impunité très large accordée aux escrocs, silence entretenu par les autorités politiques pour éviter un possible scandale, et *in fine* un discrédit important sur les capacités de gestion et de contrôle de l'administration française ainsi que sur sa volonté de transparence.

SECTION II. - Des usages contraires à la liberté de la presse

Dans une démocratie, toute tentative d'empêcher les citoyens d'accéder à une information qui leur est légitimement destinée débouche fatalement sur une limitation de la liberté de la presse, tant l'exercice de cette liberté publique est l'expression même du droit à l'information, dont le professeur Rivero a pu dire qu'il était

"le droit, pour le public, d'être tenu au courant de l'actualité." [70]

L'on pourrait dire, par exemple, que le secret observé sur un dossier comme celui des *"avions renifleurs"* a indirectement restreint la liberté de la presse en lui cachant durant plusieurs années des faits qui l'aurait certainement intéressée.

Cependant, il est des cas spécifiques où l'invocation du secret de défense a pour but inavoué d'empêcher - pour des raisons diverses n'ayant pas de lien réel avec la défense - la publication d'un document, soit par les médias, soit sous la forme d'un

---

[69] Voir sur ce sujet, Pierre Azoulay, "Les archives", *Bulletin de l'Armement*, avril 1983, p. 89 et s..

[70] Jean Rivero, *Libertés Publiques*, PUF, 1983 (3ème édition), Tome 2, p. 197. Il faut, sans doute, voir dans cette définition l'un des deux sens - non contradictoires, mais complémentaires - de la notion de *"droit à l'information"* : celui de l'accès collectif à l'information publique, alors que le second sens est plutôt le droit individuel de chacun à être informé des informations privatives le concernant ou des actions administratives susceptibles de le concerner (ce second sens est au coeur des lois garantissant les nouveaux droits des citoyens, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II).

livre. Et là aussi, des abus ont été constatés à plusieurs reprises dans tous les pays démocratiques.

Sous-Section I. - La problématique juridique

Juridiquement, il existe un lien entre les mesures de protection du secret et les règles juridiques régissant l'exercice des moyens d'information. Plusieurs dispositions législatives répriment, en effet, la divulgation par voie de presse d'informations secrètes.

En France, toute divulgation par voie de presse d'une information secrète est, en effet, constitutive d'une des infractions pénales généralement prévues pour réprimer la violation du secret de défense (nous verrons plus bas qu'il n'en va pas de la même manière aux Etats-Unis). Dans le Code pénal résultant de l'ordonnance de 1960, une telle publication relevait de l'article 76.3° qui punissait quiconque

> "*sans intention de trahison ou d'espionnage ... portera ou laissera porter à la connaissance d'une personne non qualifiée ou du public un tel renseignement, objet, document ou procédé* [qui doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale ou dont la connaissance pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale], *ou en aura étendu la divulgation*. "

L'éventuel dépositaire du secret qui l'avait transmis au journaliste, relevait - lui - de l'article 75.2° [71]. Et dans le cas où l'information publiée n'était pas secrète mais uniquement

> "*une information militaire, non rendue publique par l'autorité compétente et dont la divulgation est manifestement de nature à nuire à la défense nationale* ",

le journaliste et le dépositaire étaient alors passibles des peines prévues à l'article 78.

Parallèlement, l'autorité préfectorale possédait un pouvoir de saisie judiciaire exceptionnel découlant de l'article 30 du Code de procédure pénale qui permettait au préfet, en cas d'urgence, de prendre

> "*en matière de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat* (...) *tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et délits ci-dessus spécifiés ou requérir par écrit à cet effet les officiers de police judiciaire compétents.* "

---

[71] Cf. Henri Eyraud, "Information ouverte et problème du secret", in Centre Droit et Défense / Ecole Supérieure de Journalisme / Fondation pour les Etudes de Défense Nationale, *Géostratégie de l'information*, Fondation pour les Etudes de Défense Nationale, 1987, p. 94.

Sur ce fondement, la saisie totale d'une publication [72] pouvait être effectuée par l'administration au motif que des articles de publication semblaient être constitutifs de délits ou de crimes contre la sûreté de l'Etat. Mais ces saisies effectuées par l'autorité administrative en tant qu'"*associé à la police judiciaire*" [73] s'effectuaient sous le contrôle des juridictions, et ont fait plusieurs fois l'objet d'un tel contrôle, tant de la part du juge judiciaire [74] que du juge administratif [75].

Sur le fond, la situation juridique n'a pas beaucoup évolué avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Le seul assouplissement que nous y avons noté concerne le fait que, désormais, un journaliste republiant une information secrète déjà divulguée, ne peut plus être poursuivi pour extension de la divulgation, alors que tel était le cas sous l'empire de l'ancien article 76.3° [76]. Pour le reste, le nouveau Code pénal punit la divulgation par voie de presse d'un secret de défense des peines prévues aux articles 413-11.3° nCP (pour le journaliste, qui "*porte à la connaissance du public (...) un tel renseignement*") ou 413-10.2 nCP (pour le dépositaire coupable "*d'avoir (...) laissé reproduire ou divulguer le renseignement*") [77].

---

[72] C'est-à-dire la saisie de l'ensemble des exemplaires d'une publication, et non - comme dans le cadre de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (art. 51) - la saisie de quatre exemplaires à titre de constitution de preuve. Il est clair que cette saisie totale est, *de facto*, beaucoup plus dangereuse pour la liberté d'expression que celle réprimant les délits de presse. De fait, la jurisprudence a considéré que toute saisie totale d'une publication, non suivie des poursuites pénales qu'elle était censée accompagner, devait être considérée - non comme une saisie judiciaire - mais comme une simple saisie administrative, relevant du contrôle des mesures de police effectué par le juge administratif (cf. J. Rivero, *op. cit.*, p. 235).

[73] C.A. Paris, 22 février 1962 (2 espèces), TGI Seine, 8 mai 1963, *D.* 1964.231., note Maestre.

[74] "*Considérant que pour exonérer les préfets de la faute qui leur est imputée à raison du défaut d'urgence et de l'inexistence de l'infraction, il suffit de constater que, eu égard aux circonstances et aux écrits incriminés, l'atteinte à la sûreté de l'Etat était suffisamment apparente pour justifier l'action desdits préfets*" (C.A. Paris, 22 février 1962, *SARL d'éditions et de publications de France-Observateur c/ Agent judiciaire du Trésor*, *D.*, op. cit., p. 232).

[75] "*Il résulte manifestement de l'ensemble des circonstances de chacune des affaires que les saisies litigieuses ont eu pour objet, non de constater des crimes ou délits contre la sûreté intérieure ou la sûreté extérieure de l'Etat et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, mais d'empêcher la diffusion dans le département d'Alger d'écrits insérés dans les numéros précités du journal sus-mentionné...* [annulation pour détournement de procédure]" (CE, 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France Editions et Publications*, Rec. 412, *R.D.P.*, 1960.815, concl. Heumann).

[76] Cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier.

[77] Dans ce sens, cf. Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 80.

Lorsque les renseignements publiés ne sont pas secrets mais que leur divulgation *"est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation"*, elle constitue une infraction prévue à l'article 411-6 qui sanctionne

> *"le fait de livrer ou de rendre accessible à une puissance étrangère, à une entreprise étrangère ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents de renseignements* [des informations de cette nature]. "

En revanche, on a assisté récemment à une évolution significative en matière de pouvoirs de saisie. En effet, la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale a abrogé l'article 30 du Code de procédure pénale et avec lui les pouvoirs exceptionnels du préfet pour agir comme officier de police judiciaire, notamment en matière de prévention de la violation du secret de défense.

Seul autre texte restant en vigueur, la loi du 29 juillet 1881 sanctionne toujours la provocation aux crimes de trahison ou d'espionnage par voie de presse (articles 23 et 24). La question s'est posée il y a de nombreuses années de savoir si ces dispositions n'avaient été rendues caduques par le fait que le Code pénal punissait lui-même la provocation à commettre des crimes contre la sûreté de l'Etat [78]. La Cour de cassation a tranché en faveur du maintien en vigueur des dispositions de la loi de 1881 sur ce point, considérant de ce fait que la provocation par voie de presse à la trahison ou l'espionnage est sanctionnée par le Code pénal lorsqu'elle a été suivie d'effet, alors qu'elle n'est réprimée que sur la fondement de la loi de 1881 lorsqu'elle n'a pas été suivie d'effet [79].

S'il est vrai, comme nous l'avons vu plus haut, que la doctrine classique des droits de l'homme a toujours accepté l'idée que les nécessités supérieures de la défense puissent déroger à l'exercice complet de la liberté d'expression, il n'en demeure pas moins que lorsque droit au secret et liberté de la presse s'opposent au point que l'exercice du métier de journaliste puisse constituer une infraction pénale majeure,

---

[78] Dans le nouveau Code pénal, l'infraction de provocation n'est prévue que pour la provocation à commettre des infractions à l'encontre des intérêts fondamentaux de la nation (art. 411-11) et à désobéir à l'autorité militaire (art. 413-3). La provocation à commettre des atteintes au secret de la défense nationale n'est pas incriminé, sans doute du fait que ces atteintes ne constituent plus - à elle seule - les crimes d'espionnage ou de trahison (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier et Chapitre II).

[79] Cass. Crim., 24 mars 1955, Bull n° 177, Chronique *in Revue de Science Criminelle*, 1955, p. 537.

nous sommes en présence d'un "*conflit aigu*" pour reprendre l'expression employée aux journées de Strasbourg en 1957 [80].

Si, en France, le conflit entre presse et pouvoir en matière de secret n'est quasiment jamais allé jusque devant la justice, en revanche, à l'étranger, plusieurs affaires judiciaires ont illustré les risques d'abus du secret à l'encontre de la liberté de la presse ou de l'édition. La plus célèbre a sans doute été celle dite des "documents du Pentagone" aux Etats-Unis. Mais elle a été suivie par d'autres affaires plus récentes, spécialement aux Etats-Unis (Sous-Section II.) et en Grande-Bretagne (Sous-Section III.).

Sous-Section II. - Le secret et la censure de la presse aux Etats-Unis

§ *1. - Les "Pentagon Papers"*

L'affaire des documents du Pentagone opposa en 1971 le Gouvernement fédéral aux quotidiens *New York Times* et *Washington Post*, coupables à ses yeux d'avoir publié des extraits d'un ensemble de documents internes au Département de la défense relatifs à la guerre du Vietnam [81]. Sur la base du Premier amendement à la Constitution américaine - qui affirme que "*le Congrès ne fera aucune loi qui (...) restreigne la liberté de la parole ou de la presse ..*" - la Cour Suprême a considéré inconstitutionnelle l'action du Gouvernement américain visant à interdire préventivement ("*prior restraint*") la publication de ces documents [82].

Mais en réalité, la décision de la Cour Suprême n'a que partiellement réglé le problème de la compatibilité entre liberté de la presse et protection du secret aux Etats-Unis. Comme l'a dit justement le Professeur Benno Schmidt, elle est "*typique de ces*

---

[80] Jacques Léauté (sous la dir.), *Secret militaire et liberté de la presse - étude de droit pénal comparé*, op. cit., p. 65. Le Général Eisenhower disait pour sa part, à propos des informations militaires : "*Pour le commandement, le secret est une arme défensive ; pour la presse, c'est une malédiction. Il faut arriver à tenir compte de ces deux points de vue divergents*" (Dwight Eisenhower, *Croisade en Europe*, cité *in* Jacques Oger, "Les public relations et la défense nationale", *Revue militaire d'information*, n°172, 25 avril 1951, p. 21).

[81] Sur le déroulement de l'affaire et ses conséquences, cf. Jean Beauté, "Liberté de la presse et sécurité nationale : à propos de l'arrêt de la Cour Suprême relatif aux documents du Pentagone", *Revue du Droit Public*, Tome XC, 1974, n°3, p. 721 et s. ; Morton H. Halperin & Daniel N. Hoffman, *Top Secret - National Security and the Right to Know*, New Republic Books, Washington DC, 1977, p. 5 à 14 et p. 125 à 131 (Morton Halperin était Deputy Assistant Secretary à la défense lors de la rédaction des "*Pentagons Papers*". Il devint ensuite l'un des consultants des journaux attaqués dans le procès, puis l'un des principaux adversaires de la politique de protection du secret du Gouvernement et des services de renseignement).

[82] *New York Times Co. v. United States* et *United States v. Washington Post*, 403 US 713 du 30 juin 1971.

"grands" dossiers constitutionnels dans lesquels la Cour règle le litige en laissant plus de questions en suspens qu'elle n'a apporté de réponses" [83]. Certes, le fait que la Cour Suprême ait refusé au Gouvernement le droit d'interdire la publication des documents du Pentagone a frappé l'opinion dans la mesure où cela manifestait la puissance du pouvoir judiciaire américain et sa capacité à contrecarrer l'initiative gouvernementale y compris dans les domaines sensibles touchant à la défense et à la sécurité nationale. Mais les analystes de cette décision en ont tous fait ressortir le caractère limité et, paradoxalement, modéré [84].

La Cour s'est concentrée sur le fait de savoir si une interdiction préventive de publication était compatible avec l'application du Premier Amendement. Ce à quoi, elle a répondu par un *"per curiam"* très court :

> *"Tout système d'interdiction préventive d'une opinion apparaît à cette Cour comme comportant une lourde présomption d'inconstitutionnalité. (...) Le Gouvernement a donc l'impérieuse obligation d'apporter la justification d'une telle interdiction.* [les jugements des cours inférieures] *ont montré que le Gouvernement n'a pas rempli cette obligation. ...".*

Cette démonstration - qui reprend, pour l'essentiel, des principes déjà établis dans de précédents arrêts - est explicitée par de longues opinions des juges de la Cour (six opinions majoritaires et trois dissidentes) qui l'accompagnent. Il en résulte que, si la primauté du Premier Amendement est clairement réaffirmée, la Cour reconnaît cependant au Gouvernement la possibilité de restreindre la liberté de la presse pour des raisons liées à la sécurité nationale. La Cour constate seulement que dans le cas des "Pentagon Papers", le Gouvernement n'a pas prouvé à la justice que leur publication aurait représenté un réel danger pour la sécurité nationale. A contrario, donc

> *"il est évident que la Cour admet que si un "préjudice grave et irréparable" [était] causé à la sécurité du pays par la publication de telle ou telle information, alors cette publication pourrait être interdite préventivement. Tel est le principe lourd de conséquences posé par la Cour même si celle-ci, en l'espèce, a donné satisfaction aux journaux."* [85]

---

[83] Benno C. Schmidt Jr., "The American Espionage Statutes and Publication of Defense Information", in Thomas M. Franck & Edward Weisband (ed.), *op. cit.*, p. 180.

[84] Cf. notamment J. Beauté, *op. cit.*, p. 784 ; Morton H. Halperin & Daniel N. Hoffman, Morton H. Halperin & Daniel N. Hoffman, op. cit., p. 126 et B. Schmidt, *op. cit.*, p. 180.

[85] J. Beauté, *op. cit.*, p. 785.

On peut aussi déduire indirectement de l'analyse des différentes opinions des juges que le pouvoir judiciaire a le droit de se faire sa propre opinion sur la nature du préjudice que la publication pourrait entraîner pour la sécurité nationale [86]. Pour le reste, le caractère très contradictoire des opinions exprimées par les juges a eu pour effet de laisser dans l'ombre deux aspects essentiels : l'applicabilité des lois sur la répression de l'espionnage ou les conséquences juridiques de la classification des documents.

1°) La Cour n'a pas tranché sur le point de savoir si les lois sur l'espionnage pouvaient s'appliquer à ces révélations par voie de presse. En effet, le Gouvernement fédéral s'était gardé de poursuivre les deux journaux sur ce fondement, se contentant de leur interdire unilatéralement de continuer la publication. Mais le débat reste entier. D'un côté, une majorité de juges de la Cour s'est prononcée en faveur de l'applicabilité de l'Espionage Act à des publications journalistiques [87], ce qui constitue, de facto, une restriction législative à la liberté de la presse fondée par le Premier Amendement.

De l'autre, la plupart des auteurs universitaires pense, que *"l'histoire législative démontre clairement que le Congrès, malgré son utilisation d'un langage très large dans plusieurs articles, a choisi de ne soumettre la publication des informations militaires générales à aucune restriction"* [88]. En effet, lors de la discussion parlementaire sur l'Espionage Act, le Congrès a rejeté tous les amendements introduisant une quelconque censure de la presse, et spécialement l'un d'entre eux qui permettait au Président de prohiber la publication de toute information *"relative à la défense nationale qui, à son jugement (...) pourrait être utile à l'ennemi"* [89]. Par ailleurs, on peut constater que la section 793 de l'Espionage Act n'utilise que le terme très général *"communiquer"*, alors que les sections 797 et 798 (sections introduites ultérieurement et concernant des cas particuliers : photographies d'installations

---

[86] Dans ce sens, J. Beauté, *op. cit.*, p. 772 ; Morton H. Halperin & Daniel N. Hoffman, *op. cit.*, p. 130.

[87] Chief Justice Burger, Justices Stewart, Marshall, White et Harlan. Ne sont d'un avis opposé que Justices Douglas et Black.

[88] B. Shmidt, *op. cit.* (cet article constitue un résumé d'un article plus complet écrit en collaboration avec le professeur Harold Edgar et portant le même titre, publié en mai 1973 dans la *Columbia Law Review*, p. 929 et s.). Dans le même sens, Howard B. Homonoff, "The First Amendment and National Security : The Constitutionality of Press Censorship and Access Denial in Military Operations", *Journal of International Law and Politics*, New-York University, Vol. 17, hiver 1985, n° 2, p. 380.

[89] H.R. 291, 65th Cong., 1st Sess., 55 CONG. REC. 1763 (1917). On peut remarquer que cette formulation, refusée par le Congrès, est proche de celles de l'article 78.3° de l'ordonnance de 1939 et, surtout, de l'article 78 de l'ordonnance de 1960 en France.

militaires, chiffre et communication) mentionnent spécifiquement la *"publication"*, d'où il ressort que *"le Congrès était à même de distinguer et qu'il a parfaitement distingué entre publication et communication dans les diverses sections de l'Espionage Act"* [90]. Ce qui fait dire encore à B. Schmidt, qu' *"un magazine qui publierait de telles informations [sur des mouvements de troupes ou de bâtiments militaires] - même en les titrant "La Normandie sera envahie demain" - pour satisfaire simplement la curiosité de ses lecteurs (...), ne contreviendrait pas à cette loi."* [91]

Le fait que seuls Anthony Russo et Daniel Ellsberg, les deux employés de la Rand Corporation suspectés d'avoir transmis documents, firent l'objet de poursuites pénales [92] (lesquelles n'aboutirent d'ailleurs pas) tendrait également à étayer la thèse de l'inapplicabilité de la section 793 de l'*Espionage Act* aux publications de presse. Néanmoins, la question n'a pas été tranchée par la Cour.

2°) De la même manière, la Cour n'a pas cherché à établir si les documents en question étaient ou non classifiés. En réalité, lors du commencement de l'affaire, ils étaient tous classifiés *"Top secret-sensitive"* (le terme *"sensitive"* n'ayant d'ailleurs aucun statut légal) [93] mais la plupart d'entre eux furent déclassifiés avant le début de l'instance devant la Cour Suprême, ce qui a fait dire que *"cette attitude n'a pu qu'affaiblir la crédibilité que l'on pouvait accorder aux affirmations du Gouvernement selon lesquelles la publication de ces documents mettrait en danger la sécurité du pays"* [94].

De ce fait, la Cour est restée silencieuse sur le point de savoir si elle s'estimait compétente pour apprécier, en toute indépendance vis-à-vis des arguments du Gouvernement, la pertinence de la classification imposée aux informations, comme elle avait semblé l'affirmer dans l'arrêt *U.S. v. Reynolds* de 1953 [95] (à propos de documents relatifs à l'accident d'un avion militaire américain). C'est en 1973 que son

---

[90] 403 US 721, extrait cité par J. Beauté, *op. cit.*, p. 780. Dans le même sens, B. Schmidt, *op. cit.*, pp. 187 à 190.

[91] B. Schmidt, *op. cit.*, p. 190.

[92] Cf. Leonard B. Boudin, "The Ellsberg Case : Citizen Disclosure", in Thomas M. Franck & Edward Weisband (ed.), *op. cit.*, p. 292.

[93] Cf. Morton H. Halperin & Daniel N. Hoffman, *op. cit.*, p. 7.

[94] J. Beauté, *op. cit.*, p. 762.

[95] *United States v. Reynolds*, 345 US I, 8 (1953). Pour un commentaire, cf. "The Military and State Secrets Privilege : Protection for the National Security or Immunity for the Executive ?", *Yale Law Journal*, n°91, janvier 1982, p. 571 à 573.

arrêt *Environmental Protection Agency v. Mink, et al.* [96] vint contredire cette interprétation en affirmant que la Cour ne se reconnaissait pas le droit de remettre en cause l'opportunité d'une classification décidée par le Gouvernement. Mais le Congrès modifia en 1974 le *Freedom of Information Act* de façon à n'exclure du droit de communication que des documents :

> "*(A) qui sont spécifiquement autorisés selon les critères d'un Executive Order à demeurer secrets dans l'intérêt de la défense nationale ou de la politique étrangère et (B) qui sont, dans les faits, classifiés de manière appropriée au regard de cet Executive Order.*" [97]

Dès lors, l'ajout de cette seconde condition (B) a établi législativement, et sans ambiguïté possible, la compétence et l'obligation pour le juge de vérifier par lui-même la pertinence de la classification décidée par le Gouvernement (cf. infra, nos développements sur l'autonomie d'appréciation de la justice en France).

§ 2. - *Le "Progressive Case"*

Aux Etats-Unis, l'affaire *The Progressive* est intervenue en 1979 dans le domaine particulier des informations nucléaires, qui font l'objet d'un statut particulièrement rigoureux dans le cadre de l'*Atomic Energy Act* voté en 1946 (et amendé en 1976) [98]. Ce texte possède, en effet, la particularité d'instaurer, pour ainsi dire, un secret "*de naissance*" [99], c'est-à-dire que la quasi-totalité des informations relatives à l'énergie atomique et aux armes nucléaires ("*toute donnée concernant la conception, la fabrication et l'utilisation des armes atomiques, la production de matériaux fissiles ou l'usage de ces matériaux fissiles dans la production d'énergie ...*") sont considérées comme "*Restricted Data*" dès leur apparition, sans qu'il soit besoin d'une décision de classification explicite de la part de l'administration.

Le journal *The Progressive* souhaitait publier une enquête relative au secret des programmes nucléaires américains. Cette enquête comportait quelques informations sur le processus de production des bombes thermonucléaires. Le Department Of Energy

---

[96] *Environmental Protection Agency v. Mink, et al.*, 410 US 73 (1973).

[97] The Freedom Of Information Act (as amended), 5 *U.S.C.*, par. 552.(b)(1).

[98] 42 *U.S.C.*, par. 2014 à 2296 (1976). Pour un commentaire contemporain de son adoption, cf. James R. Newman, "Control of Information Relating to Atomic Energy", *The Yale Law Journal*, Vol. 56, mai 1947, n° 5, p. 769 et s..

[99] L'expression est de Mary M. Cheh, "The Progressive Case and the Atomic Energy Act : Waking to the Dangers of Goverment Information Controls", *George Washington Law Review*, Vol. 48, janvier 1980, n°2, p. 163.

(DOE), averti, signala au journal qu'une certaine proportion des informations citées relevaient de la catégorie des *"Restricted Data"* et, de ce fait, lui demanda d'expurger son texte. Devant le refus du magazine, le Gouvernement obtint d'une Cour fédérale de district une injonction interdisant la publication [100].

Pour sa défense, le magazine avait repris notamment un argument déjà évoqué plus haut à propos des *"Pentagon Papers"* : à son avis, le texte de l'*Atomic Energy Act* n'interdisait explicitement que la "communication" des informations, et non leur "publication". Mais la doctrine estime que, dans ce cas particulier, le terme de communication se rapportant essentiellement à des travaux scientifiques sous-entendait, dans l'esprit du Congrès, la publication (qui est le mode obligé de communication scientifique) [101]. L'argument ne fut donc pas retenu. Au contraire, le juge fédéral estima que les justifications du Gouvernement - confirmées par une expertise technique - établissait un risque pour la sécurité nationale, à savoir qu'une puissance moyenne pouvait trouver dans ces articles des informations lui permettant de développer plus facilement un armement nucléaire.

Ce n'est qu'après la fin du procès que *The Progressive* s'aperçut que les informations censurées par le Gouvernement fédéral étaient disponibles au public dans des documents déclassifiés à la bibliothèque de Los Alamos depuis quatre ans.

Mais le plus important aspect de cette affaire est sans doute qu'en l'espèce, les informations qui ont été censurées étaient toutes issues de sources privées (un scientifique travaillant dans un laboratoire universitaire, un chercheur travaillant dans l'industrie, des recherches effectuées dans des bibliothèques publiques, ...). C'est, en effet, la première fois, que le Gouvernement américain obtint de restreindre la diffusion d'information d'origine non-gouvernementale [102] (en dehors du seul cas prévu par la loi, à savoir par l'*Invention Secrecy Act*, en matière de brevet [103]).

§ 3. - L'affaire Pelton

Plus récemment encore, toujours aux Etats-Unis, le Gouvernement et la CIA ont fait pression en 1986 sur le *Washington Post* pour le dissuader de rendre public le fait qu'un employé de la National Security Agency, Ronald W. Pelton, avait vendu au

---

[100] *U.S. v. Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990 (1979).

[101] Cf. M. Cheh, *op. cit.* p. 191-192.

[102] *Ibid.* p. 167.

[103] 35 *U.S.C.*, par. 181 (modifié en 1976).

K.G.B. des informations technologiques secrètes sur plusieurs dispositifs américains d'écoute sous-marine. Ils s'appuyaient - d'après ce qui a paru dans la presse - sur des dispositions d'un texte législatif de 1950 prohibant la publication d'informations spécifiques relatives à l'interception et au chiffrement des communications secrètes [104]. Il s'agit, en réalité, de la première partie de la section 798 relative à la divulgation d'informations classifiées concernant le chiffre et la *"communication intelligence"* (COMINT) et qui - nous l'avons indiqué plus haut - est l'une des deux sections de l'Espionage Act qui incriminent explicitement la publication d'informations [105]. Là encore, il s'agissait d'une première dans l'histoire américaine car ce texte n'avait jamais été employé à l'encontre de la presse.

A la suite d'une intervention personnelle de M. Casey, directeur de la C.I.A. - puis du Président Reagan lui-même - la direction du journal garda le silence sur ce dossier durant 19 jours et déprogramma les articles prévus sur le sujet. Ce n'est qu'après que la chaîne *NBC* ait évoqué l'affaire que le *Washington Post* a décidé de publier à son tour un article , qui ne précise pas la nature technique des dispositifs trahis par Pelton, et dans lequel M. B. Bradlee, rédacteur en chef, explique qu'il *"était incapable de pleinement juger de la validité des objections de sécurité nationale avancées par les responsables"*, mais qu'il *"continue à croire que l'article original n'aurait rien révélé que les Soviétiques ne sussent déjà."* [106]

En résumé, les trois affaires américaines évoquées plus haut montrent qu'aux Etats-Unis :

- le conflit entre liberté de la presse et sécurité nationale est un conflit aigu et juridiquement incertain, en raison notamment du Premier Amendement, qui accorde à la liberté d'opinion et d'expression une protection supérieure à ce que nous connaissons dans les autres démocraties ;

- ce conflit s'est accentué depuis une vingtaine d'années, ce qui peut sans doute s'expliquer par les conséquences de la guerre du Vietnam (conflit qui a profondément détérioré le consensus civique de la société américaine) et les tendances "impériales" des présidences républicaines (notamment Nixon et Reagan) ;

---

[104] Cf. *International Herald Tribune*, 22 mai 1986, p. 3 (reproduisant un article de Washington Post du 21 mai 1986) ; *Le Monde*, 23 mai 1986.

[105] *U.S.C.*, Title 18-Crimes and Criminal Procedure, Chapter 37-Espionage and Censorship, par. 798. Disclosure of classified information (a).

[106] *International Herald Tribune*, *op. cit.*, p. 3 (traduction des extraits, *Le Monde*, *op. cit.*).

- dans le cadre du Premier Amendement, le principe général demeure l'inconstitutionnalité de toute censure même si des circonstances exceptionnelles - que le juge apprécie souverainement - peuvent justifier qu'à titre dérogatoire l'exécutif pratique une censure préventive lorsqu'une publication pourrait avoir des conséquences graves pour la sécurité nationale ;

- ce principe semble renversé dans quelques domaines ultra-sensibles dans lesquels la loi a entendu exclure toute publication d'informations secrètes : les photographies de sites militaires, le chiffre et les communications, l'énergie et les armes nucléaires.

Sous-Section III. - Le secret et la presse en Grande-Bretagne

La Grande-Bretagne est également un pays dans lequel le conflit entre liberté de publication et sécurité nationale a toujours été présent. Il s'agit, en effet, à la fois d'une démocratie fort attachée à la sauvegarde des libertés publiques et d'une puissance internationale nantie d'une longue tradition de protection des secrets de défense (notamment au travers du fameux Official Secrets Act de 1911, qui ne fut réformé qu'en 1989).

Traditionnellement, le Gouvernement britannique règle les problèmes de confidentialité des informations de défense de manière informelle et pré-contentieuse avec la presse. Son principal instrument est le système de la "*notice D*". Il s'agit d'une pratique sans base légale. Un comité, présidé par le sous-secrétaire d'Etat au ministère de la défense, réunit des hauts fonctionnaires et des représentants des médias britanniques. Ce comité émet des notes indiquant aux médias les types d'information que le Gouvernement ne souhaite pas voir publiés [107]. Il ne s'agit que de recommandations sans dispositif de sanctions automatiques et donc sans effet contraignant (ainsi la notice D diffusée en 1968 pour demander à la presse de supprimer certains détails relatifs à l'affaire Philby, n'a pas été suivie d'effets). Cependant, dans la pratique, il apparaît que lorsque les journaux s'adressent au Comité pour requérir son avis sur une information qu'ils envisagent de reproduire, l'éventuelle réponse positive du Comité les met quasiment *de facto* à l'abri de toutes poursuites judiciaires [108]. Ce système nécessairement a fait plusieurs fois l'objet de projets de

---

[107] Cf. notamment, Rapport Franks, *op. cit.*, p. 29.

[108] Cf. Eric Barendt, "Prior Restraints on Speech", *British Journal of Administrative Law*, été 1985, p. 273.

réforme qui n'ont jamais abouti [109]. Mais, il semble qu'aucune nouvelle notice D n'a été émise depuis une dizaine d'années [110].

Quoi qu'il en soit, la notice D n'est qu'un outil partiel qui permet seulement à l'Etat d'intervenir en amont de certaines crises ou à un journal de se prémunir officieusement contre d'éventuelles poursuites. Ce dispositif n'est pas efficace contre des révélations inopinées (ce qui est souvent le cas en matière de journalisme d'investigation, domaine de prédilection des journalistes britanniques) ni vis-à-vis de médias politiquement engagés ou décidés à remettre en cause le *statu quo*. D'où certains litiges, pouvant déboucher devant les tribunaux.

§ 1. - L'affaire "ABC"

Ce fut le cas, par exemple, en 1979 dans l'affaire primitivement connue comme "l'affaire ABC" dans laquelle le Gouvernement engagea des poursuites sur le fondement de l'Official Secrets Act of 1911 contre deux journalistes (du New Stateman et de Time Out) et un ancien militaire [111]. Les deux journalistes étaient accusés d'avoir publié des informations confidentielles sur les activités d'interceptions de radio-communication (Sigint) pratiquées par l'armée britannique, informations qui leur auraient été révélés par le troisième accusé, John Berry, qui avait servi dans les transmissions. Dans le courant du procès, la plupart des chefs d'accusation initiaux furent abandonnés et un incident de séance donna lieu à une "affaire dans l'affaire" : "l'affaire du Colonel B". Ce colonel spécialiste du Sigint fut cité à témoigner devant le tribunal afin d'éclairer la justice sur le caractère confidentiel des informations publiées. Il réclama le droit à garder l'anonymat et fut désigné par la Cour comme "le Colonel B". Néanmoins, certains éléments de sa déposition publique (comme le nom et le numéro de son unité) permirent à des magazines de l'identifier et de publier son nom. Il s'ensuivit une poursuite pour "*contempt of court*" (infraction propre au droit britannique, qui punit un comportement de nature à nuire à l'action de la justice [112]), qui dégénéra en débat politique. D'abord reconnus coupables, les journaux ayant publié

---

[109] Cf. notamment Labour Party, *Freedom and the Security Services*, Londres, 1983, p. 11. ; "The D Notice System - Observations presented by the Secretary of State for Defence", House of Commons Paper 773 Session 1979-80, *H.M.S.O.*, Cmnd. 8129, Londres, janvier 1981.

[110] D'après David Wise, *Molehunt - The Secret Search for Traitors that scattered the CIA*, 1992, traduction française : *La stratégie du soupçon - enquête sur la paranoïa de la CIA*, Plon, 1994, p. 124.

[111] Cf. Patricia Kinder, "Sur la liberté de la presse en Grande-Bretagne - de l'affaire Sunday Times à l'affaire Harriett Harman ou les tribulations du contempt of court", *R.D.P.*, 1983, n°2, p. 303.

[112] Sur cette notion et son application dans les rapports de la justice avec la presse, cf. P. Kinder, *op. cit.*, p. 285 à 332.

l'identité du colonel furent relaxés en appel par la Chambre des Lords [113] qui s'appuya sur le fait que le juge n'avait pas formellement interdit la publication du nom du témoin mais seulement autorisé celui-ci à ne pas le dévoiler oralement lors de sa déposition. Quant au jugement au fond sur les poursuites engagés contre les premiers accusés, il ne les condamna que légèrement et assorti les peines de *"conditional discharges"* (en quelque sorte, une forme de sursis).

Mais c'est à la fois en Australie et en Grande-Bretagne que furent jugées les plus fameuses poursuites judiciaires jamais engagées par le Gouvernement britannique pour empêcher la publication d'informations confidentielles.

§ 2. - *L'affaire Spycatcher*

Il s'agit de la très médiatique affaire *Spycatcher* en 1986-1988 qui opposa d'une part devant les tribunaux australiens le Gouvernement britannique à M. Peter Wright, auteur du livre du même nom dans lequel il raconte ses souvenirs d'agent du M.I.5 (contre-espionnage britannique) et d'autre part, devant les tribunaux britanniques, le Gouvernement aux journaux qui reprenaient le déroulement du procès australien (Observer, Guardian) ou publiaient des extraits des souvenirs de P. Wright (Sunday Times).

Deux problèmes différents ont été soulevés par ces procédures parallèles. En Australie, le Gouvernement britannique entendait empêcher la publication de ce livre sous prétexte que M. Wright y révélait des informations relatives à ses anciennes activités qu'il s'était, par avance, engagé à ne jamais divulguer en vertu de l'Official Secrets Act [114]. Il s'agissait là d'une nouvelle forme du problème classique de l'obligation de secret imposée aux anciens fonctionnaires des services de sécurité, du type de ceux soulevés aux Etats-Unis dans les affaires Marchetti, Snepp ou Agee (cf. également nos développements sur l'habilitation et les obligations des personnels dépositaires de secrets de défense, supra - IIème Partie, Chapitre II). L'affaire était cependant compliquée par le fait que l'Official Secrets Act britannique ne s'appliquant pas en Australie, lieu de résidence de P. Wright et de publication du livre, le Gouvernement britannique dut invoquer la nature contractuelle de l'engagement pris par l'auteur à l'époque de son engagement au M.I.5. Les arguments de la défense portèrent donc sur deux aspects essentiels : d'une part démontrer le caractère non contractuel des engagements de P. Wright vis-à-vis du Gouvernement britannique ;

---

[113] *Attorney-General v. Leveller Magazine Ltd.* [1979] I All ER 745.

[114] Cf. Malcolm Turnbull, *The Spycatcher Trial*, Heinemann Ltd, Londres, 1988 (récit détaillé du procès par l'avocat australien de P. Wright).

d'autre part établir que les informations incriminées dans le livre avaient été, pour l'essentiel, déjà publiées dans d'autres livres (notamment deux écrits par le journaliste Chapman Pincher [115], à partir de confidences de P. Wright et d'autres sources) et dans une émission de télévision (l'émission *"The Spy who Never Was"* produite en 1984 par Paul Greenglass pour Granada TV, dans laquelle témoignait P. Wright), qui n'avaient fait l'objet d'aucune poursuite.

L'avocat de P. Wright se fonda essentiellement, à propos de ce point, sur une décision de la Haute Cour Australienne *Commonwealth v. Halifax* en 1981 dans laquelle il avait été décidé, à propos d'une poursuite du Gouvernement australien pour stopper la publication de documents diplomatiques, que le Gouvernement ne pouvait empêcher la publication d'informations que s'il pouvait établir *primo* que celles-ci demeuraient encore secrètes à la date de la poursuite et *secundo* que leur divulgation causerait un réel préjudice [116].

Le jugement rendu le 13 mars 1987 par Justice Powell donna raison à la défense et débouta le Gouvernement britannique de son action [117]. Il dénia tout caractère contractuel à la relation de P. Wright avec le MI5 tout en considérant que celui-ci conservait une obligation générale de confidentialité, indépendamment de toute référence à l'Official Secrets Act. Mais c'est en évaluant l'opportunité de faire jouer cette obligation de confidentialité, qu'il estima - selon les principes posées dans la decision *Commonwealth v. Halifax* - que les informations en question ne la justifiaient plus :

> *"premièrement, (...) la plupart des informations contenues dans le manuscrit de M. Wright est déjà accessible au public, non seulement dans le Royaume-Uni, mais aussi ailleurs, dans des livres et d'autres documents qui ont été publiés depuis des années ; (...) deuxièmement, il est difficile pour moi d'établir en vertu de quoi il peut être raisonnablement allégué que pourra avoir ou aura, selon toute probabilité, un effet préjudiciable à la sécurité nationale du Royaume-Uni, la publication, aujourd'hui, d'informations - même non encore publiques - relatives à des technologies d'au moins vingt ans d'âge et depuis longtemps obsolètes en raison des développements techniques modernes, ou*

---

[115] Chapman Pincher, *Their Trade is Treachery*, Sidgwick & Jackson, Londres et *Too Secret Too Long - The great betrayal of Britain's crucial secrets and the cover-up*, Sidgwick & Jackson, Londres, 1984.

[116] Cette seconde condition s'apparente de près à l'état de la jurisprudence américaine initiée par la décision *New York Times Co. v. United States*, analysée supra.

[117] Cf. Malcolm Turnbull, *op. cit.*, p. 197 à 200.

relatives à des opérations - dont plusieurs ont échoué - qui se sont déroulées il y a au moins vingt ans. " [118]

Il affirma, par ailleurs, qu'il était dans l'intérêt public que soient révélées les preuves de certains crimes et trahisons [119].

A la suite d'appels successifs, l'affaire fut tranchée définitivement en juin 1988 par la Haute Cour d'Australie qui donna raison à P. Wright et condamna le Gouvernement britannique pour avoir essayé de faire appliquer indirectement les lois pénales britanniques par les tribunaux australiens [120].

Parallèlement, les poursuites engagées au Royaume-Uni même contre trois organes de presse donnèrent des résultats variables. L'*Observer* et le *Guardian* furent relaxés par le juge de première instance, puis par la Chambre des Lords, pour avoir rendu compte du déroulement du procès en Australie, et ce, y compris, lorsqu'étaient évoquées à cette occasion les allégations de P. Wright. Il y avait, en effet, un intérêt public qui s'attachait à la connaissance de ces allégations et Les Lords ont estimé, par ailleurs, que la disponibilité du livre (aux Etats-Unis notamment) avait enlevé tout caractère à ces allégations. En revanche, le *Sunday Times* fut reconnu coupable d'avoir commencé la reproduction en feuilleton du livre dans la période précédent sa disponibilité à l'étranger [121]. Il ne fait guère de doute que les revers judiciaires infligés dans cette affaire à la position du Gouvernement Tatcher, ajoutés aux remous importants provoqués par l'affaire Ponting en 1984 (cf. supra) ont contribué fortement aux deux réformes législatives intervenues en Grande-Bretagne en 1989 : celle de l'Official Secrets Act et l'adoption d'un "*Security Service Act*", qui a donné pour la

---

[118] Extrait cité par Malcolm Turnbull, *op. cit.*, p. 199.

[119] La principale allégation contenue dans *Spycatcher* (ainsi que dans les deux livres de Chapman Pincher) concerne la probable trahison d'un ancien patron du contre-espionnage au profit des Soviétiques : Roger Hollis, qui fut directeur général du MI5 entre 1956 et 1965 (Cf. Peter Wright, *Spycatcher*, Viking Penguin, New York, 1987, traduction française sous le même titre : Robert Laffont, 1987).

[120] L'affaire a pris, sur ce point, une tournure intéressante du point de vue du droit international public : dans quelle mesure une nation peuvent-elle s'assurer contre des publications ou des divulgations de ses secrets commis sur le territoire d'un pays étranger, même allié ? Il semble que la solution soit dans des dispositions législatives spécifiques, comme celles existant en droit français au profit des nations alliées et dans un rapprochement des législations nationales. Sur cet aspect de l'affaire *Spycatcher*, cf. Malcolm Turnbull, *op. cit.*, p. 214-215.

[121] Pour un rapide commentaire de ces décisions britanniques, cf. Stephen de Bate, "The 'Spycatcher' Litigation", *International Media Law*, Vol. 6, n°11, novembre 1988, p. 87 ; Malcolm Turnbull, *op. cit.*, p. 207 à 211.

première fois un statut légal aux services de renseignement et de contre-espionnage britanniques.

SECTION III. - Des usages visant à freiner l'action de la justice

En France comme dans d'autres Etats démocratiques, le secret de défense peut aussi devenir parfois le moyen ultime de défense qu'utilise un gouvernement pour tenter d'enrayer l'action de la justice lorsque celle-ci s'attaque à certains dossiers "sensibles" susceptibles de remettre en cause des vérités officielles [122] :

> *"L'invocation du "secret défense" est le joker des affaires d'Etat, la carte qui permet de passer son tour avec élégance, sans être obligé de mentir pour éviter de s'accuser."* [123]

Sous-Section I. - Problématique juridique

Même si la jurisprudence française reconnaît traditionnellement au juge pénal une liberté souveraine d'appréciation du secret (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III), cette même jurisprudence n'a pas hésité à établir, à l'occasion de certains dossiers sensibles, une règle tout à fait contraire à ce principe de liberté, selon laquelle - sauf décision gouvernementale contraire - le secret de défense doit être opposé par ses détenteurs à toutes les juridictions. Pour comprendre le champ d'application de cette régle, il nous faut d'abord distinguer entre les deux cas de figures possibles auxquels le juge pénal peut être confronté en matière d'atteinte au secret de défense.

§ 1. - Deux cas de figure très différents en ce qui concerne le rôle du juge pénal

L'analyse de la doctrine et de la jurisprudence nous montre, en effet, la différence essentielle qu'il convient de faire entre deux cas de figure fort différents du point de vue du rôle du juge pénal :

- Le cas le plus simple est celui où l'infraction commise a entraîné la révélation au public du secret. Dans cette situation, *"la violation du secret est en principe réalisée,* [et] *le juge pénal a pour mission d'établir si le renseignement ou le document divulgué par l'inculpé, était ou non secret. Dans une telle hypothèse,*

---

[122] Pour un rapide - et récent - rappel de quelques affaires judiciaires ayant donné lieu à l'invocation du secret de défense, cf. *Le Point*, 22 janvier 1994, p. 52.

[123] Cf Edwy Plenel, *La part d'ombre*, Stock, 1992, réédition Gallimard 1994, p. 445.

la connaissance de toutes les pièces relatives au dossier, est indispensable au jugement de l'affaire car, ici, l'inculpé risque sa vie, sa liberté ou son honneur. " [124]

- L'autre cas est, au contraire, celui où le secret dont le juge est censé apprécier la consistance n'est pas devenu public (soit que la tentative de violation est échouée, soit que la compromission du secret ait été réalisée au profit d'une organisation clandestine). Dans cette situation, le juge va souhaiter connaître le contenu des informations encore secrètes, afin de pouvoir mener son instruction et risque d'être confronté à un refus de coopération de l'administration. Car, comme l'explique Robert Blaser (magistrat lui-même) : "*Cette situation, qui est celle du juge se heurtant au secret dans sa recherche de la vérité, doit être distinguée du cas, vu plus haut, où le secret serait divulgué : le juge devrait alors, pour se prononcer sur la culpabilité de l'auteur, apprécier si le caractère secret de l'information était justifié.* " [125]

Dans ce second cas, où la recherche de la vérité à laquelle se consacre le magistrat instructeur (puis les formations de jugement) peut conduire à la connaissance d'informations classifiées, la pratique gouvernementale quasi-permanente a toujours été de refuser de donner au juge pénal l'accès à de tels informations, comme en témoigne *a contrario* cette déclaration d'un ministre, reconnaissant le droit du juge à accéder aux informations ne concernant pas la défense :

"*Un juge d'instruction a le droit de savoir la vérité sur des choses qui n'ont rien à voir avec la défense.* " [126]

Elle a été suivie, peu ou prou, par une jurisprudence de circonstances rendue à l'occasion de diverses affaires scandaleuses (affaire des fuites, micros du Canard Enchaîné, Carrefour du développement,...), qui a établi la légitimité du refus de témoigner pour les agents publics tenus au secret (§ 2.) puis l'impossibilité pour le magistrat de discuter et de surmonter le secret de défense opposée à ses investigations par les autorités gouvernementales (§ 3.).

---

[124] A. du Cheyron, "Les secrets de la défense nationale" in Y. Loussouarn & P. Lagarde (sous la dir.) *L'information en droit privé - Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, p. 570 (l'auteur ajoute, cependant : *"A notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur ce point"*).

[125] Robert Blaser, "Le secret de défense", *Défense nationale*, mars 1990, p. 87.

[126] Déclaration le 27 septembre 1989 de Pierre Joxe - alors ministre de l'intérieur - sur RTL (*A.F.P.*, 27 septembre 1989).

§ 2. - *Le refus de témoigner devant les juridictions*

Une première étape en la matière a été franchie lors du déroulement du procès relatif à l'affaire des "fuites". Roger Wybot, directeur de la D.S.T. et l'un de ses sous-directeurs ayant refusé de révéler sous serment devant le tribunal militaire le contenu de certaines écoutes téléphoniques réalisées par leur service, au nom du secret de la défense nationale, la Cour de cassation confirma

> *"qu'il appartenait au tribunal militaire d'apprécier si les faits sur lesquels étaient appelés à déposer les témoins précités présentaient un caractère confidentiel et secret qui les dispensaient en raison de leur fonction de les dévoiler à la justice."* [127]

Cet arrêt fut interprété comme ayant consacré le droit pour le détenteur d'un secret de la défense nationale de garder le silence devant la justice. Mais la doctrine en la matière fut définitivement établi par un avis que le Conseil d'Etat rendit le 19 juillet 1974, à la demande du Gouvernement à l'occasion de l'affaire des *"micros du Canard Enchaîné"* :

> *"Dans le cas où une juridiction estime nécessaire, à l'occasion d'un litige dont elle est saisie, la communication de pièces couvertes par le secret de défense ou l'audition de personnes appartenant à des services dont l'organisation et le fonctionnement sont couverts par le même secret, c'est à l'autorité responsable qu'il appartient de décider des communications à faire et de désigner, le cas échéant, les personnes qui répondront aux convocations. (...) Quant la juridiction se trouve placée devant un refus de communication ou de témoignage, elle peut s'assurer auprès du ministre compétent, de la légitimité de ce refus. Dans le cas où ledit refus est confirmé, elle en prend acte et statue ce que de droit."* [128]

Entre la décision de 1956 et l'avis de 1974, on relève déjà une évolution sensible dans la mesure où l'arrêt de la Chambre criminelle affirmait clairement qu'il revient au juge d'apprécier lui-même si le refus de témoigner est justifié. Cela sous-entendait que la juridiction possédait toujours la possibilité de ne pas accueillir les arguments du Gouvernement et des témoins et donc le pouvoir d'obliger ces derniers à témoigner. Dans l'avis de 1974, la situation n'est plus celle-là, puisqu'il y est

---

[127] Cass. Crim., 6 décembre 1956, *op. cit.*.

[128] CE, Commission spéciale, Avis du 19 juillet 1974, reproduit *in* Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *2ème rapport d'activité 1993*, La Documentation française, 1994, p. 66.

simplement dit qu'en cas de refus, la juridiction *"en prend acte et statue ce que de droit."*, ce qui suppose que le juge ne peut plus obliger le Gouvernement ou les témoins à s'exprimer, même s'il peut éventuellement en tirer les conséquences qu'il souhaite au niveau de la solution du litige.

Cette limitation du rôle du juge dans son appréciation du refus de témoignage a été critiquée indirectement dans un arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris rendu en 1975 et que nous allons analyser ci-dessous.

§ 3. - L'interdiction faite au juge d'instruction de contester le secret qui lui est opposé

Deux arrêts de la Chambre d'accusation de la Cour d'Appel de Paris rendus dans des affaires ayant défrayé la chronique sont allés au-delà du seul cas de refus de témoignage ou de communication. Ils ont purement et simplement dénié au juge la possibilité de contester la position que peut prendre le Gouvernement en ce qui concerne le statut secret d'une information ou d'un document auquel le juge souhaiterait accéder pour les besoins de son enquête.

a) La décision de la Chambre d'accusation de Paris du 21 mai 1975 (affaire des micros du Canard Enchaîné)

Le premier arrêt date du 21 mai 1975 et concerne le dossier des *"micros du Canard Enchaîné"*.

Le journal satirique avait déposé plainte contre X pour violation de domicile et atteinte à la vie privée, après que le 3 décembre 1973, des inconnus aient été surpris dans ses locaux en train d'installer des micros cachés dans certains bureaux. Le 12 décembre, le journal publia un article identifiant les *"plombiers"* comme faisant partie de la Direction de la surveillance du territoire (sur la D.S.T., cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier) et citant le nom de cinq d'entre eux.

Devant les dénégations du ministère de l'intérieur à ce sujet, le juge d'instruction procéda aux auditions des différents fonctionnaires mis en cause, qui - sur ordre de leur hiérarchie - refusèrent de répondre tant que le ministre de l'intérieur ne leur aurait pas donné d'instruction de parler. Ensuite, munis des deux avis du Conseil d'Etat rendus - à l'occasion de cette affaire - en juillet et août 1974, le directeur de la D.S.T. fit savoir au juge d'instruction qu'

> *"il serait en effet incompatible avec la protection juridique du secret de l'organisation de la Direction de la surveillance du territoire que l'appartenance à ce service, le signalement ou le visage de tel ou tel*

fonctionnaire de police soient connus de toute personne non habilitée à détenir un "secret de défense". " [129]

et qu'il refusait que soit organisée une confrontation avec des témoins extérieurs. Le 22 novembre 1974, le ministre de l'Intérieur confirma au juge que la divulgation d'éléments d'identification physique des fonctionnaires concernés pouvait représenter un risque de compromission du secret de défense. Le juge d'instruction rendit alors, le 18 mars 1975, une ordonnance aux termes de laquelle il déclarait

"1°) que l'autorité judiciaire est compétente pour apprécier l'application de la notion de secret de la défense nationale ;

2°) que cette notion de secret de la défense nationale ne peut être invoquée dans la présente procédure pour faire obstacle aux confrontations envisagées des fonctionnaires susvisés appartenant au Service de la Surveillance du Territoire ;

3°) que les confrontations envisagées seront opérées avec tous témoins que nous jugerons utiles. " [130]

Le parquet ayant interjeté appel de cette ordonnance, la Chambre d'accusation a rendu un arrêt en deux points :

- Sur la possibilité pour le juge de contester le caractère secret imputé par le ministre à l'identité et aux caractéristiques physiques des agents de la D.S.T., la Cour a répondu que

"lorsqu'il s'agit de déterminer si un renseignement ou un document doit être tenu secret dans l'intérêt de la défense nationale, le ministre compétent est seul habilité à fournir une réponse en raison des informations et éléments d'appréciation qu'il est seul habilité à posséder et qui ne peuvent être révélés sans danger. (...) *Il ne peut appartenir au magistrat instructeur ou à toute autre juridiction de se prononcer sur le bien-fondé de l'avis ainsi donné, faute de disposer des mêmes sources de renseignement et d'y avoir accès.* (...) *Qu'en conséquence, le principe de ce secret ne peut être qu'admis par le juge d'instruction ou par tout autre juridiction qui aurait à statuer sur ce point.* " [131]

---

[129] Cité *in* Paris, Chambre d'accusation, 31 mai 1975, n° 510/75 (non publiée).

[130] *Ibid.*.

[131] *Ibid.* (certains extraits de ce passage sont également cités par J.-R. Sulzer, *Le Figaro*, décembre 1986).

- Mais sur la question de savoir si les confrontations envisagées par le juge pouvaient porter atteinte à ce secret, la Cour a considéré, à l'inverse

"que lorsqu'une juridiction est amenée à se prononcer en pareil cas et à dire s'il y a eu ou s'il pourrait y avoir une violation ou une divulgation du secret couvrant leur identité et leurs caractéristiques physiques il ne peut appartenir qu'à elle d'en décider. Que nul ne saurait, en effet, se substituer à elle dans une décision qui est de sa compétence exclusive et que l'avis donné par l'autorité administrative ne peut sur ce point qu'avoir une valeur de renseignement sans s'imposer à elle. (...) qu'en l'espèce le juge d'instruction avait donc qualité pour apprécier si la participation des fonctionnaires susvisés de la D.S.T. à des confrontations avec certains témoins dans les conditions prévues par lui-même était ou non de nature à divulguer le secret couvrant leur identité et les aspects de leur personne physique. (...) que le magistrat instructeur a donc estimé à juste titre que la protection du secret couvrant l'identité et la personne des intéressés ne pouvait être invoqué en la cause pour mettre obstacle à la poursuite prévue de l'information."

Par cette décision - rendue dans les conditions politico-médiatiques difficiles que l'on peut imaginer - la Chambre d'accusation a tenté une distinction subtile : le magistrat ne peut contester l'existence du secret opposé par le ministre mais il peut, en revanche, apprécier souverainement si ledit secret est mis en danger par les mesures d'instruction qu'il propose. S'appliquant en l'espèce au problème déjà évoqué du refus de coopération de fonctionnaires appelés à témoigner, cette décision s'analyse comme une confirmation de la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire des fuites, mentionnée précédemment, selon laquelle, il appartient au seul juge le pouvoir la pertinence du refus de témoignage (cf. supra). Mais, à l'inverse, l'affirmation centrale - et nouvelle - consistant à considérer que l'invocation du secret par le Gouvernement n'est pas discutable par le juge, va totalement à l'encontre des principes de la doctrine classique qui affirme une prétendue *"liberté d'appréciation souveraine"* (sur ce principe de libre appréciation, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

b) La décision de la Chambre d'accusation de Paris du 27 mai 1987 (affaire du "vrai-faux passeport")

L'autre aspect de la décision de 1975 (l'impossibilité de discuter la décision du ministre) a été finalement repris et détaillé dans une décision plus récente de la même juridiction rendue sur l'appel de l'ordonnance du juge d'instruction intervenue dans le dossier du *"vrai-faux passeport"*.

Dans cette affaire, qui concernait uniquement - à l'origine - les malversations financières imputées à l'association Carrefour du développement et à l'ancien ministre de la coopération, M. Christian Nucci, l'instruction avait permis de découvrir que la fuite hors de France de M. Yves Chalier, principal collaborateur de M. Nucci (et donc à la fois personne recherchée et principal témoin à charge potentiel) avait été facilitée par l'usage d'un faux passeport dont on soupçonnait qu'il devait avoir été remis à M. Chalier par la D.S.T. sur instruction du nouveau ministre de l'Intérieur M. Charles Pasqua (qui pouvait avoir des raisons politiques de vouloir exploiter M. Chalier dans le cadre de ce scandale).

Le juge d'instruction avait donc convoqué M. Bernard Gérard, directeur de la D.S.T. qui avait - sur ordre de son ministre - opposé le secret de défense à ses questions sur le sujet [132] et le ministre de l'intérieur avait confirmé par écrit cette position au juge [133]. Après que le parquet ait conclu dans ses réquisitions à la légitimité de la position de M. Gérard [134], le juge d'instruction Michau rendit une ordonnance en sens contraire, estimant que *"le secret de défense ne peut être valablement opposé"* dans ce dossier et que M. Gérard devrait être condamné à une amende (art. 109 du C.P.P.) pour refus de témoignage [135]. Saisie en appel de cette ordonnance, la Chambre d'accusation a censuré l'ordonnance du magistrat instructeur [136] en affirmant que

> *"Le ministre concerné, en raison des informations et des éléments d'appréciation qu'il possède et qui ne peuvent être révélés sans danger, est seul en mesure d'apprécier les nécessités qu'impose la défense nationale et à pouvoir assurer le magistrat instructeur de l'existence d'un secret-défense sur le bien-fondé duquel ce magistrat ne possède aucun élément d'appréciation. La réponse qu'il donne au magistrat instructeur constitue un classement secret-défense des faits sur lesquels il est consulté* (...). *Cet acte a été pris dans le*

---

[132] Cf. *Le Monde*, 12 décembre 1986.

[133] Le ministre écrivait notamment au juge que le témoignage demandé à M. Gérard *"met en cause des renseignements, des procédés et des personnels qui concourent à des missions de contre-espionnage auxquels ils sont appelés à participer"* (cité in *D.* 87, Somm. comm., p. 410. Cet argument d'un secret par extension couvrant une opération par le simple fait que les personnes qui y ont participé ou les méthodes qui y ont été employées sont, par ailleurs, confidentielles, a été critiqué par la presse : *"Terrible logique : si, demain, un cadavre était trouvé dans les locaux de la D.S.T. serait-il ipso facto couvert par le secret de défense puisqu'il aurait circulé dans les locaux du contre-espionnage ?"* (Edwy Plenel, *in Le Monde*, 29 mai 1987).

[134] Cf. *Le Monde*, 4 février 1987.

[135] Cf. *Libération*, 4 février 1987, p. 6.

[136] Cf. *Le Monde*, 29 mai 1987.

cadre du pouvoir discrétionnaire et il n'appartient à aucune juridiction d'en apprécier l'opportunité. " [137]

et qu'en conséquence,

"le Secret-défense était à juste titre opposé par le témoin B. Gérard. " [138]

Ultérieurement, le dossier se dénoua lorsqu'après le changement de majorité, M. Pierre Joxe, nouveau ministre de l'intérieur, consulté par le juge d'instruction Jeanin, reconnut que *"cela n'avait rien à voir avec la défense et rien à voir avec le secret"* [139]. Le juge d'instruction put alors interroger à nouveau M. Gérard qui répondit à ses questions sur l'origine du passeport [140].

Même si l'arrêt de 1975 laisse une plus grande liberté d'appréciation au juge pénal, ces deux arrêts témoignent néanmoins de la réticence très forte du pouvoir judiciaire à forcer le Gouvernement à coopérer lorsque le secret de défense est en jeu, au risque de laisser se dérouler de véritables manoeuvres d'obstruction de la justice.

Sous-Section II. - Quelques cas caractéristiques d'obstruction au déroulement de la justice

§ *1. - L'affaire Luchaire*

Le déroulement judiciaire du scandale dit *"affaire Luchaire"*, relatif à des exportations clandestines de munitions vers l'Iran imputées à la société Luchaire et révélées par la presse en janvier 1986, l'usage - direct ou indirect du secret de la défense nationale - par le ministère de la défense a joué un rôle important et a - très vraisemblablement - empêché la justice de faire toute la lumière sur ce dossier.

Dans le cadre de l'instruction ouverte en mars 1986 (sur plainte du ministre de la défense), le juge d'instruction Legrand n'a pu, dans un premier temps, se faire communiquer le rapport d'enquête administrative établi par le contrôleur général des

---

[137] Paris, Chambre d'accusation, 27 mai 1987, *Chalier et autres* (cité in J-M Varaut, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991 p. 107).

[138] Cité par M. Roland Dumas, dans sa question parlementaire n° 25918, *Assemblée nationale*, 3 août 1987, p. 4450.

[139] Cf. *Le Monde*, 21 juillet 1989, p. 28.

[140] Reproduction du procès-verbal d'audition du 13 février 1990, *Paris Match*, 7 juin 1990, pp. 89-90. L'affaire de la délivrance du faux passeport fut définitivement jugée au printemps 1994 (cf. *Le Monde*, 10/11 avril 1994, p. 14).

Armées Barba sur cette affaire [141] du fait que ce rapport était classifié *Confidentiel-défense*. Il du en demander la *"déclassification"* au ministre de la défense de l'époque, M. André Giraud - d'ailleurs commanditaire du dit rapport. Après en avoir reçu pour information une copie, sans pour autant que celle-ci perde sa classification, le juge demanda une nouvelle fois au ministre de la défense une déclassification totale du document pour en permettre l'exploitation dans le cadre de la procédure judiciaire. Le ministre donna alors son accord et déclassifia le document qui fut publié dans la presse [142].

Mais le cours de la justice dans cette affaire fut finalement interrompu le 16 juin 1989 par une ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction Legrand après des réquisitions en ce sens du parquet de Paris. Cette décision de non-lieu avait été prise pour différentes raisons, dont la plupart était liées à la mauvaise volonté mise par l'Administration - et particulièrement le ministère de la défense, pourtant partie poursuivante - pour aider la justice dans son travail. Tandis que la Direction générale des Douanes estimait - contre toute vraisemblance - qu'il n'y avait pas à ses yeux d'infractions douanières commises dans cette affaire, le ministère de la défense avait, d'une part, considérer qu'il n'était *"pas possible (...) de donner un avis favorable à des poursuites contre des militaires"* [143] et, d'autre part, se contentait de transmettre au juge des photocopies des faux certificats de destination finale (alors que pour poursuivre sous l'incrimination de faux en écriture, la justice avait nécessité de détenir les originaux) [144].

Même si cela n'est pas apparu officiellement dans les attendus de ce non-lieu, la plupart des commentateurs de cette décision (qui fut critiquée comme une dérobade juridique et un triomphe de la raison d'Etat) mirent en cause l'utilisation abusive du *"secret défense"* pour empêcher la justice de parvenir à rassembler les preuves dans ce

---

[141] Ce rapport faisait le compte-rendu des déclarations faîtes au C.G.A. Barba par tous les principaux protagonistes de l'affaire et formulait une appréciation argumentée des responsabilités (Cf. son texte publié - sans notes de bas de page, ni annexes - par *Le Figaro* du 4 novembre 1986, et pour la déclaration de M. Dubos, *Le Figaro* du 10 novembre 1986).

[142] Sur le processus de déclassification, cf. les explications d'André Giraud devant l'Assemblée nationale, *Le Figaro*, 5 novembre 1986.

[143] Réponse de M. André Giraud au juge Legrand le 28 novembre 1987, citée par *Le Monde*, 18/19 juin 1989.

[144] M. Jean-Pierre Chevènement, ministre de la défense au moment du non-lieu, a déclaré : *"Les informations qui nous ont été demandées ont été transmises (...). Aux demandes qui ont été faîtes par le colonel de gendarmerie chargé de la commission rogatoire, il a été répondu en effet par la production de photocopies. En effet, les documents qui intéressent ce genre d'affaire - l'exportation d'armes - couvrent d'autres affaires dont la justice n'a pas à connaître"* (déclaration sur RTL le 21 juin 1989, citée par *Le Monde*, 22 juin 1989).

dossier. Le procureur de la République de Paris, M. Pierre Bézard - auteur des réquisitions de non-lieu [145]- parle simplement du

> *"silence gardé par le ministère de la défense à ma demande concernant la position qu'il entendait prendre dans cette affaire."* [146]

En revanche, le Premier ministre de l'époque, M. Michel Rocard, n'hésita pas à mettre en avant le secret de la défense nationale dans cette affaire :

> *"la tradition du ministère de la défense a toujours été de demander le secret-défense pour l'exportation de matériel militaire depuis le dix-neuvième siècle. (...) le refus de réponse aux incriminations judiciaires avait été donné par André Giraud, ministre de la défense de 1986 à 1988. M. Chevènement a confirmé cet ordre. Peut-être le monde changeant, faudra-t-il que, en France ou ailleurs, le ministère de la défense devienne plus transparent (...). Le secret-défense existe tout de même. Ce n'est pas nous qui l'avons inventé. Voilà la réalité de l'affaire Luchaire."* [147]

§ 2. - *L'affaire des "Irlandais de Vincennes"*

En mars 1986, le journal Le Monde révéla l'existence et dévoila la teneur d'un rapport de l'inspecteur général de la gendarmerie, le général Boyé, établi en juin 1983 à l'issue d'une enquête de commandement ordonnée immédiatement après l'arrestation à Vincennes de trois supposés "terroristes" irlandais par le Groupement d'Intervention de la Gendarmerie Nationale, arrestation dont les conditions et le bien-fondé furent - par la suite - fortement contestées et donnèrent lieu à la fameuse affaire des *"Irlandais de Vincennes"* [148]. La partie essentielle de ce rapport était classifiée *"secret défense"* et n'avait pu, de ce fait, être communiquée au magistrat instructeur. Les journalistes, auteurs de cette révélation, écrivent à ce sujet :

> *"A la lecture des principales citations que nous publions, extraites de cette partie classée "secret défense", on s'apercevra aisément que la révélation de ce*

---

[145] M. Pierre Bézard a reconnu ultérieurement avoir rédigé ces réquisitions sur ordre du Ministère de la Justice (Cf. son témoignage in Laurent Greilsamer & Daniel Schneidermann, *Les juges parlent*, Fayard, 1992).

[146] Cité par *Le Monde*, 22 juin 1989.

[147] Déclaration de M. Michel Rocard le 25 juin 1989, citée par *Le Monde*, 27 juin 1989.

[148] Sur le déroulement de cette affaire et ses développements judiciaires, cf. notamment, E. Plenel, *op. cit.*, pp. 33 à 85 ; Jean-Michel Beau, *L'honneur d'un gendarme*, Editions Sand, 1989.

document ne menace en rien la défense nationale. Le secret paraît ici d'opportunité, destiné à "couvrir" des responsables et à cacher la vérité." [149]

Ce même rapport Boyé, avait été activement réclamé à la hiérarchie militaire par l'un des officiers de gendarmerie impliqué dans l'affaire, le commandant Beau. Ayant essuyé finalement de la part de la Direction de la gendarmerie nationale un refus accompagné d'une réponse pour le moins curieuse (*"Le document de commandement auquel vous faîtes allusion n'a pas lieu d'exister"* [150]), il saisit la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (C.A.D.A., cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II) qui rendit un avis négatif à sa demande de communication [151], après que le ministre de la défense lui ait confirmé le caractère classifié de ce document et ait - suite à un échange de courriers avec la Commission - autorisé un inspecteur de la C.A.D.A. habilité Secret-défense à venir sur place constater l'existence de cette classification, lequel inspecteur considéra dans son rapport qu'une des parties du rapport justifiait sa classification du fait qu'elle concernait la lutte anti-terroriste [152].

§ 3. - L'enquête de la C.N.C.I.S. sur les écoutes de la cellule anti-terroriste de l'Elysée

Saisie en mars 1993 par le Premier ministre Pierre Bérégovoy d'une *"mission temporaire d'enquête"* portant sur les documents publiés par la presse relativement aux écoutes effectuées en 1985 et 1986 à l'encontre de M. Edwy Plenel, journaliste au Monde, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (C.N.C.I.S., sur cette autorité administrative indépendante chargé du contrôle des écoutes téléphoniques, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre II) a rencontré dans ce dossier les premières difficultés de son action. En effet, les responsables de la cellule anti-

---

[149] "Un rapport secret révèle, dès 1983, la responsabilité de MM. Prouteau et Barril", *Le Monde*, 5 mars 1986.

[150] Jean-Michel Beau, op. cit., p. 233 ; E. Plenel, op. cit., p. 62.

[151] Cf. avis *Beau*, 20 février 1986.

[152] Cf. Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, pp. 39 et 40 (il reproduit notamment des extraits de la lettre de la C.A.D.A. au ministre de la défense) ; Cf également E. Plenel, op. cit., p. 62. Le requérant - le commandant Beau - affirme, pour sa part, avoir appris ultérieurement *"que le rapporteur de la commission (dûment habilité à accéder au secret-défense) a bien été reçu au cabinet du ministre, mais a dû se contenter, à défaut de pouvoir lire personnellement le document, des explications verbales qui lui ont été généreusement fournies"* (J.-M. Beau, op. cit., p. 256).

terroriste de l'Elysée ont choisi d'opposer le secret de défense aux investigations de la justice en la matière, obligeant la C.N.C.I.S. à faire un choix [153].

En effet, le juge d'instruction Valat, chargé du dossier pénal, a souhaité entendre M. Paul Bouchet, président de la C.N.C.I.S., le 1er décembre 1993, pour que celui-ci lui fournisse des informations sur son enquête. M. Bouchet refusa alors au motif que celle-ci était couverte par le secret de la défense nationale [154]. Devant cette attitude du président de la Commission, les avocats des parties civiles demandèrent directement au Premier ministre la levée de ce *Secret-défense* [155] qui empêchait la justice pénale de s'informer complètement auprès d'une autorité administrative indépendante spécialisée. La situation était ainsi bloquée : d'un côté, M. Bouchet faisait application de l'article 13 de la loi de 1991 (cf. infra) et de la règle constante selon laquelle une autorité administrative compétente doit opposer le secret de la défense nationale à toute juridiction dès lors que la réponse aux questions de la justice conduirait à compromettre ledit secret ; de l'autre, le mutisme total auquel semblait devoir s'astreindre la Commission pouvait lui faire perdre une grande partie de sa légitimité auprès de l'opinion et du Gouvernement.

Le second rapport de la Commission a été pour la C.N.C.I.S. de tenter de sortir de cette impasse en proposant une distinction entre ce qui, dans cette affaire, concernait le G.I.C. et ce qui n'avait trait qu'à la seule cellule de l'Elysée : concernant le G.I.C. - organisme officiel placé sous l'autorité du Premier ministre - la C.N.C.I.S. a considéré que

> *"la légitimité de la protection de ce service au titre du secret de défense résulte de la mission même qui est la sienne. Il n'est donc pas du pouvoir de la C.N.C.I.S. de porter atteinte à cette protection en faisant publiquement état de renseignements qui ne lui ont été fournis que sous couvert du secret-défense, sauf déclassification de ces renseignements par le Premier ministre.* " [156]

---

[153] *"En ce qui concerne la question plus précise de savoir si la cellule a demandé des écoutes, j'estime être lié par le secret défense et ne pas pouvoir répondre en l'état, tant que je n'ai pas été délié de ce secret par le Gouvernement, et plus particulièrement par le Premier ministre"* (réponse de Gilles Ménage, ancien directeur de cabinet du Président de la République au juge Valat, cf E. Plenel, *op. cit.*, p. 445).

[154] Cf. *Le Monde*, 4 décembre 1993.

[155] Cf. *Le Monde*, 20 janvier 1994.

[156] C.N.C.I.S., *2ème rapport*, op. cit., p.23.

A contrario la cellule ne disposant pas d'une telle mission et n'ayant eu qu'une existence temporaire, la Commission s'estime implicitement autorisée à rendre public ses conclusions à son sujet sans compromettre de secret de défense.

Cette distinction organique qui a permis à la C.N.C.I.S. de s'exprimer au moins succinctement sans pour autant obliger le Premier ministre à lever formellement le secret-défense, a été ultérieurement confirmé par les lettres que M. Balladur a adressé le 21 février au juge Valat dans lesquelles il précisait que, d'une part, il a donné son accord à la publication dans le rapport 1993 de celles des conclusions de l'enquête *"qui ne requéraient pas de ma part la levée du secret-défense"* et que, d'autre part, la cellule de l'Elysée *"n'a jamais été placée sous l'autorité du Premier ministre et qu'aucune disposition réglementaire particulière n'a conféré au chef du Gouvernement une quelconque responsabilité dans son fonctionnement et dans la protection du secret de ses activités."* [157]

Dans ce cadre juridique étroit, la C.N.C.I.S. donne indirectement son sentiment profond sur la réalité des activités illicites reprochées à la cellule élyséenne. L'enquête de la commission *"a en tous points confirmé la gravité (des) dysfonctionnements concernant tant l'utilisation du contingent de 20 lignes dont la cellule bénéficiait au G.I.C. depuis août 1982 que l'organisation du centre informatique dont elle disposait, rue de l'Elysée, depuis 1983"*. Selon la C.N.C.I.S., la cellule n'a jamais respecté la procédure alors en vigueur concernant le recours aux écoutes administratives. Le rapport signale encore, à propos de la cellule, qu'il est *"constant que, se prévalant de la responsabilité particulière qui était la leur dans la lutte antiterroriste et de la confiance des plus hautes autorités de l'Etat, ses membres supportaient mal toute entrave à leur action et acceptaient difficilement les contraintes auxquels ils auraient dû rester soumis"*. L'essentiel nous paraît donc dit, même si la commission souhaite ne pas devenir un simple témoin à charge devant donner à la justice toutes les informations que sa fonction d'organe indépendant de contrôle lui permet d'obtenir de l'administration.

On peut donc voir dans cet exercice de transparence contrôlée *"un compromis juridique subtil entre nécessités de la justice et protection du secret"* [158]. Pour autant, les principales victimes de ces écoutes sauvages, demeurent sceptiques et déçus sur les possibilités d'évolution de ce dossier, car - comme le signale Edwy Plenel

---

[157] Cf. *Le Monde*, 16 mars 1994.

[158] Bertrand Warusfel, "Le deuxième rapport de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité", *Droit et Défense*, 94/3, p. 48.

"Pour que le procès des écoutes ait lieu, il faudrait à la justice une audace qui lui a souvent fait défaut quand la raison d'Etat était en jeu. Précédent célèbre, l'affaire des micros du Canard Enchaîné se termina dans les années soixante-dix par un non-lieu opportun. Je redoute un épilogue semblable. Un lâche renoncement judiciaire devant le même obstacle : le "secret défense"." [159]

§ 4. - L'affaire Matrix Churchill

Le procès des responsables de la société britannique Matrix Churchill à Londres en 1992 a illustré - d'une manière assez similaire à celle constatée dans le dossier Luchaire en France (cf. supra) - les conséquences judiciaires fâcheuses qui pouvaient résulter de l'usage trop extensif de la confidentialité de certains documents officiels dans le cours d'une procédure contentieuse.

Dans ce dossier, la justice britannique poursuivait les trois dirigeants d'une société contrôlée par des intérêts irakiens pour exportations illicites vers l'Irak de machines-outils à double usage (civil et militaire) en violation de l'embargo britannique imposé à partir de 1985 [160]. Les trois accusés invoquaient pour leur défense le fait que les autorités gouvernementales et le service de renseignement britannique (le M.I.6) étaient parfaitement informés de ces exportations et n'avaient rien tentés pour les en dissuader. Mieux encore, il est apparu au cours de l'instruction que deux des trois accusés (dont le directeur général de l'entreprise lui-même) étaient depuis l'origine des informateurs du M.I.6 chargés d'infiltrer les réseaux clandestins d'approvisionnement de l'Irak.

Or, face à la demande des avocats de la défense de faire produire en justice les documents prouvant la connaissance qu'avaient le Gouvernement et le M.I.6 des exportations litigieuses, quatre ministres du Gouvernement britanniques ont rédigés et signés des certificats demandant à la justice d'empêcher la révélation publique de ces documents au nom de ce que le droit processuel britannique appelle le *"Public Interest Immunity"* (P.I.I, ou Immunité dans l'intérêt public) [161].

Cette procédure de *"Public Interest Immunity"* - anciennement connue sous le nom de *"privilège de la Couronne"* (Crown Privilege) - permet aux autorités publiques de faire valoir devant une juridiction l'intérêt public supérieur qui peut s'attacher à la

---

[159] Cf E. Plenel, *op. cit.*, p. 444.

[160] Sur l'ensemble de cette affaire, cf. Ian Leigh, "Matrix Churchill, Supergun and the Scott Inquiry", *Public Law*, hiver 1993, pp. 630 et s..

[161] Cf. *Le Monde*, 12 et 13 novembre 1992.

sauvegarde de la confidentialité de certaines informations concernées par le litige en question [162]. Cet instrument de protection de la confidentialité de certaines données publiques sensibles est proche par sa philosophie du fameux et très contesté *"privilège de l'exécutif"* invoqué parfois par le Gouvernement fédéral américain [163].

Dans l'affaire Matrix Churchill, le Gouvernement britannique chercha à faire jouer cette immunité pour trois catégories de documents : quelques documents provenant d'un informateur clandestin (catégorie A), des documents interministériels relatifs aux discussions préalables à l'attribution des licences d'exportation (catégorie B) et des documents en provenance des services de sécurité (catégorie C) [164]. Le juge refusa d'accorder le bénéfice de la confidentialité à la catégorie B (pour laquelle le Gouvernement ne faisait valoir que des arguments relatifs à la confidentialité du fonctionnement interne du service public et au secret des affaires) mais y consentit - dans un premier temps - pour les deux autres catégories (A et C) en raison notamment des aspects de sécurité nationale qui s'y attachait. Mais, plus tard dans la procédure, les avocats de la défense arrivèrent à le convaincre du fait qu'établir l'éventuelle connaissance par le M.I.6 des projets d'exportation litigieux serait un élément essentiel dans le dossier. Il décida alors de permettre la divulgation des très nombreux documents provenant ou concernant le M.I.5 et le M.I.6, sous la seule réserve de les expurger des informations sans rapport avec le litige en cause [165].

Devant les éléments d'information contenus dans ces documents et les témoignages de plusieurs fonctionnaires ou responsables qui établissaient le fait que les services gouvernementaux avaient une connaissance détaillée des exportations en question et avaient accepté de les "couvrir" (avec notamment pour le M.I.6 la motivation de ne pas "griller" ses sources au sein du réseau pro-irakien), la justice britannique décida d'abandonner les poursuites à l'encontre des trois inculpés et - à l'inverse - le Gouvernement du élargir les pouvoirs d'une commission d'enquête judiciaire dirigée par le juge Scott afin que celle-ci puisse mener des investigations sur

---

[162] La référence classique en la matière est la décision de la Chambre des Lords *Duncan v. Cammel Laird & C° Ltd*, dans lequel le Premier Lord de l'Amirauté avait invoqué l'intérêt public pour empêcher la production du plan d'un sous-marin devant la juridiction (cf., notamment, Jean-Claude Séché, "L'intérêt public et le secret en régime démocratique", *Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Clermont-Ferrand*, Dalloz, 1964, p. 43).

[163] Ce fut le cas - sans succès - pour le Président Richard Nixon lorsqu'il essaya d'empêcher la justice américaine d'obtenir la livraison des enregistrements effectués dans son bureau durant l'affaire du Watergate.

[164] Cf. Adam Tomkins, "Public Interest Immunity After Matrix Churchill", *Public Law*, hiver 1993, pp. 650 et s..

[165] *Ibid.*, p. 654.

les responsabilités administratives et gouvernementales dans cette affaire, y compris en ce qui concernait son attitude durant le procès (et notamment son recours au P.I.I) [166].

Cette tentative de soustraction de documents officiels (dont des documents classifiés) à la justice par la voie de la procédure P.I.I a donné lieu à de nombreux commentaires du fait qu'il s'agissait du premier cas, en Grande-Bretagne, d'utilisation de cette procédure dans le cadre d'un procès pénal (les autres recours au P.I.I avaient, jusqu'à présent, concerné des instances civiles). Mais ce que de nombreux commentateurs ont relevé dans cette utilisation malchanceuse de la confidentialité par le Gouvernement britannique, c'est le fait qu'en agissant ainsi, ce Gouvernement visait à empêcher les accusés de pouvoir se disculper et cherchait, *de facto*, à les faire condamner alors même qu'il savait que les prévenus n'avait été au mieux que les complices de ces exportations illicites [167].

C'est en cela que cette affaire s'inscrit dans une problématique proche de celle du dossier Luchaire en France (qui concernait également des exportations illicites) : dans les deux dossiers, le refus du Gouvernement de laisser la justice utiliser des documents administratifs prouvant les responsabilités éventuelles de certains échelons de la hiérarchie dans ces opérations risquait d'empêcher les industriels mis en cause de se disculper (ou de bénéficier de circonstances atténuantes liées à la bienveillance des services de l'Etat à l'égard de leurs activités). De même, cette controverse judiciaire sur fond de protection du secret déboucha - dans les deux cas - sur un non-lieu insatisfaisant absolvant sans nuances des industriels au minimum indélicats et des fonctionnaires abrités derrière une certaine "raison d'Etat". Mais pour autant, une différence doit être relevée : en France, le juge n'a pu surmonter la rétention d'informations de l'administration alors que son homologue britannique a eu les moyens juridiques de contrecarrer les demandes gouvernementales.

---

[166] Cf. I. Leigh, *op. cit.*, p. 641.

[167] Cf. A. Tomkins, *op. cit.*, p. 668 ; *Le Monde*, 13 novembre 1992.

CHAPITRE II

UN EQUILIBRE FRAGILE ENTRE LE SECRET ET LES NOUVEAUX DROITS DES CITOYENS

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, que si l'expression classique des libertés publiques - bien qu'opposée dans son principe à l'existence d'un secret gouvernemental - tolérait l'existence d'un tel secret, cela n'évitait pas l'apparition d'abus dans cette pratique, y compris dans les régimes démocratiques. Il est donc clair qu'une démocratie libérale moderne a le devoir d'encadrer juridiquement cette pratique du secret de défense et de fixer ses frontières avec les nouvelles dimensions des droits du citoyen, et notamment de leur "*droit à l'information*".

En ce qui concerne la France, ce n'est qu'il y a une vingtaine d'années que le développement de nouveaux droits reconnus aux citoyens en tant qu'administrés, a, en effet, obligé le législateur à élaborer des règles dérogatoires spécifiques qui précisent et limitent l'usage du secret.

C'est, en effet, à partir de 1973 que le législateur a pris en compte les aspirations nouvelles des citoyens dans deux directions :

> "*d'une part, l'amélioration de la protection du citoyen contre les abus de l'administration, d'autre part, l'amélioration de l'information du citoyen dans son dialogue avec l'administration*" [1].

Ces deux types de normes n'entretiennent cependant pas la même dialectique avec le concept de secret de défense :

> - face aux lois protégeant le citoyen, le problème essentiel est le maintien de la confidentialité à l'occasion de la mise en oeuvre des procédures prévues par ces textes, et - plus rarement - la protection directe du citoyen contre le secret lui-même ;

---

[1] Bernard Ducamin, *L'amélioration des relations entre l'administration et le citoyen dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, Conférence à l'Institut Hellénique des Sciences Administratives, Athènes, 11 mai 1984, p. 5.

- face aux lois informant le citoyen, le secret est directement mis en cause et ne peut subsister qu'au bénéfice de dérogations explicites à l'application de ces lois.

Nous nous attacherons donc, ici, à analyser la coexistence plus délicate entre ce secret et les nouveaux droits accordés au citoyen dans les sociétés occidentales démocratiques, tant en ce qui concerne l'amélioration de la protection du citoyen (Section I.) qu'en ce qui concerne l'information du citoyen (Section II.).

SECTION I. - Le secret de défense face aux lois améliorant la protection du citoyen

Plusieurs textes adoptés depuis vingt ans ont eu pour objectif le renforcement des moyens de protection du citoyen face aux abus de pouvoir éventuels de l'Administration. Tous ces textes prévoient une exception relative à la protection du secret de défense. Cette exception a un double objectif : non seulement éviter qu'à l'occasion de la mise en oeuvre des procédures prévues par ces lois, il ne soit indirectement porté atteinte à des secrets de défense, mais aussi, subsidiairement, empêcher que l'usage du secret puisse être directement considéré comme un abus au sens de ces différents textes.

Sous-Section I. - L'institution du Médiateur de la République

La loi du 3 janvier 1973 [2] (complétée par la loi du 24 décembre 1976) a institué un Médiateur de la République, chargé de recevoir

> "*les réclamations concernant, dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'Etat, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public*" (article 1er de la loi du 3 janvier 1973).

Le Médiateur dispose de par cette loi d'un statut très protecteur, proche de celui des membres du Conseil Constitutionnel. Il est inamovible durant six ans (art. 2) et ne peut faire l'action d'aucune action judiciaire

> "*à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions.*" (art. 3)

---

[2] Loi n°73-6 du 3 janvier 1973, *J.O.R.F.*, 4 janvier 1973, complétée par la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976, *J.O.R.F.*, 28 décembre 1976.

De telles garanties d'indépendance et de liberté de parole pourraient naturellement faire de lui une institution intouchable et de dernier recours pour des réclamations portant sur des actions administratives couvertes par le secret de la défense nationale, notamment en cas d'abus potentiel dudit secret (ce qui est parfois le cas, comme nous l'avons analysé supra - cf. IIIème Partie, Chapitre Ier).

C'est pourquoi, vraisemblablement, le législateur de 1973 a tenu à limiter explicitement ses responsabilités en la matière. Si l'article 13 de la loi de 1973 précise que le Médiateur peut demander à l'Administration et au Gouvernement *"tout document ou dossier concernant l'affaire à propos de laquelle il fait son enquête"*, il signale également que

> *"Le caractère secret ou confidentiel des pièces dont il demande communication ne peut lui être opposé sauf en matière de secret concernant la défense nationale, de sûreté de l'Etat ou de politique extérieure."*

Par ailleurs, la même loi précise en ce qui concerne les collaborateurs du Médiateur (qui ne disposent pas du régime d'irresponsabilité reconnu au Médiateur) qu'ils

> *"sont tenus aux obligations définies par l'article 10 de l'ordonnance n° 590.244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires."* (art. 15, 3ème alin.)

Ce faisant, le législateur a voulu, à ce niveau également, s'assurer que les collaborateurs du Médiateur ne puissent pas échapper - à l'occasion de l'instruction des dossiers qu'ils auraient à traiter - à l'obligation de discrétion professionnelle et de confidentialité des documents administratifs [3].

Sous-Section II. - La protection des données nominatives par la loi Informatique et Libertés

La loi du 6 janvier 1978 *"relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés"* [4], dite "loi Informatique et Libertés" a institué en France un dispositif législatif original comportant, d'une part, des contraintes et des limitations en ce qui concerne la constitution de fichiers contenant des données nominatives (sur support

---

[3] Sur l'usage de cette disposition du statut général des fonctionnaires en matière de protection du secret de défense par les agents publics, cf. supra - IIème Partie, Chapitre II.

[4] Loi n°78-17 du 6 janvier 1978, *J.O.R.F.* du 7 janvier 1978.

informatique, mais aussi sur support manuel) et, d'autre part, des dispositions instituant une structure permanente de contrôle, la Commission nationale Informatique et Libertés (C.N.I.L.).

L'application de ce texte, fort important et novateur lors de son adoption, peut interférer avec les règles protégeant le secret de défense, dans la mesure où, d'un côté, il instaure indirectement une sorte de quasi-secret des données nominatives [5] (ce qui pose le problème de la synergie ou de la compatibilité entre les deux niveaux de protection) et où, de l'autre côté, il instaure des procédures d'investigation ouvertes au plus grand nombre (ce qui pourrait compromettre la confidentialité du contenu de certains fichiers couverts par le secret de défense).

Du point de vue de sa compatibilité avec la protection du secret de défense, ce dispositif législatif doit donc être analysé au niveau de la création des traitements intéressant des sujets couverts par le secret de défense (§ 1.) et de l'exercice du droit d'accès des citoyens à ces traitements (§ 2.). On peut également y joindre la question connexe des dérogations éventuellement prévues en matière de "*données sensibles*" (au sens de la loi du 6 janvier 1978 - cf. infra) pour certains traitements intéressant la défense et la sécurité publique (§ 3.).

§ *1. - La confidentialité des décisions de création de certains traitements*

L'un des aspects essentiels de la loi Informatique et Libertés est le contrôle exercé sur la création des "*traitements automatisés de données nominatives*" (c'est-à-dire des applications et des fichiers informatiques traitant des données permettant d'identifier un individu). Ce contrôle s'effectue sous trois modalités : par voie d'avis préalable de la C.N.I.L. pour les traitements des personnes publiques ou des personnes privées gérant un service public (art. 15) [6], une procédure déclarative auprès de la même Commission pour les traitements créées par les autres personnes (art. 16) et une

---

[5] Les concepteurs de la loi du 6 janvier 1978 ont débattu longtemps du fait de savoir s'il fallait créer véritablement un *"secret des fichiers"*, pour reprendre le titre de l'enquête menée par l'Institut Français des Sciences Administratives en 1976 (Françoise Gallouedec-Genuys & Herbert Maisl, *Le secret des fichiers*, I.F.S.A./Editions Cujas, cahier n° 13, 1976). Finalement, la création législative directe d'un tel secret a été rejeté, le législateur ayant décidé plutôt de maintenir le principe de la liberté de constitution et d'utilisation des fichiers, mais en encadrant cette liberté de certaines exigences dont la C.N.I.L. est le garant. C'est dans ce sens qu'on ne peut parler ici que d'une forme indirecte de secret.

[6] Cette exigence d'un avis de la C.N.I.L. préalable à toute décision de création d'un traitement dans le secteur public, conjuguée au fait qu'il ne peut être passé outre à un avis défavorable que par un décret pris sur avis conforme du Conseil d'Etat, institue - en réalité - une véritable procédure d'autorisation préalable des fichiers publics par la C.N.I.L..

procédure simplifiée applicables à toutes les personnes, dès lors qu'il s'agit d'une catégorie les plus courantes de traitement (art. 17).

Ce type de procédures préalables s'accompagnant toujours d'une certaine publicité (qui va - dans le cas des traitements du secteur public - jusqu'à la publication de l'acte réglementaire créant le traitement), le législateur a été sensible aux risques de compromission d'un secret de défense qui pourrait en résulter. S'agissant, en effet, de traitement informatisé concernant des sujets couverts par le secret de défense, il peut se faire que soit l'existence même du traitement constitue un secret, soit que les indications à fournir sur son contenu puisse faciliter l'accès de tiers non autorisés à des données secrètes contenues dans ce traitement (dernier cas qui correspond, alors, à la définition de la classification "*Confidentiel-défense*", cf. supra - IIème Partie, Chapitre II).

Pour pallier ces deux risques complémentaires, la loi du 6 janvier 1978 a prévu deux dispositions dérogatoires. La première d'entre elles figure à son article 19, qui détaille les catégories d'information devant figurer dans la demande d'avis ou la déclaration, et qui dispose dans son dernier alinéa que

> "*Peuvent ne pas comporter certaines des mentions énumérées ci-dessus les demandes d'avis relatives aux traitements automatisés d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique.*"

Un décret du 28 décembre 1979 [7] a fixé la liste des mentions devant, en tout état de cause être présentes dans les demandes d'avis relatives à ces traitements. Par comparaison avec la liste de l'article 19, on peut en conclure que peuvent être omises au titre de la protection du secret :

- les "*caractéristiques*" du traitement (mais non sa "*finalité*"),
- "*les informations nominatives traitées*",
- "*les dispositions prises pour assurer la sécurité des traitements et des informations et la garantie des secrets définis par la loi*" (catégorie qui comprend, notamment, les secrets de défense),
- et l'indication éventuelle du caractère transfrontalier du transfert.

---

[7] Décret n° 79-1160 du 28 décembre 1979 fixant les conditions d'application aux traitements d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *J.O.R.F.* du 31 décembre 1979, p. 3331.

On comprend évidemment la confidentialité particulière qui peut s'attacher à de telles informations, dont la connaissance pourrait permettre une identification facile de certaines informations secrètes ou une indication sur la meilleure méthode pour y accéder en déjouant les dispositifs de protection mis en place. Cette disposition - dont la légitimité paraît donc claire - appelle cependant quelques remarques :

- concernant le type de traitement concerné, les trois domaines signalés (sûreté de l'Etat, défense, sécurité publique) couvrent assez largement le spectre des domaines traditionnellement concernés par l'usage du secret de défense (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III) et va même au-delà en matière de sécurité publique (dont beaucoup d'aspects dépassent le domaine du secret de défense) ;

- en revanche concernant les personnes pouvant bénéficier de cette exemption partielle, il faut relever qu'elle n'est prévue qu'au profit des seules demandes d'avis, c'est-à-dire qu'elle ne concerne que les seules personnes publiques ou gérantes d'un service public. Or, même si c'est parmi ces personnes que l'on va trouver le plus grand nombre de structures gérant des secrets de défense, nous avons vu que la protection de ceux-ci s'étendait de plus en plus hors des frontières du secteur public (cf. supra - IIème Partie, Chapitre III), notamment par le biais des marchés classés de défense. L'application pointilleuse de ce texte aurait donc pour conséquence d'obliger d'éventuelles entreprises privées titulaires de marchés classés à fournir plus d'informations sur leurs traitements de données classifiées que celles qui seraient exigibles d'un établissement public ou d'un service de l'Etat ;

- d'un point de vue pratique, il semble cependant, d'après la C.N.I.L., que le Gouvernement n'a jamais utilisé les facilités offertes par l'article 19 et que *"la Commission a pu avoir des demandes d'avis complètes"*. [8]

La seconde disposition dérogatoire prévue par la loi du 6 janvier 1978 pour préserver la confidentialité des traitements en rapport avec le secret de défense, est mentionnée dans le dernier alinéa de l'article 20 :

"Des décrets en Conseil d'Etat peuvent disposer que les actes réglementaires relatifs à certains traitements intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique ne seront pas publiés."

---

[8] Commission nationale Informatique et libertés, *Dix ans d'Informatique et Libertés*, Economica, 1988, p. 142.

Cette disposition ne s'applique, là encore, qu'aux traitements du secteur public (qui sont les seuls dont la création est normalement publiée officiellement). En donnant ainsi à l'autorité réglementaire la possibilité de déroger à l'obligation de publication, qui régit la légalité ou l'opposabilité des actes administratifs réglementaires [9], la loi ne fait - en réalité - qu'appliquer dans le domaine des données nominatives la pratique traditionnelle déjà évoquée que l'on rencontre fréquemment dans les domaines concernés par le secret de défense (par exemple, non publication des instructions sur la protection du secret, non publication des actes administratifs relatifs au statut des personnels de la D.G.S.E., cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier).

Elle a été complétée par le décret du 28 décembre 1979 déjà cité (cf. supra) qui prévoit dans son article 2 que le traitement dont l'acte de création n'est pas publié conformément au dernier alinéa de l'article 20 n'est pas mentionné sur la liste tenue à jour par la C.N.I.L. des traitements autorisés et que les avis et recommandations de la Commission à son sujet ne sont pas rendus publics. Ainsi est assurée au niveau de la C.N.I.L. la confidentialité totale de tous les actes relatifs à la création du traitement concerné, de telle manière qu'à l'occasion de l'accomplissement de la procédure devant la C.N.I.L. aucune personne non autorisée ne puisse avoir connaissance de son existence ou de son contenu.

Mettant en application cette dérogation de l'article 20, le Gouvernement a adopté - tardivement - le 7 mars 1986 un décret en Conseil d'Etat dispensant de publication, différents textes réglementaires relatifs à des traitements [10]. Les traitements ainsi régularisés, après huit ans d'application de la loi, ont été l'arrêté autorisant le fichier nominatif de la D.P.S.D. ainsi que trois décrets autorisant les fichiers de la D.S.T., de la D.G.S.E. et de la D.P.S.D. à déroger aux interdictions posées par la loi en matière de collecte des données sensibles [11]. Ce décret a été

---

[9] Selon Pierre Delvolvé, il faut distinguer les effets de la publication d'un acte administratif suivant qu'elle se situe avant (c'est le cas, par exemple, de la publicité des enquêtes d'utilité publique) ou après son adoption : *"La publicité antérieure à l'adoption de l'acte est un élément essentiel de la procédure d'adoption de celui-ci et son insuffisance est de nature à affecter la légalité même de l'acte adopté. La publicité postérieure à l'acte adopté est seulement une opération destinée à informer les administrés de l'adoption et du contenu de l'acte : son insuffisance est de nature, non pas à affecter la légalité de l'acte, mais son opposabilité"* (Pierre Delvolvé, *L'acte administratif*, Sirey, 1983, p. 192).

[10] Décret n° 86-326 du 7 mars 1986 portant application à certains actes réglementaires relatif à des traitements d'informations nominatives intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique des dispositions du deuxième alinéa de l'article 20 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, *J.O.R.F.*, 8 mars 1986, p. 3605.

[11] Sur l'interdiction de la collecte des données sensibles et les dérogations qui peuvent y être apportées, cf. infra. Si le décret de 1986 - régularisant la situation juridique de fichiers qui existaient jusqu'alors sans avoir été ni officiellement créés par un acte réglementaire publié, ni

complété en juillet 1994 par deux autres décrets [12]. Le décret n° 94-619 du 18 juillet 1994 a ajouté à la liste de 1986, les deux arrêtés autorisant le fichier nominatif de la D.G.S.E. et son fichier du personnel. Quant au décret n° 94-620 du même jour il y a ajouté l'arrêté autorisant le fichier nominatif de la Direction du renseignement militaire (D.R.M.) du ministère de la défense relatif aux personnes étrangères, ainsi que le décret permettant à celui-ci de bénéficier des dérogations prévues à l'article 31 en matière de données sensibles (sur l'article 31 et ses dérogations, cf. infra).

Si la légitimité de l'existence de telles dérogations à la publication concernant des fichiers touchant aux activités de renseignement n'est pas contestable, on peut cependant relever dans la succession de ces décrets de 1986 et de 1994 une incohérence juridique préoccupante. Ainsi, il apparaît que l'existence de l'arrêté autorisant la D.G.S.E. à mettre en oeuvre un fichier nominatif n'a été établie qu'en 1994 alors que cette même D.G.S.E. bénéficiait depuis 1986 de dérogations relative au contenu de ce fichier. Si l'on exclut l'hypothèse d'un oubli administratif (qui aurait certainement été réparé dans un délai plus court) la lecture comparative et critique de ces décrets nous conduit à penser que la D.G.S.E. a bénéficié pour ses fichiers de facilités importantes avant même que l'existence légale de ceux-ci n'ait été officiellement établie, ce qui constitue une curieuse atteinte à la logique juridique, qui voudrait que seul un traitement préalablement autorisé dans les conditions prévues par la loi (même lorsqu'il bénéficie, le cas échéant, des facilités de non-publication prévues par celle-ci) puisse faire l'objet dans un second temps de dérogations quant à son contenu. En fait, on peut supposer que les autorités gouvernementales - et notamment celles du ministère de la défense, ministère de rattachement de la D.G.S.E. - ont tiré un profit abusif de la disposition transitoire prévue à l'article 48 [13] et confondu possibilité de non-publication avec liberté de constituer des fichiers secrets sans respecter la procédure d'autorisation de la loi de 1978. Et cela est préoccupant au-delà du seul problème des fichiers classifiés puisqu'il s'agit en réalité d'une assimilation abusive - à nos yeux - entre secret et non-droit.

---

officiellement dispensés de la dite publication - n'a paru qu'à cette date tardive, c'est pour une grande part en raison des difficultés qui sont intervenues concernant les dérogations à leur accorder - au titre de l'article 31 - en ce qui concerne la collecte des données sensibles (cf. C.N.I.L., *Dix ans d'Informatique et Libertés*, *op. cit.*, p. 144).

[12] Décret n° 94-619 du 18 juillet 1994, *J.O.R.F.*, 23 juillet 1994, p. 10615 ; Décret n° 94-620 du 18 juillet 1994 *J.O.R.F.*, 23 juillet 1994, p. 10616.

[13] L'article 48 prévoit que les traitements publics préexistants à la date d'entrée en vigueur de la loi (en 1978) ne sont soumis qu'à simple déclaration, tant que la Commission n'a pas, par décision spéciale, choisit de faire application de l'article 15. Mais toutefois, l'application de cet article 48 était lui-même limité à deux années maximum.

§ 2. - *Le droit d'accès indirect des personnes fichées*

L'autre aspect de la loi de 1978 pouvant mettre indirectement en cause la confidentialité d'informations relevant du secret de défense, est l'exercice du droit d'accès reconnu, par les articles 34 à 40, à toute personne fichée. Pour éviter que, par ce biais, un citoyen puisse accéder indirectement à la connaissance d'informations classifiées, la loi a prévu une procédure dérogatoire dans son article 39 :

> *"En ce qui concerne les traitements intéressants la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique, la demande est adressée à la commission qui désigne l'un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener toutes investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. Celui-ci peut se faire assister d'un agent de la commission. Il est notifié au requérant qu'il a été procédé aux vérifications."*

Cet article crée ainsi une procédure particulière, dite d'accès indirect, propre aux traitements qui sont reconnus comme *"intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique"*. Et cette procédure possède plusieurs particularités qui méritent de retenir l'attention.

En tout premier lieu, il faut remarquer que cet article 39 donne à certains membres de la C.N.I.L. le pouvoir d'accéder directement à des fichiers pouvant contenir des informations classifiées. Le décret du 28 décembre 1979 organise en effet administrativement ce système, en prévoyant dans son article 4 qu'il revient au président de la C.N.I.L. la charge de désigner chaque année les membres et agents de la commission qui en seront chargés et, dans son article 5, que

> *"les agents de la commission appelés, dans le cadre de l'exécution de leur mission, à prendre connaissance d'informations classifiées au titre de la protection du secret de la défense nationale doivent y être habilités par le Premier ministre."*

Ce dispositif est très remarquable dans la mesure où il donne à la C.N.I.L. (par l'intermédiaire de certains de ses membres et de ses agents) une prérogative vis-à-vis du secret de défense que la pratique administrative et contentieuse refuse à tous les magistrats, tant de l'ordre judiciaire qu'administratif (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III) et à la grande majorité des autres autorités administratives indépendantes. C'est notamment l'une des grandes différences existant, de ce point de vue, avec les dispositions relatives à la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (cf. infra). C'est pourquoi également, s'est rapidement posée la question de compatibilité

des deux procédures (devant la C.N.I.L. et devant la C.A.D.A.) en ce qui concerne l'accès des citoyens aux documents administratifs nominatifs que l'administration tend à considérer comme confidentiels. L'incertitude en la matière a été tranchée par le Conseil d'Etat dans un arrêt *Bertin* de 1983 qui a affirmé la prééminence de la procédure devant la C.N.I.L. [14] (choix que l'on peut, justement, expliquer par la portée supérieure des pouvoirs des membres de la C.N.I.L. en ce qui concerne l'accès à des informations confidentielles) :

> *"considérant qu'il ressort des dispositions combinées des articles 3 et 6 bis de la loi du 1er juillet 1978 modifiée par la loi du 11 juillet 1979 que le droit à la communication des documents administratifs institué par cette loi ne peut s'exercer que dans la mesure où les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relatives à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ne sont pas, elles-mêmes, applicables."* [15]

En second lieu, cet accès indirect soulève un problème particulier dans les relations entre la C.N.I.L. et les citoyens. En effet, lorsqu'un citoyen saisit la C.N.I.L. au titre de l'article 39, la Commission, une fois la démarche effectuée auprès de l'organisme *"maître du fichier"*, se contente de confirmer au requérant que les vérifications ont été effectuées sans pouvoir lui donner de plus amples informations sur, par exemple, la réalité - ou non - du fichage allégué, le contenu des mentions relatives à la personne concernée ou encore l'exactitude de ces mentions et les éventuelles rectifications réalisées à la demande de la C.N.I.L.. Il s'agit d'un cas très particulier, d'un double point de vue :

> - en ce qui concerne le droit des données nominatives, il y a là véritablement une dérogation très forte aux principes généraux de la loi, puisqu'une personne ne peut prendre connaissance d'informations la concernant. Nous nous trouvons, en effet, dans la situation rare, et assez paradoxale, dans laquelle le secret de défense opposé à une personne porte sur des informations relatives à elle-même [16]. Il faut donc y voir la volonté du législateur d'imposer la primauté du secret de défense sur les différents aspects du droit à la vie privée ;

---

[14] Un protocole d'accord a été également conclu entre ces deux commissions pour prévoir les modalités de la mise en oeuvre de la jurisprudence *Bertin*.

[15] C.E., 19 mai 1983, *Bertin*, cité *in* C.A.D.A., *L'accès aux documents administratifs - 3ème rapport d'activité*, La Documentation française, 1984, p. 276.

[16] Une analyse plus fine conduit, en réalité, à situer le secret protégé par l'article 39 non pas dans l'information contenue dans le fichier en elle-même (que la personne connaît généralement par ailleurs, puisqu'il s'agit d'une information la concernant) mais dans le fait qu'une information particulière relative à cette personne se trouve justement dans le fichier.

- d'un point de vue plus général, le laconisme extrême où la C.N.I.L. se trouve cantonnée lorsqu'elle rend compte d'un accès indirect n'est pas perçu comme très satisfaisant par le citoyen concerné. Cette insatisfaction des requérants avait été, dès les premières années, relevée et signalée publiquement par la C.N.I.L. [17]. On attribue généralement à ce problème la moyenne relativement faible du nombre de demandes d'accès indirects [18].

Ce problème de l'acceptabilité par le public a été également évoqué par une autre autorité administrative indépendante que la loi soumet à la même obligation de discrétion, à savoir la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (cf. infra). Dans son second rapport, la C.N.C.I.S. écrit :

> *"Les requérants qui demandent à la Commission de procéder à un contrôle, ainsi que la loi leur en a ouvert la possibilité, sont profondément insatisfaits des termes de la notification qui leur est ensuite adressée. Si aucune recommandation précise ne peut encore être faite à ce sujet, compte tenu des dispositions formelles de la loi, il importe de rester attentif aux solutions qui sont envisagées dans d'autres pays connaissant le même problème.* " [19]

La plus grande part de ces demandes d'accès indirect étant consacrée aux fichiers gérés par les différents services des renseignements généraux (D.C.R.G. et R.G.P.P.) du ministère de l'Intérieur, le décret les concernant - finalement adopté le 14 octobre 1991 (sur les causes de cette date tardive et les péripéties ayant provoqué la rédaction de ce décret, cf. infra nos développements sur la question de la collecte des données sensibles) - a prévu, dans son article 7, une modalité particulière susceptible d'atténuer, dans certains cas, la rigueur de la procédure d'accès indirect de l'article 39 :

> *"Le droit d'accès s'exerce conformément aux dispositions de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978. Toutefois, lorsque des informations sont enregistrées*

---

[17] Cf. Commission nationale Informatique et Libertés, *2ème rapport d'activité* 1981, La Documentation française, 1982, p. 47.

[18] A titre d'exemple, 374 demandes en 1993, contre 531 en 1992, 562 en 1991, 182 en 1990, 205 en 1988, 266 en 1987, 131 en 1985 (sources : Commission nationale Informatique et Libertés, *14ème rapport d'activité 1993*, La Documentation française, 1994, p. 19 ; Commission nationale Informatique et Libertés, *9ème rapport d'activité 1988*, La Documentation française, 1989, p. 20).

[19] Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *2ème rapport d'activité 1993*, La Documentation française, 1994, p. 39.

conformément aux finalités prévues au 2° ou au 3° de l'article 3[20], *la Commission nationale de l'informatique et des libertés, en accord avec le ministère de l'intérieur, peut constater que ces informations ne mettent pas en cause la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique et qu'il y a donc lieu de les communiquer à l'intéressé.* "

En réalité, cet article n'a fait qu'officialiser, à l'occasion de la régularisation tardive de la situation des fichiers des R.G., une procédure officieuse *"d'accès mixte"* existant depuis 1983 pour ces fichiers :

"Le principe général étant la reconnaissance d'un droit d'accès direct excepté pour les informations classées "confidentielles". Dans ce dernier cas, il était fait application des dispositions de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978. "[21]

En consacrant ainsi, par voie réglementaire, une possibilité d'information plus directe du citoyen à certaines parties des fichiers des R.G. (en raison, très vraisemblablement, de la sensibilité politique et médiatique de ces fichiers), l'administration a cherché à trouver une réponse partielle à la frustration évoquée plus haut que provoque inévitablement l'application stricte de l'article 39. Mais elle a pu également introduire dans l'esprit de certains administrés une confusion sur les modalités de mise en oeuvre de cette procédure spécifique de l'article 7. C'est pourquoi un arrêt du Conseil d'Etat *Ruwayha* de juin 1993 a été nécessaire pour clarifier le sujet[22]. Statuant sur le recours formé par un requérant s'étant vu signifié par le président de la C.N.I.L. *"que l'un des membres de cette commission avait procédé à des vérifications concernant les fichiers des renseignements généraux"*, le Conseil

---

[20] Le 2° de l'article 3 du décret du 14 octobre 1991 vise les informations qui *"concernent des personnes ayant obtenu ou sollicitant une autorisation d'accès à des informations protégées en application du décret du 12 mai 1981"* (cf. nos développements sur les procédures d'habilitation, supra - IIème Partie, Chapitre II). Le 3° vise, pour sa part, les informations relatives *"à des personnes physiques ou morales qui ont sollicité, exercé ou exercent un mandat politique, syndical ou économique ou qui jouent un rôle politique, économique, social ou religieux significatif"*. En d'autres termes, ces deux catégories contiennent des informations recueillies au cours d'enquête "de routine" sur des personnes exerçant ou souhaitant exercer des activités spécifiques. Et bien qu'on puisse y trouver - notamment en ce qui concerne les enquêtes d'habilitation - des informations sur la "vulnérabilité" éventuelle des personnes à des pressions extérieures, le décret considère que ces deux catégories sont moins sensibles dans leur ensemble que la catégorie visée au 1° de l'article 3 qui regroupe les informations relatives aux suspects de terrorisme (*"des personnes qui peuvent, en raison de leur activité individuelle ou collective, porter atteinte à la sûreté de l'Etat ou à la sécurité publique, par le recours ou le soutien actif apporté à la violence ainsi que les personnes entretenant ou ayant entretenu des relations directes et non fortuites avec celles-ci"*).

[21] C.N.I.L., rapport 1988, *op. cit.*, p. 20.

[22] C.E., 23 juin 1993, *Ruwayha*, *A.J.D.A.*, 20 février 1994, note Jean Frayssinet.

devait juger si, en l'espèce, la C.N.I.L. n'avait pas outrepassé ses attributions en refusant à M. Ruwayha le bénéfice de la procédure d'accès direct mis en place par l'article 7 du décret de 1991. Les juges ont estimé que

> "*rapprochée des termes de la demande formulée par M. Ruwayha, la lettre du 2 juin 1992 doit être regardée comme l'informant qu'une décision de refus de communication lui était opposée ; qu'à défaut dans le texte de la lettre de précisions* (..), *le refus de communication s'analyse, eu égard aux dispositions précitées du 5e alinéa de l'article 7 dudit décret, en une décision du ministre de l'Intérieur et de la Sécurité publique s'opposant à la communication au requérant des informations le concernant ; qu'aucune disposition ne donne compétence au Conseil d'Etat pour connaître en premier et dernier ressort des conclusions tendant à l'annulation du refus ainsi opposé à l'intéressé* [renvoi au T.A. de Paris]. "

Par là, la juridiction administrative a apporté son concours à la clarification des rapports entre cette procédure particulière prévue au troisième alinéa de l'article 7 du décret de 1991 pour les seuls fichiers des R.G. et la procédure dérogatoire de l'article 39 de la loi s'appliquant à tous les fichiers de défense ou de sécurité publique. En application stricte des termes de l'article 7, le Conseil a clairement voulu réaffirmer que cette possibilité d'accès direct à certaines parties d'un fichier, par ailleurs soumis aux exigences de la procédure de l'accès indirect, restait à la discrétion du ministre de l'Intérieur (dont le décret mentionne dans le cinquième alinéa son droit à "*s'opposer à la communication au requérant*"), que la notification ultérieure de la C.N.I.L. au requérant ne faisait que prendre acte de cette décision discrétionnaire sur laquelle elle n'avait aucune capacité d'influence et que la procédure prévue par l'article 7 n'était qu'un "*simple cas particulier se rattachant aux dispositions de la loi*" [23].

Cette nouvelle procédure spécifique aux R.G. va donc moins loin que l'interprétation de l'article 39 que la C.N.I.L. avait essayé d'imposer, par sa délibération du 1er avril 1980, qui lui permettait librement de distinguer au sein d'un même fichier entre une partie "ouverte" faisant l'objet d'un accès direct et une partie "fermée" qui ferait l'objet de la procédure d'accès indirect en raison de la présence d'informations protégées [24]. En créant ainsi la notion de "*fichier mixte*", la C.N.I.L. faisait ainsi prévaloir, selon le professeur Roseline Letteron, le principe de finalité (en quelque sorte, la définition "finaliste" du secret, dont nous avons déjà parlé) sur une

---

[23] Note J. Frayssinet, *op. cit.*.

[24] cf. C.N.I.L., *1er rapport d'activité 1980*, La Documentation française, 1981, p. 46.

conception purement formelle du secret, défini par la seule décision administrative de classification [25]. Mais la plupart des auteurs relèvent également que la C.N.I.L. n'a pas été en mesure de maintenir intégralement cette position longtemps et que l'on a assisté sur ce point à un *"recul de la C.N.I.L."* [26]. Désormais, la commission a reconnu que les fichiers sensibles portés sur la liste de janvier 1986 sont entièrement soumis à la procédure d'accès indirect [27]. Mais, comme le dit le professeur Letteron, à ce propos,

> *"si le contrôle du secret d'Etat n'est pas encore vraiment en place, les moyens juridiques d'un tel contrôle existent déjà."* [28]

§ 3. - Les dérogations aux règles sur l'interdiction de la collecte des données sensibles

Le dernier problème que nous évoquons ici ne concerne pas directement le secret de défense et sa protection. C'est pourquoi, nous nous contenterons de le rappeler pour mémoire. Il s'agit simplement d'une question qui concerne directement de nombreux fichiers *"intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique"* et qui fait, dès lors, partie au sens large du statut juridique des fichiers nominatifs classifiés.

Il en est ainsi des dérogations qui peuvent être accordées pour certains traitements aux interdictions très strictes qu'impose l'article 31 de la loi de 1978 en ce qui concerne la collecte des données *"sensibles"* [29]. La loi permet, en effet, que le Gouvernement y déroge, en matière de défense, de sûreté de l'Etat ou de sécurité

---

[25] Roseline Letteron, *L'administré et le droit à l'information*, thèse dactylogr., Université de Paris X, 1987, p. 580.

[26] Cf. Danièle Lochak, "Secret, sécurité et liberté, in CURAPP, *Information et transparence administrative*, P.U.F., 1988, p. 62 ; Jean Laveissière, "En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret" *in Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 199.

[27] cf. C.N.I.L., *5ème rapport d'activité 1984*, La Documentation française, 1985, p. 86.

[28] R. Letteron, *op. cit.*, p. 581.

[29] Rappelons, à ce sujet, une ambiguïté terminologique : dans le vocabulaire de la loi du 6 janvier 1978 et de la C.N.I.L., l'adjectif *"sensible"* ne renvoie pas à l'acception commune qui fait de ce terme un adjectif proche de celui de *"protégé"*, *"confidentiel"*, *"classifié"* (ainsi, parle-t-on fréquemment des technologies *"sensibles"* pour désigner des technologies dont le transfert est soumis à contrôle, cf. supra - IIème Partie, Chapitre III). Il désigne clairement un ensemble de données nominatives relatives aux origines raciales, opinions politiques, philosophiques ou religieuses ainsi qu'à l'appartenance syndicale (art. 31) et dont le traitement incontrôlé serait préjudiciable à la vie privée et aux libertés publiques. Il est également employé en ce qui concerne les traitements utilisant l'identifiant national (c'est-à-dire le numéro INSEE) dont l'usage est fortement limité par l'article 18 de la loi.

publique, par la voie de décrets en Conseil d'Etat pris sur avis conforme de la C.N.I.L.. La C.N.I.L. possède ainsi, en la matière, un

> *"grand pouvoir, l'avis conforme faisant de celle-ci le véritable co-auteur de ces textes"* [30]

Cette procédure, plusieurs fois utilisée, a surtout donné lieu à des débats agités concernant les fichiers des Renseignements généraux. Après une première tentative en 1982, la C.N.I.L. fut plusieurs fois consultée par le Gouvernement en vue de donner son aval à un projet de décret faisant bénéficier les fichiers des R.G. des dérogations prévues par l'article 31 de la loi en matière de collecte des données sensibles [31].

La polémique culmina finalement lors de la publication des deux décrets du 27 février 1990 relatifs aux fichiers des R.G. (et notamment, à son fichier sur les risques terroristes) et habilitant cette administration à procéder au stockage de différentes informations sensibles. Il s'ensuivit un retrait par le Gouvernement [32], qui aboutit à la publication en octobre 1991 d'une nouvelle version - sensiblement édulcorée - de ces deux décrets [33]. Mais, en réalité, ces deux nouveaux textes ne sont qu'une version plus "hypocrite" des précédents (*"les signes distinctifs physiques particuliers, objectifs et inaltérables"* remplacent, par exemple, la mention des *"origines ethniques"*) [34] accompagnée pour certaines parties des fichiers d'une possibilité d'accès direct, dont la décision demeure entre les mains du ministère de l'Intérieur (cf. supra).

Notons pour finir que les textes européens, que ce soit la convention du conseil de l'Europe [35], ou le projet de future directive communautaire sur les données

---

[30] Jérôme Huet & Herbert Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Litec, p. 174.

[31] Cf. notamment C.N.I.L., Délibération n° 85-36 du 9 juillet 1985 portant avis sur la demande de modification de l'article 1er des décrets pris en application de l'article 31, alinéa 3 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relatifs aux fichiers gérés par la direction de la surveillance du territoire et la direction centrale des renseignements généraux, reproduit en annexe 40, in C.N.I.L., *6ème rapport d'activité 1985*, La Documentation française, 1986, p. 345.

[32] Cf., notamment, *Le Monde*, 6 mars 1990.

[33] Décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.R.F.* du 15 octobre 1991, p. 13498 ; Décret n° 91-1052 du 14 octobre 1991 relatif au fichier informatisé du terrorisme mis en oeuvre par les services des renseignements généraux du ministère de l'intérieur, *J.O.R.F.* du 15 octobre 1991, p. 13499.

[34] Cf. notamment, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1991/4, p. 83.

[35] L'article 9.2a de cette convention prévoit la possibilité de dérogations définies notamment comme des mesures nécessaires *"à la protection de l'Etat, à la sécurité publique, aux intérêts*

personnelles [36] prévoient des dispositions dérogatoires permettant aux Etats d'autoriser, notamment, le stockage de certaines données sensibles pour des raisons de sécurité publique.

Sous-Section III. - La protection du secret des télécommunications

S'ajoutant à la pratique ancienne (mais jamais totalement abandonnée) du *"contrôle postal"* [37], l'écoute des communications téléphoniques a connu un important développement depuis une cinquantaine d'années dans la plupart des pays développés. Pendant que son intérêt augmentait parallèlement aux nombres des abonnés, la technique d'enregistrement a - elle aussi - fait des progrès considérables. Et dès les années soixante, cette pratique - généralement clandestine - des services de police ou de contre-espionnage (ainsi que d'officines privées) fut dénoncée par les défenseurs des libertés civiques [38].

En France, une première tentative de rationalisation et de réglementation de la pratique des *"écoutes administratives"* (c'est-à-dire des écoutes effectuées pour le compte de services de l'Etat, hors de l'intervention de la justice), fut menée par le Gouvernement de M. Michel Debré qui les centralisa et les réorganisa en créant le *"Groupement interministériel de contrôle"* (G.I.C.) par la décision n°1E du 28 mars 1960 [39].

---

monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales" (Convention du conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 sur la protection des personne à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel).

[36] Son projet d'article 8 sur les *"catégories particulières de données"*, prévoit la possibilité pour les Etats d'y déroger *"pour des motifs d'ordre public importants"* (Proposition modifiée de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, COM(92)122 final du 16 octobre 1992, *J.O.C.E.*, 27 novembre 1992, n° C 311/45).

[37] Sur l'interception du courrier, cf. l'ouvrage historique de Eugène Vaillet, *Le cabinet noir*, P.U.F., 1950 ; Jacques Bergier, *L'espionnage politique*, Albin Michel, 1973, pp. 89 à 104 ; sur son usage par les Renseignements généraux dans les années soixante : Jacques Harstrich & Fabrizio Calvi, *R.G. - 20 ans de police politique*, Calmann-Lévy, 1991, pp. 126 à 130 ; aux Etats-Unis : William Colby, *Honorable men - My life in the C.I.A.*, 1978, traduction française : *30 ans de C.I.A.*, Presses de la Renaissance, 1978, p. 273 ; D. Martin, *op. cit.*, p. 98.

[38] Cf. notamment, la dénonciation de la situation aux Etats-Unis par le sociologue et journaliste Vance Packard, *The Naked Society*, 1964, traduction française : *Une société sans défense*, Calmann-Lévy, 1965 ; Pour la France : Jean Ditrau, "Les écoutes téléphoniques" in *La Nef*, dossier spécial "La police en France", n° 14, juin/septembre 1963, pp. 109 à 114 ; Roger Errera, *Les libertés à l'abandon*, Seuil, 1968, réédition : Seuil, 1975, pp. 202 à 211.

[39] Cette décision du Premier ministre était classifiée et n'avait donc pas été publiée. Elle n'a été rendue publique, en 1993, qu'à l'occasion du premier rapport de la nouvelle instance de contrôle des écoutes (Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *1er rapport*

Ce texte décidait simplement de créer un organisme unique *"placé sous l'autorité directe du Premier ministre"* pour assurer toutes *"les écoutes et enregistrements téléphoniques, télégraphiques sur fils ainsi que les renvois sur réseau P.T.T. des écoutes microphoniques, ordonnées par les autorités gouvernementales"*. Avec le recul, on s'aperçoit maintenant que cette décision de 1960 avait plutôt pour objet de mettre fin à l'anarchie existant en la matière, *d'imposer à chacun des ministères utilisateurs une procédure administrative d'autorisation assez rigide et de permettre - malgré la clandestinité du G.I.C. - un contrôle minimum sur les objectifs des écoutes (qui devaient être conformes aux "missions respectives" des ministères utilisateurs).* [40]

Pour autant, le caractère occulte de cette décision et de l'organisme qu'elle créait [41], ainsi que l'absence de tout élément précis et contraignant en ce qui concernait son contrôle (lequel reposait exclusivement sur la vigilance et le légalisme du cabinet du Premier ministre [42]) a suscité la critique et la continuation de la polémique. A de nombreuses reprises, les parlementaires et les partis d'opposition tentèrent d'obtenir des différents gouvernements successifs, d'une part des informations précises sur l'activité du G.I.C. et, d'autre part, la mise en chantier d'une réforme législative sur le sujet.

Deux initiatives infructueuses marquèrent notamment cette contestation du fonctionnement des écoutes en France. D'une part, en 1973, la commission sénatoriale Marcilhacy-Monory se heurta à un refus total de coopération de la part du

---

d'activité 1991-1992, La Documentation française, 1993, pp. 13 à 15). Mais sa circulaire d'application demeure toujours confidentielle.

[40] Cf. Bertrand Warusfel, "Premier rapport de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité", *Droit et Défense*, 93/2, p. 48.

[41] Le G.I.C., dont l'existence et l'acte de création sont désormais publics, n'a cependant pas été mentionné dans la loi du 10 juillet 1991 et - bien qu'aucun texte ne le précise (à l'inverse du cas de la D.S.T.) - son organisation et son fonctionnement demeurent couvert par le secret de défense (c'est, du moins, l'avis de la C.N.C.I.S. tel qu'il ressort de son second rapport d'activité et tel que son Président l'a confirmé au magistrat chargé de l'affaire des écoutes de l'Elysée, cf. infra).

[42] Constantin Melnik, alors conseiller de Michel Debré pour le renseignement et qui fut le créateur du G.I.C., affirme, pour sa part, que la création de cet organisme obéissait, en quelque sorte à un scrupule démocratique : *"Ce qu'il avait appris (...) au ministère des P.T.T. ou de l'Intérieur lui faisait trouver dangereux le chevauchement des services de police, intolérable la dilution des responsabilités dans cette violation de la vie privée. Selon cette forme d'esprit "opérationnelle" qui le caractérisait, il avait rédigé en cinq minutes et fait signer à Michel Debré une "décision" créant un centre d'écoutes unique placé sous l'autorité du Premier ministre, le célèbre G.I.C. qui défraiera la chronique dans les décennies qui suivront. Seuls les ministres chargés de la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat avaient désormais le droit d'ordonner l'écoute - illégale - d'un libre citoyen"* (Constantin Melnik, *Un espion dans le siècle - La diagonale du double*, Plon, 1994, p. 375).

Gouvernement (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III). D'autre part, si la Commission mise en place par le Premier ministre Pierre Mauroy en juillet 1981 et dirigée par M. Robert Schmelk, Premier président de la Cour de cassation, bénéficia - au contraire - de facilités d'enquête et d'information auprès du G.I.C. et des services concernés, son rapport et ses conclusions furent conservés secrets par le Gouvernement [43].

De son côté, la Cour européenne des Droits de l'homme rendit, entre 1978 et 1990, plusieurs décisions judiciaires se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme [44] validant la situation juridique en matière d'écoutes téléphoniques dans plusieurs pays européens (l'Allemagne dans l'affaire *Klass* [45] et la Grande-Bretagne dans l'affaire *Malone* [46]) et - inversement - condamnant la France pour insuffisance de sa législation en la matière (dans les affaires *Huvig* et *Kruslin* [47]).

Les différentes phases de ce débat et de ces controverses ont débouché finalement, en France, sur l'adoption de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications [48]. Le contenu de ce texte, assez inspiré en plusieurs de ses principes essentiels par le rapport Schmelk, a consacré tout à la fois le principe du secret des télécommunications et la légalité - sous certaines conditions - d'"*interceptions de sécurité*" constituant des dérogations à ce principe (§ 1.), sous le contrôle d'une nouvelle autorité administrative indépendante, la

---

[43] Le texte du rapport Schmelk n'a été publié qu'en 1993, en annexe du premier rapport d'activité de la C.N.C.I.S. (C.N.C.I.S., *1er rapport*, *op. cit.*, pp. 55 à 116).

[44] "*1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui*" (Article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme).

[45] C.E.D.H., *Klass c/ R.F.A.*, Com. 50/29/71 - 17/12/1974, vol. 28, série A, arrêt du 6 septembre 1978.

[46] C.E.D.H., *Malone*, 2 août 1982 (série A n° 82) & 26 avril 1985 (série 1 n° 95).

[47] "*En résumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré.*" (C.E.D.H., *Kruslin*, 24 avril 1990, *D.* 1990.J., p. 353). Pour un commentaire de ces différentes jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme par l'un des magistrats de cette juridiction, cf. Louis-Edmond Pettiti, "Les écoutes téléphoniques et le droit français", *A.J.D.A.*, 20 janvier 1992, pp. 35 et s..

[48] Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, *J.O.R.F.*, 13 juillet 1991, pp. 9167 et s..

Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (C.N.C.I.S.) (§ 2.) dont les missions et le fonctionnement doivent demeurer compatible avec les nécessités du secret de la défense nationale.

§ 1. - Les "interceptions de sécurité", dérogations légales au principe du secret des télécommunications

Le premier article de la loi du 10 juillet 1991 a introduit en droit français, le principe du secret des "correspondances émises par la voie des télécommunications" en déclarant que ce secret est *"garanti par la loi"*. Mais il est immédiatement précisé qu'il ne peut y être porté atteinte *"que par l'autorité publique dans les seuls cas de nécessité publique prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci."*

La consécration de la protection du secret des télécommunications s'est traduite par l'article 25 de la loi qui a introduit dans le Code pénal alors en vigueur un article 186-1 réprimant les écoutes réalisées *"hors des cas prévus par la loi"* par les agents des exploitants de réseaux ou toute autre personne. Cet article constituait une innovation pénale importante dans la mesure où jusqu'à présent le Code pénal ne sanctionnait que la violation du secret postal et la captation de paroles prononcées dans un lieu privé par une personne sans son consentement (article 368 du Code pénal). L'article 186-1 élargissait donc considérablement l'incrimination

> *"puisqu'il concerne non seulement l'interception de paroles, mais également celles de signaux, d'écrits, de signes, de données et de renseignements de toute nature transmis par la voie des télécommunications. Il permet d'assurer le respect du secret de toutes les correspondances émises par la voie des télécommunications consacré par l'article 1er de la loi, quel que soit le contenu de ces communications, alors que l'article 368 du Code pénal ne réprime que les interceptions de paroles qui portent atteinte au droit au respect de l'intimité de la vie privée."* [49]

Et comme nous l'avons déjà signalé, le nouveau Code pénal a repris, sous une forme aménagée, une disposition inspirée de cet article dans son article 226-15 nCP (cf. supra - IIème Partie, Chapitre III).

Pourtant, du point de vue qui nous intéresse ici, c'est surtout le second alinéa de l'article 1er qui retient notre attention. Par là, en effet, le législateur a donné, pour la première fois, un fondement légal solide à la pratique des écoutes menées sur instruction de la justice ou des autorités gouvernementales. Ce fondement est solide

---

[49] C.N.C.I.S., *1er rapport, op. cit.*, p. 138.

dans la mesure où il est compatible avec les principes essentiels des libertés publiques qui exigent - comme nous l'avons expliqué plus haut - que les restrictions aux libertés fondamentales soient décidées par voie législative.

Ce sont donc différents articles de la loi du 10 juillet 1991 qui ont eu la charge de définir les cas et les modalités dans lesquels des "interceptions de sécurité" peuvent être effectuées en dérogation du secret des télécommunications. L'article 3 limite les possibilités de recours à ces interceptions à celles

> *"ayant pour objet de rechercher des renseignements intéressant la sécurité nationale* [50]*, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées."*

A ces critères tenant à la nature des motifs d'interception, les articles suivants de la loi ajoutent une série de contraintes qui s'imposent aux services effectuant les interceptions (c'est-à-dire principalement le G.I.C.) : décision écrite et motivée du Premier ministre (art. 4), fixation de contingents maximum d'interceptions simultanées (art. 5), autorisation limitée à quatre mois (art. 6), obligation de ne transcrire que les *"renseignements en relation avec l'un des objectifs énumérés à l'article 3"* (art. 7), destruction des enregistrements au bout de dix jours maximum (art. 9), interdiction d'utiliser les renseignements recueillis à d'autres fins que celles prévues à l'article 3 (art. 10).

Ce faisant, le législateur a - pour la première fois en France - établi indirectement par voie législative la mission et les modalités de fonctionnement d'un organisme de renseignement : bien que le G.I.C. ne soit pas mentionné dans la loi, son action tombe toute entière sous le coup des dispositions de la loi de 1991, alors que les autres services - tels la D.S.T., la D.P.S.D. ou la D.G.S.E. - n'ont vu leurs missions

---

[50] On trouve ici ce terme de *"sécurité nationale"* - courant dans de nombreux droits étrangers - employé, croyons-nous, pour la première fois en droit français. D'après une déclaration du Gouvernement lors des débats parlementaires, cette notion recouvre *"l'ensemble des informations que* [le Gouvernement] *juge nécessaire de détenir pour assurer la sauvegarde de la sécurité intérieure et extérieure du pays, l'intégrité du territoire, la vie de la population et pour prévenir les atteintes à la sûreté de l'Etat"* (cité in C.N.C.I.S., *1er rapport, op. cit.*, p. 129). On note ici et dans tout le texte de l'article 4 la parenté intellectuelle avec la notion des *"intérêts fondamentaux de la nation"* établie une année plus tard pour prendre place dans le nouveau Code pénal (cf. supra - 1ère Partie, Chapitre II ; Chantal Arens, "Les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications - Le nouveau régime des écoutes téléphoniques", *Juris P.T.T.*, Ministère des Postes & Télécommunications, n° 25, 3ème trimestre 1991, p. 25).

fixées que par voie réglementaire (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier). Plus encore, il l'a soumis au contrôle direct d'un organisme administratif indépendant.

§ 2. - *Le contrôle de la C.N.C.I.S. et sa conciliation avec les nécessités du secret de défense*

La Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité a été créée par l'article 13 de la loi de 1991 en vue de veiller à l'application par les services concernés des obligations ci-dessus résumées. Elle comporte un effectif très restreint de trois personnes : un président choisi par le Président de la République sur une liste établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat et le premier Président de la Cour de cassation, un député et un sénateur choisis par les présidents respectifs de leurs Assemblées.

Il s'agit, selon les termes mêmes de la loi, d'une autorité administrative indépendante, disposant de garanties statutaires visant à lui assurer l'indépendance (inamovibilité de ses membres, incompatibilité avec des fonctions gouvernementales, non-renouvellement du mandat).

Pour prendre connaissance des informations qu'elle a pour vocation de contrôler, la Commission est dotée de moyens juridiques significatifs puisque la loi oblige le Premier ministre à lui transmettre dans les quarante-huit heures toute décision de mise en oeuvre d'une interception (art. 14) et qu'elle peut, par ailleurs, procéder unilatéralement au contrôle de toute interception en cours *"de sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel"* (art. 15).

En revanche, il est clair que la Commission ne possède pas de pouvoirs de décision équivalents à ses pouvoirs d'investigation. Lorsqu'elle a pris connaissance d'une interception, elle ne peut qu'adresser au Premier ministre

> *"une recommandation tendant à ce que cette interception soit interrompue."* (art. 14 et 15)

Les deux premiers rapports de la C.N.C.I.S. nous donnent quelques informations relatives à l'importance et à l'impact de ses recommandations. En 1991 et 1992, sur une centaine de cas potentiellement litigieux étudiés, onze recommandations défavorables ont ainsi été transmises au Premier ministre, lesquelles ont été suivies d'effet à deux exceptions près [51]. En 1993, une vingtaine de cas a amené la C.N.C.I.S. à différer son avis en vue d'obtenir de plus amples informations des services concernés

---

[51] C.N.C.I.S., *1er rapport, op. cit.*, p. 149.

et une vingtaine d'autres interceptions l'a amenée à recommander une vérification approfondie de leur "production" durant une période probatoire de quinze jours. Les services ou le Premier ministre ayant dans la plupart des cas retiré leur décision, seuls quatre cas ont fait l'objet d'une décision explicite du Premier ministre de maintien de l'interception en opposition avec l'avis de la Commission [52].

De la même façon, l'activité de la C.N.C.I.S. est limitée par l'obligation prévue à l'article 17 d'une réserve - identique à celle imposée à la C.N.I.L. (cf. supra) - en ce qui concerne l'information des citoyens ayant présenté une réclamation en vue d'un contrôle.

Reste à apprécier si la Commission voit également ses prérogatives affaiblies par l'omniprésence, dans ce domaine des interceptions, des impératifs de la protection du secret de défense.

Notons, tout de suite, que la loi du 10 juillet 1991 est assez peu explicite sur cet aspect des choses. Son article 13 prévoit simplement dans son avant-dernier alinéa que

> *"Les membres de la commission sont astreints au respect des secrets protégés par les articles 75 et 378 du Code pénal pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions."*

La signification de cette disposition ne fait guère de doute et la C.N.C.I.S. a, elle-même, estimé que ce texte

> *"a expressément prévu que ses membres étaient astreints au respect tant du secret-défense que du secret professionnel."* [53]

Il est, cependant possible d'interpréter de différentes façons la portée d'une telle disposition. Prise au pied de la lettre, sa mention de l'article 75 du Code pénal peut paraître superfétatoire, tout citoyen et toutes autorités publiques étant tenus au respect du secret de la défense nationale. Son seul apport effectif concerne donc la mention de l'article 378 (sur le secret professionnel) puisque la jurisprudence n'appliquant pas cet article à toutes les situations professionnelles (y compris dans la fonction publique), cette disposition de la loi de 1991 crée un nouveau cas de qualification légale du secret professionnel en ce qui concerne l'activité des membres de la C.N.C.I.S..

---

[52] C.N.C.I.S., *2ème rapport, op. cit.*, p. 16.

[53] C.N.C.I.S., *2ème rapport, op. cit.*, p. 65.

Mais si on analyse ce texte avec plus de recul, on comprend qu'il signale implicitement que les membres de la Commission sont amenés à connaître, dans l'exercice de leurs fonctions, des informations classifiées. Cette constatation nous paraît conforme à la réalité pratique des choses, puisque, par exemple, la loi prévoit expressément que la Commission reçoit communication de toutes les demandes d'interception (art. 14), lesquelles sont nécessairement classifiées [54]. A cela s'ajoute, le fait que l'article 15 donne à la C.N.C.I.S. le pouvoir de *"procéder au contrôle de toute interception de sécurité"*, ce qui l'amène, sans doute, nécessairement à se faire communiquer des informations qui doivent, le plus souvent être classifiées, à savoir les enregistrements et les transcriptions de ces interceptions, ainsi qu'à pouvoir requérir auprès des services demandeurs des explications sur les motifs - également confidentiels - de ladite interception [55]. Enfin, la récente instruction judiciaire ouverte à la suite de la découverte d'écoutes *"sauvages"* qui auraient été pratiquées par la cellule anti-terroriste de la Présidence de la République, a amené M. Paul Bouchet, président de la C.N.C.I.S., à invoquer devant le juge d'instruction le caractère de secret de défense de certaines informations obtenues par la Commission au cours de ses investigations sur le sujet [56].

Mais si l'article 13 souligne la possibilité pour les membres de la Commission d'accéder à des informations classifiées et l'obligation pour eux - dans ce cas - d'en assurer la protection, il ne semble pas qu'on puisse l'interpréter comme donnant à la C.N.C.I.S. un droit à avoir accès à toutes les informations classifiées dont ses membres pourraient souhaiter avoir connaissance (ce qui créerait, corrélativement, une obligation pour les services concernés de les leur livrer sans pouvoir leur opposer les règles de protection du secret). La seule obligation, en effet, imposée à l'administration dans ce domaine, est contenue dans l'article 16 qui dispose simplement que

---

[54] Cf. par exemple, la reproduction des documents administratifs utilisés pour les *"demandes de construction"* à destination du G.I.C., lesquels sont revêtus de la mention *"Secret défense"* (Jaqueline Denis-Lempereur, "Les oreilles de l'Etat", *Science & Vie*, n° 897, juin 1992, photos reproduites en p. 105). Dans le même sens, le rapport de la Commission Schmelk a constaté que, lors de la procédure de demande d'une interception, le ministre des P.T.T. n'a connaissance que de la ligne à écouter sans recevoir *"d'explication sur l'identité de l'abonné à écouter ni sur la justification de l'écoute. De telles indications relèvent en effet de la protection attachée au Secret défense"* (reproduit *in* C.N.C.I.S., *1er rapport*, *op. cit.*, p. 67).

[55] Lors des auditions réalisées par la Commission Schmelk, le directeur de la D.G.S.E. avait, notamment, précisé que *"la notion de secret-défense recouvre pour son service tant les motifs d'une interception que l'identité même des personnes mises en surveillance"* (reproduit *in* C.N.C.I.S., *1er rapport*, *op. cit.*, p. 67).

[56] Cf. Le Monde, 4 décembre 1993, 20 janvier 1994 et 16 mars 1994 ; C.N.C.I.S., *2ème rapport*, *op. cit.*, p. 23.

"Les ministres, les autorités publiques, les agents publics doivent prendre toutes mesures utiles pour faciliter l'action de la commission."

Cette rédaction ne paraît imposer aux services qu'une exigence très générale de célérité et de coopération, sans que ses termes puissent signifier qu'elle implique la levée systématique de l'obligation de discrétion professionnelle et, *a fortiori*, de protection du secret par les fonctionnaires concernés.

La combinaison de ces dispositions semble ainsi situer - en ce qui concerne l'accès au secret - la C.N.C.I.S. dans une situation proche de celle de la C.N.I.L. et donc différente de celle des autres autorités administratives indépendantes comme la C.A.D.A.. A la différence de cette dernière, à laquelle la loi n'ouvre aucune possibilité de connaître de documents classifiés, la loi de 1991 prévoit que certaines informations classifiées particulières (telles les demandes d'interception) sont obligatoirement portées à la connaissance de la commission sans lui donner pour autant un droit permanent à l'accès aux autres informations classifiées entourant la mise en oeuvre et la réalisation des interceptions. En la matière, la C.N.C.I.S. demeure dépendante des informations plus ou moins complètes que l'administration voudra bien lui transmettre. Cette situation paraît somme toute proche de celle de la C.N.I.L., pour laquelle la loi de 1978 prévoit qu'en ce qui concerne les fichiers sensibles (catégorie dans laquelle on retrouve tous les fichiers classifiés), il appartient à la C.N.I.L. de prendre en charge le droit d'accès indirect prévu à l'article 39 et, dans ce cadre, d'accéder au fichier concerné

"pour mener toutes investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires."

Dans ce dispositif décrit plus haut, des dispositions prévoient le fait que les membres et les agents de la C.N.I.L. sont tenus au respect du secret de défense, et - comme dans le cas de la C.N.C.I.S. - on constate que l'accès au secret rendu possible par la loi de 1978 reste limité à un certain type d'informations (les données nominatives classifiées pour la C.N.I.L., les demandes d'interception et les données relatives à leur mise en oeuvre pour la C.N.C.I.S.). La seule différence importante que l'on constate, cependant, entre le dispositif de la loi de 1978 et celle de 1991, concerne l'identité des membres des dites commissions, habilités à accéder aux informations classifiées. Dans la loi de 1978, nous avons vu qu'il ne pouvait s'agir que de membres

"appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes"

A l'inverse, la loi de 1991, qui - nous l'avons relevé - reste très discrète sur le sujet de l'accès aux informations classifiées et ne le traite qu'indirectement, ne retient pas une telle distinction qui, vu la composition de la C.N.C.I.S., risquerait de s'avérer inopérante (les deux parlementaires n'étant pas nécessairement d'anciens magistrats, ni même le président, bien que celui-ci soit choisi sur une liste proposée par la hiérarchie du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation). Signalons cependant que lors des travaux de la Commission Schmelk, la question avait été évoquée et que - vu la composition de l'instance de contrôle envisagée (qui était plus large que la C.N.C.I.S. actuelle) - la Commission Schmelk avait exprimé son souhait de voir retenu dans la loi le même principe que celui mis en oeuvre dans la loi de 1978 [57].

SECTION II. - Le secret de défense face aux lois améliorant l'information du citoyen

Plus encore qu'un besoin de protection, le citoyen français a toujours éprouvé vis-à-vis des pouvoirs publics un besoin mal satisfait d'information, tant il est vrai que l'administration française a été *"un milieu fermé"* [58], au sein duquel l'information était monopolisée au nom de l'intérêt général. De ce fait, le développement - particulièrement fort en France - du *"phénomène bureaucratique"* [59], s'est accompagné de la mise en place progressive d'un véritable *"secret administratif"*, essentiellement fondé sur la pratique administrative et en contradiction apparente avec la volonté de transparence qu'exprimait l'idéal républicain (cf. supra) [60]. Mais, en réalité, de même que nous avons vu précédemment que l'idéologie classique des droits de l'homme acceptait le principe du secret d'Etat, la tradition du droit public français a su pendant longtemps "positiver" cette pratique générale du secret administratif :

---

[57] Cf. le rapport Schmelk reproduit *in* C.N.C.I.S., *1er rapport*, *op. cit.*, p. 109.

[58] B. Ducamin, *op. cit.*, p. 11.

[59] Cf. notamment l'ouvrage de référence de Michel Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Le Seuil, 1963 (notamment sa quatrième partie consacré au phénomène bureaucratique *"comme phénomène culturel français"*, mais dans laquelle la question du secret et de la rétention d'information est quasiment absente).

[60] Jürgen Habermas fait d'ailleurs justement remarquer que, tout au long du processus d'institution d'une *"sphère publique"* caractéristique des Etats constitutionnels libéraux aux XVIIIème et XIXème siècle, *"c'est l'administration qui s'opposera de la manière la plus virulente au principe de Publicité ; non pas en mettant en avant le prétexte que certaines affaires devaient restées secrètes directement dans l'intérêt de tous, mais avant tout, bien évidemment, parce qu'outre l'armée, la bureaucratie qui s'est formée sous l'absolutisme représente la seule arme dont dispose le Prince face aux intérêts de la société civile"* (J. Habermas, *op. cit.*, p. 94).

> *"La rétention d'informations est un obstacle au contrôle démocratique. Mais dans la doctrine juridique française, la hiérarchie et la centralisation ont une signification autrement positive. Ces principes sont liés à celui de la suprématie de la loi. Le pouvoir central et le supérieur hiérarchique n'ont que l'autorité qui leur est conférée par celle-ci. Dans ces conditions, le secret administratif prend un autre sens. Il est un moyen pour protéger l'administration des pressions exercées par les intérêts privés. Il est aussi lié aux droits des usagers de l'administration que proclame la loi. Le droit du secret administratif définit les cas où l'administration doit se taire, mais aussi ceux où elle doit parler. En bref, le secret administratif traditionnel s'insère dans la conception française de l'Etat parlementaire centralisé où il n'existe pas de contradiction entre la bureaucratie et la démocratie."* [61]

Et le professeur Georges Morange pouvait écrire, à la veille de l'adoption des premières réformes en matière d'information du citoyen, que

> *"ce "secret administratif", si véhémentement dénoncé, n'est qu'un cas particulier d'une sorte de loi générale du silence qui pèse lourdement sur l'ensemble du droit public français et qui empêche notre démocratie d'être cette "maison de verre" qui lui assurerait sa pleine réalité."* [62]

Mais si profondément ancrée qu'elle soit dans la tradition juridique française [63], la tendance de l'administration au secret a été finalement fortement remise en cause dans les années soixante-dix où un vaste mouvement anti-bureaucratique poussa l'Etat à engager des réformes en la matière. Résumant dans un ouvrage - depuis devenu célèbre - les arguments essentiels de cette nouvelle conscience libérale, Alain Peyrefitte illustra alors en ces termes le paradoxe des relations qui existaient entre le véritable secret gouvernemental (celui qui peut relever légitimement du secret de défense) et le secret administratif généralisé :

---

[61] Jean-Jacques Gleizal, "Le secret dans l'Etat", *in* Institut de Recherche économique et de planification du développement (I.R.E.P.-D), *La justice et les fonctions sociales du secret*, Université des Sciences Sociales de Grenoble, 1981, p. 161 (le même ouvrage collectif a fait l'objet d'une nouvelle édition aux Presses Universitaires de Grenoble sous le titre *Figures du secret*).

[62] Georges Morange, "Le secret en droit public français", *D.* 1978.1.

[63] L'avocat Laurent Cohen-Tanuggi estime, pour sa part, qu'en France, l'on *"reconnaît à la confidentialité et au secret des vertus au moins aussi grandes qu'à la libre circulation de l'information"* (Laurent Cohen-Tanuggi, *Le droit sans l'Etat*, P.U.F., 1985, p. 165).

> *"Un Gouvernement doit être en mesure d'agir par surprise : le secret est la condition de l'initiative. Mais l'administration, chargée d'exécuter des décisions publiques, devrait baigner dans la clarté. Or, c'est souvent l'inverse que l'on voit : les secrets du Conseil des ministres sont des secrets de Polichinelle ; et l'administration est tout enveloppée de mystère.* " [64]

En d'autres termes, le maintien de la pratique abusive d'un secret administratif implicite paraissait être préjudiciable à la défense des véritables secrets de l'Etat. C'est, en quelque sorte, sur cette base intellectuelle qu'ont été élaborés plusieurs textes législatifs importants qui, tout en créant des droits plus ou moins larges à l'information, ont chacun établi explicitement le statut du secret de défense comme exception à ces différents droits.

Sous-Section I. - Secret et droit de communication des documents administratifs

Parmi tous les nouveaux droits reconnus aux citoyens durant les dernières décennies, le droit à la communication des documents administratifs est certainement celui qui, dans son principe, rentre le plus directement en contradiction avec les impératifs du secret gouvernemental et de défense. Mais, du même coup, c'est dans ce domaine que la question a été abordée le plus directement et, sans doute, le mieux réglée.

Tandis qu'aux Etats-Unis, le Congrès avait adopté en 1966 le très ambitieux *"Freedom of Information Act"* (F.O.I.A.) [65], la France a consacré le droit d'accès aux documents administratifs par la loi du 17 juillet 1978 *"portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public"* [66]. Mais au-delà de son article 1er garantissant *"le droit de toute personne à l'information"*, cette loi a également - et pour la première fois - donné un fondement légal et défini des limites au

---

[64] Alain Peyrefitte, *Le Mal français*, Plon, 1976, p. 277.

[65] Le F.O.I.A. comporte une exception relative au secret de défense. Son paragraphe (b)(1) exclut de son application les domaines *"(A) spécifiquement autorisés, en vertu de critères établis par un Executive Order, à demeurer secret dans l'intérêt de la défense nationale et de la politique étrangère et (B) qui sont, en pratique, classifiés de manière adéquate au regard des dispositions de cet Executive Order."* (Freedom of Information Act, 5 U.S.C., par. 552a). La même exception figure également dans le Government in the Sunshine Act (5 U.S.C., par. 552b).

[66] Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre social et fiscal, *J.O.R.F.*, 18 juillet 1978, modifiée par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *J.O.R.F.*, 12 juillet 1979. Pour une analyse de cette loi et des droits qu'elle consacre, cf. notamment Alain-Louis Mie, *L'administration et le droit à l'information - Le secret en question*, Berger-Levrault, 1985 (et plus particulièrement son chapitre 3).

secret administratif en établissant une liste d'exception, au sein de laquelle on retrouve le secret de défense [67].

§ *1. - Les exceptions prévues par la loi*

Cette loi a prévu dans son article 6, un certain nombre d'exceptions au droit de communication aux administrés des documents administratifs, concernant les documents dont la communication pourrait porter atteinte :

- au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables dépendant du pouvoir exécutif,

- au secret de la défense nationale et de la politique extérieure,

- à la monnaie et au crédit public, à la sûreté de l'Etat et à la sécurité publique,

- au déroulement des procédures engagés devant les juridictions,

- au secret de la vie privée, des dossiers personnels et médicaux,

- au secret en matière commerciale et industrielle,

- à la recherche des infractions fiscales et douanières,

- et, de manière générale, aux secrets protégés par la loi [68].

Comme nous l'avons vu précédemment à propos de la définition du secret de défense (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III), la manière dont le secret de la défense nationale a été inclus sur cette liste et les libellés des autres secrets protégés au même titre que lui, a créé une relative confusion dans l'utilisation par la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (C.A.D.A.) de ces différents motifs de non-communication.

---

[67] Le professeur Roseline Leterron, a parlé, à propos de la loi du 6 janvier 1978 (cf. supra) de l'apparition d'un *"droit du secret"* qui est apparu avec ce texte *"puisque la confidentialité ne peut plus s'auto-justifier"* (R. Letteron, *op. cit.*, p. 566).

[68] Par comparaison, signalons que la future loi belge sur l'accès aux documents administratifs devrait comporter une dérogation au droit de consultation lorsque l'autorité administrative *"a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un de ces intérêts", à savoir, la sécurité de la population, les libertés et les droits fondamentaux des administrés, les relations internationales fédérales de la Belgique, l'ordre public, la sûreté ou la défense nationale, la recherche ou la poursuite des faits punissables, ..."* (Etienne Montero, "Belgique : du nouveau sur l'accès aux documents administratifs", *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1994/1, p. 52).

Mais, cet aspect des choses mis à part, on peut considérer que l'application de la loi du 17 juillet 1978 n'a pas créé de conflit important avec les dispositions relatives à la protection du secret de défense.

Dans son principe, en effet, l'invocation du secret de défense comme exception à la communication des documents administratifs paraît acceptée par la doctrine [69] et ne pose pas de réels problèmes de mise en oeuvre [70].

La C.A.D.A. note, d'ailleurs qu'"*il est relativement rare que les demandes d'avis dont est saisie la Commission mettent en cause le secret de la défense nationale ou de la politique extérieure de la France.*" [71]

D'après la C.A.D.A., les avis défavorables formulés au titre du secret de la défense nationale, concernent deux types de documents "*relatifs soit à des installations à caractère ou à usage militaire, soit à des procédures en relation avec la défense nationale*" [72].

§ 2. - *La non-communication des documents relatifs aux installations à caractère ou à usage militaire*

La C.A.D.A. reconnaît facilement le caractère secret de documents relatifs à des installations militaires ou à usage militaire. C'est ainsi qu'elle a formulé un avis défavorable à la communication de documents relatifs aux activités du centre d'études du Bouchet [73] et à ses dispositifs de secours [74]. De même, bien qu'il ne s'agisse pas

---

[69] *"En matière de sûreté et sécurité, qu'il s'agisse de l'Etat, le secret prime sur le droit d'accès"* (A-L. Mie, *op. cit.*, p. 151) ; *"La loi reconnaît ainsi la primauté du secret de la défense nationale sur le droit à l'information"* (Henri Debrun, "Le secret de défense", in Jacques Robert (sous la dir.) *L'esprit de défense*, Economica, 1987, p. 453).

[70] Tout au plus peut-on signaler que les autorités militaires s'étaient fait l'écho de problèmes pratiques de coordination entre les prérogatives de la C.A.D.A., qui a compétence - depuis la loi de 11 juillet 1979 - sur les documents nominatifs, et de la C.N.I.L. en matière de droit d'accès aux fichiers manuels couverts par le secret de défense (Cf. C.E. Bicail, "La notion du secret de défense nationale en droit français", *Gendarmerie nationale*, juillet 1983, p. 6). Mais ce problème paraît avoir été tranché dans le cadre de la jurisprudence *Bertin* évoquée plus haut, qui a consacré la prééminence de la loi de 1978 sur les prérogatives de la C.A.D.A. en matière d'accès aux documents classifiés sous forme informatisée.

[71] Commission d'accès aux documents administratifs, *Guide d'accès aux documents administratifs*, 1990, p. 73.

[72] *Ibid.*, p. 74.

[73] Ce centre de recherches appartient au ministère de la défense et dépend de la D.G.A/D.R.E.T.. Il est spécialisé dans la guerre chimique et bactériologique.

[74] Avis *Association Les amis de la Terre*, 13 décembre 1984.

directement de sites militaires, elle a consacré le secret couvrant une liste de cavités souterraines pouvant servir d'abris en cas de conflit (qui relève donc de la défense civile, composante de la défense nationale) [75].

Mais, dans de rares occasions, le secret de la défense nationale a été invoqué à propos d'installations civiles dont les caractéristiques avaient indirectement un lien avec les activités militaires. Ce fut particulièrement le cas de l'avis défavorable rendu sur la demande communication d'un extrait du rapport de sûreté de l'usine de retraitement de La Hague, au motif que cette communication *"porterait atteinte, à la fois au secret industriel et commercial, à celui de la défense nationale, et à la sûreté de l'Etat et à la sécurité publique"* [76]. Cet extrait concernait un *"silo de stockage des queusots des centrales graphite-gaz"* [77] et la Commission a, notamment estimé

> *"qu'un lecteur averti de ces extraits pourraient connaître assez précisément, à partir des bilans de stockage ou du degré d'irradiation des combustibles, qui parviennent dans les installations, la capacité nucléaire nationale, c'est-à-dire la quantité de plutonium à usage militaire fabriquée et que la divulgation des techniques de retraitement utilisées aurait pour conséquence, en outre, d'accroître les risques de prolifération nucléaire."* [78]

Il a pu être remarqué concernant cet avis Lalonde que la C.A.D.A. (comme le juge pénal, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal) ne limitait pas la notion de secret de défense à la présence d'une classification (qui - en l'espèce - n'existait pas) [79]. Cela oblige à se poser la question de l'évolution de la jurisprudence de la C.A.D.A. en la matière, puisque désormais l'article 413-9 nCP fait, en quelque sorte, de la classification la condition nécessaire de la qualification d'un secret de la défense nationale. En toute logique, on devrait voir la C.A.D.A. restreindre en conséquence son invocation du secret de défense, sauf à ce qu'elle utilise la notion mal définie - comme nous l'avons vu précédemment (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III) - de *"secret de la politique extérieure"* pour continuer à considérer comme secrets des

---

[75] Avis *Commission permanente d'étude et de protection des eaux souterraines et des cavernes de Franche-Comté*, 4 juillet 1985.

[76] Avis *Lalonde*, 4 mars 1981, n° 2467, C.A.D.A, *2ème rapport d'activité*, p. 181.

[77] Rappelons que les centrales électro-nucléaires à technologie graphite-gaz assurent en France la production de plutonium nécessaires aux armements nucléaires nationaux.

[78] C.A.D.A., *2ème rapport d'activité*, p. 34.

[79] Cette remarque figure notamment dans l'étude juridique - non publiée - réalisée en 1983 sous la direction du professeur Jacques Robert pour le compte du S.G.D.N./S.S.D..

documents administratifs non classifiés qu'elle aurait précédemment couverts par le secret de défense.

§ 3. - La non-communication des documents relatifs aux procédures en relation avec la défense nationale

La C.A.D.A. a également émis un avis défavorable à la communication de deux instructions relatives à la protection du secret : l'instruction générale interministérielle n°1300 du 12 mars 1982 (instruction portant la mention "Diffusion restreinte") et l'instruction du ministre de la défense n°55-399 du 4 novembre 1983 relative à *"la délimitation des domaines du Secret-défense et Confidentiel-défense"* [80].

De même, la Commission considère comme non communicable le dossier d'habilitation au Secret-défense, tant vis-à-vis de la personne concernée [81] que de sa famille [82]. Cette décision va dans le sens de l'arrêté du ministère de la défense du 17 novembre 1980 qui considère comme constituant une exception à l'obligation de communication des documents administratifs, tous les

"documents relatifs à la sécurité militaire" [83]

au rang duquel se rangent les avis de sécurité rendus par la D.P.S.D. dans le cadre des procédures d'habilitation [84].

---

[80] Avis *Syndicat C.F.D.T. des métallurgistes du Nord de la Seine*, 24 octobre 1985. A propos du caractère confidentiel des instructions concernées, on pourrait se demander s'il n'est pas en contradiction avec les dispositions de l'article 9 de la même loi du 17 juillet 1978 qui soumet à publication régulière *"les directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives."* Pour tenter de surmonter cette contradiction, le décret n° 79-834 du 22 septembre 1979 portant application de cet article 9 a donc introduit dans son article 1er qui fixe les modalités de publication la mention *"sous réserve des dispositions de l'article 6 de la loi"*, tendant ainsi à faire prévaloir l'interprétation selon laquelle l'obligation de publication prévue à l'article 9 ne déroge pas à l'obligation de secret fixée par l'article 6.

[81] Avis *Forme*, 23 septembre 1982 et Avis *Girard*, 8 mars 1984.

[82] Avis *Langlois*, 9 mai 1985.

[83] Ministère de la défense, Arrêté du 17 novembre 1980, Application de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public, *J.O.R.F.* du 13 décembre 1980, p. 10924.

[84] Il s'agit des avis que délivre la Direction de la Protection et de la Sécurité de défense, après enquête de sécurité, sur toute personne devant être habilitée à accéder à des informations classifiées dans un service dépendant du ministère de la défense (cf. sur ce point, supra, le IIème Partie, Chapitre II).

Notons cependant, à ce sujet, l'apparition d'une discordance récente entre la jurisprudence de la C.A.D.A., en accord avec la pratique administrative sur ce point, et certaines décisions de tribunaux administratifs. Le Tribunal Administratif de Châlons sur Marne a ainsi considéré que

> *"l'avis émis par le détachement P.S.D. constitue un document communicable de caractère nominatif au titre de l'article 6 bis de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs"* [85].

De même, le Conseil d'Etat a pris, dans un domaine proche de celui des enquêtes d'habilitation, une jurisprudence relativement contradictoire avec les positions restrictives de la C.A.D.A., puisqu'il a considéré comme document communicable un rapport d'enquête établi par les Renseignements généraux concernant un candidat à un concours de la fonction publique [86].

Mais, de même qu'en ce qui concerne les installations, le secret reconnu par la C.A.D.A. en matière de procédure peut également couvrir des documents portant sur des procédures non militaires qui touchent au domaine de la sécurité publique et de la défense civile. C'est ainsi que dans son avis *Comiti* en 1991, la C.A.D.A. a refusé, au nom du secret de défense, la communication de documents relatifs à *Vigipirate*, le plan de surveillance policier mis en place à l'occasion de la campagne d'attentats terroristes survenus en France en 1986 [87].

Sous-Section II. - Secret et motivation des actes administratifs

La motivation des actes administratifs n'est pas un principe général de notre droit public. Elle n'est, au mieux, qu'une exception créée par les textes et la jurisprudence et dont le Conseil d'Etat avait même pu dire que

> *"cette exception ne résulte pas de l'application d'un principe général de droit dont la méconnaissance par l'administration constituerait une illégalité."* [88]

---

[85] T.A. Châlons sur Marne, *Gorka*, 1993.

[86] C.E., 12 mai 1986, *Wacheux*, Rec. p. 142.

[87] Avis *Comiti/Ministère de l'Intérieur* du 23 mai 1991.

[88] C.E., 26 janvier 1973, *Garde des Sceaux c/ Lang*, Rec. 72, *D.* 1973.606, note B. Pacteau.

Sans créer un principe général de motivation [89], la loi du 11 juillet 1979 [90] (modifiée et complétée par la loi du 17 janvier 1986 [91]) s'est contentée d'élargir sensiblement les cas dans lesquels est désormais obligatoire la motivation des décisions administratives individuelles défavorables ou dérogatoires. Ses articles 1er et 2 définissent ainsi neuf cas. Mais elle a, parallèlement, prévu, dans son article 4, que l'administration est dispensée de motiver ses décisions lorsque cette motivation risque de porter atteinte à un secret protégé par la loi.

§ *1. - Le secret de défense comme cas de non-motivation*

Cet article 4 présente une rédaction suffisamment large pour qu'il puisse couvrir, sans aucune ambiguïté, le secret de la défense nationale :

> *"Les dispositions de la présente loi ne dérogent pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret"* (article 4, alinéa 2).

Cependant, cette disposition générale ne distingue pas entre les différentes formes de secret (secret professionnel, médical, de défense, de l'instruction, de la vie privée ...) et ne parle que de *"faits couverts par le secret"*, ce qui laisse en dehors de son champ d'application les motifs fondés uniquement sur des opinions ou des argumentations. Pour ces différentes raisons, le législateur et le Gouvernement ont jugé nécessaire de compléter le dispositif en ajoutant par l'article 26 de la loi du 17 janvier 1986 un dernier alinéa à l'article 1er de la loi de 1979, qui dispense de toute motivation les décisions refusant une autorisation

> *"lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public."* [92]

---

[89] R. Letteron, *op. cit.*, p. 126.

[90] Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *J.O.R.F.*, 12 juillet 1986.

[91] Loi n° 86-76 du 17 janvier 1986, *J.O.R.F.*, 18 janvier 1986, article 26.

[92] L'introduction de cette disposition, qui rattache la loi de 1979 à celle de juillet 1978, apporte d'importantes précisions sur le type de secrets pouvant être opposés à l'obligation de motivation, au point que cela a provoqué dans certains domaines un revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat (sur l'évolution de la jurisprudence relative à la motivation des refus d'autorisation de détention et de port d'armes, cf. infra). On ne peut donc pas être aussi catégorique que l'est le Professeur Roseline Leterron lorsqu'elle remarque que *"l'intervention de la loi du 17 janvier 1986*

Ce renvoi aux dispositions de la loi organisant le droit d'accès aux documents administratifs (cf. supra) permet de préciser les types de secrets dont le respect dispense l'administration de ses obligations de motiver les décisions individuelles défavorables, à savoir ceux qui sont de nature à nuire :

- au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables dépendant du pouvoir exécutif,

- au secret de la défense nationale et de la politique extérieure,

- à la monnaie et au crédit public, à la sûreté de l'Etat et à la sécurité publique,

- au déroulement des procédures engagées devant les juridictions.

§ 2. - *Une application jurisprudentielle évolutive*

La modification apportée par la loi du 17 janvier 1986 a entraîné une relative évolution dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'application de la loi de 1979.

Sous l'empire de la version originale de la loi de 1979, le Conseil entendait interpréter restrictivement les dispositions de l'article 4 de cette loi, ce qui l'avait amené, par exemple, à affirmer dans un arrêt *Corbel* (rendu en 1987 mais portant sur une décision antérieure à 1986) :

> *"Il résulte des termes mêmes de l'article 1er de la loi (...) que le législateur a entendu soumettre l'administration à l'obligation de motiver l'ensemble des décisions individuelles défavorables prises dans le but d'assurer l'ordre public, même quand elles relèvent d'une police spéciale et ne peuvent être regardées comme restreignant l'exercice d'une liberté publique.* " [93]

Mais l'attitude de la Haute Assemblée a évolué depuis l'entrée en vigueur de la modification apportée par la loi de janvier 1986. Dans un arrêt *Chemouni* de 1991 statuant sur la non-motivation d'un refus d'autorisation de détention d'arme datant de novembre 1988, le Conseil a estimé

> *"qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 applicable à la date de la décision contestée (..) il résulte de ces dispositions éclairées par les travaux préparatoires de l'article 26 de la loi du 17 janvier 1986 que les décisions de*

---

se limite à des modifications de détail de la loi du 11 juillet 1979, sans porter atteinte à ses fondements théoriques." (R. Letteron, *op. cit.*, p. 127).

[93] C.E., 1er juillet 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la décentralisation c. Corbel.*

détention ou de port d'armes sont au nombre de celles dont la communication des motifs est de nature à porter atteinte à la sécurité publique. " [94]

Par cette décision - confirmée récemment par un arrêt *Matiex* portant sur un sujet similaire (l'autorisation de commerce de matériel de guerre) [95] - le Conseil d'Etat considère que la réforme de 1986 a élargi le champ d'application des exceptions de non-motivation. En effet, là où l'article 4 se contentait de prévoir le cas où la loi interdit explicitement la publication ou la communication de certains faits, la nouvelle disposition permet de renoncer à la motivation dès lors simplement que celle-ci *"pourrait être de nature à porter atteinte"* à un secret protégé par l'article 6 de la loi de 1978. La non-motivation n'est donc plus conditionnée par la seule existence d'une interdiction légale mais par la simple prise en compte d'un risque d'atteinte à des secrets dont l'énoncé est large et parfois imprécis. Il parait donc logique que le juge administratif valide plus facilement que par le passé des cas de refus de motivation.

Si donc le principe de cette évolution jurisprudentielle parait fondé, on peut néanmoins s'interroger sur les conséquences qu'en tire le Conseil d'Etat en ce qui concerne les modalités de son contrôle. En effet, les arrêts *Chimouni* et *Matiex* se limitent à constater, sans autre précision, que les décisions non motivées faisant l'objet des litiges

"sont au nombre de celles dont la communication des motifs est de nature à porter atteinte à la sécurité publique"

sans se livrer à une appréciation *in concreto* de l'existence éventuelle du risque d'atteinte à un secret protégé par la loi. Et cela n'est pas conforme à l'attitude qu'il a prise sur l'application du même article 6 de la loi de juillet 1978 en ce qui concernait la communication d'un rapport de gendarmerie, dans un arrêt *Lemelle* de 1992, où il considéra

"qu'il ressort des pièces du dossier que, dans les circonstances de l'espèce, le Commissaire de la République a pu légalement, pour écarter la demande dont il avait été saisi par Monsieur Lemelle, se fonder en vertu des dispositions susvisées de la loi du 17 juillet 1978, sur un motif tiré de ce que la communication à Monsieur Lemelle du rapport d'enquête de la gendarmerie risquait de porter atteinte à la sécurité publique. " [96]

---

[94] C.E., 10 avril 1991, *Chemouni*, Rec. 126.

[95] C.E. 23 mars 1994, *Ministère de la défense c/ société Matiex.*

[96] C.E., 25 mars 1992, *Lemelle*, n° 76301 (non publié).

La différence de cet arrêt par rapport aux deux décisions précédentes réside dans le fait que le Conseil d'Etat s'est livré, ici, à une analyse au cas par cas de la réalité du motif de non-communication ("*...il ressort des pièces du dossier que, dans les circonstances de l'espèce..* ") alors que dans les deux autres cas, il a admis la non-motivation sur le simple fait que le type de décision concernée faisait partie d'une catégorie déterminée. Et là se situe toute la différence, d'une part, pour l'administré (qui se voit reconnaître - ou non - le droit à l'examen particulier des circonstances de sa situation par le juge [97]) et, d'autre part, pour l'appréciation du secret par le juge. En effet, lorsque le juge se contente de déduire le caractère secret du motif du seul fait que la décision concernée appartient à une certaine catégorie d'actes, il renonce à apprécier au cas par cas la réalité et la consistance du secret qu'oppose l'administration.

En ce qui concerne particulièrement le secret de la défense nationale, deux décisions récentes du Tribunal administratif de Paris se sont engagées résolument en faveur d'un contrôle étroit par le juge administratif de la validité du caractère secret du motif invoqué par l'administration.

L' affaire *Pruja* concernait une décision de radiation d'un peloton d'élèves-officiers de réserve [98] et l'affaire *Pourbagher* était relative à un refus d'habilitation "*confidentiel-défense*" [99]. Mais, dans l'un et l'autre dossier, le ministre de la défense invoquait des raisons couvertes par le secret de la défense nationale et justifiait ainsi leur absence de motivation.

Après avoir dans des jugements avant-dire-droit ordonné un supplément d'introduction et enjoint au Ministre de fournir dans le délai d'un mois "*des indications mêmes sommaires sur la consistance de ce Secret-défense au cas d'espèce*", afin qu'il puisse apprécier "*le bien-fondé de la dispense de motivation de l'acte de refus*", le Tribunal estima que les motifs invoqués finalement par le ministre n'étaient pas au nombre de ceux dont la divulgation porterait atteinte au secret de la défense nationale et

---

[97] Cette exigence du justiciable à voir le juge administratif prendre en compte les aspects particuliers de sa situation et non se contenter de lui appliquer des critères préexistants, s'apparente - d'une certaine manière - à l'obligation imposée par le juge à l'administration de "*l'examen particulier du dossier*", règle, également connue sous l'appellation de la "*règle de l'examen particulier des circonstances de l'affaire*" (cf. Bernard Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratifs*, Clermont-Ferrand, 1977, p. 183 ; Pour une analyse critique : Richard Moulin, "Une extrapolation équivoque : la règle de l'examen particulier du dossier", *A.J.D.A.*, septembre 1980, n° 9, pp. 443 et s.).

[98] T.A. Paris, 4ème section, 1ème chambre, 26 juin 1991 et 12 février 1993, *Pruja* (ces deux jugements - non publiés - sont devenus définitifs, en l'absence d'appel du ministre de la défense).

[99] T.A. Paris, 4ème section, 2ème chambre, 12 février 1993 et 19 novembre 1993, *Pourbagher*, (reproduits *in Droit et Défense*, 94/4, p. 74, note Bertrand Warusfel).

qu'en conséquence, les décisions attaquées devaient être annulées pour défaut de motivation (sur cette jurisprudence, cf. infra).

Ce faisant, le Tribunal administratif de Paris s'est largement inspiré de la démarche établie dans l'arrêt *Coulon* [100]. Mais il a dépassé cette jurisprudence en s'engageant - avec l'aide des textes législatifs sur la motivation et la communication des actes administratifs - dans une appréciation au cas par cas de la consistance du secret qui lui était opposé [101]. Et par là, il participe - à sa manière - à la marginalisation progressive, que nous croyons inévitable, de cette vénérable jurisprudence (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

Sous-Section III. - Le secret de défense et la loi sur les archives

La loi du 3 janvier 1979 sur les archives [102] est considérée, de par son esprit et son contenu, comme faisant partie - au sens large - de ce vaste édifice législatif mis en place à la fin des années soixante-dix pour établir les bases d'un droit des citoyens à l'information, et plus particulièrement à l'information publique.

§ 1. - Des règles de communication dérogatoires pour l'accès aux archives couvertes par le secret

La loi a, en effet, défini ce qu'il faut entendre par "*archives publiques*", concept qui inclut tous les documents qui procèdent de l'activité de l'Etat, des organismes de droit public ou privé gérant un service public et des minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels. Mais elle en a profité également pour renforcer le dispositif protégeant la confidentialité des archives secrètes (qui ne relevaient jusqu'à cette date que d'un délai de non-communicabilité de cinquante ans contre soixante ans aujourd'hui [103]).

---

[100] C.E., 11 mars 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon*, Rec. 149, D. 1955, p. 555 (sur l'importance et les limites de cette jurisprudence, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

[101] "*Cette loi (lui) fournit* [au juge], *en effet, une grille d'appréciation de la réponse de l'administration moins subjective que celle qui résultait de la seule jurisprudence Coulon. Désormais, si la situation demeure la même en cas de refus pur et simple de l'administration, elle se présente différemment dès lors que l'administration répond (ce qui fut le cas dans les deux affaires en question) : si la réponse de l'administration indique un motif qui peut valablement être rangé parmi ceux qui peuvent rester secrets, la décision est confirmée ; si - au contraire - le type de motif invoqué paraît ne pas mettre en cause un secret de défense, la décision attaquée peut être annulée pour non-motivation*" (Note B. Warusfel, *op. cit.*, p. 75).

[102] Loi n°79-18 du 3 janvier 1979, *J.O.R.F.* du 5 janvier 1979, pp. 43 et s..

[103] Cf. A.-L. Mie, *op. cit.*, p. 52.

La communication au public de ces archives publiques, considérées comme imprescriptibles, se voit organisée autour des principes suivants :

- les documents administratifs communicables au titre de la loi du 17 juillet 1978 (cf. supra) le demeurent dans les conditions prévues par cette loi,

- les autres archives publiques ne sont librement consultables qu'après un délai de trente ans sauf pour certaines catégories d'entre elles qui sont mentionnées à l'article 7 de la loi,

- cet article 7 prévoit, que le délai avant lequel les documents ne sont pas librement consultables est de soixante ans pour les *"documents qui contiennent des informations (...) intéressant la sûreté de l'Etat ou la défense nationale et dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat"* (art. 7.5°).

Le législateur a donc créé, là aussi, un régime juridique dérogatoire visant à concilier les exigences de la protection du secret de défense avec la mise en place de droits reconnus en faveur de l'information des citoyens. Cependant, l'opportunité de cette règle des soixante années peut être discutée, tant il est vrai, d'une part, qu'elle semble contradictoire avec les engagements (timides, il est vrai) pris en matière de déclassification des documents secrets (cf. supra - IIème Partie, Chapitre II) et qu'elle paraît d'autre part souvent excessive aux yeux de l'opinion publique et des exigences de l'historiographie moderne [104].

D'autre part, se pose le problème d'identifier la nature des archives devant être considérées comme soumises à ce délai de soixante années.

---

[104] Dans ce sens, A.-L. Mie, *op. cit.*, p. 45. De même, le général de Gaulle - bien que très soucieux des questions de secret - déclare à A. Peyrefitte (en 1965) à propos du secret des archives : *"Trente ans, je n'en demande pas tant. L'Histoire s'accélère... Mais dix ans, c'est le moins !"* (Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle (1)*, Editions de Fallois/Fayard, 1994, p. 17). Par comparaison, l'on peut citer - à nouveau - le cas très caractéristique de l'un des secrets les mieux protégés de la Seconde guerre mondiale : le décryptage par les Alliés des messages militaires allemands chiffrés avec la machine Enigma. Ce secret fut conservé, de manière très impérative à la fin du conflit (sans doute notamment en raison du fait que les Alliés pensaient que des pays étrangers pourraient être tentés d'utiliser, après guerre, le système Enigma) et ne fut révélé qu'au printemps 1974 lors de la publication du livre de F. W. Winterbotham, soit près de trente ans après 1945. Tous les auteurs connaissant le dossier ont alors exprimé leur sentiment que ce délai trentenaire du secret était déjà excessif et qu'ils étaient convaincus, comme l'a écrit un ancien maréchal de la R.A.F. que *"la divulgation longtemps repoussée d'Ultra et son influence quasi-fabuleuse sur la stratégie alliée - et même parfois sur sa tactique - à la fin de cette grande guerre conventionnelle, ne créera aucun danger dans aucun grand conflit futur, même inévitablement nucléaire"* (Sir John Slessor, maréchal de la Royal Air Force, dans son avant-propos à F. W. Winterbotham, *The Ultra Secret*, Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1974, p. 14).

§ 2. - *La définition réglementaire des archives secrètes*

En ce qui concerne les archives du ministère de la défense, un décret du 3 décembre 1979 est venu préciser le statut de ces archives qui bénéficient traditionnellement - au même titre, notamment que les archives diplomatiques - d'un régime particulier. Un décret du 21 juillet 1936 disposait déjà, en effet, que

> *"sont dispensés du versement aux Archives nationales en dépôt définitif ou provisoire les ministères des Affaires étrangères, de la Guerre, de la Marine militaire, de l'Air, des Colonies et le Conseil d'Etat qui sont dotés d'un service d'archives organisés."*

Il ne faisait en cela que confirmer la situation historique antérieure qui avait vu le ministère de la guerre se doter au XVIIème siècle - sous l'impulsion de Louvois - d'un *"dépôt de la Guerre"* [105] et le ministère des affaires étrangères mettre progressivement en place ses propres archives sous l'influence du frère de Colbert, Charles Colbert de Croissy, ministre des Affaires étrangères de 1680 à 1696, puis de son fils Jean-Baptiste Colbert de Torcy, qui lui succéda et établit officiellement le dépôt des archives diplomatiques en 1710 [106].

Le décret du 3 décembre 1979 relatif aux archives de défense [107] précise dans son article 6 les archives qui, du fait de leur caractère confidentiel (soit au titre du secret de défense, soit à d'autres titres) doivent restées non communicables durant soixante ans :

> *"- les documents classifiés "secret défense et "très secret" ;*
>
> *- les dossiers, rapports et fiches de renseignements à caractère nominatif mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'Etat ou de la défense nationale ;*
>
> *- les dossiers des deuxièmes bureaux des états-majors et des bureaux de renseignement et de relations internationales militaires ;*
>
> *- les dossiers du service de documentation extérieure et de contre-espionnage ;*

---

[105] Cf. Maurice Cottaz, "Le Dépôt de Louvois", *Le Spectacle du Monde*, novembre 1988, n° 320, pp. 89 et s..

[106] Sur les archives diplomatiques, cf. A.-L. Mie, *op. cit.*, pp. 47 à 51 ; également, le dossier spécial édité par *L'Express*, 26 mai 1994, pp. 82 à 173.

[107] Décret n°79-1035 du 3 décembre 1979, *J.O.R.F.*, 5 décembre 1979, pp. 3055 et s..

- les archives des services de la gendarmerie mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'Etat ou de la défense nationale ;

- les dossiers de la sécurité militaire. "

Si l'on élimine la partie des archives dont la confidentialité tient au respect de la vie privée, cette liste nous permet de cerner indirectement le contour des archives qui doivent demeurer non communicables pour des raisons de protection du secret de défense :

- tous les documents classifiés aux niveaux *Secret* ou *Très secret*,

- tous les dossiers des organismes de renseignement dépendant du ministère de la défense (S.D.E.C.E. - devenu D.G.S.E., Sécurité militaire - devenu D.P.S.D., deuxièmes bureaux - devenus la D.R.M.),

- les documents nominatifs et les archives de gendarmerie, dans le seul cas où ils mettent en cause la sûreté de l'Etat ou la défense.

Il faut cependant souligner que ce même décret prévoit dans son article 7 la possibilité d'obtenir au cas par cas des dérogations à la non-communication par la voie ministérielle (voir au niveau du Premier ministre). Le traitement de ces demandes de dérogation semble faire l'objet, pour ce qui concerne le ministère de la défense des attributions du Comité des archives de la défense, créé par un décret du 16 septembre 1966, qui peut traiter - parmi d'autres questions - de *"la communication de certaines archives classifiées."* [108]

A ces archives de défense soumis à la règle des soixante ans, s'ajoutent un certain nombre de documents diplomatiques ou gouvernementaux essentiels, tels que les compte-rendus des Conseils des ministres, des Conseils restreints, des Conseils de défense et ceux des compte-rendus des rencontres avec les hommes d'Etats étrangers [109]

---

[108] Pierre Azoulay, "Les archives", *Bulletin L'Armement*, avril 1983, p. 103.

[109] Cf. A. Peyrefitte, *op. cit.*, p. 19.

Sous-Section IV. - Secret et procédures d'urbanisme

§ *1. - Secret et exemption de permis de construire*

La loi du 3 janvier 1977 a modifié l'article L.422-1 du Code de l'urbanisme afin de préciser notamment que sont exemptés du permis de construire

"les constructions couvertes par le secret de défense nationale."

Le même article indique aussi que *"sont également exemptées du permis de construire certaines constructions ou travaux relatifs à la défense nationale"* déterminées par un décret en Conseil d'Etat. Ce décret, intervenu le 7 juillet 1977 a introduit dans le Code de l'urbanisme l'article R.422-1 qui dispose que

> *"les constructions couvertes par le secret de défense nationale sont exemptées de permis de construire. Entrent notamment dans cette catégorie, les centres de transmission, les établissements d'expériences et de fabrication de matériels et de munitions, les entrepôts de réserve générale, les dépôts de munitions, les bases de fusées, les stations radiogoniométriques et les centre radio-électriques de surveillance. Pour les autres constructions, le caractère secret est reconnu par décision de portée générale ou particulière du ministre compétent.*
>
> *Sont également exemptés de permis de construire, les installations situées à l'intérieur des arsenaux de la marine, des aérodromes militaires et des grands camps figurant sur une liste fixée par arrêté conjoint du ministre chargé de l'urbanisme et du ministre chargé des armées."*

Mis à part le fait que l'expression *"les constructions couvertes par le secret de défense nationale"* paraît mal rédigée (car ce n'est pas, à proprement parler, la construction qui est couverte par le secret, mais son contenu ou ses caractéristiques), on peut déduire de ces articles L.422-1 et R.422-1 du Code de l'urbanisme que sont exemptés de l'obligation d'obtention d'un permis de construire les travaux dont le contenu est couvert par le secret de la défense nationale.

§ *2. - Secret et enquête publique*

Cette dérogation caractérisée aux obligations du droit de l'urbanisme pour cause de secret de défense, a été confirmée et complétée lors de l'adoption de la loi du 12

juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement [110].

Le décret du 5 juillet 1985 [111] dispense de l'obligation d'effectuer une enquête publique les aménagements et constructions de différents ouvrages (article 1er) :

- certaines installations spécifiques, tels que les centres de transmission, les stations goniométriques, les centre de surveillance radio-électrique, les établissements d'expérimentation et de fabrication d'armement, les entrepôts de réserve générale, les dépôts de munitions, les bases de fusées,

- certaines installations militaires (arsenaux de la marine, aérodromes militaires et grands camps figurant sur la liste prévue à l'article R.422-1 du Code de l'urbanisme),

- n'importe quelles autres installations dès lors qu'une décision *"de portée générale ou particulière du Premier ministre ou du ministre compétent"* aura reconnu le caractère secret des travaux à y entreprendre.

Et cette dispense s'applique également à toutes les opérations touchant à un document d'urbanisme, lorsque ces opérations ont *"pour objet exclusif"* la réalisation d'une opération correspondant aux cas de dispense énoncés plus haut.

A cette dispense d'enquête publique organisée pour la protection du secret, le même décret ajoute dans ses deux articles suivants, un dispositif de sauvegarde qui vise à organiser la protection du secret dans les cas où l'enquête publique demeure nécessaire. Aucun des

> *"éléments qui seraient de nature à entraîner la divulgation de secrets de la défense nationale ne peuvent ni figurer au dossier soumis à l'enquête ni être communiqués en application du 4° de l'article 4 de la loi* [du 12 juillet 1983]." (art. 2)

Par cette formule assez large concernant les éléments *"de nature à entraîner la divulgation de secrets de la défense nationale"*, on peut penser que l'autorité

---

[110] Loi n°83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement.

[111] Décret n° 85-693 du 5 juillet 1985 pris pour l'application de la loi n°83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement et déterminant les conditions de protection du secret de la défense nationale.

réglementaire a voulu couvrir non seulement les informations secrètes elles-mêmes (*Secret, Très Secret*) mais aussi les informations de niveau *Confidentiel-défense*.

Dans le même esprit, l'article 3 du décret soumet les commissaires-enquêteurs et les membres de la commission d'enquête à toutes les obligations d'autorisation préalables d'accès aux établissements militaires ou aux zones protégées [112].

§ 3. - Secret et installations classées pour la protection de l'environnement

On retrouve une logique similaire de dérogations à la procédure de droit commun en matière d'application de la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement [113].

En la matière, un décret du 15 octobre 1980 [114] a prévu certaines règles dérogatoires en vue de préserver la confidentialité des informations classifiées.

Une annexe à ce décret fixe la liste des installations concernées. Il s'agit essentiellement de sites militaires (états-majors, postes de commandement, bases militaires, corps de troupe, écoles militaires, établissements de réserve générale, stations de télécommunications, dépôts), de sites techniques ou scientifiques appartenant au ministère de la défense (dépendant essentiellement de la D.G.A.) et d'entreprises installées dans

> *"des locaux ou des terrains clos du domaine militaire compris dans des zones protégées au sens de l'article 418-1 du Code pénal."*

Une sous-catégorie de ces sites est distinguée par l'article 3 du décret qui concerne les sites *"constituant un élément de l'infrastructure militaire et réalisés dans le cadre d'opérations secrètes intéressant la défense nationale"*. Ces sites sont totalement exemptés de la procédure d'enquête publique prévue par le décret du 21 septembre 1977 en application de la loi sur les installations classées.

Pour les autres sites visés par le décret du 15 octobre, ce texte prévoit des dérogations à la procédure d'enquête publique qui concernent principalement

---

[112] Imposées respectivement - à l'époque du décret de 1985 - par le décret du 6 février 1981 et du 27 mars 1973, aujourd'hui abrogés et remplacés par des dispositions intégrées dans la partie réglementaire du nouveau Code pénal (cf. supra - IIème Partie, Chapitre II).

[113] Loi du 19 juillet 1976.

[114] Décret n° 80-183 du 15 octobre 1980 relatif aux installations classées pour la protection de l'environnement relevant du ministre de la défense ou soumises à des règles de protection du secret de la défense nationale, *J.O.R.F.*, 17 octobre 1980.

- le rôle du ministère de la défense qui exerce les compétences normalement confiées au ministre concerné et au préfet par la loi de 1976 et son décret d'application du 21 septembre 1977 ;

- le rôle du préfet qui, sous l'autorité du ministre de la défense, disjoint du dossier soumis à consultation les éléments pouvant entraîner la compromission de secrets de défense *"dans le domaine militaire ou industriel"* (art. 2, alinéa 2) [115].

Par ailleurs toutes les installations visées par le décret bénéficient des garanties procédurales suivantes :

- la décision du ministre de la défense créant une telle installation vaut déclaration en vertu de la loi de 1976 (art. 4 du décret de 1980),

- l'inspection des installations est assurée par des inspecteurs désignés par le ministre de la défense qui font un rapport annuel au ministre de la défense, qui est communiqué au ministre en charge des installations classées et au préfet concerné.

Enfin, une troisième catégorie d'installations est concernée par l'application du décret de 1980 : il s'agit des installations publiques ou privées travaillant pour les armées et couvertes par le secret de défense (par exemple, des entreprises d'armement) sans entrer dans la catégorie des sites visés par l'annexe du décret. De la même manière qu'en ce qui concerne les enquêtes publiques d'urbanisme (cf.supra), une protection minimale est proposée : leurs exploitants doivent signaler au préfet l'existence et la nature des informations classifiées concernées et leur installation ne peut être inspectée que par des inspecteurs habilités au secret de défense (art. 7 du décret de 1980).

On voit ainsi que ce décret du 15 octobre 1980 s'est efforcé de réaliser en matière d'autorisation et de contrôle des installations classées ce qu'ultérieurement, le

---

[115] Même si, dans la pratique, la grande majorité des informations classifiées sont d'ordre militaire ou technique (en matière d'armement principalement, cf. supra - 1ère Partie, Chapitre III), il est curieux néanmoins de noter cette restriction inhabituelle aux seuls aspects militaires et techniques du secret de défense. Il faut peut-être voir là la volonté de l'autorité réglementaire de limiter le champ d'application des exceptions à la procédure de droit commun au strict nécessaire pour la sécurité de l'Etat. Si telle était l'interprétation convenable, ce détail constituerait un précédent intéressant en ce qu'il introduirait une gradation dans les cas d'utilisation du secret de défense comme moyen de dérogation aux textes législatifs organisant les droits du citoyen face à l'administration.

décret de juillet 1985 a organisé dans le cadre de la procédure des enquêtes publiques d'urbanisme (cf. supra).

Au total, l'ensemble de ces dispositions prises pour permettre le respect du secret de défense dans les procédures relatives à l'urbanisme ou à l'environnement instaure un régime fortement dérogatoire aux obligations de publicité et de transparence qui gouvernent par ailleurs ces domaines. A tel point que l'on peut dire pour tous ces textes, ce que le professeur Roseline Letteron a pu écrire, à propos des seules règles relatives aux enquêtes publiques, à savoir qu'il y avait là

> *"une véritable négation du "droit à l'information". Celui-ci n'est plus un droit subjectif de l'administré, mais un droit "octroyé" par l'administration, selon l'appréciation qu'elle fait de l'étendue du secret défense."* [116]

Sous-Section V. - Secret et droits sociaux et syndicaux

Parmi les nouvelles libertés publiques fondamentales ayant connu un essor important à partir de la fin du XIXème siècle et durant tout notre siècle, il faut citer les droits sociaux et syndicaux qui - absents de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 - ont été couronnés constitutionnellement par le préambule de la Constitution de 1946. Tant que l'exercice du secret demeurait essentiellement une affaire administrative réservé aux seuls services publics, son interaction avec la question syndicale et - plus généralement - le droit du travail, était faible. Mais l'extériorisation progressive de la pratique du secret en direction du monde de l'entreprise (cf. supra - IIème Partie, Chapitre III) a rendu inévitable la confrontation entre les deux niveaux de préoccupation et ce, dès l'après-guerre. Sur la question délicate des relations entre habilitation et contrat de travail (§ 1.) s'est greffée rapidement celle de la protection des droits des travailleurs et du droit syndical (§ 2.). Et le cadre européen, dans lequel apparaissent lentement quelques prémices d'une future *"Europe sociale"* crée de nouvelles contradictions potentielles (§ 3.).

§ 1. - Habilitation et contrat de travail

La pratique administrative en ce qui concerne l'habilitation du personnel des entreprises privées travaillant pour le compte de l'Etat dans des domaines classifiés est clairement résumée par les clauses contractuelles des différents C.C.A.G. (sur les

---

[116] R. Leterron, *op. cit.*, p. 558.

clauses de secret dans les marchés publics, cf. supra - IIème Partie, Chapitre III). L'article 6.35. du C.C.A.G./Marchés industriels (C.C.A.G./M.I.) dispose ainsi que

> *"La personne publique se réserve le droit d'agréer les préposés du titulaire ainsi que ceux de ses sous-traitants ; elle peut également exiger à tout moment le remplacement de toute personne participant à l'exécution des prestations. La personne publique n'est pas tenue de faire connaître au titulaire les motifs de son refus d'agrément ou de sa décision de remplacement. Le titulaire déclare faire son affaire des litiges avec son personnel qui trouveraient leur source dans un refus d'agrément ou dans une décision de remplacement."*

Ce texte donne une assise contractuelle à deux principes traditionnels en ce qui concerne les enquêtes d'habilitation effectuées au sujet de salariés appelés à travailler sur des informations secrètes :

- toute personne n'obtenant pas son habilitation doit être écartée de toute activité en relation avec des informations classifiées, l'employeur privé faisant son affaire des conséquences éventuelles de cette éviction (une mutation ou un éventuel licenciement, par exemple),

- le salarié en cause n'a aucun droit à connaître les motifs d'une éventuelle décision défavorable prise à l'issue de l'enquête le concernant.

Concernant l'impact d'un refus d'habilitation (ou, plus exactement, d'un refus d'admission à la communication d'informations classifiées) sur le statut juridique d'un salarié, des textes puis la jurisprudence sont venus préciser les choses.

Plusieurs textes de l'immédiat après-guerre ont cherché de conférer au ministre de la défense une compétence administrative en matière de licenciement de salariés travaillant dans des domaines classifiés. Un premier décret du 4 août 1949 [117] fut remplacé par le décret du 20 avril 1951 [118], qui fut lui-même abrogé en 1961 [119]. Le

---

[117] Décret n° 49-1129 du 4 août 1949 relatif au contrôle des établissements publics et sociétés nationales se livrant à des études ou fabrications comportant un secret de la défense nationale, *J.O.R.F.*, 10 août 1949, p. 7910 ; Sur ce texte, cf. Bernard Chantebout, *L'organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967, p. 389.

[118] Décret n° 51-479 du 20 avril 1951 instituant une commission supérieure de contrôle et de protection des fabrications et études intéressant la défense nationale, *J.O.R.F.*, 27 avril 1951, p. 4256.

[119] Par le décret n° 61-479 du 18 avril 1961 portant abrogation du décret n° 51-479 du 20 avril 1951 instituant une commission supérieure de contrôle et de protection des fabrications et études intéressant la défense nationale, *J.O.R.F.*, 17 mai 1961, p. 4472.

premier texte donnait au ministre le pouvoir d'ordonner à un établissement du secteur public (établissement public, entreprise nationale, société nationale, société d'économie mixte) le licenciement d'un salarié travaillant dans un domaine secret, sans avoir à fournir la moindre explication ni répondre à la moindre condition. Le décret de 1951 conserva intact ce pouvoir du ministre de faire *"procéder au licenciement immédiat de toute personne employée à des fabrications ou études intéressant la défense nationale"* (art. 4, al. 1) mais une telle décision devait, désormais, être prise sur avis conforme d'une commission - crée par l'article 2 de ce décret - chargée de se prononcer

> *"sur le licenciement de toute personne employée à des fabrications ou études intéressant la défense nationale et dont l'activité ou les agissements seraient de nature à compromettre l'efficacité de ces fabrications ou études."*

En liant le pouvoir du ministre à l'avis d'une commission dont le mandat était ainsi précisé, ce texte limitait quelque peu l'arbitraire total de celui de 1949, puisque, logiquement, seul un motif relatif au risque que le salarié pouvait faire courir aux travaux classifiés pouvait justifier son licenciement. C'est dans ce contexte, d'ailleurs, que le Conseil d'Etat rendit son célèbre arrêt *Coulon*, qui met justement en oeuvre un contrôle limité des motifs (fondé sur la jurisprudence *Barel*, mais fortement limité par l'impossibilité d'accès à des documents classifiés, cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III) du licenciement d'un salarié de l'atelier de fabrication du Mans.

Une autre jurisprudence vint confirmer ce droit d'immixtion des impératifs de défense dans les relations du travail au sein du secteur public en considérant que ne constituait pas un renvoi abusif obligeant l'employeur au versement de dommages et intérêts le fait, pour une entreprise nationalisée travaillant pour la défense, de licencier un salarié à la suite de l'avis défavorable des services de sécurité en ce qui concernait son habilitation [120]. Et l'abrogation du décret de 1951 n'a pas fait disparaître l'application de cette règle : la presse s'est faite, par exemple, l'écho du licenciement par l'arsenal de Brest d'un salarié n'ayant pas obtenu son habilitation en raison de faits disciplinaires - amnistiées - survenus six ans auparavant durant son service national [121].

En ce qui concerne les entreprises privées travaillant pour la défense, il n'existe pas de textes donnant au ministre de la défense un pouvoir contraignant [122] mais la

---

[120] Trib. civ. Aix, 30 mai 1952, *Gazette du Palais*, 1952.2.193.

[121] Cf. *Le Monde*, 16 août 1985 ; *Le Matin de Paris*, 16 août 1985 ; T.A. Rennes, 2 mars 1989, Allamigeon.

[122] Monsieur Despax simplifie, quelque peu, la réalité sur ce point en écrivant que le décret du 4 août 1949 précité *"avait accordé au ministre de la défense nationale, en ce qui concerne les*

jurisprudence a pris la même position que vis-à-vis du secteur public en considérant, à plusieurs reprises, que n'était pas abusif le fait, pour un employeur, de rompre le contrat de travail d'un salarié en raison d'une décision ministérielle refusant que celui-ci participe à des travaux couverts par le secret de défense [123]. La Cour d'Appel de Paris a également admis la légitimité du licenciement en précisant que seule l'autorité administrative est qualifiée pour *"apprécier les mesures propres à assurer le respect des intérêts supérieurs en cause"* et qu'*"il (...) n'appartient pas* [à l'entreprise] *d'apprécier la légalité"* d'une éventuelle interdiction de participation d'un salarié à un travail secret et à son accès dans des locaux protégés [124]. Mais cette reconnaissance du caractère légitime du licenciement dépend du respect d'un certain nombre de précautions. C'est ainsi qu'un employeur privé qui licencie un salarié, sur les recommandations du ministre de la défense, afin de l'éloigner d'un poste de travail en relation avec l'exécution d'un marché classé, ne rompt pas abusivement le contrat de travail, à la seule condition que l'effet de la recommandation ministérielle ne concerne que les activités classifiées et que l'employeur n'ait pas, à cette occasion, évincé le salarié d'autres activités non secrètes [125]. Le juge judiciaire a estimé, également, qu'une simple recommandation à caractère très général n'était pas suffisante en la matière pour justifier à elle seule un licenciement [126].

L'absence de motivation des décisions de refus d'habilitation n'est pas propre au seul cas des salariés de droit privé travaillant dans le cadre de marchés classés, elle est prévue par les instructions interministérielles et ministérielles sur la protection du secret de défense et repose sur l'application du second alinéa de l'article 4 de la loi du

---

salariés des entreprises privées liées par marché avec l'Etat pour la réalisation des fabrications et études intéressant la défense nationale un pouvoir analogue à celui qui avait été reconnu par le décret du 4 août 1951" (Despax, "La vie extraprofessionnelle du salarié", *J.C.P.*, 1963.I.1776). En effet, le décret du 4 août 1949 - qui donnait, par son article 2, au ministre un pouvoir de *"décision individuelle"* exécutoire sur les établissements et sociétés du secteur public - se contentait de prévoir dans son article 3 que *"les contrats qui seront passés avec les établissements privés travaillant pour la défense nationale devront comporter une clause conférant au ministre de la défense nationale les pouvoirs prévus à l'article 2 ci-dessus."* Il ne s'agissait donc pas du pouvoir de prendre des actes administratifs unilatéraux à l'encontre du contractant mais de créer un dispositif une règle purement contractuelle visant le même objet. Nous sommes bien là devant le phénomène de transposition contractuelle de la protection du secret que nous avons déjà analysé (cf. supra - IIème Partie, Chapitre III) et qui continue d'inspirer les dispositions des C.C.A.G., tels l'article 6.35. du C.C.A.G./M.I. cité plus haut.

[123] Pour des décisions récentes en ce sens, cf. deux décisions déjà citées précédemment (cf. supra - IIème Partie, Chapitre II) : Cons. Prudh. Cherbourg, 14 novembre 1984, *Maheo c/ CMR* ; Cons. Prudh. Cherbourg, 13 février 1985, *Deslandes c/ CMR* (non publiés).

[124] Cour d'Appel de Paris, 21ème Ch., *Sarl Rubanox c. Cothier*, 27 juin 1963, Dalloz, 1964, p. 48.

[125] Trib. Civ. Seine, 15 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9662.

[126] Trib. Civ. Seine, 7ème Ch., 11 février 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9317, note de Font-Réaulx.

11 juillet 1979 (cf. supra). Elle est, par ailleurs, renforcée par la pratique de la C.A.D.A. qui - comme nous l'avons vu - considère que les avis de sécurité de la D.P.S.D. (sur lesquels se fondent le commandement pour accepter ou refuser l'habilitation) ne sont pas communicables (cf. supra). Pourtant, elle continue de soulever des controverses juridiques [127].

D'autre part, on assiste depuis quelques temps (comme nous l'avons indiqué plus haut) à une évolution divergente des tribunaux administratifs en ces matières. Outre une décision - déjà signalée - considérant comme communicable un avis de sécurité de la D.P.S.D. [128], et plusieurs décisions censurées par le Conseil d'Etat en matière de non-motivation de refus d'autorisation de commerce des matériels de guerre [129], le jugement *Pourbagher* du Tribunal administratif de Paris a clairement censuré la non-motivation par le ministre de la défense d'une décision de refus d'habilitation [130].

Ce jugement - dont le ministère de la défense a fait appel - est, notamment, intéressant du point de vue du cadre juridique d'exercice de la procédure d'habilitation [131]. Le Tribunal administratif a pris, en effet, deux positions successives qui méritent l'attention :

- dans un premier jugement avant-dire droit, il a estimé que ce refus d'habilitation

"ne constitue pas une mesure d'ordre intérieur et fait grief au requérant alors même que l'accès aux informations classifiées selon le décret du 12 mai 1981 n'est pas un droit."

---

[127] A propos de la non-motivation des refus d'habilitation dans le cadre des marchés classés (cf. supra - IIème Partie, Chapitre III) : *"Le refus d'agréer des personnes physiques n'est pas motivé. Il n'est pas certain que cette stipulation soit toujours conforme à la loi du 11 juillet 1979."* (*Droit des marchés publics*, Editions du Moniteur, mai 1993, IV.200.3, p. 13).

[128] T.A. Châlon sur Marne, *Gorka* (cf. supra).

[129] Pour la plus récente : T.A. Versailles, *Matiex*, 10 mars 1992 ; C.E., *Ministère de la défense c/ société Matiex*, 23 mars 1994 (non publiés).

[130] T.A. Paris, 19 novembre 1993, *Pourbagher*, (reproduit in *Droit et Défense*, 94/4, *op. cit.*, note B. Warusfel, p. 73).

[131] Nous reviendrons sur ces deux affaires, plus bas, à propos de leur impact sur la question des pouvoirs du juge administratif face à l'invocation du secret de la défense nationale (cf. infra - IIIème Partie, Chapitre III).

- dans le jugement au fond, rendu après que l'administration a communiqué des explications complémentaires, il a jugé au fond que le motif invoqué, à savoir la *"vulnérabilité particulière de l'intéressé"* ne faisait pas partie de ceux dont le contenu devait être tenu secret, et que, dès lors, la décision de refus devait être annulée pour défaut de motivation.

L'importance de ce jugement - *a fortiori* s'il devait être confirmé par le Conseil d'Etat (ce qui paraît néanmoins douteux vu ses positions dans des domaines connexes) - réside dans le fait que le motif de la *"vulnérabilité"* de la personne à habiliter est précisément l'un des motifs principaux sur le fondement duquel l'administration peut être amenée à refuser une habilitation, en application de l'article 8 du décret du 12 mai 1981 qui précise que l'habilitation est donnée

"aux personnes qui, sans risque pour la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou leur propre sécurité, peuvent connaître ces informations."

Comme le signale la note précitée sous ce jugement, le problème qu'il soulève autour de l'obligation d'indiquer - ou non - l'existence d'une *"vulnérabilité particulière"* rejoint

"celui qui entoure les réponses très succinctes que des organismes de contrôle tels que la C.N.I.L. ou la Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité sont obligés de faire à des citoyens qui leur ont demandé d'effectuer des contrôles sur des fichiers ou des interceptions classifiées." [132]

Entre le mutisme total (qui est l'attitude traditionnelle de l'administration dès lors qu'une affaire met en cause des informations classifiées) et la révélation - par souci de transparence - d'éléments qui permettraient de découvrir des informations secrètes (ce qui est interdit, non seulement par les réglementations de sécurité, mais aussi par le Code pénal), le Tribunal de Paris a recherché une troisième voie permettant de satisfaire le légitime besoin d'information du citoyen sans porter atteinte aux intérêts supérieurs de la défense nationale. Cette démarche dépasse le seul domaine des procédures d'habilitation et se trouve au coeur de la réflexion actuelle sur le positionnement du secret de défense au sein de notre dispositif juridique contemporain. Nous y reviendrons longuement dans la IIIème Partie, Chapitre III.

---

[132] B. Warusfel, *op. cit.*, p. 76. Sur la pratique de la C.N.I.L. et de la C.N.C.I.S., cf. supra.

§ 2. - *Protection du travailleur et droit syndical dans les activités couvertes par le secret de la défense nationale*

Le travailleur amené à exercer son activité professionnelle dans un domaine couvert partiellement ou totalement par le secret de la défense nationale, peut se trouver confronter à des contraintes particulières par rapport au droit commun en matière de protection de ses droits au sein de l'entreprise. Les autorités de défense le reconnaissent, d'ailleurs, assez aisément [133].

Dès lors, la pratique administrative et la jurisprudence cherche à établir un compromis permanent entre les intérêts contradictoires du droit social et de la protection du secret.

On connaît, par exemple, un cas dans lequel la jurisprudence administrative a reconnu que le fait pour une personne de ne pouvoir faire valoir l'ensemble de ses droits en raison du caractère confidentiel de ses activités pouvait ouvrir droit à compensation financière dans le cadre de la responsabilité de l'administration. Il s'agit d'un arrêt *Sentenac* rendu par le Conseil d'Etat en 1976 [134]. M. Sentenac, officier de l'armée de l'air, qui avait été en poste au S.D.E.C.E. - ayant fait l'objet dans cette affectation d'une mutation disciplinaire, dont il avait obtenu précédemment l'annulation - demandait au Conseil d'Etat une réparation financière à différents titres en compensation des préjudices subis. Dans sa décision, le Conseil traita, notamment, deux moyens particuliers soulevés par le requérant :

- il refusa de donner suite à la demande de réparation formulée sur la base d'une note de la direction du S.D.E.C.E. enjoignant aux anciens collègues de M. Sentenac de s'abstenir de tout contact avec lui, car cette mesure

"d'ailleurs rapportée ultérieurement, doit être regardée comme répondant aux nécessités du service compte tenu de la nature particulière des missions confiées au S.D.E.C.E.. "

- en revanche, il accepta d'indemniser le préjudice subi par M. Sentenac du fait de *"publications diffamatoires"* ayant circulé au sein du S.D.E.C.E. et à l'extérieur, car

---

[133] Lors de la signature du premier contrat de plan avec l'Aerospatiale en 1984, Charles Hernu - alors ministre de la défense - a rencontré les représentants syndicaux et *"se déclarant favorable à l'expression et à la concertation des salariés, le ministre a néanmoins rappelé "les circonstances spéciales" des travailleurs de la Défense, secteur où il s'agit de protéger des "secrets" et les personnels"* (*Les Echos*, 2 août 1984).

[134] C.E., 13 octobre 1976, *Sentenac*.

"en raison de l'impossibilité où il était de se justifier, alors que le sieur Sentenac était obligé de respecter le secret de la défense nationale, ces agissements sont constitutifs de fautes de nature à engager la responsabilité de l'Etat."

- de même, le juge administratif accepta - au titre de la responsabilité sans faute - d'engager la responsabilité de l'Etat pour ne pas avoir défendu Sentenac face aux attaques dont il avait été l'objet dans la presse. En effet, le Conseil estima que si

"le ministre pouvait légalement, compte tenu de la nature particulière des missions de ce service, refuser de donner suite à la demande de protection qui lui avait été adressée (...) toutefois le sieur Sentenac est fondé à invoquer l'obligation de réparer le dommage résultant de ces diffamations et de ces attaques qui, même en l'absence de faute, incombe à l'Etat en vertu de la disposition législative précitée.[135] "

Mais, à la même période, s'est posé au S.D.E.C.E. un problème de droit syndical qui a débouché sur une conclusion beaucoup plus tragique. Lors de l'absorption du Groupement de Contrôles Radioélectriques (G.C.R.) par le S.D.E.C.E. en 1973 (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier), les salariés du G.C.R., jusqu'alors dépendant d'un service du Premier ministre, perdirent l'usage de leurs droits syndicaux, en raison du statut particulier de ce service rattaché au ministre de la défense. Il s'ensuivit un drame personnel et le suicide de l'un des cadres de l'antenne du G.C.R. à Berlin [136].

La même question de la compatibilité entre l'exercice du droit syndical et l'activité de certains services secrets se posa, dix ans après, avec plus d'acuité et des prolongements juridictionnels importants en Grande-Bretagne. A la suite de la découverte de la trahison de Geoffrey Prime, employé au G.C.H.Q. (le centre d'écoutes et de renseignement électronique du Gouvernement britannique), le Gouvernement conservateur de Madame M. Thatcher décida, en effet, en 1984 de suspendre le droit syndical dans cet organisme très sensible et de soustraire les conflits

---

[135] En l'espèce, il s'agissait de l'article 24 de la loi du 31 juillet 1972 portant statut des militaires qui prévoit la protection des militaires par l'Etat et l'obligation qui lui est faite de réparer le préjudice qui pourrait être subi du fait des *"menaces et attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de leurs fonctions"*. Dans cet arrêt, le Conseil précisa que cette disposition législative crée, à la charge de l'Etat, *"une obligation de protection à laquelle il ne peut être dérogé, sous le contrôle du juge, que pour des motifs d'intérêt général"* (C.E., *Sentenac, op. cit.*).

[136] Cf. Roger Faligot & Pascal Krop, *La Piscine - Les services secrets français, 1944-1984*, Le Seuil, 1985, p. 321.

du travail pouvant y naître à la juridiction de droit commun en la matière (l'*Industrial Tribunal)* [137].

Le Gouvernement britannique s'appuyait - notamment - pour ce faire, sur une disposition de la loi sur la protection du travail (*Employment Protection Act*) qui donne le pouvoir au ministre de certifier

> *"qu'un emploi spécifiquement décrit dans le certificat, ou que l'emploi d'une personne particulière spécifiée de la même façon, doit être exempté des* [protections données aux personnes travaillant pour la Couronne] *pour des raisons de sauvegarde de la sécurité nationale."* [138]

Cette décision fut d'abord censurée par la justice en première instance (pour défaut de consultation préalable des syndicats) [139] puis confirmée par la Cour d'Appel qui estima, notamment que

> *"les actions entreprises par le Gouvernement concernant l'adhésion syndicale au G.C.H.Q. étaient, sans ambiguïtés possibles, des actions prises sur le fondement de la sécurité nationale. Selon les principes de l'administration, les ministres étaient seuls juges de ce que la sécurité nationale exigeait et, en conséquence, l'instruction et les circulaires n'étaient pas soumises à contrôle judiciaire. D'après différentes décisions et jugements, il existe bien des domaines où le tribunal serait autorisé à contrôler l'exercice des Prérogatives Royales, mais il y aurait certainement d'autres domaines où une telle investigation ne serait pas permises. Relève de ce dernier cas, toute action entreprise dans le cadre des Prérogatives Royales, dont on peut affirmer, sans se tromper, qu'elle a été prise dans l'intérêt de la sécurité nationale pour protéger ce pays contre ses ennemis ou ses ennemis potentiels. Tel était bien le cas en l'espèce."* [140]

La Chambre des Lords, saisie en réformation de cette décision d'appel, la confirma sur le fond en considérant que, même si le Gouvernement avait failli en

---

[137] Cf. Gillian S. Morris, "The Ban on Trade Unions at Government Communications Headquarters", *Public Law*, été 1985, pp. 177 à 186.

[138] *Employment Protection Act 1975*, subsection 121(4) et *Employment Protection (Consolidation) Act 1978*, subsection 138(4).

[139] Cf. *The Times*, 16 juillet 1984.

[140] Court of Appeal, *Regina v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office and Another, Ex parte the Council of Civil Service Unions and Others*, 6 août 1984, [1984] I.R.L.R. 353 (reproduit *in The Times*, 7 août 1984).

n'engageant pas les pourparlers usuels avec les syndicats avant de prendre sa décision, il pouvait se justifier par des raisons de sécurité nationale que la justice n'avait pas à contester, dès lors qu'il les invoquait et qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables d'en douter [141].

En France - mis à part les forces armées et la D.G.S.E. - le droit syndical dans les organismes et entreprises travaillant pour la défense nationale n'a jamais été gravement remis en cause. Tout au plus, a-t-on noté régulièrement quelques problèmes de refus d'habilitation de membres du personnel exerçant des fonctions syndicales, et plus particulièrement au sein de la C.G.T. (syndicat très représenté dans les industries d'armement et les établissements industriels de la D.G.A.) dont la liaison avec le Parti communiste - et par delà, le mouvement communiste international piloté par l'U.R.S.S. - faisait craindre d'éventuelles actions contraires à la sécurité nationale. D'où différentes prises de position à ce sujet de représentants communistes ou de cadres C.G.T. :

> *"Ce qui tend à se développer est la pratique de l'arbitraire le plus complet, qui peut prendre la forme de l'"interdit professionnel" quand on sait que ces trois agents sont adhérents de la C.G.T. et l'un d'entre eux membre du P.C.F..."* [142]

> *"M. Lafargue souhaitait connaître les motivations du refus d'habilitation. Mais elles n'apparaissent que trop clairement : M. Lafargue travaillait depuis plus de deux ans à la Sogerma pour le compte de son entreprise lorsque cette mesure lui fut annoncée, après qu'il eut fait intervenir l'inspection du travail pour faire respecter les conditions de travail et de rémunération et que, le 5 novembre 1987, il eut été déclaré comme délégué de la section syndical de l'entreprise par la C.G.T.."* [143]

---

[141] *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 W.L.R. 1174. Pour un commentaire, cf. Simon Lee, "G.C.H.Q. : Prerogative and Public Law Principles", *Public Law*, été 1985, pp. 186 à 193.

[142] Question écrite n° 32165 du 2 novembre 1987 de M. Michel Peyret, *Assemblée nationale*, 14 décembre 1987, p. 6778 (à propos de refus d'habilitation au Centre de rectification des images spatiales du C.N.E.S.-I.G.N. à Toulouse).

[143] Question écrite n° 37572 du 7 mars 1988 de M. Michel Peyret, *Assemblée nationale*, 4 avril 1988, p. 1442 (à propos d'un refus d'habilitation dans une société de sous-traitance et d'intérim travaillant dans le secteur aéronautique).

"Bernard est militant de la C.G.T. et du Parti communiste français. Nous ne voulons pas croire que ce sont ses choix qui motivent la décision de son licenciement." [144]

Lors de l'adoption des lois dites "lois Auroux" modifiant le Code du travail, le Gouvernement a veillé à ce que figurent dans chacune d'entre elles une disposition précisant que

"les dispositions (...) du Code du Travail ne font pas obstacle aux dispositions législatives et réglementaires sur la protection du secret des informations intéressant la défense nationale." [145]

Dans ce cadre, les autorités gouvernementales ont notamment décidé, concernant le problème délicat de l'accès des représentants syndicaux aux locaux protégés (dans lesquels se trouvent des informations classifiées), que ces représentants ne feraient pas l'objet de la procédure classique d'habilitation mais bénéficieraient simplement d'un droit de visite aménagé, comportant notamment un préavis de déclenchement et l'accompagnement obligatoire par le responsable de sécurité.

§ 3. - Les règles d'habilitation au regard des principes du droit communautaire en matière de libre circulation et de non-discrimination

La mise en oeuvre des procédures d'habilitation peut poser, également, des problèmes juridiques dans le contexte du droit communautaire et la perspective d'une future *"Europe sociale"*.

Depuis plusieurs années, notamment, le Secrétariat général de la défense nationale est conscient de la difficulté potentielle qu'il pourrait y avoir dans l'avenir à assurer la permanence des procédures de protection du secret par rapport aux règles communautaires relatives à la liberté de circulation des travailleurs et au principe de non-discrimination :

"Pour ce qui concerne les personnes physiques, la situation est claire. Ce qui ne veut pas dire qu'elle est simple. En effet, notre réglementation considère comme "étrangère" toute personne physique qui ne possède pas la nationalité

---

[144] Déclaration du secrétaire générale de l'union locale C.G.T. de Villejuif, à propos du licenciement d'un salarié d'une entreprise sous-traitante du C.E.A., n'ayant pas obtenu son habilitation (*"La C.G.T. demande la réintégration d'un salarié licencié pour refus d'habilitation secret défense"*, A.F.P., 3 septembre 1991).

[145] Article 42 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel ; article 10 de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

française, et ceci quelle que soit sa situation particulière. Or, il existe énormément de gens travaillant au sein des entreprises françaises, des laboratoires de recherche et des organismes d'Etat et qui n'ont pas la nationalité française. Certains d'entre eux possèdent même le statut de fonctionnaire titulaire. L'harmonisation de cet état de fait et de ces très nombreuses situations particulières avec les dispositions réglementaires qui s'appliquent au cas général des ressortissants étrangers pose parfois quelques problèmes délicats à résoudre. D'autre part, nos textes ne prennent pas en compte l'évolution qui s'est produite au sein des Communautés européennes. Un ressortissant d'un pays membre de la Communauté reste un étranger à part entière pour notre réglementation. Il existe là une source de conflits entre notre droit interne et les prescriptions des instances communautaires, avec un risque certain de recours devant la Cour de Justice de la Communauté qui juge sans appel et dont les arrêts sont opposables à toutes les instances nationales des Etats membres. " [146]

A la D.P.S.D. également, la question est considérée comme importante, ainsi qu'en témoignait son directeur en 1992 qui expliquait que son service :

"a déjà pris en compte les bouleversements dus au processus d'"européanisation" sensible dans divers domaines, et tout particulièrement en ce qui concerne la circulation des personnes, ainsi que la participation d'organismes industriels ou financiers au capital et donc à la direction d'entreprises travaillant pour la défense nationale, avec les conséquences inéluctables pour la diffusion des informations, des connaissances ... " [147]

Plusieurs principes du droit communautaire peuvent être mis en cause par la pratique des habilitations au secret de défense. En premier lieu, la liberté de circulation des travailleurs qui implique le droit pour tout ressortissant communautaire de postuler à un emploi ou de s'établir dans tout Etat membre, conformément aux article 48 et suivants, et 52 et suivants du Traité. Elle implique donc la liberté d'établissement prévue à l'article 52.1 du Traité C.E.E., et le principe de non-discrimination défini par l'article 7 du Traité C.E.E.. Et ces principes sont, aujourd'hui, renforcés par la notion de "*citoyenneté de l'Union*" créé par le Traité sur l'Union européenne (Traité U.E.) qui stipule dans son article 8A :

---

[146] J.-P. Bansard, *op. cit.*, p. 116 et 117.

[147] Roland Guillaume, "La direction de la protection et de la sécurité de défense - Présentation et missions", *Administration*, n° 154, janvier/mars 1992, p. 76.

"Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent Traité et des dispositions pour son application."

En quoi donc, l'existence de dispositions réglementaires conditionnant l'accès à certaines tâches ou emplois à l'obtention d'une habilitation pourrait-elle être en contradiction avec les principes du droit communautaire ?

Ce n'est pas par le simple fait que ces mesures sont prises pour des raisons de sécurité nationale. En effet, le droit communautaire n'empêche pas, en soi, les Etats membres de prendre des mesures pour sauvegarder leur sécurité. Il ne vise à influencer que ce qui est susceptible d'avoir un impact sur les relations transfrontières au sein de la Communauté et laisse aux Etats la réglementation des questions purement internes au nom du principe de subsidiarité. De plus, à supposer que ces réglementations aient un impact sur les relations transfrontières, plusieurs articles du Traité C.E.E. prévoient des dérogations possibles au titre de certains intérêts, tels que, notamment, l'ordre public et la sécurité publique (articles 36, 223 à 225) [148].

L'article 223 peut paraître, à première vue, le plus approprié au problème posé. Son premier paragraphe (art. 223a) concerne en effet le droit pour chaque Etat de préserver la confidentialité des informations mettant en cause sa sécurité :

"aucun Etat membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité."

Mais si ce texte s'applique clairement aux relations entre les Etats membres et les institutions communautaires (conformément à la pratique traditionnelle des organisations internationales [149]), il semble difficile d'en faire un principe général de confidentialité qui pourrait justifier, au regard du droit communautaire, toute action étatique engagée pour la protection du secret. Tout au plus (mais c'est déjà important), donne-t-il une légitimité philosophique d'ensemble à la fonction de protection du secret qui échoit à chaque Etat membre. Quant au second paragraphe du même article (art. 223b), il ne concerne que les mesures qu'un Etat peut prendre pour

"la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ;"

---

[148] Cf. Peter Gilsdorf, "Les réserves de sécurité du Traité C.E.E. à la lumière du Traité sur l'Union européenne", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 374, janvier 1994, pp. 17 à 25.

[149] Cf. Paul Reuter, "Le droit au secret et les institutions internationales", *A.F.D.I.*, 1956 ...

Son champ d'application est donc - contrairement à une pratique extensive qui a eu longtemps cours - strictement limité aux mesures concernant les matériels de guerre. Et cette limitation est renforcée par le fait que l'article se poursuit en précisant que ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de concurrence

> "*en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.* "

Il faut donc en déduire que l'application de ce paragraphe b) pour couvrir les procédures de protection du secret n'est possible que dans le seul domaine des activités industrielles d'armement, ce qui inclut les activités privées effectuées dans le cadre de marché classé relatifs à des armements, mais non ceux qui porteraient sur des technologies à double usage (ou développées à des fins non militaires ou de défense civile).

Au-delà de cet article 223, les articles 224 et 225 ne concernent que les cas de situation de crise et ne sont donc pas pertinents pour ce qui nous préoccupe ici. L'article 36 est, quant à lui, relatif aux mesures dérogatoires pouvant être prises en matière de libre circulation des marchandises, ce qui fait que son impact sur les questions de protection du secret et d'habilitation des personnes est faible. Il peut sans doute justifier quelques mesures coercitives visant à empêcher la "fuite" de certains équipements considérés comme sensibles en raison de leurs applications militaires potentielles, et donc éventuellement couverts - à ce titre - par le secret de défense [150]. Mais l'on peut surtout s'appuyer sur l'interprétation que la jurisprudence en a donné pour mieux cerner le contenu de la notion de sécurité publique, qui, selon l'arrêt *Richardt*,

> "*doit s'entendre tant de la sécurité intérieure d'un Etat membre que de sa sécurité extérieure.* " [151]

De même, une autre jurisprudence de la Cour nous renseigne sur la définition de ce que le Traité et cette juridiction entendent par la notion voisine d' "*ordre public*" :

> "*Le recours, par une autorité nationale, à la notion de l'ordre public suppose en tout cas l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue*

---

[150] Une décision de la C.J.C.E. de 1991 a reconnu, ainsi, que l'article 36 justifiait des mesures de restriction à l'exportation de produits à double usage contrôlés aux titres des réglementations de contrôle de la destination finale issues du COCOM (cf. supra - IIème Partie, Chapitre III) : C.J.C.E., aff. C-367/89, *Richardt*, Rec. 1991, p. 4621 ; note B. Warusfel, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, n° 92/3.

[151] *Ibid.*

toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société. " [152]

Entendu dans ce sens large (qui n'est pas sans affinité avec la notion pénale française des *"intérêts fondamentaux de la nation"*, cf. supra - Ière Partie, Chapitre II), l'exception d'ordre public se rattache moins à la notion commune d'ordre public, entendu comme l'ensemble des mesures quotidiennes assurant la protection de la société contre toutes les formes quotidiennes de délinquance et de désordre, qu'à celle de *"sécurité nationale"*, dont nous avons vu qu'elle avait de plus en plus tendance à concurrencer celle de *"défense nationale"* (cf. supra - Ière Partie, Chapitre II). Il existe donc bien dans le droit communautaire des dérogations possibles à l'application de certaines libertés ou principes communautaires au nom de concepts larges de *"sécurité publique"* ou d'*"ordre public"*, susceptibles de couvrir les procédures de protection du secret.

La difficulté ne se situe donc pas au niveau des principes, mais bien au niveau de leur application pratique. En effet, ce qui pose réellement des difficultés juridiques au regard du droit communautaire concerne la place que prend - en pratique - le critère de nationalité dans le processus d'habilitation, même si celui-ci est - en principe - licite. Nous savons déjà que l'indication de la nationalité figure dans les dossiers de demandes d'habilitation [153] et que la réglementation française actuelle ne considère l'habilitation d'une personne de nationalité étrangère que comme une exception réservée dans laquelle la situation l'exige. De là découle le fait que ce critère de nationalité devient indirectement un critère de sélection à l'embauche pour les postes nécessitant une habilitation. Il en va ainsi, par exemple, du recrutement d'un chercheur au C.E.A., pour lequel

"d'autres candidats sont exclus parce qu'ils sont de nationalité étrangère. Le poste exige, en effet, des spécialistes qui puissent être habilités "secret-défense". " [154]

De même, l'instruction 2530 D.F./D.R. du ministère de la défense spécifie que

---

[152] C.J.C.E., aff. 30/77, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, Rec. p. 1999.

[153] *Assemblée nationale*, réponse à la question écrite n° 28718 du 27 juillet 1987, 7 septembre 1987, *J.O.R.F.*, p. 5088 (déjà citée, supra - IIème Partie, Chapitre II).

[154] *L'Express*, 9 mars 1990, p. 198.

> *"cette procédure d'habilitation ne peut être entreprise concernant notamment la rubrique Confidentiel défense que pour des personnes de nationalité française.* " [155]

Et la pratique des services de sécurité considère généralement que la nationalité de la personne ou de certains membres de sa famille est un élément important susceptible de créer, le cas échéant des vulnérabilités potentielles. C'est ainsi qu'un candidat à un engagement dans une spécialité technique de l'armée de l'air, en a été empêché à l'issue du contrôle de sécurité préalable à son embauche, car a relevé la Conseil d'Etat,

> *"en raison de la nationalité étrangère des parents de M. Rajaoferison et de leur résidence à Madagascar, l'intéressé pourrait être vulnérable à des pressions extérieures..* " [156]

Même si la réglementation française permet des dérogations à ce principe, notamment dans le domaine des marchés industriels où

> *"l'instruction 2000 mise au point par le S.G.D.N. en matière d'habilitation permet à l'administration française d'habiliter un étranger, ce qui est particulièrement utile pour les personnels travaillant dans les filiales internationales ..* " [157],

il n'en demeure pas moins que, dans la grande majorité des cas, la pratique des habilitations établit une discrimination fondée sur la nationalité pour l'accès aux informations classifiées. Elle pourrait donc être considérée comme contraire au principe de non-discrimination introduit par l'article 7 du Traité C.E.E.. La question est donc de savoir quelles autres dispositions communautaires peuvent justifier une telle dérogation.

La première d'entre elles est le paragraphe 4 de l'article 48 du Traité C.E.E. qui dispose que les principes posés par cet article

---

[155] Extrait de Cass. Crim., 1er décembre 1992 (pourvoi n° 89-82.689).

[156] C.E., 31 juillet 1992, *Ministre de la Défense c. M. Rajaoferison.*

[157] Rapport du groupe "Commerce des matériels de guerre", *Centre des Hautes Etudes de l'Armement*, 28ème session 1991/1992, n° 92/26/COM, juin 1992, p. 29.

"ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique. " [158]

Ce texte, d'une rédaction très générale, a cependant été interprété restrictivement par la jurisprudence de la C.J.C.E.. Dans son arrêt *Sotgiu* de 1974, la Cour a considéré que toutes les activités poursuivies par les administrations publiques n'étaient pas concernées par l'application de l'article 48-4, mais simplement celles mettant en jeu les intérêts de l'Etat [159]. Elle a précisé cette interprétation dans un arrêt *Royaume de Belgique* de 1980 dans lequel elle relevait que, si l'article 48-4

> *"tient compte de l'intérêt légitime qu'ont les Etats membres de réserver à leurs propres ressortissants un ensemble d'emplois ayant un rapport avec l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux, il convient d'éviter en même temps que l'effet utile et la portée des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des travailleurs et à l'égalité de traitement des ressortissants de tous les Etats membres soient limités par des interprétations de la notion d'administration publique tirés du seul droit national .. "* [160]

Et deux années plus tard, une autre décision mettant en cause opposant la Belgique à la Commission vint préciser quels types d'emplois pouvait être couverts par l'article 48-4. Or, à cette occasion, la C.J.C.E. a rangé au titre des emplois couverts par l'article 48-4 ceux de *"veilleurs de nuit"* de l'administration communale de Bruxelles, suivant ainsi l'argument de la Commission qui avait soutenu que

> *"l'activité de surveillance de bâtiments ou lieux à garder serait de nature à leur permettre d'avoir un accès aisé à des secrets de la collectivité publique concernée "* [161]

On peut donc déduire très naturellement de cette jurisprudence que la possibilité d'accès à des secrets publics est considéré par la C.J.C.E. comme un indice permettant de ranger un emploi public dans la catégorie de ceux bénéficiant de la facilité de l'article 48-4.

---

[158] Ce texte est complété, en matière de droit d'établissement, par l'article 55 du Traité C.E.E. qui stipule que ses dispositions ne concernent pas *"les activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique."*

[159] C.J.C.E., 12 février 1974, *Sotgiu* ; *R.T.D.E.*, 1976, p. 374.

[160] C.J.C.E., 17 décembre 1980, *Commission c. Royaume de Belgique*, Rec. 1980, p. 388 ; *R.T.D.E.*, 1981, p. 286.

[161] C.J.C.E., aff. 149/79, 26 mai 1982, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, Rec. 1982/2, p. 1845.

La Commission des Communautés a suivi, apparemment, ces points de vue en publiant en 1988 une déclaration définissant l'étendue de la notion d'administration soumise à la dérogation de l'article 48-4 qui, selon elle, recouvre seulement :

> *"les fonctions spécifiques de l'Etat et des collectivités assimilables telles que les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre ; la magistrature, l'administration fiscale et la diplomatie (...) les emplois relevant des ministères de l'Etat, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés, des banques centrales dans la mesure où il s'agit du personnel (fonctionnaires ou autres agents), qui exerce les activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique de l'Etat ou d'une autre personne de droit public.."* [162]

Ces différentes interprétations convergentes du Traité montrent que si la nationalité peut être un critère de l'habilitation pour l'accès aux fonctions régaliennes de l'Etat, l'article 48-4 ne fonde juridiquement ni des restrictions de ce type dans d'autres types d'emplois publics, ni, à plus forte raison, dans des activités privées, même liées par contrat avec l'Etat. Prenons en pour preuve le fait que dans la communication précitée de la Commission, celle-ci énumère parmi les secteurs de l'administration dans lequel le critère de nationalité doit être aboli *"la recherche à des fins civiles dans les établissements publics"*, d'où l'on peut déduire, *a fortiori*, que la recherche effectuée dans des établissements privés (des laboratoires industriels, par exemple, dans le cadre de marchés d'études) n'est pas couverte quel que soit son objet (civil ou militaire).

L'article 48-4 n'est donc pas suffisant, à lui seul, pour couvrir tous les usages potentiellement discriminatoires des procédures d'habilitation au secret de défense. Mais, même dans les cas où il ne s'applique pas (c'est-à-dire, par exemple les activités classifiées exercées dans le cadre de fonctions publiques non régaliennes ou les activités privées exercées dans le cadre d'un marché classé), la discrimination ne peut être établie qu'à condition que la nationalité soit la seule raison de l'interdiction d'accès et que, de ce fait, il y ait rupture de l'égalité de traitement entre les nationaux et les autres ressortissants communautaires.

En effet, la C.J.C.E. a reconnu à plusieurs reprises la possibilité pour un Etat membre d'imposer des restrictions à un ressortissant étranger pour des motifs de sécurité ou d'ordre public. Mais les conditions fixées par sa jurisprudence ont évolué.

---

[162] *J.O.C.E.*, C72/2, 18 mars 1988.

Dans un premier temps, l'arrêt *Van Duyn* avait directement reconnu qu'un Etat pouvait, pour ces motifs d'ordre public établir une discrimination consistant à

> *"refuser à un ressortissant d'un autre Etat membre le bénéfice du principe de libre circulation des travailleurs en vue de l'exercice d'une activité salariée déterminée, alors même qu'il n'impose pas une restriction analogue à ses propres ressortissants."* [163]

Mais cette jurisprudence - qui établissait un droit des Etats à l'établissement de discriminations légitimes - a été restreinte ultérieurement par la décision *Adoui-Cornuaille* de 1982, dans laquelle la Cour a souligné qu'une mesure restrictive de la libre circulation ne pouvait être licite que dans la mesure où elle respectait l'égalité de traitement entre les nationaux et les autres ressortissants communautaires :

> *"Il y a lieu de souligner que dans un Etat membre l'autorité compétente pour prendre ces mesures ne saurait fonder l'exercice de ses pouvoirs sur des appréciations de certains comportements qui auraient pour effet d'opérer une distinction arbitraire à l'encontre des ressortissants d'autres Etats membres."* [164]

Dès lors donc que la nationalité n'est pas la seule motivation d'un refus d'habilitation et que les ressortissants français peuvent également faire l'objet de ce même refus, pour des raisons de vulnérabilité, il devrait être possible de réfuter le caractère discriminatoire de cette procédure, y compris dans les domaines où l'article 48-4 ne s'applique pas.

Au total, la situation des procédures d'habilitation des personnes au secret de défense au regard du droit communautaire peut se résumer de la manière suivante :

- ces procédures sont totalement licites et inattaquables - en vertu des articles 48-4 ou 223b - lorsqu'elles interviennent dans le cadre de fonctions régaliennes de l'Etat (forces armées, police, justice, recherche publique de défense, ..) ou dans celui de marchés de développement ou de fabrication d'armement,

---

[163] C.J.C.E., 1974, *Van Duyn*.

[164] C.J.C.E., aff. 115 et 116/81, 18 mai 1982, *Adoui-Cornuaille*. Pour un commentaire de la décision et du revirement qu'elle opère, cf. Gérard Druesne, "Liberté de circulation des personnes, l'ordre public à nouveau : comme la punition des filles de Danaos ?..", *R.T.D.E.*, 1982, pp. 706 à 722.

- en dehors de ces cas (qui constituent encore la majorité des cas de protection du secret et l'aspect le plus traditionnel du problème), ces procédures pourraient être considérées comme discriminatoires, dès lors

. que leur lien avec les nécessités de sécurité publique (entendu comme la protection des intérêts fondamentaux de la société) pourrait être contesté,

. que le critère de nationalité serait considéré comme un critère automatique de rejet,

. que ces procédures feraient supporter aux autres ressortissants communautaires des contraintes qui ne seraient pas appliquées aux nationaux français.

La situation juridique du système français d'habilitation des personnes n'est donc pas compromise. Mais elle sera d'autant plus fragile que ces procédures s'appliqueront dans des domaines et pour des objectifs plus éloignés de ceux de la défense militaire et des intérêts fondamentaux de la nation, considérés au sens strict. Le mouvement décrit précédemment (cf. supra - IIème Partie, Chapitre III) de mutation de la protection du secret vers celle des secrets économiques, trouve sans doute là l'une de ses limites juridiques.

CHAPITRE III

UNE PREROGATIVE SANS CONTRE-POUVOIR

Nous avons constaté que, même dans un système démocratique, l'utilisation du secret de la défense nationale recèle toujours des risques d'abus et ce, malgré les efforts du législateur pour préciser ses frontières avec les différentes libertés publiques. La cause de cette situation, qui discrédite le principe même de cette prérogative étatique, doit être largement cherchée dans l'insuffisance des contrôles sur l'utilisation du secret de la défense nationale.

Cette insuffisance de contrôle se constate aux différents niveaux de ce que - dans un système démocratique libéral - l'on conçoit généralement comme contrepoids à l'exercice des prérogatives gouvernementales, à savoir

> *"un pouvoir judiciaire fort ; une information pleinement libre ; un Parlement exerçant activement sa fonction de contrôle."* [1]

Dans ces trois domaines, la justice, le Parlement et la presse, on constate aujourd'hui en France une quasi-absence de mécanismes permettant aux contre-pouvoirs soit de contrôler l'usage qui est fait du secret de défense par l'Etat, soit même - simplement - d'en être informé. D'une certaine manière, nous nous trouvons ainsi dans une situation où la confidentialité des secrets est fréquemment renforcée par le secret sur leur existence même. De la protection du secret, nous en arrivons souvent à la protection par le secret sur le secret, au *"secret du secret"* [2]. Or, pour différentes raisons, touchant notamment au le principe de la légalité des peines, il nous semble que cet état de choses porte tout à la fois préjudice à l'ordre juridique et à l'efficacité à long terme du dispositif de défense.

Si l'on considère que le contrôle parlementaire en la matière est inexistant (Section I.), que la liberté reconnue au juge pénal de qualifier le secret est essentiellement fictive (Section II.) et si l'on mesure les limites du contrôle très

---

[1] Roger Errera, *Les libertés à l'abandon* (troisième édition) Seuil, 1975, p. 291.

[2] Cf. Jean Laveissière, "En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret" *in Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 191. Dans ses conclusions devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire *"des fuites"*, le conseiller Ledoux a eu cette interrogation très significative : *"La notion de secret ne s'étendait-elle pas à tout ce qui concernait les faits réputés secrets ?"* (rapport Ledoux sous Cass. Crim., 6 décembre 1956, *D.*, 1957.J.193).

restreint qu'accepte d'exercer le juge administratif (Section III.), nous sommes forcés de constater que le secret de défense est en France une prérogative juridique exorbitante sans aucun contre-pouvoir réel.

Section I. - Un contrôle parlementaire inexistant

Les rapports des Parlements avec les questions de secret ont toujours été délicates pour la simple raison qu'un Parlement est un lieu, par excellence, du débat public, de l'information démocratique et du contrôle de l'exécutif, avec tout ce que cela comporte comme désir de transparence de l'action administrative. Aussi les annales historiques foisonnent d'exemples d'affrontement entre les parlementaires et les gouvernements à propos de certaines affaires secrètes.

Même aux Etats-Unis, peu d'années après la guerre d'indépendance et la mise en place de la Constitution, George Washington en personne refusa de fournir à la Chambre des Représentants des documents relatifs au traité signé avec l'Angleterre en 1794 [3]. En France, durant la monarchie de juillet, c'est Guizot qui livre aux chambres de fausses correspondances diplomatiques lors de l'épisode des *"mariages espagnols"* en 1847 [4]. En Grande-Bretagne, à la fin du XIXème siècle, le gouvernement utilisait un système de double correspondance, ce qui faisait que

> *"deux dépêches portent souvent le même numéro, ce qui permet de soustraire au contrôle du Parlement les rapports secrets."* [5]

Mouvement d'antiparlementarisme ou survivance de pratiques autocratiques ? Toujours est-il que depuis l'origine des Parlements, ceux-ci ont toujours eu des difficultés à convaincre de leur aptitude à prendre connaissance d'informations secrètes. Pourtant le droit parlementaire français et étranger a imaginé différents systèmes permettant aux parlementaires d'apporter des garanties de confidentialité. Mais les résultats - particulièrement pour la France - ont toujours été décevants.

---

[3] Cf. Simon Cohen, "Le contrôle parlementaire de la politique de défense nationale et de l'institution militaire en France et aux Etats-Unis" in Lucien Mandeville (sous la dir.), *Le système militaire des Etats-Unis*, Institut d'Etudes politiques de Toulouse, Jean-Pierre Delarge, éditeur, 1976, p. 169.

[4] Lieutenant A. Froment, *L'espionnage militaire - Les fonds secrets de la guerre et le service des renseignements en France et à l'étranger*, Editions F. Juven, 1897, p. 250

[5] *Ibid.*

§ *1. - La désuétude des comités secrets*

Pour éviter d'être ainsi laissé à l'écart de la connaissance des informations diplomatiques, politiques ou militaires importantes, les Parlements ont largement usé de la procédure des "*comités secrets*", censés apporter suffisamment de garantie de confidentialité à leurs débats pour éviter que les Gouvernements puisse omettre de les informer. Le principe en est simple : la réunion de l'assemblée concernée en séance hors de la présence du public et sans compte-rendu officiel diffusé à l'extérieur.

En France, la procédure des comités secrets fut utilisée, principalement, durant la Première guerre mondiale entre juin 1916 et octobre 1917 [6], en raison de la gravité de la situation militaire.

Mais, même durant cette période particulièrement tragique dans laquelle les différentes composantes de la classe politique pratiquaient l'union sacrée contre l'adversaire, le système des comités ne fut pas exempt de reproches. Beaucoup d'observateurs - notamment par l'opposition nationaliste anti-parlementaire - critiquaient ces comités secrets

> "*dont les comptes-rendus étaient trop souvent divulgués.*" [7]

Cela déboucha le 14 mars 1917 sur la démission spectaculaire du général Lyautey, alors ministre de la guerre, après qu'en séance publique à la Chambre dans un débat consacré à l'organisation naissante de l'aviation, il ait déclaré :

> "*vous admettrez que je ne vous suive pas sur le terrain technique, comme mes officiers on dû le faire, parce que, même en Comité secret, je regarde, en pleine responsabilité, que c'est exposer la défense nationale à des risques pleins de périls.*" [8]

---

[6] Cf. Paul Allard, *Les dessous de la guerre révélés par les Comités secrets*, Les Editions de France, 1932 ; Abel Ferry, *Les carnets secrets (1914-1918)*, Grasset, 1957, pp. 142-199.

[7] Jacques Bainville, *La troisième République - 1870/1935*, Fayard, 1935, p. 290.

[8] Lyautey : *Paroles d'action - Madagascar, Sud oranais, Oran, Maroc (1900-1926)*, Armand Colin, 4ème édition, 1944, p. 215 ; Sur le même épisode : André Le Révérend, *Lyautey*, Fayard, 1983, p. 393.

Par là, le ministre et homme de guerre mettait publiquement en doute l'efficacité d'une procédure parlementaire, et par derrière celle-ci, la discrétion et la patriotisme des élus [9].

Même si la procédure n'a plus connu, depuis lors, la popularité et qu'elle est plutôt considérée comme un instrument désuet, les comités secrets sont toujours prévus par les textes constitutionnels [10]. Depuis le début de la Vème république, par exemple, l'article 33 de la Constitution prévoit que

> *"Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres."*

Le réglement intérieur du Sénat prévoit cette possibilité dans son article 32.5, tandis que celui de l'Assemblée y consacre son article 51. L'élaboration de ce dernier texte donna, d'ailleurs, lieu à une décision du Conseil constitutionnel qui déclara un premier projet inconstitutionnel en 1959 au motif

> *"que les dispositions de ce texte, qui portent que l'Assemblée siège en comité secret à la demande du Premier ministre, sont contraires à l'article 33, alinéa 2 de la Constitution, qui laisse à l'Assemblée, saisie de la demande du Premier ministre ou du dixième de ses membres tendant à ce qu'elle siège en comité secret, la faculté, dans les deux cas, de se prononcer sur l'opportunité de cette procédure."* [11]

L'article 51 prévoit donc, désormais, que la réunion en comité secret est décidée

> *"par un vote exprès et sans débat émis à la demande du Premier Ministre, soit d'un dixième de ses membres."* [12]

---

[9] On sait qu'à l'issue du conflit, plusieurs personnages politiques français seront traduits devant la justice pour trahison ou intelligences avec l'ennemi en temps de guerre. Ce fut, particulièrement le cas de Joseph Caillaux et de Malvy.

[10] Cette procédure existe également en Grande-Bretagne (où elle fut couramment utilisée par Churchill durant le second conflit mondial) ainsi qu'en Belgique, par exemple (cf. Jean-Marie Duffau, "Les règlements des Assemblées parlementaires en droit belge", *R.D.P.*, 1976, n° 3).

[11] Conseil Constitutionnel, décision 59-2 D.C., 17/18 et 24 juin 1959, Rec. 58.

[12] Une disposition analogue existe, concernant le Sénat, dans l'article 32 de son Règlement.

De même, son dernier alinéa précise que

> *"L'Assemblée décide ultérieurement de la publication éventuelle du compte-rendu intégral des débats en comité secret. A la demande du Gouvernement, cette décision est prise en comité secret.* "

Qu'il s'agisse donc de la décision de siéger en comité secret votée sans débat, ou de celle de publier ses travaux, on voit bien que le législateur a voulu faire en sorte que les actes accompagnant le débat secret lui-même, soient eux aussi soumis à la plus grande discrétion [13].

Malgré ces efforts pour entourer la procédure des comités secrets d'un minimum d'attraits et d'efficacité, on peut considérer que cette pratique est totalement tombée en désuétude. Le dernier parlementaire ayant, sans doute, évoqué le sujet était sans doute le député socialiste Georges Fillioud qui en 1976, déposa une question écrite au Gouvernement à propos de la révélation de la présence en France d'agents de la C.I.A. et exigeant du Gouvernement des explications,

> *"il lui demande avec insistance comme il l'a fait dans une précédente question sur un sujet voisin de faire au plus tôt une déclaration à ce sujet devant l'Assemblée nationale qui pour respecter la règle du secret des questions intéressant la défense nationale, peut siéger, aux termes de l'article 51 de son règlement, en comité secret.* " [14]

§ 2. - *Le refus permanent des Gouvernements de transmettre des informations classifiées au Parlement*

Comités secrets ou pas, l'attitude des Gouvernements successifs de la Vème République vis-à-vis du Parlement en matière d'informations sur les questions de défense a toujours été empreinte d'une grande réticence [15]. *A fortiori*, a-t-elle été totalement intransigeante concernant l'accès aux informations classifiées.

---

[13] *"Est exclue une discussion publique préalable au cours de laquelle seraient susceptibles d'intervenir les orateurs pour ou contre la formation en Comité secret. Un bon sens élémentaire recommandait cette règle que l'on retrouve (...) par exemple dans l'article 51 de l'actuel règlement de l'Assemblée nationale. C'est en Comité secret que les Assemblées discuteront de l'opportunité d'abandonner ou non la pratique de la séance publique"* (J.-M. Duffau, *op. cit.*, p. 799).

[14] Reproduit dans *Libération*, 15 janvier 1976.

[15] Sur le sujet, cf. Simon Cohen, "Le contrôle parlementaire de la politique de défense", *R.D.P.*, 1977, n° 2.

L'un des meilleurs exemples de cette situation peut être trouvé dans l'incident provoqué lors de la discussion au Sénat du budget de 1972 par quelques sénateurs de l'opposition qui déposèrent un amendement visant à obliger le Gouvernement à faire un rapport détaillé sur l'organisation et le fonctionnement du S.D.E.C.E. devant une commission parlementaire ad hoc composée à la fois de députés et de sénateurs. Cette initiative avait été prise à la suite de la révélation par la presse d'une possible implication de ce service dans un obscur trafic de drogue avec les Etats-Unis.

Cela donna l'occasion à M. Debré, alors ministre d'Etat chargé de la défense nationale, de préciser la conception qu'il avait de l'information du Parlement en matière d'activités gouvernementales couvertes par le secret de défense :

> *"je suis prêt à venir devant la commission de la défense nationale pour expliquer les grandes lignes de l'organisation du service ; je suis même prêt à indiquer les missions générales du service ; ce n'est pas du domaine du secret. (...) Vais-je ouvrir les dossiers ? En aucune façon. Je préfère vous dire tout de suite que je resterai silencieux et que quiconque ayant le sens de l'Etat, je dirais même le sens du respect que l'on doit à certains agents, ne pourrait que rester silencieux. Dès lors, qu'attendez-vous de moi ? Que je vienne - je suis prêt à la faire - devant la commission compétente, expliquer les grandes lignes de ce service ? Je peux même expliquer les grandes lignes de son travail, puisque cela ne touche en aucune façon, ni à la défense nationale, ni à la vie des individus. Ne m'en demandez pas plus. "* [16]

En cas de questions parlementaires, les ministres possèdent également eux-mêmes, la *"faculté de déclarer par écrit que l'intérêt public leur interdit de répondre. "* [17]. Cette exception n'a pas été utilisée très fréquemment. Michel Ameller n'en dénombrait qu'une dizaine de cas entre les années 1957 et 1964, la plupart à propos de questions touchant aux questions militaires (nombres d'appelés ou d'engagés, effectifs des troupes, effectifs des forces de maintien de l'ordre nombre de casernes, nombre de tués en Algérie, essais atomiques, programmes aéronautiques supersoniques civils) [18]. Mais, par exemple, en 1993, le ministre de l'économie, M. Edmond Alphandéry a refusé de répondre à la question orale de M. Yves Bonnet,

---

[16] *J.O.R.F.*, Débats, Sénat, séance du 2 décembre 1971, p. 2623.

[17] Article 139-3 du Règlement de l'Assemblée nationale et article 75-2 du Règlement du Sénat. Cf. David Ruzié, "Le nouveau règlement de l'Assemblée, *R.D.P.*, 1959, p. 863.

[18] Cf. Michel Ameller, *Les questions, instrument du contrôle parlementaire*, L.G.D.J., 1964, p. 74.

député du Cotentin, sur la position de son ministère sur l'autorisation d'exportation demandée pour la vente de sous-marins classiques au Pakistan :

> *"La confidentialité s'attache à ce genre de discussion. (...) Vous avez eu des responsabilités administratives dans le passé* [19]*, et vous comprendrez que ce genre de décision nécessite la confidentialité et la sérénité. C'est la raison pour laquelle je n'ai pas l'intention de vous répondre en public.* " [20]

§ 3. - Le cantonnement des commissions d'enquête

Le problème de la conciliation entre secret de défense et exercice du contrôle parlementaire s'est posé de façon particulièrement flagrante en ce qui concerne les commissions d'enquête et de contrôle dont l'existence était prévue par les réglements des assemblées.

A plusieurs reprises des tentatives avaient eu lieu pour obtenir que les commissions parlementaires puissent obtenir des informations gouvernementales confidentielles. Ainsi, en 1972, lors du débat parlementaire sur le projet de loi portant statut général des militaires, trois députés, MM. Villon, Duroméa et Garcin, proposèrent un amendement à l'article 17 de ce texte afin que les militaires puissent être déliés de leur obligation de discrétion et de l'interdiction de communiquer des pièces à des tiers

> *"pour l'exercice de leurs droits de contrôle, à la demande des commissions parlementaires compétentes.* " [21]

Cet amendement qui visait à permettre indirectement aux commissions parlementaires d'obtenir la collaboration des militaires dans leurs éventuels travaux d'investigation sur les questions de défense, fut - logiquement - repoussé, à la demande du Gouvernement, par la majorité parlementaire.

Un an plus tard, la création en juin 1973 au Sénat d'une commission de contrôle des services administratifs procédant aux écoutes téléphoniques, présidée par M.

---

[19] Allusion au fait que M. Yves Bonnet, ancien préfet, a été directeur de la D.S.T. durant plusieurs années. Cela explique d'ailleurs que M. Bonnet ne semblait pas se faire d'illusion sur la réponse, puisqu'il précisait lui-même dans sa question qu'il souhaitait que le ministre se prononce *"même si ce n'est pas immédiatement."*

[20] *J.O.R.F.*, Assemblée nationale, Débats, 2ème séance du 9 juin 1993, p. 1228.

[21] *J.O.R.F.*, Débats, Assemblée nationale, 1ère séance du 3 mai 1972, p. 1288.

Marcilhacy et dont le rapporteur était M. Monory, fut un véritable cas d'école illustrant les limites du contrôle parlementaire.

Par avance, et dès le 19 juin 1973, lors d'un débat au Sénat sur le sujet, M. Olivier Stirn, secrétaire d'Etat représentant du Gouvernement avait mis en garde les sénateurs à propos du projet de création de cette commission :

> *"Si cette commission envisageait de se faire communiquer certains renseignements que le Gouvernement détient et qui sont couverts par le secret défense, elle risquerait fort de ne pas atteindre ses objectifs."* [22]

Dans son rapport rendu finalement le 25 octobre 1973, la Commission fit, en effet, état du refus de coopération du Gouvernement auquel elle s'était heurtée :

> *"tant en ce qui concerne la possibilité d'accéder à certains documents entrant dans l'aspect de sa mission ou de visiter les installations du Groupement interministériel de contrôle (G.I.C.) ou des centraux téléphoniques que d'entendre les membres du Gouvernement ou des fonctionnaires et magistrats susceptibles de lui apporter un maximum de renseignements."* [23]

Elle fit également remarquer, dans ses conclusions, que

> *"le refus systématique du Gouvernement de venir devant la Commission en invoquant, sans le justifier, le secret de la défense nationale ne peut être interprété que comme la reconnaissance d'un état de fait dont nous avons démontré l'illégalité."* [24]

A l'issue de son travail, le Président de la commission écrivit au Président de la République pour s'étonner de l'opposition effectivement rencontrée au nom du secret de la défense nationale et pour justifier le bien-fondé de la démarche de la commission :

> *"Au demeurant, notre attention porte sur les seuls mécanismes administratif, financier et technique des écoutes téléphoniques et nullement sur leurs résultats. Nous ne pensons pas que ces mécanismes puissent être couverts en temps de paix par le secret de la défense nationale, pas plus que ne l'est la nomenclature des matériels de guerre, même si les techniques avancées dont a bénéficié leur*

---

[22] Cité *in* Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité (C.N.C.I.S.), *Premier rapport d'activité*, Documentation Française, 1993, p. 25.

[23] C.N.C.I.S., *op. cit.*, p. 27.

[24] C.N.C.I.S., *op. cit.*, p. 30.

fabrication doivent rester secrètes. Nous redoutons que ce secret invoqué contre une commission sénatoriale ne serve, sans que la défense nationale puisse être en cause, à paralyser un contrôle parlementaire qui est l'essence même de la démocratie. " [25]

Finalement, la loi du 19 juillet 1977 - reprenant les grandes lignes d'une proposition de loi présentée en 1970 par M. Etienne Dailly [26] - a modifié l'article 6 de l'ordonnance de 1958 sur le fonctionnement des assemblées parlementaires [27] afin qu'il renvoie désormais à l'article 10 de la loi du 22 juin 1967 relative à la Cour des Comptes et applique aux commissions d'enquête et de contrôle à la fois les mêmes droits d'enquête et les mêmes restrictions qu'aux commissions des finances, à savoir :

"*Les rapporteurs des commissions d'enquête et de contrôle* (...) *sont habilités à se faire communiquer tous documents de service, à l'exception de ceux revêtant un caractère secret et concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat,* "

D'autre part, cette même loi a introduit dans l'article 6 de l'ordonnance de 1958 un alinéa précisant que

"*L'assemblée intéressée peut décider, par un vote spécial, et après s'être constituée en comité secret, de ne pas autoriser la publication de tout ou partie du rapport d'une commission d'enquête ou de contrôle.* "

Ces textes ont subi depuis lors une modification formelle avec la disparition, par la loi du 20 juillet 1991, de la mention des commissions de contrôle au profit des seules commissions d'enquête.

Mais cette loi de 1991 a également introduit dans l'article 6 de l'ordonnance deux clauses spécifiques relative à la publicité des travaux des commissions [28] :

---

[25] Lettre de M. Marcilhacy à M. le Président de République en date du 12 septembre 1973 (reproduite pp. 104-105 du rapport final de la Commission de contrôle des services administratifs procédant aux écoutes téléphoniques, *Sénat*, 1973).

[26] Cf. Etienne Dailly, *Le Monde*, 17 juillet 1973.

[27] Loi n° 77-807 du 19 juillet 1977 modifiant l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, en vue de préciser les moyens d'action des commissions d'enquête et de contrôle, *J.O.R.F.*, 20 juillet 1970.

[28] Cette loi a été adoptée à l'occasion de la création d'une commission d'enquête sur le financement des partis politiques décidée à la suite du scandale "Urba-Gracco" (cf. Bernard Chantebout, *Droit Constitutionnel et Science Politique*, Armand Colin, Xème édition, 1991, p. 570).

"Les auditions auxquelles procèdent les commissions d'enquête sont publiques. Les commissions organisent cette publicité par les moyens de leur choix. Toutefois, elles peuvent décider l'application du secret ; dans ce cas, les dispositions du dernier alinéa du présent article sont applicables.

Sera punie des peines prévues à l'article 378 du Code pénal toute personne qui, dans un délai de trente ans, divulguera ou publiera une information relative aux travaux non publics d'une commission d'enquête, sauf si le rapport publié à la fin des travaux de la commission a fait état de cette information."

Avec ce dispositif législatif, la situation du contrôle parlementaire a le mérite de s'être éclairci. Les parlementaires y ont gagné dans de nombreux domaines des pouvoirs de communication forcée de pièces à l'encontre de l'administration. Mais en contrepartie, la loi a exclu explicitement les domaines secrets des pouvoirs d'investigation de la représentation nationale, les communications de documents classifiés étant éventuellement transmis, à titre personnel,

"à certains membres du bureau des commissions permanentes, donc, à cause de la composition politique de ces bureaux, à la majorité." [29]

Certes, cette attitude gouvernementale hostile au partage du secret avec les élus de la nation, a été beaucoup critiquée, mais - paradoxalement - il n'est pas sûr que les parlementaires français auraient souhaité devoir respecter les strictes consignes de secret et de sécurité que l'on leur auraient imposé si ils avaient eu le droit d'accéder à des secrets de défense (comme cela se pratique aux Etats-Unis pour les membres de certaines commissions [30].

§ 4. - Le difficile choix entre l'exclusion du secret ou l'assujettissement au secret

"J'avais demandé à vos services, Monsieur le ministre, de me fournir des éléments de comparaison avec d'autres pays. Bien entendu, ils m'ont été envoyés, mais assortis de la mention "top-secret", qui fleurit sur tous les papiers que l'on reçoit de votre ministère et je crois qu'il y a là quelque abus" [31]

---

[29] S. Cohen, *in* Institut d'Etudes politiques de Toulouse, *op. cit.*, p. 180.

[30] Sur le contrôle parlementaire américain , cf. S. Cohen, *ibid.*

[31] Remarque de M. Y. Coudé du Foresto, rapporteur de la commission des finances du Sénat au ministre de la défense nationale, *J.O.R.F.*, Débats, Sénat, séance du 5 novembre 1970, p. 1808.

se plaignait un rapporteur parlementaire au ministre de la défense en 1970, indiquant par là qu'il considérait qu'en lui communiquant directement des documents qui demeuraient classifiés, le ministre l'empêchait d'exercer son métier de débatteur et d'informateur de l'opinion.

Dans le même esprit et à des dates très proches, le député Hubert Germain souleva le problème de la présence de parlementaires au sein du Comité des prix de revient des fabrications d'armement, comité réalisant des études de coût des programmes militaires pour le compte du Gouvernement [32]. Outre le fait que la présence de ces parlementaires lui semblait contraire à la séparation des pouvoirs, puisque ce comité pouvait recevoir des instructions gouvernementales, M. Germain insistait sur la question du secret et des contraintes que cela pouvait créer pour les parlementaires qui en faisaient partie :

> *"la nature même des tâches de ce groupe de travail important est telle qu'elles relèvent du secret de la défense nationale, liant, par là même, les parlementaires à des règles très strictes en ce domaine. Ainsi, ayant reçu mandat soit de l'Assemblée nationale, soit du Sénat, ils sont dans l'impossibilité de rapporter les conclusions de leurs travaux et de rendre compte de ce qui peut constituer une exécution normale de leur mission parlementaire, à savoir le contrôle de l'action gouvernementale. Il pourrait arriver un jour que ces parlementaires, à propos d'un problème fondamental, se trouvent mal à l'aise avec ce secret."* [33]

Le ministre d'Etat chargé de la défense nationale, M. Michel Debré, lui répondit en lui proposant - sans supprimer le principe du secret - d'étudier une meilleure publicité des rapports du comité et une meilleure coordination de ses travaux avec les commissions des finances et de la défense.

Enfin, toujours au titre des critiques adressées à cette période au système en vigueur en matière de contrôle parlementaire, le professeur Roger-Gérard Schwartzenberg indiquait, lui aussi, que

> *"La seconde restriction* [à l'activité des commissions d'enquête et de contrôle] *concerne l'obligation de secret. Tous les membres des commissions d'enquête et de contrôle, tous ceux qui, à un titre quelconque, assistent ou participent à*

---

[32] Sur ce Comité - créé par un décret du 14 avril 1966 - cf. Bernard Chantebout, *L'organisation de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967, p. 426.

[33] *J.O.R.F.*, Débats, Assemblée nationale, séance du 6 octobre 1970, pp. 4115 et 4116.

leurs travaux, sont tenus au secret sous les peines de l'article 378 du Code pénal qui sanctionne la violation du secret professionnel (...) L'assemblée intéressée peut seule décider la publication de tout ou partie du rapport de ces commissions. Sans cela, l'opinion n'en connaîtra rien. Tout ce sera passé derrière un mur de silence entre "professionnels". Comme si la politique constituait un domaine réservé à quelques spécialistes, à quelques initiés, où ne peuvent pénétrer les profanes, les simples citoyens. Comme si, en démocratie, la politique n'était pas l'affaire de tous et l'information le droit de chacun. Comme si la publicité n'était pas indispensable aux affaires publiques. " [34]

Au total, voici quelques témoignages qui montrent à quel point les parlementaires et certaines voies de la doctrine se méfient d'un éventuel accès au secret qui serait accordé à des parlementaires et qui leur imposerait une retenue ou une obligation de loyalisme vis-à-vis du Gouvernement de nature à brimer leur libre arbitre et la séparation des pouvoirs.

La question du contrôle parlementaire des activités classifiées n'est donc pas toute simple. Si l'on conçoit que permettre au Parlement d'exercer un contrôle en ces matières compléterait l'équilibre des pouvoirs et constituerait une garantie supplémentaire contre la "*maladministration*" et les risques d'abus, il n'est pas sûr que le Parlement serait prêt à en accepter toutes les conséquences en termes d'assujettissement aux règles de sécurité. L'exemple américain sur ce sujet est donc à méditer, mais il n'est sans doute pas transposable tel quel [35].

§ 5. - L'insuffisante information des Parlements occidentaux

Un rapport de l'Assemblée de l'Union de l'Europe Occidentale de 1979 a effectué une étude comparative de la situation des parlements des différents Etats membres en ce qui concernait les questions d'achats militaires. Concernant l'accès des parlementaires à l'information, il constatait :

"En général, il n'y a pas de relations directes entre l'exécutif et le parlement, mais simplement par l'intermédiaire du ministre de la défense, qui est le seul ministre responsable de ces questions devant le parlement. Dans la plupart des

---

[34] Roger-Gérard Schwartzenberg, "Pour que l'enquête soit exemplaire", *Le Monde*, 16 juin 1973.

[35] L'une des particularités de la possibilité d'accès aux secrets offerte à certains parlementaires américains, c'est également la nécessité de surveiller cet accès et de déjouer le cas échéant une tentative d'espionnage par cette voie parlementaire particulière (sur une inculpation en la matière, cf. "Messenger With Access to U.S. House Secrets Is Charged as Spy", *International Herald Tribune*, 23 décembre 1985).

pays, compte tenu de certaines différences de procédure sur des points de détail, le ministre est entendu par les commissions de défense des parlements nationaux et répond aux questions écrites et orales. Les parlementaires peuvent également exiger (ou seulement demander dans certains cas) communication de toutes les informations dont ils ont besoin, y compris, avec l'accord du ministre, des informations classifiées le cas échéant.

En France et en Belgique, les parlementaires peuvent demander, à titre individuel, à avoir accès aux informations classifiées non couvertes par le secret militaire [36]*, mais n'obtiennent pas toujours satisfaction. Toutefois, les informations ne sont fournies que dans certains cas et intuiti personae. Conformément à une procédure qui n'a jamais été institutionnalisée ni codifiée, ce sont les rapporteurs à titre individuel plutôt que les commissions dans leur ensemble qui reçoivent ces informations ; d'autre part, les présidents des commissions françaises des affaires étrangères et de la défense ont libre accès aux télégrammes des ministères des affaires étrangères et de la défense, notamment ceux qui portent sur les relations interministérielles.* " [37]

Dans une recommandation du 3 juin 1970 relative au *"secret militaire et l'information des parlements"* [38], l'Assemblée de l'U.E.O., considérait

"que les nécessités de la démocratie, comme la politique de dissuasion, exigent de donner aux mesures de défense le maximum de publicité compatible avec leur efficacité, et que les parlementaires doivent avoir suffisamment accès aux informations "classifiées" pour comprendre la politique et justifier les dépenses en ce domaine ;"

et regrettait

"que la procédure adoptée en février 1958 par le Conseil de l'Atlantique nord ait abouti à l'établissement, par ce dernier, d'une règle générale selon laquelle

---

[36] Cette notion d'*"informations classifiées non couvertes par le secret militaire"* renvoie, sans doute, aux seules informations classifiées *"Diffusion restreinte"* (cf. supra - IIème Partie, Chapitre II).

[37] Assemblée de l'Union de l'Europe Occidentale, *Les parlements et les achats militaires*, rapport présenté au nom de la Commission des questions de défense et des armements par M. Maggioni, 25ème session ordinaire (1ère partie), document n°807, 22 mai 1979, p. 9.

[38] Assemblée de l'Union de l'Europe Occidentale, *Recommandation n° 197 sur le secret militaire et l'information des parlements*, adoptée le 3 juin 1970, (reproduite en annexe III du rapport U.E.O., doc. 807, *op. cit.*, p. 27).

les instances de l'O.T.A.N. ne peuvent communiquer aux parlementaires que des informations "sans classification". "

Elle invitait donc tous les gouvernements membres de l'U.E.O. à se concerter avec les autres membres de l'O.T.A.N.

"*en vue d'obtenir du Conseil de l'Atlantique nord une décision laissant au secrétaire général et aux commandants militaires de l'O.T.A.N. toute latitude pour déterminer, selon les cas, les informations "classifiées" qui doivent être communiquées aux membres de la Commission des questions de défense et des armements.* "

Sans attendre de grands résultats de cette prise de position de principe - qui plus est, déjà ancienne - plusieurs propositions de loi ont été déposées sur le bureau du Sénat, à la suite de l'affaire Greenpeace,

Un groupe de sénateurs communistes déposèrent le 10 septembre 1985 une proposition de loi visant à créer une "*délégation parlementaire permanente chargée du contrôle des activités des services secrets*" [39]. Elle propose de créer une délégation parlementaire regroupant des membres des deux assemblées (sur le modèle de la délégation aux communautés européennes et de l'office d'évaluation des choix technologiques)

"*chargée de veiller à ce que les activités des services secrets soient conformes aux exigences de sécurité et d'indépendance de la France, aux règles de droit interne et international, aux principes de souveraineté des peuples et des droits de l'homme.* "

La proposition envisageait l'addition d'un article 6 *quater* à l'ordonnance de 1958 qui créerait cette délégation et lui fixerait des modalités de fonctionnement distinctes de celles des commissions d'enquête :

"*La délégation siège à huis clos. Ses membres sont habilités au "secret-défense", et tenus à ce secret y compris à la fin de leur mandat. Elle peut entendre à sa demande les ministres de tutelle des services concernés et les responsables de ces services. Après en avoir informé ces derniers, elle peut*

---

[39] Proposition de loi modifiant l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et portant création d'une délégation parlementaire permanente chargée du contrôle des activités des services secrets, *Sénat*, document n° 483, 4ème session extraordinaire de 1984-1985.

également entendre toute personne susceptible de contribuer à son information. "

Le sénateur Jacques Thyraud (qui est également avocat et fut longtemps membre de la C.N.I.L.) a également déposé, dans le même contexte de l'affaire Greenpeace, une proposition de loi visant à limiter les abus d'utilisation du *Secret-défense* [40]. Sa proposition était notamment justifiée par le fait que le Parlement n'a pu intervenir efficacement dans les affaires mettant en cause le secret de défense, comme - par exemple - lors de l'affaire *Rainbow Warrior* (ce fut notamment le cas lorsque le sénateur André Fosset, rapporteur de la commission des finances se vit interdire l'accès aux documents budgétaires relatifs au financement de l'attentat contre le *Rainbow Warrior* [41]).

SECTION II. - La fictive liberté d'appréciation du juge pénal

En dehors du contrôle parlementaire censé mettre en oeuvre la séparation des pouvoirs par le rôle critique du Parlement à l'égard de l'exécutif, le juge judiciaire est considéré comme l'autre garant des libertés individuelles, car

"même lorsqu'il intervient pour en sanctionner les abus, le juge protège la liberté. Il la protège d'abord parce que la répression, lorsqu'elle lui est confiée, comporte un ensemble de garanties de fond et de procédure dont elle serait dépourvue si c'était l'administration qui l'exerçait. " [42]

Les juridictions qui sont chargées d'appliquer la loi pénale réprimant les atteintes au secret devraient donc apporter - ce faisant - cette "*garantie de fond et de procédure*" dont elles ont la responsabilité. Mais l'analyse de la jurisprudence pénale ne reflète que très imparfaitement cette exigence et présente, finalement, des faiblesses proches de celles que nous pourrons constater également au niveau de la jurisprudence administrative (cf. infra).

---

[40] Proposition de loi tendant à remédier à l'usage abusif du secret défense, *Sénat*, document n° 32, 1ère session ordinaire 1985/1986, séance du 15 octobre 1985.

[41] Cf. *Le Figaro*, 28/29 septembre 1985 ; *Le Monde*, 2 octobre 1985 ; *Le Figaro magazine*, 5 octobre 1985.

[42] Jean Rivero, *Libertés Publiques*, P.U.F., 1984 (4ème édition), Tome 1, p. 247.

La fonction de contrôle du juge pénal en matière de secret de défense réside essentiellement dans la faculté qu'il a de pouvoir apprécier, à l'occasion des violations du secret qu'il a sanctionnées, la consistance et la réalité du secret.

Dans la mesure, en effet, où l'existence d'un secret de défense - ou, dans d'autres cas, celle d'une atteinte à un intérêt fondamental de la nation - est un élément constitutif de l'infraction, le juge répressif doit nécessairement vérifier la réalité de cet élément et donc se faire juge de l'appréciation et de l'usage que l'Etat a fait de ce secret.

Dès lors, deux difficultés surgissent :

- Dans un domaine qui repose pas sur des critères objectifs immuables mais qui intègre des éléments politiques ou stratégiques très difficiles à évaluer - dans quelle mesure, le juge pénal a-t-il la possibilité de substituer son avis à celui de l'autorité gouvernementale ?

- Pour réaliser cette appréciation autonome, le juge pénal peut-il accéder au contenu des informations réputées secrètes, afin d'en connaître la teneur et la valeur ?

La jurisprudence judiciaire s'efforce d'apporter des réponses à ces deux questions complémentaires. Le principe dominant de cette jurisprudence s'exprime par une ambivalence : le juge pénal possède un pouvoir souverain de qualification du caractère secret d'une information mais il ne peut exiger que l'autorité gouvernementale le laisse accéder au contenu même de cette information.

Sous-Section I. - Le principe de la liberté de qualification du juge pénal

L'affirmation de la souveraine appréciation du juge est ancienne. Dès 1891, soit cinq années après la réforme déterminante de 1886, (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier), la Chambre criminelle de la Cour de Cassation estime

> "*que la seule condition de* [l'application de la loi] *est que les documents communiqués au public soient bien des documents secrets et intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat, et que c'est au juge du fait qu'il appartient d'apprécier souverainement ce caractère.* " [43]

---

[43] Cass. Crim., 24 septembre 1891, *Triponé-Turpin*, *D.* 1892.I.175.

Et dans une autre décision rendue à la même période, la Cour précise que le juge a pu déclarer des documents secrets sans pour autant les décrire avec précision ni fournir une justification explicite à sa décision :

> "[Attendu] *que ces documents sont relatifs à l'organisation de la police générale à Paris, dans les villes de l'Est et notamment dans les gares de la frontière ; - Qu'enfin ils sont essentiellement secrets et intéressent au premier chef la défense du territoire ou la sûreté de l'Etat ; - Attendu qu'en indiquant ainsi le caractère et l'objet des documents, l'arrêt les a suffisamment fait connaître et a pu les qualifier à juste titre de "secrets" ; - Attendu qu'une plus complète précision est exclue par la nature même de la prévention.* "[44]

Voici donc affirmé un double niveau de liberté pour le juge pénal : la liberté de décider souverainement et celle de ne pas avoir à motiver sa décision sur ce point. Mais la même raison qui justifie cette liberté exorbitante du juge va justifier aussi, dans certains cas, son cantonnement. Si le juge est, en effet, dispensé d'argumenter sa décision, c'est surtout en raison des risques d'indiscrétion que cela pourrait entraîner. Dès lors, dans la même perspective, cette liberté de ne pas argumenter sur le contenu et la validité des secrets va déboucher logiquement sur le fait que le juge n'a plus obligatoirement de raison de prendre connaissance des éléments d'information confidentiels qui lui auraient été normalement nécessaires pour pouvoir motiver sa décision.

Sous-Section II. - Le refus de laisser accéder le juge pénal au contenu du secret

Il faut distinguer, en effet - comme nous l'avons déjà noté (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier) - deux cas de figure distincts. Dans le premier, l'information qui devait rester secrète a été diffusée dans le public et le juge est appelé à sanctionner cette divulgation illicite. Dans cette situation, le juge a connaissance - comme tout un chacun - du contenu de l'information concernée et peut établir souverainement sa propre appréciation de son caractère antérieurement secret. Ce cas de figure ne pose pas de problèmes particuliers, mais il n'est pas le plus fréquent ni le plus important (puisqu'il ne concerne guère que les cas de violation du secret par des organes de presse).

Plus grave sans doute, du point de vue des conséquences, et plus délicat est le cas de la compromission d'un secret par un agent - volontaire ou involontaire - d'une organisation clandestine. Dans cette situation, le secret qui a été violé (ou qui a fait l'objet d'une tentative) n'est pas rendu public et le juge ne peut y avoir accès qu'à

---

[44] Cass. Crim., 23 juillet 1891, *Theisen* (reproduit in R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, tome II, Paris, chez l'auteur, 1929, p. 450).

l'initiative de l'administration. Et dans ce cas, la jurisprudence a admis que l'appréciation par le juge du caractère secret peut résulter de circonstances extrinsèques, sans qu'il soit nécessaire de le tirer de la nature du document lui-même [45]. C'est ce que résume très clairement la Cour de Sûreté de l'Etat dans sa décision condamnant Georges Pâques :

> "*Attendu que les dites autorités sont en droit de refuser de verser au dossier les documents que X. est accusé d'avoir divulgués, et de s'en tenir à fournir à la Cour des analyses de ces documents ; que si la Cour ne trouve pas dans le dossier, ni dans les débats, les éléments nécessaires à la formation de son intime conviction, il lui appartiendra d'appliquer le principe selon lequel le doute profite à l'accusé, mais qu'il n'est pas indispensable qu'elle examine les documents pour décider de leur caractère secret, cette preuve pouvant résulter d'autres éléments soumis à son appréciation.* " [46]

La liberté souveraine reconnue au juge répressif de qualifier le secret entraîne ainsi souvent - et paradoxalement - l'impossibilité pour celui-ci de prendre connaissance du secret lui-même, qu'il a pourtant mission d'apprécier. Et ce paradoxe débouche, concrètement, sur la pratique de la demande d'avis au ministre sur l'évaluation du caractère secret des informations en cause. Dans la mesure où l'administration refuse de donner au magistrat l'accès au secret, celui-ci ne peut, en effet, que lui demander qu'elle lui fournisse des éléments d'évaluation susceptibles d'éclairer son jugement. Mais dès lors, de nouvelles questions se posent concernant le statut juridique de ces avis gouvernementaux : les juridictions sont-elles obligées d'y avoir recours et sont-elles liées par leur teneur ?

Sous-Section III. - La valeur juridique de l'avis gouvernemental

L'usage de demander à l'administration compétente - ou à l'un de ses agents - un avis sur le caractère secret d'une information est fort ancien. Dans son jugement sur l'affaire *Cooper* en 1892, la Cour d'Appel relève que le caractère secret des documents relatifs à la carabine de cavalerie

---

[45] Cass. Crim., 7 avril 1936, Bull. n° 46.

[46] Cour de Sûreté de l'Etat, 6 juillet 1964 (affaire Georges Pâques), extrait reproduit *in* Jean-Jacques Rodilla, *Protection du secret de défense nationale*, mémoire de D.E.S.S. de défense nationale, Université de Nice, 1979, annexe n° 3 (également reproduit *in* A. du Cheyron, *op. cit.*, p. 570.

> *"leur a été attribué sans hésitation par le témoin le plus autorisé, entendu au débat, M. le colonel Percin, directeur de la manufacture d'armes de l'Etat de Saint-Etienne ;"* [47]

Mais il semble que la demande directe d'avis au Gouvernement ait été systématisée en 1939, par le biais d'une simple instruction administrative accompagnant la réforme des dispositions du Code pénal de juillet 1939 [48]. La jurisprudence et la doctrine ont, cependant, nié la valeur juridique de cette prétendue obligation [49]. C'est ainsi, par exemple, que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a rejeté en décembre 1967 dans l'affaire *Maucherat* (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III), le pourvoi de l'accusé lequel se fondait notamment sur le fait que le juge l'avait condamné

> *"sans permettre le contrôle de la Cour de Cassation sur le caractère prétendu secret des documents en question, alors que le juge du fond n'a pas décrit ces documents, ni spécifié leur objet, et ne s'est référé, pour en apprécier ledit objet et la portée, à aucune attestation émanant d'une autorité compétente, pour caractériser le secret ou donner au juge les éléments d'appréciation du caractère secret des documents en question."* [50]

En rejetant l'ensemble du pourvoi, au seul motif que *"l'appréciation des résultats du débat* [sur le caractère secret des documents] *était (...) du domaine souverain du juge du fait"*, la Cour a indirectement confirmé que l'absence de toute attestation émanant de l'autorité administrative n'entachait pas la validité de la décision judiciaire, et donc, *a contrario*, que le recours à un tel avis gouvernemental n'était pas une obligation pour la juridiction de jugement.

---

[47] Cour d'Appel de Lyon, Chambre Corr., 3 février 1892, reproduit in Mennevée, *op. cit.*, p. 460.

[48] *"Le rapport précédant le décret-loi du 29 juillet 1939 (...) obligeait* [les juridictions] *en même temps à consulter l'autorité gouvernementale compétente."* (Michel Sénéchal, *Droits politiques et libertés d'expression des officiers des forces armées*, L.G.D.J., 1964, p. 137) ; également note Jean de Soto & Jacques Léauté, sous C.E., *Secrétaire d'Etat à la Guerre c/ Coulon*, 11 mars 1955, *D.*, 1955, J., p. 558.

[49] *"Dans la législation française, on affirme également en droit, la liberté d'appréciation des magistrats répressifs, qui ne sont nullement tenus de consulter l'autorité administrative à titre d'experts bien que cette consultation soit d'un usage courant"* (Rapport de synthèse du professeur Vitu, *in* Jacques Leauté (publié par), *Secret militaire et liberté de la presse - étude de droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg, Presses Universitaires de France, 1957, pp. 18) ; dans le même sens, *"Ce document* [le rapport accompagnant la réforme de 1939] *n'a pas de force obligatoire, mais la recommandation qu'il a formulée est suivie en fait parce qu'elle consacre un usage"* (J. de Soto & J. Léauté, *op. cit.*, p. 558).

[50] Cass. Crim., 6 décembre 1967, Bull. n° 315.

Néanmoins, chacun s'accorde à dire que - même non obligatoire - le recours à l'avis gouvernemental est devenu une pratique quasiment automatique dans tous les dossiers judiciaires touchant le secret de défense. La réponse du Gouvernement français au questionnaire de l'Université de Strasbourg élaborée en vue du colloque de 1955, est claire sur ce point :

> *"Une information ne sera en effet généralement ouverte et les juges ne seront ultérieurement saisis de la question que dans la mesure où le Gouvernement, interrogé par le Parquet ou le magistrat instructeur, aura fait connaître son propre point de vue sur le caractère secret des faits ou renseignements divulgués ou recherchés.* " [51]

Plus récemment, un commentateur analysant les incidences de la suppression des juridictions militaires sur le traitement des infractions relative à la sûreté de l'Etat, a pu écrire de la même façon que

> *"l'usage consistant à demander l'avis du secrétariat général de la défense nationale sur le caractère secret des renseignements, documents, objets ou procédés visés par l'incrimination est maintenu.* " [52]

Et le rapporteur de l'Assemblée nationale sur le livre IV du nouveau Code pénal, a reconnu, à son tour, que .

> *"En pratique, le juge s'appuie sur l'administration dont l'avis est systématiquement demandé.* " [53]

Dès lors donc que le recours à l'avis gouvernemental est devenu systématique, il est encore plus important de savoir si le juge est tenu de se conformer aux conclusions de cet avis que de savoir s'il est obligé d'y recourir.

Sur ce point, une longue jurisprudence reconnaît le caractère non contraignant de l'avis [54], ce qui est logique, dans la mesure où l'affirmation contraire reviendrait à

---

[51] Cité *in* J. Leauté, *op. cit.*, p. 19.

[52] Michel Darfren, "Les nouvelles juridictions compétentes en matière militaire et de sûreté de l'Etat", *Défense nationale*, mars 1983, p. 158.

[53] Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 78.

[54] Cf. notamment, Cass. Crim., 24 septembre 1891, *D.* 1892.I.175 ; Cass. Crim., 7 avril 1936, Bull. n° 46 ; Cass. Crim., 16 et 23 novembre 1950, Bull. Crim. n° 256 et n° 266.

anéantir la liberté d'appréciation reconnue, par principe, au juge. Le Président du Conseil M. Ramadier exprima cette opinion, lors de l'affaire des généraux, lorsqu'il affirma devant le Parlement :

> *"Le juge fait ce que l'on fait toujours en pareil cas : il demande au ministre si le document est réellement couvert par le secret militaire. Le ministre donne son avis personnel : ce n'est ni un acte de juridiction ni une décision ; c'est une opinion que le ministre formule conformément à sa conscience."* [55]

De même, la Cour de Sûreté de l'Etat, dans sa décision précitée, a-t-elle reconnu que

> *"l'avis des autorités (...) n'(a) que la valeur d'avis techniques qui ne lient pas les juges."* [56]

Sous-Section IV. - Analyse critique : Une indépendance de principe fortement contestée

Pourtant, cette affirmation de l'indépendance du juge par rapport aux conclusions de l'avis gouvernemental suscite quelques réserves, tant doctrinales qu'administratives ou jurisprudentielles. On peut les classer en trois catégories.

§ 1. - L'avis gouvernemental peut suffire à justifier le caractère secret

Plusieurs arrêts de la Chambre criminelle ont reconnu que le juge pouvait tirer les éléments de sa conviction du contenu d'une lettre du ministre qualifié pour donner un avis [57]. Mais allant plus loin, l'arrêt rejetant le pourvoi de l'intendant Frogé en 1935, semble avoir considéré que cette référence à un avis ministériel était suffisante pour caractériser l'infraction. Après avoir vérifié, par elle-même, que les documents transmis concernaient bien la défense nationale, la Cour de cassation s'est, en effet, contentée de relever en ce qui concernait leur confidentialité, que

> *"le caractère secret leur a été expressément reconnu, ainsi qu'aux documents de la quatrième catégorie, par une lettre du ministre de la Guerre, jointe à la procédure."* [58]

---

[55] *J.O.R.F.*, Assemblée nationale, Débats, séance du 8 février 1950, p. 1028.

[56] Cour de Sûreté de l'Etat, 6 juillet 1964, *op. cit.*.

[57] Cass. Crim., 1er mars 1951, Bull. n° 68, p. 122 ; Cass. Crim., 9 janvier 1962, Bull. n° 21.

[58] Cass. Crim., 11 juillet 1935, *Frogé*, *S.* 37.I.119.

Un arrêt ultérieur de 1939 a également reconnu indirectement que l'avis donné par le Gouvernement était suffisant pour attester du caractère secret d'un document, mais en prenant néanmoins la précaution de préciser que

> *"la référence à la lettre du Ministre de la Guerre indique seulement que les juges ont puisé les éléments de leur conviction dans ce document"* [59]

Cette dernière jurisprudence fut d'ailleurs citée par le conseiller Ledoux dans son rapport devant la Chambre criminelle lors du procès de l'affaire des fuites en 1956 (cf. supra et infra), pour soutenir qu'un ministre est qualifié pour *"attester le caractère secret"* d'une information [60].

Tout cela montre que, bien que non obligatoire et sans caractère contraignant, le recours à l'avis gouvernemental n'est pas totalement sans effet sur les obligations du juge pénal.

§ 2. - *Le juge peut difficilement contester un avis gouvernemental concluant à l'absence de secret*

L'analyse doctrinale dominante considère que l'avis du Gouvernement exerce un effet déterminant sur l'appréciation que formule le juge. Pour le professeur Pinto, par exemple, il existe au moins un cas où le juge est obligé de suivre l'avis du Gouvernement : celui où le Gouvernement a conclu au caractère non confidentiel de l'information ou du document considéré [61]. Son argumentation repose sur le fait qu'il

---

[59] *"Attendu que la première question posée au tribunal militaire était ainsi libellée : "Le nommé Quantin .. est-il coupable de s'être ... procuré des documents secrets intéressant la défense nationale (selon lettre n°... du Président du Conseil, ministre de la défense nationale et de la Guerre) et de les avoir livrés ou communiqués en tout ou en partie, soit en France, soit à l'étranger, à d'autres personnes non qualifiées à cet effet ?"*

Attendu que, en répondant affirmativement à cette question posée dans les termes mêmes de l'arrêt de renvoi et contre le libellé de laquelle ni l'accusé ni son défenseur n'ont soulevé de protestation, les juges militaires ont relevé tous les éléments du crime d'espionnage, et, notamment, affirmé le caractère secret des documents livrés et l'intérêt qu'ils présentaient pour la défense nationale ;

Que la référence à la lettre du Ministre de la Guerre indique seulement que les juges ont puisé les éléments de leur conviction dans ce document ;" (Cass. Crim, 3 avril 1939, Bull. n° 82).

[60] Rapport Ledoux sous Cass. Crim., 6 décembre 1956, *op. cit.*.

[61] Roger Pinto, *La liberté d'opinion et d'information*, Domat Monchrestien, 1955, p. 116.

serait illogique et improductif de défendre judiciairement le caractère de secret de défense de quelque chose que l'Etat lui-même ne souhaiterait pas protéger [62].

Ce cas de figure peut passer pour un cas d'école, tant il paraît, à première vue, peu réaliste d'imaginer que la justice puisse poursuivre alors que l'administration estimerait qu'il n'y a pas de violation du secret. En réalité, le cas est néanmoins possible, même s'il est rare. Il arrive, en effet, que le Gouvernement puisse évoluer dans son appréciation politique de l'opportunité d'une poursuite (et, par exemple, souhaiter, dans un second temps mettre un terme à une procédure judiciaire à laquelle il avait lui-même souscrit à l'origine) ou, même, que la justice soit amenée à ouvrir une information pressés par des éléments extérieurs (opinion publique, médias, plaintes individuelles, ...) sans que le Gouvernement n'ose y manifester son hostilité. Plus simplement encore, un changement de gouvernement peut amener le nouveau Gouvernement à renier directement ou indirectement la classification décidée par son prédécesseur (ce fut, par exemple, le cas dans l'affaire du "vrai-faux passeport" où M. P. Joxe leva le *Secret-défense* opposé par M. Ch. Pasqua, cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier). Dès lors, il peut se présenter différentes situations dans lesquelles la justice peut instruire un dossier pénal alors que le Gouvernement estime qu'il n'y a pas de secret justifiant les poursuites [63].

La jurisprudence n'a jamais, à notre connaissance, consacré explicitement le raisonnement développé par le professeur Pinto, mais elle a effectivement renoncé à sanctionné les infractions portant sur des éléments que le Gouvernement refusait de reconnaître comme secrets. Ce fut le cas, par exemple, lors de l'affaire susmentionnée

---

[62] Dans ce sens, les auteurs du *Dictionnaire juridique de la presse* estiment : *"Certes, si le ministre déclare que l'information n'était pas secrète, le juge pourra difficilement continuer les poursuites. Mais s'il prétend qu'elle était secrète, les tribunaux ne sont pas forcés de condamner (...). En somme, le ministre a un pouvoir discrétionnaire pour absoudre la presse gouvernementale, mais non pour faire condamner la presse d'opposition. Il n'est pas douteux, cependant, que l'opinion du ministre impressionnera le juge"* (Philippe Solal & Jean-Claude Gatineau, *Dictionnaire juridique de la presse - Presse écrite, parlée, télévisée*, Dalloz, 1980, p. 263). De même : *"Le juge n'est juridiquement pas lié par cet avis dans la mesure, surtout, où celui-ci confirme le caractère secret de l'information en cause. Car si, a contrario, l'autorité consultée conclut au caractère non secret de l'information ou du document, elle estime par là même que sa divulgation ou sa compromission ne porte pas préjudice à la défense nationale ; il ne saurait logiquement y avoir, dans ce cas, atteinte à la sûreté de l'Etat, donc incrimination à ce titre"* (Henri Debrun, *Le secret de défense, concept à l'image de son temps*, rapport de stage, D.E.S.S. de défense, Université Paris II, année 1984-1985, p. 22).

[63] L'affaire des fuites en 1949 nous a fourni un exemple d'un dossier de violation du secret de défense, dans lequel le Gouvernement de l'époque prit une position de retrait très marqué (cf. infra). Dans un domaine connexe, il faut se souvenir que dans l'affaire Luchaire, le ministre de la défense qui refusa toute coopération au juge d'instruction, était, par ailleurs, le plaignant (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier).

des généraux où le Gouvernement préféra éviter le scandale en rendant un avis négatif [64], ce qui fit dire au Président Ramadier :

> *"Conformément à ma conscience, j'ai donné l'avis que le document saisi n'était pas couvert par le secret militaire. Cet avis ne liait pas le juge, mais c'était un élément très important de son appréciation : il a entraîné le non-lieu."* [65]

Sans aller si loin que le professeur Pinto, nous avons - pour notre part - longuement décrit précédemment (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier) comment la pratique administrative en matière de protection du secret s'est arrogée un rôle prioritaire dans le processus de détermination du caractère secret d'une information. Beaucoup d'auteurs estiment, donc, que l'on peut réellement parler

> *"d'une dépossession du juge de son pouvoir d'appréciation au profit du ministre."* [66]

Et nos développements précités ont tenté de montrer comment désormais la rédaction du nouvel article 413-9 allait modifier le mode d'appréciation par le juge du caractère secret d'une information ou d'un document. Par la nouvelle liaison créée officiellement entre mesures de protection et secret, le juge se trouve doté d'un critère d'appréciation du secret plus objectif que par le passé mais il va, en contrepartie, être partiellement tenu par la pratique administrative préexistante : le juge ne peut plus considérer comme secret que ce qui a déjà fait l'objet de protection, ce qui veut dire, *a contrario*, qu'il ne lui est plus possible de créer un secret en l'absence de toute volonté administrative. D'une certaine manière, l'article 413-9 crée bien une situation analogue - dans l'esprit - à celle qu'imaginait Roger Pinto : la liberté du juge pénal dans

---

[64] *"L'importance de certains procès d'atteinte à la sûreté de l'Etat confère en outre une place déterminante à des facteurs politiques ; c'est justement ce que devait révéler la notoire "affaire des généraux" Revers et Mast en 1949-1950 au moment de la guerre d'Indochine quand, à la question de savoir si les documents divulgués constituaient des secrets de défense, le ministre chargé de la défense répondit à l'époque par la négative. Le magistrat rendit alors une ordonnance de non-lieu"* (H. Debrun, *op. cit.*, p. 21).

[65] *J.O.R.F.*, Assemblée nationale, Débats, *op. cit.*, p. 1028.

[66] Michel Sénéchal, *op. cit.*, p. 146. (à propos de l'affaire des généraux). Dans le même sens : *"Sans doute la détermination du secret de la défense revient de droit au juge. Toutefois (...), en pratique, on demande l'avis de l'autorité administrative compétente et pratiquement, les services du Premier ministre ou du ministre de la défense nationale sont à peu près les maîtres de la qualification."* (Christian Bidegaray & C. Emeri, "Le contrôle parlementaire, *R.D.P.*, 1973, p. 1694) ; *"Certes, cet avis ne lie pas le juge, il n'est qu'un simple témoignage (...) Néanmoins, dans les faits, la pratique est déterminante."* (F. Colcombet, *op. cit.*, p. 78).

l'appréciation de la réalité du secret ne peut aller à l'encontre d'une position administrative niant une telle réalité [67].

§ 3. - La difficile conciliation entre la souveraine appréciation du juge et le refus gouvernemental d'accès au secret

Nous avons évoqué précédemment (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre I) le fait que la jurisprudence a largement entériné la pratique gouvernementale de refus quasi-systématique de communication d'informations classifiées aux magistrats répressifs. Une interprétation semble possible pour limiter la portée de cette contradiction : les arrêts de la Chambre d'accusation de Paris comme ne concerneraient que la validité du secret opposé par le ministre en cours de procédure et non la qualification par le juge d'une infraction portant sur le secret. Cette approche paraît explicite dans la réponse gouvernementale à une question parlementaire consacré à l'arrêt du 27 mai 1987 (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier). Il y est indiqué que

> "*les juridictions de l'ordre judiciaire, pour leur part, ne peuvent décider du caractère secret de documents ou d'informations divulgués que dans le cadre de poursuite diligentées du chef d'atteinte à la sûreté de l'Etat, et ce afin d'être en mesure de se prononcer sur la culpabilité, ce caractère constituant l'un des éléments de l'infraction poursuivie. Pour autant, il n'appartient pas à la juridiction saisie d'expliciter en quoi consiste le secret.* " [68]

En d'autres termes, lorsque l'objet du litige est un secret, le juge devrait pouvoir y accéder pour juger de la réalité de l'infraction commise [69]. En revanche, lorsque le secret n'est invoqué que de manière incidente par l'administration pour empêcher la divulgation qui pourrait résulter des mesures d'instruction ordonnées par un magistrat, celui-ci n'aurait pas la possibilité de discuter et devrait entériner la

---

[67] En ce qui concerne les autres incidences de ce nouveau texte sur les pouvoirs de contrôle des juges, cf. infra.

[68] Réponse du gouvernement à la question écrite n° 25918 du 8 juin 1987 de M. Roland Dumas, *J.O.R.F., Assemblée nationale*, 3 août 1987, p. 4450 (cette argumentation reprend, en effet, celle de la Chambre d'accusation de Paris dans son arrêt *Chalier et autres* du 27 mai 1987).

[69] Le commissaire du gouvernement Grévisse pensait également que le juge pénal était nécessairement invité à prendre connaissance du secret : *"il existe naturellement des juridictions qui peuvent recevoir communication de secrets de la défense nationale, ce sont les juridictions chargées de punir ceux qui les ont divulgués. La connaissance des documents diffusés est nécessaire à ces juridictions pour constater l'infraction, pour lui donner sa qualification juridique. C'est, d'ailleurs, pourquoi l'article 78-4° du Code pénal tient pour secrets de la défense nationale les débats devant ces juridictions"* (Conclusions Grévisse, *R.D.P., op. cit.*, p. 1007).

position de l'administration. Pourtant, même si l'on arrive à concilier ainsi les deux jurisprudences, il ne faut pas se cacher qu'une contradiction fondamentale existera toujours entre elles.

On perçoit, en fait, ici les conséquences ultimes de l'incohérence fondamentale qui affecte, depuis l'origine les relations du juge pénal et du secret de défense. En limitant l'accès de ce juge au secret lui-même tout en lui reconnaissant, par ailleurs, la pleine liberté d'appréciation de ce même secret, la jurisprudence croyait avoir trouvé un compromis équilibré entre les exigences de sécurité et celles de la justice [70]. Mais cette logique devait fatalement déboucher sur une contradiction insurmontable : puisque, malgré l'impossibilité d'accès au secret, le juge pénal est libre de la qualification du secret, il peut souverainement considérer comme non secrète une information ou un document que l'administration refuse de communiquer. Dès lors que cette qualification acquiérerait l'autorité de la chose jugée, le juge pourrait alors, en théorie, se faire remettre ce pseudo-secret puisqu'il n'en est juridiquement plus un. Pour éviter que la boucle soit ainsi bouclée, la jurisprudence de la Chambre d'accusation bloque donc le processus au niveau des actes d'instruction, ce qui est à la fois plus efficace et plus judicieux juridiquement (puisque les actes du juge d'instruction n'ont pas encore l'autorité complète de la chose jugée au fond).

Quoi qu'il en soit, la contradiction trop fondamentale entre cette pratique du secret imposé au juge et le principe, par ailleurs mis en avant, de la souveraineté du juge répressif, met bien en lumière le caractère largement fictif de cette dernière notion. En refusant aux juridictions répressives un accès (même contrôle) au secret lui-même, la pratique gouvernementale condamne la justice à choisir entre trois positions aussi inconfortables les unes que les autres : soit accepter, *de facto*, de suivre aveuglément l'avis gouvernemental (aliénant ainsi sa liberté de jugement) ; soit exercer, sans les informations et les moyens de discernement nécessaires, sa liberté d'appréciation (au risque de prendre des décisions subjectives et arbitraires) ; soit tenter, par tous les moyens, de se procurer les informations que lui refuse l'administration (avec la perspective d'un désaveu final des juridictions supérieures et de décisions de non-lieu choquantes).

Déjà en 1957, le professeur Vitu faisait, dans son rapport de synthèse au colloque de Strasbourg, une analyse assez pessimiste de la situation : l'appréciation du secret par le juge pénal

---

[70] On retrouvera - toutes choses égales par ailleurs - dans l'arrêt *Coulon* du Conseil d'Etat la même volonté de compromis entre secret et justice (cf. infra).

"soulève en droit français une très grave difficulté, génératrice d'importantes critiques. (...) Dans la législation française, on affirme également en droit, la liberté d'appréciation des magistrats répressifs, qui ne sont nullement tenus de consulter l'autorité administrative à titre d'experts bien que cette consultation soit d'un usage courant et qui ne sont point liés par l'avis que l'autorité administrative a pu donner. Même solution de principe à l'égard de l'appréciation de la qualité de secret des documents sur lesquels l'autorité administrative a pu apposer une mention en ce sens. Mais si telle est bien la position théorique du droit français, la pratique paraît sensiblement différente, et l'indépendance réaffirmée des juges répressifs (tribunaux militaires pour la plupart des cas) semble bien n'être qu'une apparence. " [71]

Plus de vingt-cinq ans après, les errements de la jurisprudence n'ont pas amélioré le tableau. En revanche, la demande des justiciables de trouver auprès du juge judiciaire une appréciation impartiale de la réalité des secrets qu'on leur impose, ne cesse de grandir. Citons, à titre d'exemple révélateur ce qu'écrivait le lieutenant-colonel Beau (compromis - involontairement - dans l'affaire des Irlandais de Vincennes) pour justifier sa décision de transmettre à la presse le rapport Boyé que le ministre de la défense persistait à considérer comme classifié :

"J'ai longtemps hésité. J'ai beau savoir que, rien, dans ce rapport, ne relève de la défense nationale, compromettre un document classifié reste à mes yeux de militaire un acte des plus graves. S'agissant d'un vrai document secret, c'est même, au regard de la loi, la certitude d'une traduction en cour d'assises. Reste que toute poursuite implique l'expertise du document et l'évaluation de son degré réel de secret : en d'autres termes, me poursuivre équivaudrait à authentifier le document et par conséquent ... à l'aveu du camouflage. "[72]Pour le justiciable, le recours au juge devrait signifier ipso facto, appréciation objective et éclairée de la réalité des secrets invoqués par l'administration. Aujourd'hui, le juge pénal - bien que garant de la liberté individuelle - n'est que très imparfaitement en mesure de jouer ce rôle. Il en va de même du juge administratif qui a pris depuis trente ans une position de repli intermédiaire lui permettant de ne pas trancher dans le débat sur la légalité des actes administratifs relatifs au secret et de leurs conséquences en droit administratif.

---

[71] Rapport Vitu, *in* J. Leauté, *op. cit.*, pp. 18-19.

[72] Jean-Michel Beau, *L'honneur d'un gendarme*, Editions Sand, 1989, p. 258.

Section III. - Le contrôle trop restreint du juge administratif

Le Conseil d'Etat a eu très tôt à se prononcer sur la possibilité qu'il avait d'ordonner la production d'un document considéré comme confidentiel par l'administration. Il l'a fait dans sa jurisprudence *Poujade* par laquelle il a refusé d'ordonner la production de documents diplomatiques :

> *"Considérant que les pièces dont s'agit ont le caractère de correspondances diplomatiques dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'ordonner la communication."* [73]

Mais dans cette affaire, le Conseil s'était fondé, non sur le fait que la loi protégeait le secret de ces documents, mais sur la constatation qu'ils concernaient des relations d'Etat à Etat, ce qui leur conféraient la nature *d'"actes de gouvernement"* non susceptibles d'être soumis au contrôle du juge :

> *"les questions soulevées par cette partie de leur réclamation se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain dans les rapports du Gouvernement français avec les gouvernements étrangers et ne sont pas de nature à être portées devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse."* [74]

Il est vrai aussi - comme nous l'avons vu précédemment - qu'à cette époque, les secrets diplomatiques n'étaient pas explicitement protégés par la loi et que la jurisprudence pénale, elle-même, restait très prudente sur l'assimilation entre secret diplomatique et secret de défense (cf. supra - Ière Partie, Chapitre III).

Si, donc, en pratique, le juge administratif avait déjà pris soin d'éviter de compromettre par ses interventions procédurales certains secrets d'Etat, il n'avait pas encore développé sa propre théorie juridique concernant la protection du secret et particulièrement celle du secret de défense [75]. Il fallut, pour cela, attendre une décision

---

[73] C.E., 23 décembre 1904, *Consorts Poujade*, Rec. 871, conclusions Tessier.

[74] Le commissaire du gouvernement Tessier avait, en effet, tenu, dans ses conclusions, à utiliser la notion d'acte de gouvernement pour renforcer l'impossibilité dans laquelle il estimait que se trouvait le juge d'enjoindre la communication d'un document : *"un tribunal qu'il soit administratif ou judiciaire n'a pas le droit de prescrire la communication d'un dossier administratif à un particulier ; a fortiori, ne pourrait-il ordonner la communication d'un dossier diplomatique, concernant des négociations d'Etat à Etat, lesquelles constituent au premier chef des actes de souveraineté."* Pour une analyse moderne du contenu de la notion d'acte de gouvernement : Pierre-Henri Chalvidan, "Doctrine et acte de gouvernement", *A.J.D.A.*, janvier 1982, pp. 4 et s..

[75] Conformément à la tendance générale au dépérissement de la notion d'acte de gouvernement (cf. P.-H. Chalvidan, *op. cit.*), la juridiction administrative a abandonné (semble -t-il définitivement) son usage pour justifier la non-communication de documents secrets. Un

du Conseil d'Etat de 1955, l'arrêt *Coulon* [76], qui consacre le principe selon lequel le secret de la défense nationale est opposable au juge administratif.

Sous-Section I. - Le secret de défense est opposable au juge administratif

Dans cette affaire, un ouvrier d'un atelier de fabrication d'armements dépendant du ministère de la défense qui avait été licencié, contestait ce licenciement qu'il prétendait dû uniquement à ses activités politiques et syndicales. Le tribunal administratif de Caen avait notamment - dans un premier jugement avant dire droit - enjoint à l'administration de lui transmettre le dossier de M. Coulon. Celui-ci lui ayant alors été communiqué à l'exception des pièces couvertes par le secret de la défense nationale, le Tribunal avait ordonné, dans un second jugement, que lui soient transmis également les éléments secrets du dossier.

Le Conseil d'Etat, saisi en appel de ces deux jugements avant dire droit, trancha notamment la question de savoir si le juge administratif pouvait - au titre de son pouvoir de production forcée des pièces [77] - enjoindre à l'administration de lui communiquer des documents couverts par le secret de défense et si, *a contrario*, l'Etat pouvait refuser de produire devant la juridiction administrative de tels éléments.

L'arrêt *Coulon* a clairement affirmé que le secret de défense est totalement opposable au juge administratif qui ne peut obliger l'administration à lui transmettre la teneur de documents ou d'informations classifiés.

Le Conseil d'Etat a considéré, en effet, que la loi (en l'occurrence l'article 78 du Code pénal de l'époque) conférait à la seule autorité responsable (ici, le secrétaire d'Etat à la Guerre) le pouvoir de désigner les personnes qualifiées pour connaître d'un

---

jugement du Tribunal Administratif de Paris a ainsi précisé que *"le refus de communication d'un document même relevant des matières dont la communication peut, aux termes de la loi, être refusée par l'Administration, ne saurait être regardée comme ayant le caractère d'un acte de gouvernement échappant à la compétence du juge administratif."* (TA Paris, 25 janvier 1984, *Association des familles françaises de prisonniers politiques en Guinée c. Ministre des Relations extérieures*, G. P., 17, 18 octobre 1984, p. 19). Ce jugement a été confirmé par le Conseil d'Etat en 1988, par un arrêt qui justifie le refus de communication sur la base du secret de la politique extérieure, sans jamais faire appel à la notion d'acte de gouvernement (C.E., 8 juin 1988, *Association des familles françaises de prisonniers politiques en Guinée*). Pour une opinion doctrinale allant dans le même sens de la caducité de la jurisprudence *Poujade* au profit d'une approche plus moderne de la non-communication des documents secrets (fondée sur la jurisprudence *Coulon*, cf. infra), cf. Olivier Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J., 1988, p. 173.

[76] C.E., *Secrétaire d'Etat à la Guerre c/ Coulon*, 11 mars 1955, Rec. 149, R.D.P. 1955. p. 995, concl. Grévisse, D. 1955, J. p. 555, note de Soto & Léauté, A.J.D.A. 1955, II. p. 181, note Long.

[77] Sur ce pouvoir reconnu au juge administratif, cf. O. Gohin, *op. cit.*, p. 164 à 179. En ce qui concerne, particulièrement, le pouvoir du juge d'exiger la communication du dossier d'un fonctionnaire : C.E., 1er mai 1936, *Couëspel du Mesnil*, Rec. 485.

secret de défense et que le juge administratif ne pouvait donc pas, au travers de son pouvoir de communication des pièces, s'octroyer unilatéralement cette qualité :

> *"qu'ainsi le pouvoir (...) dont le Tribunal administratif dispose, dans la généralité des cas, de prescrire, pour les besoins de l'instruction toute communication de pièces ou de dossier comporte une exception pour tous les documents à l'égard desquels l'autorité compétente croit devoir affirmer que leur divulgation, même opérée sous les garanties et dans les formes juridictionnelles, est exclue par les nécessités de la défense nationale"* [78].

Pour en arriver là, le commissaire du gouvernement Grévisse avait d'abord procédé dans ses conclusions à un raisonnement par analogie avec la question de l'invocation du secret professionnel devant les juridictions judiciaires :

> *"Tous deux sont imposés dans un intérêt d'ordre public. Leur divulgation est punie par la loi. (...) Dans ces conditions, puisque le juge judiciaire a estimé que l'intérêt qui s'attachait au respect du secret professionnel devait prévaloir lorsqu'il était en conflit avec les obligations du témoin, c'est-à-dire avec l'intérêt de la justice, il serait paradoxal de ne pas retenir la même solution pour la communication de pièces couvertes par le secret de la défense nationale"* [79].

Mais plus encore que cette analogie avec le secret professionnel, le fait que le secret de défense soit protégé par la loi a convaincu le Conseil d'Etat de ne pas faire un usage - qui aurait pu être jugé abusif - de ses pouvoirs inquisitoriaux. En ordonnant à l'Etat de transmettre des documents secrets et en s'auto-désignant, par là-même, *"personne qualifiée"* [80] pour en connaître, le commissaire du gouvernement estimait, en effet, que le Conseil contreviendrait à la loi qui protège le secret de défense et qui confie au ministre - et à lui seul - le soin de désigner ces personnes qualifiées. Mais comme c'est souvent le cas dans la jurisprudence administrative, toujours soucieuse de concilier l'intérêt supérieur de l'administration et celui de son contrôle juridictionnel,

---

[78] C.E. *Coulon*, *op. cit.*

[79] Conclusions Grévisse, *R.D.P.*, *op. cit.*, p. 1008.

[80] Au sens de l'article 78 du Code pénal de 1939, alors en vigueur (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier). Le Tribunal administratif avait, en effet, motivé son jugement ordonnant la communication des documents secrets en relevant que *"les membres des tribunaux administratifs sont des magistrats tenus au secret professionnel"* et que, dès lors, *"rien ne s'oppose à ce qu'à l'occasion d'un litige porté devant un tribunal administratif, ils prennent connaissance de documents couverts par le secret de la défense nationale"* (cité in J. de Soto & J. Léauté, *op. cit.*).

la réponse apportée par l'arrêt *Coulon* est une réponse à deux niveaux, qui reconnaît au juge administratif un pouvoir résiduel d'appréciation des motifs de l'administration ou de son éventuel refus d'en fournir.

Sous-Section II. - le contrôle résiduel sur le comportement de l'administration

Estimant ne pouvoir ni surmonter, ni même discuter, le refus de communication opposé par l'administration au nom du secret de défense, le juge administratif a néanmoins affirmé son droit à requérir tous les éléments d'information non secrets lui permettant d'apprécier le bien-fondé de son action, et - en cas de refus - d'en tenir compte :

> *"rien ne s'oppose à ce que, dans la mesure où ces renseignements lui paraissent indispensables pour former sa conviction sur les points en litige, il prenne toutes les mesures de nature à lui procurer, par les voies de droit, tous éclaircissements nécessaires, même sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion ; qu'il a ainsi la faculté, s'il y échet, de convier l'autorité responsable à lui fournir, à cet égard, toutes indications susceptibles de lui permettre, sans porter aucune atteinte, directe ou indirecte, aux secrets garantis par la loi, de se prononcer en pleine connaissance de cause ; qu'il lui appartient, dans le cas où un refus serait opposé à une telle demande, de joindre cet élément de décision, en vue du jugement à rendre, à l'ensemble des données fournies par le dossier"* [81].

Ce faisant, le Conseil d'Etat a très certainement voulu appliquer à ce cas particulier les principes définis dans sa récente jurisprudence *Barel* [82] en ce qui concernait les conséquences défavorables que le juge garde la liberté de tirer d'un refus de coopérer de la part de l'administration.

Plusieurs décisions rendues ultérieurement, en application de la jurisprudence *Coulon*, ont montré l'application que le juge administratif pouvait faire de ce principe :

- Dans l'arrêt *Benouali* [83], relatif à une mesure de police ordonnant la fermeture d'un débit de boisson, le Conseil a considéré que le fait pour le ministre de

---

[81] C.E. *Coulon*, *op. cit.*

[82] C.E. Ass., *Barel et autres*, 28 mai 1954, Rec. 308, concl. Letourneur. Dans le sens de cette interprétation de l'application de la jurisprudence *Barel* dans l'arrêt *Coulon* : O. Gohin, *op. cit.*, p. 178 ; Jean-Philippe Colson, *L'office du juge et de la preuve dans le contentieux administratif*, L.G.D.J., 1970, p. 140.

[83] C.E., 30 mars 1960, *Benouali*, Rec. 239.

l'Intérieur d'invoquer le secret de la défense nationale pour refuser de fournir les motifs de sa décision, n'était pas contestable par le juge administratif qui conservait néanmoins le droit de statuer "*au vue des seules pièces à lui soumises*" et de joindre la décision de refus aux autres éléments du dossier.

- Dans l'arrêt *Cajarville* [84], relatif à un refus de naturalisation, le Conseil d'Etat a repris la formulation exacte de l'arrêt *Coulon* pour justifier le fait qu'un tribunal administratif ait pu - malgré le caractère secret des informations allégué par l'administration - enjoindre à celle-ci de lui faire connaître "*les motifs de droit et de fait*" de sa décision et, dans l'attente, surseoir à statuer.

Il s'agissait là d'une application caractéristique de la jurisprudence *Coulon*, qui permet - malgré l'invocation du secret - de demander à l'administration les motifs de ses décisions. Et ce, en l'espèce, dans un domaine où la loi (l'article 110 du Code de la nationalité) excluait toute obligation de motivation.

- Dans l'arrêt *Houhou* [85], le Conseil est allé plus loin dans les conséquences qu'il peut tirer de l'application de la jurisprudence *Coulon*. S'agissant - comme dans l'affaire *Benouali* - d'un arrêté de fermeture d'un débit de boisson (pris en raison d'activités jugées subversives pour la sûreté de l'Etat), le Conseil - tout en reconnaissant à l'Etat le droit de ne pas communiquer certains renseignements qui auraient mis en cause des secrets protégés par le Code pénal - a constaté que le ministre de l'Intérieur n'avait jamais, dans aucune de ces observations "*précisé la nature des griefs qui avaient motivé les décisions attaquées ; que dans ces conditions , et sans qu'il soit besoin d'examiner si la conclusion des accords d'Evian et l'intervention des mesures d'amnistie qui les ont suivis ont eu pour effet d'ôter au ministre de l'Intérieur la possibilité de se prévaloir des dispositions de l'article 79 susvisé du Code pénal, le sieur Houhou est fondé à soutenir que les arrêtés attaqués manquent de base légale et à demander leur annulation*".

Ici, comme dans l'arrêt *Barel*, le simple fait que l'administration ait systématiquement refusé d'apporter sa contribution au travail d'appréciation de la vérité effectué par le juge, fait présumer que la décision manquait de fondement et devait être, pour cette raison, annulée.

---

[84] C.E., 27 mai 1983, *Ministère des affaires sociales et de la solidarité nationale c/ M. et Mme Cajarville*, Rec. 219.

[85] C.E., 2 octobre 1963, *Houhou*, Rec. 468.

- Allant plus loin encore dans la volonté de faire assumer par l'administration les conséquences de son refus, le Tribunal administratif de Paris dans son jugement *de Crémiers* (relatif à l'internement administratif d'un sympathisant supposé de l'O.A.S.) a considéré que le ministre de l'Intérieur - du fait de son refus de fournir des renseignements considérés comme secrets - devait être regardé comme ayant admis la légèreté des présomptions pesant sur la personne internée [86]. Le professeur Charles Debbasch, commentant cette décision, y vit d'ailleurs une nouvelle application de *"l'ingénieuse construction que le juge administratif a édifiée dans le domaine de la preuve"*.

Sous-Section III. - Analyse critique

La solution préconisée par le commissaire du gouvernement, et retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Coulon* et les autres décisions qui l'ont suivi, avait l'indéniable avantage, comme l'a remarqué le professeur Olivier Gohin,

> *"de parvenir à un compromis acceptable entre l'administration et le juge administratif dans une matière aussi sensible."* [87]

Pour autant, cette construction jurisprudentielle - si elle a mis la juridiction administrative à l'abri de tout risque d'immixtion dans l'activité administrative - n'est pas, aujourd'hui, à l'abri de toute critique, notamment à la lumière de l'évolution du contexte juridique depuis une quinzaine d'années.

Même si elle n'a pas eu, jusqu'à présent, d'effet direct sur la jurisprudence *Coulon* [88], l'adoption de textes législatifs élargissant les droits individuels des citoyens a, en effet, introduit de nouveaux éléments dont doit tenir compte le juge administratif. Deux problématiques (étudiées précédemment, cf. supra - IIIème Partie, Chapitre I) sont particulièrement importantes de ce point de vue : celle sur la communication des documents administratifs (§ 1.) et celle relative à la motivation des actes administratifs (§ 2.). A cela s'ajoute, le fait - déjà évoqué - que le nouveau Code pénal donne désormais à la justice de nouveaux moyens d'appréciation du secret de défense (§ 3.). Autant d'évolutions qui remettent donc potentiellement en cause les principes essentiels dégagés il y a quarante ans par le Conseil d'Etat.

---

[86] TA Paris, 30 septembre 1963, *de Crémiers*, J.C.P., 1964.II.13577, note Charles Debbasch.

[87] O. Gohin, *op. cit.*, p. 174.

[88] Cf. note B. Warusfel sous jugements TA Paris, 4ème section, 2ème chambre, 12 février 1993 et 19 novembre 1993, *Pourbagher in Droit et Défense*, 94/4, p. ...

§ 1. - Du point de vue de la jurisprudence sur la communication des documents administratifs

L'application de la loi organisant le droit d'accès aux documents administratifs est l'exemple typique de ce changement de contexte juridique qui, selon nous, "démode" la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat. En effet, si la C.A.D.A. comme le Conseil d'Etat, applique strictement à l'encontre des citoyens la dérogation au principe de la communication prévue par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre I), la jurisprudence de ce même Conseil a évolué de manière sensible en ce qui concerne les pouvoirs du juge de requérir dans une instance administrative contentieuse la production de documents non communicables.

Le Conseil d'Etat a, en effet, adopté une position novatrice en la matière dans son arrêt *Banque de France c/ Huberschwiller* de 1988, concernant la communication de documents issus de la Banque de France. Dans cet arrêt, le juge s'est estimé compétent pour requérir la production de tous documents administratifs - qu'ils soient communicables ou non - *"à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi"*. Et il a confirmé ultérieurement cette position dans plusieurs arrêts, tels que *Société nouvelle d'édition et de diffusion* [89] ou encore, plus récemment, *Hudin* [90].

Dans ces différents arrêts, le juge administratif a choisi de déroger partiellement au principe du contradictoire qui gouverne le contentieux administratif car, selon le Conseil :

> *"si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige."*

Dès lors, le juge se croit autorisé à ordonner une production du document réservée à la seule formation de jugement, à l'exclusion de toute communication aux parties :

> *"qu'ainsi il y a lieu d'ordonner avant dire droit, tous droits et moyens des parties étant réservés, la production de ce document à la sous-section de la section du contentieux chargée de l'instruction de l'affaire, sans que cette pièce*

---

[89] C.E., 1er décembre 1989, *Société nouvelle d'édition et de diffusion*, Rec. p. 246.

[90] C.E., Sect., 8 octobre 1993, *Hudin*, note Herbert Maisl, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, n° 94/1, pp. 26 à 28 ; note Jean Frayssinet, *J.C.P.*, 1994.II.22266.

> *soit communiquée à M. Hudin, pour être ensuite statué ce qu'il appartiendra sur les conclusions de la requête.* " [91]

Cette recherche d'un compromis entre contradiction et protection du secret, qui permet au juge administratif d'étendre plus loin son contrôle sur la réalité de la non-communicabilité d'un document, a été généralement acceptée par la doctrine. Le professeur Herbert Maisl, commentant l'arrêt *Hudin*, constate qu'il faut

> *"que la Haute Assemblée s'assure que ce secret, en l'espèce, est bien opposable. Pour ce faire, il y aura mise en oeuvre d'un principe de contentieux et dérogation à un second principe. Le principe inquisitorial autorise le Conseil d'Etat à se faire communiquer tout document nécessaire à la solution du litige : ici, le compte-rendu intégral. En revanche, il sera dérogé au caractère contradictoire de la procédure qui implique que chaque partie ait communication de toutes les pièces produites pendant l'instance .. "* [92]

Commentant la même décision récente, le professeur Frayssinet se contente d'estimer qu'en suivant les principes de l'arrêt *Banque de France*, *"Le Conseil d'Etat reste fidèle à une jurisprudence empreinte de bon sens"* [93], tandis, qu'en ce qui le concerne, le professeur René Chapus voit, dans ces différentes jurisprudences, les signes de l' "*évidence*" :

> *"Le fait que le document dont la connaissance est utile au jugement du litige est de ceux que la loi du 17 juillet 1978 exclut de l'obligation de les communiquer, sur leur demande, aux administrés n'empêche pas que le juge soit en droit d'en exiger la production. Le Conseil d'Etat en a ainsi jugé dans le cas où le litige a précisément été provoqué par le refus de communication d'un document à un administré. Dans un tel cas, il est évident que le juge ne peut se prononcer sur le caractère communicable du document que s'il le connaît.* " [94]

Appliquée jusqu'à présent en matière de secrets concernant les questions monétaires (*Banque de France*), les rapports de la Cour des Comptes (*David* [95]) et de l'administration fiscale (*Société nouvelle d'édition et de diffusion*), ou encore de

---

[91] *Ibid.*.

[92] Note H. Maisl, *op. cit.*, p. 28.

[93] Note J. Frayssinet, *op. cit.*, p. 221.

[94] René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, 4ème édition, 1993, p. 611.

[95] C.E., 30 juin 1989, *Ministère de l'Economie c. David*, Rec. 464.

compte-rendu de missions de la C.N.I.L., couvert par le *"secret en matière commerciale et industrielle"* (*Hudin*), cette jurisprudence audacieuse du Conseil d'Etat peut-elle concerner également le domaine du secret de défense ? Si l'on s'en tient à la formulation de l'arrêt *Banque de France*, cela parait exclu puisque le Conseil estime que son pouvoir d'ordonner la production de documents non communicables ne peut s'appliquer à ceux protégés par un *"secret garanti par la loi."* Et suivant en cela la Haute juridiction, plusieurs auteurs estiment, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Daël dans cette affaire *Banque de France*, qu'il faut effectuer - parmi les exceptions visés par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 - une distinction entre des *"secrets absolus"* qui seraient les *"secrets protégés par la loi"* et les autres types de secrets visés par l'article 6 qu'il appelle des *"secrets relatifs"* [96]. La nouvelle jurisprudence *Banque de France* ne s'appliquerait donc qu'aux secrets relatifs, à l'exclusion des secrets absolus, parmi lesquels figure le secret de la défense nationale [97].

Pourtant aucune jurisprudence ultérieure relative au secret de défense, n'est venue confirmer explicitement cette hypothèse de la non-application. Le professeur Laveissière a, certes, voulu en voir une confirmation dans l'arrêt *Dufour*, par lequel le Conseil a refusé la communication d'enregistrements militaires au nom du secret de défense [98]. Mais, en réalité, si cet arrêt applique logiquement la non-communicabilité des informations classifiés [99], il ne tranche nullement la question de savoir si le juge administratif peut, à leur sujet, exiger le type de communication non contradictoire

---

[96] Conclusions S. Daël, *op. cit.*, p. 981.

[97] Pour une opinion doctrinale caractéristique de cette problématique, cf. J. Laveissière, *op. cit.*, pp. 203-204.

[98] *"Il ressort des pièces du dossier que l'enregistrement dont s'agit a été effectué selon la procédure radio utilisée pour les communications entre pilotes de l'armée et entre pilote de l'armée et contrôleurs au sol ; que l'enquête technique ayant donné lieu au rapport dont la communication est demandée était elle-même fondée en partie sur des enregistrements effectués selon une même procédure ; que ces documents sont au nombre de ceux dont la divulgation porterait atteinte au secret de la défense nationale ; que, par suite, le ministre a pu à bon droit en refuser la communication à l'intéressé en se fondant sur les dispositions précitées ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de procéder aux mesures d'instruction réclamées par la requérante, Mme Dufour n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que (...) le tribunal administratif de Paris a rejeté ses demandes ;"* (C.E., 30 octobre 1989, *Mme Dufour*). Tout en donnant à penser que cet arrêt prouve la non-application de la jurisprudence *Banque de France* aux documents classifiés, J. Laveissière reconnaît, implicitement, les limites de son affirmation en citant en note l'extrait concernant les mesures d'instruction (*op. cit.*, p. 204).

[99] Le Conseil d'Etat n'a fait, dans cette affaire, qu'appliquer une position prise auparavant par la C.A.D.A. dans un avis portant sur une affaire similaire (communication d'enregistrements relatifs à un accident d'avion militaire), selon laquelle les communications radios entres pilotes étaient conformes à une procédure normalisée par l'O.T.A.N. et - à ce titre - classifiées (C.A.D.A., avis *Bertin*, 29 octobre 1987).

qu'il a prévu dans sa jurisprudence *Banque de France*. Dans cette affaire, le Conseil s'est simplement estimé suffisamment informé du contenu du document pour ne pas estimer avoir besoin d'en prendre connaissance. Et, au contraire, l'arrêt utilise la formule *"sans qu'il soit besoin de procéder aux mesures d'instruction réclamées par la requérante"*, ce qui montre - à notre sens - qu'il n'exclut pas *a priori* le principe d'une éventuelle production forcée de ce document.

Les seuls éléments permettant de penser que

> *"seuls semblent(e) devoir échapper à la jurisprudence Banque de France le secret de la défense nationale et le secret médical"* [100]

sont finalement la mention du *"secret garanti par la loi"* dans l'arrêt *Banque de France* (et dans des jurisprudences antérieures ne portant pas sur la question de la communication des documents administratifs, tel l'arrêt *Gougeon*) et les conclusions de M. Daël. Pour le reste, la formulation de l'arrêt *Dufour* parait plutôt montrer la volonté du Conseil d'Etat de ne pas prendre position et de réserver la question pour l'avenir. Rien n'interdit donc de penser que la jurisprudence du Conseil est susceptible d'évoluer progressivement. Il est clair, en effet, que cette question de l'accès du juge au secret est au coeur du débat, très évolutif, qui oppose droit au secret et droit à l'information dans notre société contemporaine et que nous constatons régulièrement des modifications ou des rectifications de jurisprudence en la matière. Dans ce contexte mouvant, une extension des principes originaux de l'arrêt *Banque de France* au domaine des documents classifiés ne nous paraît ni impossible ni juridiquement aberrante, même si elle aurait pour effet d'infirmer, quarante ans après, l'essentiel des principes de l'arrêt *Coulon*.

On peut, en effet, critiquer la distinction faite par le commissaire du gouvernement Daël et le Conseil d'Etat entre les secrets visés à l'article 6 de la loi de juillet 1978, tant il est vrai qu'il nous semble que ce texte n'a pas voulu créé - si l'on peut dire - un *"secret à deux vitesses"*, et que l'on peut considérer logiquement que les secrets dits "relatifs" qu'énumère cet article sont devenus aussi, par ce seul fait, des

---

[100] J. Laveissière, *op. cit.*, p. 204.

"*secrets protégés par la loi*" [101]. Dans ce sens, il nous faut remarquer que le texte de la loi - après avoir cités différents types de secrets - ajoute explicitement :

> "*ou, de façon générale, aux secrets protégés par la loi.* "

L'expression "*de façon générale*" montre bien que, dans l'esprit du législateur, les "*secrets protégés par la loi*" ne sont pas une catégorie supplémentaire - et à part - mais simplement le prolongement des secrets explicitement protégés par cette loi de 1978 par l'ensemble des secrets non cités qui pourraient être institués par d'autres textes de loi.

Plus précisément, il nous paraît que par la jurisprudence *Banque de France* - aujourd'hui plusieurs fois confirmée - le Conseil d'Etat a fait évoluer sensiblement sa conception du principe de contradiction et a donc retiré toute substance à l'un des arguments essentiels qui avaient convaincu le Conseil dans l'affaire *Coulon*. Nous pensons, en effet, avec Madame le professeur Roseline Letteron, que

> "*les fondements de cette jurisprudence sont liés aux nécessités de la procédure contradictoire.* " [102]

M. Grévisse avait beaucoup insisté sur ce point dans ses conclusions expliquant que, dès lors que les juges obtiendraient communication de documents secrets,

> "*pour respecter le caractère contradictoire de la procédure le requérant devrait également être mis dans le secret*" [103]

ce qui dans la plupart des cas serait impossible pour des raisons de sécurité. Au contraire, en créant là une exception de production de pièces, on instaurait

---

[101] Sur la rédaction approximative de l'article 6 de la loi de 1978 et le caractère redondant de la notion de "*secrets protégés par la loi*", cf. notamment J. Laveissière, *op. cit.*, p. 186. Le commissaire du gouvernement Serge Daël affirme, pour sa part (mais sans réelle démonstration) que "*l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 n'a pas pour objet d'instituer de nouveaux secrets protégés par la loi mais d'indiquer que ne sont pas communicables les documents dont le secret est déjà protégé mais aussi quelques autres.*" (concl. S. Daël, *op. cit.*, p. 981).

[102] Roseline Letteron, *L'administré et le droit à l'information*, thèse dactylogr., Université de Paris X, 1987, p. 568.

[103] Conclusions Grévisse, *R.D.P.*, *op. cit.*, p. 1009.

> *"une limitation nécessaire de l'ampleur d'une discussion dont on maintient ainsi le caractère contradictoire lorsque ni le juge, ni l'administré ne peuvent légalement prendre connaissance de documents secrets."* [104]

Mais à partir du moment où le Conseil d'Etat considère qu'une communication de pièces confidentielles réservée au seul juge ne contrevient pas à la règle de contradiction qui gouverne son contentieux, rien ne l'empêcherait plus désormais - sur ce fondement - de procéder de la même manière en ce qui concerne des documents classifiés.

§ 2. - *Du point de vue de la jurisprudence sur la motivation des actes administratifs*

Les questions de communication des documents administratifs et de motivation des actes sont intimement liées. Législativement, nous avons vu que la loi de 1979 a choisi, par exemple de renvoyer à celle de juillet 1978 pour faire en sorte que les exceptions à la motivation soient les mêmes que celles opposées à la communication. Et sur le plan contentieux, le professeur Olivier Gohin fait justement remarquer que

> *"La jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué pour s'attacher moins à la production forcée de pièces, souvent inutiles par elles-mêmes pour la solution du litige, qu'à la communication forcée des motifs pour lesquels la décision litigieuse a été prise."* [105]

Il n'est donc pas étonnant que l'arrêt *Coulon*, concernant principalement l'accès à des documents secrets, se soit inspiré largement de la jurisprudence *Barel*. Mais il est aussi naturel que les développements jurisprudentiels, intervenus depuis l'adoption de la loi du 17 juillet 1979, finissent par avoir un impact sur la manière dont le juge administratif devra désormais appréhender le problème des pratiques administratives couvertes par le secret de la défense nationale.

Nous avons vu précédemment (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre II) que la jurisprudence administrative hésitait en matière de refus de motivation (et de communication, les deux aspects étant liés) entre deux attitudes : l'une, fondée sur la détermination *in abstracto* de catégories d'actes supposés couverts par le secret, l'autre - plus favorable au justiciable - par laquelle le juge étudie *in concreto* la consistance du secret qui lui est opposé. Nous pensons donc qu'il faut voir dans cette controverse qui traverse actuellement la jurisprudence du Conseil d'Etat (et l'oppose également, sur

---

[104] O. Gohin, *op. cit.*, p. 172.

[105] *Ibid.*, p. 168.

certains points, à la pratique des Tribunaux administratifs) la même tension, déjà observée plus haut concernant la communication des documents, entre le penchant du juge à préserver l'espace de liberté de l'administration et la volonté de la société civile de n'accepter comme dérogation que des secrets dont le juge aura réellement pu contrôler la validité.

Dans cette perspective d'un mouvement que nous supposons engagé en direction d'un contrôle direct du contenu du secret par le juge administratif, les jugements *Pruja* et *Pourbagher* du Tribunal administratif de Paris (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre II) nous paraissent pouvoir constituer un jalon intermédiaire entre la jurisprudence *Coulon* dans sa pureté originelle (le juge n'accède pas au secret mais il peut demander les motifs et tirer les conséquences éventuelles du refus de les fournir) et sa possible infirmation future par extension des principes de la jurisprudence *Banque de France* (le juge peut se faire communiquer - à titre confidentiel et unilatéral - le secret invoqué). Dans les deux décisions précitées, le Tribunal administratif de Paris reste fidèle à *Coulon*, dans la mesure où il ne demande pas l'accès direct au secret et se contente de demander des informations sur les motifs de la décision. Mais l'innovation réside dans la manière dont il tire les conséquences de la réponse que lui fait le ministre : dans les décisions *Houhou* ou *de Crémiers*, par exemple, le juge s'était contenté - malgré l'insuffisante réponse du ministre - d'annuler la décision contestée sans avoir réellement de moyen d'apprécier la validité des motifs de secret qui lui avaient été présentés et donc, par conséquent, sans porter *a posteriori* de jugement sur la validité de ce secret. A l'inverse, dans les affaires *Pruja* et *Pourbagher*. le juge a apprécié au regard de la loi du 11 juillet 1979 et de l'article 6 de la loi de 1978, la réponse du ministre dans ces deux dossiers. Dans l'affaire *Pruja*, le tribunal a simplement relevé que le motif invoqué à l'appui de la radiation *"ne concernait pas le "secret défense" au sens des dispositions du dernier alinéa de l'article 4 de la loi du 11 juillet 1979"* et a annulé, de ce fait, la décision de radiation.

Dans l'affaire *Pourbagher*, le tribunal a estimé que le motif invoqué par le ministre - à savoir *"la vulnérabilité particulière de l'intéressé"* - n'était pas *"au nombre de ceux dont la divulgation porterait atteinte au secret de la défense nationale et de la politique extérieure, au sens des dispositions de la loi du 11 juillet 1979"* et a donc annulé la décision de refus d'habilitation pour non-respect de ladite loi.

Par cette évaluation de la validité de la non-motivation au regard des textes législatifs, la démarche du Tribunal administratif débouche - en réalité - sur une appréciation du secret invoqué par le ministre. Le juge administratif se trouve ainsi amené à se prononcer sur le caractère secret d'un type d'information ou de document, sans pour autant y avoir véritablement accès, ce qui revient à le placer dans une

situation similaire à celle du juge pénal lors d'un procès en compromission d'un secret de défense [106] (cf. supra). Et c'est en cela que, sans constituer à proprement parler un revirement complet par rapport à la jurisprudence *Coulon*, ces jugements - s'ils venaient à être confirmés par le Conseil d'Etat lui-même - peuvent représenter une étape intermédiaire vers un renforcement significatif du contrôle du juge administratif sur la pratique administrative d'utilisation du secret de la défense nationale, renforcement auquel les dispositions du nouveau Code pénal conduisent - selon nous - nécessairement.

§ 3. - Au regard des possibilités ouvertes par le nouveau Code pénal

Comme nous l'avons noté précédemment (cf. supra - Ière Partie, Chapitre Ier), l'article 413-9 nCP a, par ses deux premiers alinéas, instauré une définition formelle qui donne aux juridictions (judiciaires, mais aussi administratives) de nouveaux moyens de contrôle de la pratique administrative en la matière.

En décidant que seul peut être considéré comme secret ce qui a fait l'objet de mesures de protection (essentiellement la classification), le premier alinéa de l'article 413-9 nCP donne au juge le moyen d'empêcher l'administration de considérer *a posteriori* comme relevant du secret de la défense nationale une information ou un document qui n'avait fait l'objet d'aucune protection antérieure. Dès lors, le nouveau Code pénal respecte mieux que par le passé le principe de la légalité des peines et fait disparaître le grave reproche que l'on formulait jusqu'alors à propos des peines relatives au secret de la défense nationale, à savoir

> *"En droit pénal, on prévient toujours les délinquants de l'existence du délit avant de les poursuivre et de les punir. Ici, personne ne saura d'avance ce qui est secret ou non."* [107]

Et cette meilleure objectivité de la définition du secret n'est pas réservée au juge pénal. Elle va nécessairement produire des effets sur la pratique du juge administratif, saisi par exemple d'un refus de communication d'un document administratif motivé par la protection du secret de la défense nationale. Désormais, ce juge aura, lui aussi, à s'informer de l'existence préalable d'une mesure de classification et - en cas d'absence

---

[106] MM. De Soto et Léauté faisait déjà remarquer dans leur note sous l'arrêt *Coulon* la similitude des problématiques entre le juge administratif et pénal en ce qui concerne l'administration de la preuve du caractère secret : *"Sur le terrain de la preuve, le juge administratif a rencontré une difficulté qu'éprouve aussi le juge répressif quand il doit statuer en matière de secret de la défense nationale : il s'est vu dans l'impossibilité de dire tout le droit en la matière si l'administration ne lui prête pas son concours"* (J. de Soto & J. Léauté, *op. cit.*).

[107] Cuche, cité *in* J. Léauté, *op. cit.*, p. 20.

de celle-ci - devra refuser d'accepter le motif de non-communication invoqué par l'administration.

Cela est encore plus vrai en ce qui concerne le second alinéa de l'article 413-9 nCP. Cette disposition n'autorise l'administration à utiliser des mesures de protection du secret que pour protéger des informations ou des documents dont la nature le justifie. En disant cela, le Code précise deux choses d'inégale portée :

- d'une part, il ne fait qu'exprimer un principe, jusqu'alors implicite mais déjà formulé à de nombreuses reprises par la doctrine, selon lequel *"la présence du timbre "secret" ajouté, par une sorte d'habitude administrative, sur des documents d'un usage courant"* ne suffit pas *"à entraîner pour les tribunaux, prononçant sur la poursuite, l'obligation d'appliquer la loi pénale, en cas de divulgation même abusive de ceux-ci"* [108]. En ce sens, cette clarification devrait contribuer à la lutte toujours nécessaire contre les méfaits de la sur-classification (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier) ;

- mais d'autre part - et surtout - ce troisième alinéa nous semble donner au justiciable la possibilité de recourir au juge administratif (par la voie de l'exception d'illégalité, voire par la voie du recours pour excès de pouvoir) pour obtenir l'annulation contentieuse d'une mesure de classification abusive. C'est là un changement essentiel par rapport à la situation antérieure où les mesures de protection n'avait aucun statut juridique et où les opinions divergeaient sur le fait de savoir s'il fallait les considérer comme des *"actes de gouvernement"* [109], comme des mesures d'ordre intérieur [110], ou - au contraire -

---

[108] Pierre Coutant, "Législation sur le secret en matière de défense nationale", *Revue administrative*, 1949, p. 257. Pour une opinion contraire - et erronée - cf. B. Stirn & Tuot, *Encyclopédie Dalloz*, "Contentieux Administratif", n° 47.

[109] Qualification fort contestable, à notre sens, mais évoquée par Maître Jean-Marc Varaut, à propos de l'arrêt de la Chambre d'accusation de Paris de 1987 relative à l'affaire du *"vrai-faux passeport"* (Jean-Marc Varaut, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991, p. 107).

[110] Tant que la décision de classification pouvait être considérée comme se rattachant uniquement à *"la part irréductible d'auto-organisation qui est nécessaire à toute entreprise pour poursuivre la réalisation de sa fin propre"* et comme ne portant aucune atteinte au statut ou aux prérogatives de l'administré (cf. Jean Rivero, "Les mesures d'ordre intérieur administratives - Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics", *Sirey*, 1934, p. 258), elle pouvait prétendre à demeurer une mesure d'ordre intérieur non susceptible de recours contentieux. Mais, cette notion doit faire face aujourd'hui à une forte remise en cause, car *"leur résistance au contrôle juridictionnel apparaît alors d'autant plus choquante que la sensibilité des citoyens et plus largement des administrés est aujourd'hui plus vive au regard de la protection des droits et libertés, conduisant le législateur ou le pouvoir réglementaire à atténuer l'opacité de l'action administrative et à la contraindre à livrer ses secrets"* (Maryvonne Hecquard-Theron, "De la mesure d'ordre intérieur", *A.J.D.A.*, 1981, n° 5, p. 235).

comme des décisions discrétionnaires soumises au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation [111].

Désormais, l'article 413-9 donne un fondement légal aux mesures de protection du secret et y attache des conséquences juridiques objectives (possibilité de mise en oeuvre des articles 413-10 et 413-11 du Code pénal à l'encontre des détenteurs et des usurpateurs du secret, possibilité d'invoquer le secret de la défense nationale à l'encontre d'une demande de communication d'un document administratif). La décision de classification est donc à ranger parmi celles qui, affectant la situation des administrés, sont susceptibles de faire grief et donc d'être soumises au contrôle de l'excès de pouvoir. C'est là l'une des conséquences probables sur la jurisprudence administrative de la nouvelle rédaction du Code pénal, à propos de laquelle le Garde des Sceaux a justement pu dire, durant les travaux préparatoires :

> *"Une plus grande attention est accordée au principe de la légalité, parfois malmené dans le Code pénal, tout particulièrement en matière d'atteintes à la sûreté de l'Etat."* [112]

Qu'il s'agisse des développements jurisprudentiels en cours relatifs à l'application des lois organisant la communication et la motivation des actes administratifs, ou des perspectives nouvelles offertes aux deux ordres de juridiction par les dispositions du nouveau Code pénal, il est clair que la prudente retenue manifestée il y a quarante ans par le Conseil d'Etat [113] ne correspond plus à l'équilibre optimal entre les nécessités de la sécurité nationale et les exigences du droit dans le contexte d'une société d'information.

De même qu'en matière d'écoutes téléphoniques (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre II) où la loi de 1991 et la pratique de la C.N.C.I.S. ont rompu avec plusieurs décennies d'arbitraire et de faiblesse du contrôle juridictionnel, la dérogation pour des motifs de secret de défense aux libertés publiques essentielles que sont les libertés d'expression et de communication ne peut être tolérée dans un Etat de droit, qu'à la double condition qu'elle soit organisée par la loi et fasse l'objet d'un contrôle effectif.

---

[111] Interprétation de Maître Daniel Soulez-Larivière, citée in J. Guisnel & B. Violet, *Services secrets - le pouvoir et les services de renseignements sous François Mitterrand*, La Découverte, 1988, p. 301.

[112] Audition de M. Michel Sapin, *Assemblée nationale*, document n° 2244, p. 27 ; cf. également, Agnès Cerf-Hollander, "Le nouveau Code pénal et le principe de la légalité des peines", *Archives de politique criminelle*, n° 16, Pedone, 1994, pp. 9 et s..

[113] Dans un climat national et international d'ailleurs fort différent et marqué notamment par la guerre froide.

Dans ces conditions, la démission face à la pratique régalienne du secret des contre-pouvoirs naturels que sont le Parlement et les différentes juridictions de droit commun, constitue une situation inacceptable qui ne peut, à terme que porter préjudice à la légitimité même de la notion de secret de la défense nationale. Puisque le législateur a senti monter les contradictions internes au *"système du secret"* et a utilisé le cadre du nouveau Code pénal pour redéfinir le concept même du secret, nous croyons qu'il est temps, aujourd'hui d'en tirer les conséquences sur le plan de la pratique et d'organiser un contrôle juridique de son emploi et des modalités de sa protection.

CONCLUSION GENERALE
ORGANISER LE CONTROLE DU SECRET

Que ce soit dans le cadre parlementaire ou devant les juridictions, le contrôle de la pratique gouvernementale du secret de défense reste, pour l'essentiel, un tabou en France. Or, toute notre étude prouve à quel point le secret de défense cumule les raisons qui milite en faveur d'un tel contrôle : une définition juridiquement imprécise et en évolution, une pratique déterminante pour son existence et sa protection, un risque permanent d'abus qui le discrédite face aux valeurs contemporaines de la communication et de la transparence. Notre conclusion sera donc que le contrôle est nécessaire (Section I.), qu'il est juridiquement possible (Section II.) et qu'il est institutionnellement aménageable (Section III.)

SECTION I. - Un contrôle nécessaire

L'absence de contre-pouvoirs dotés de pouvoirs de contrôle effectifs face à l'usage permanent et discrétionnaire du secret de défense par l'administration, est une réalité que nous considérons comme doublement insatisfaisante, d'un point de vue juridique (§ 1.) et politique (§ 2.).

§ 1. - La nécessité juridique du contrôle

L'absence de réel contrôle est, tout d'abord, insatisfaisant pour des raisons juridiques fondamentales. Les abus auxquels peut donner lieu l'usage du secret de défense sont susceptibles d'affecter gravement l'exercice de plusieurs libertés publiques essentielles. Les exigences de l'Etat de droit obligent, non seulement à encadrer juridiquement *a priori* cette pratique, mais aussi à assurer *a posteriori* son contrôle et sa sanction.

Si l'on peut considérer que les nouvelles dispositions du Code pénal complétées par le décret du 12 mai 1981 (et son prochain successeur) et les dispositions dérogatoires introduites dans la plupart des textes législatifs concernant le droit à l'information, commencent à former ensemble un cadre juridique cohérent, l'application de ces textes ne fait, le plus souvent, l'objet que d'un contrôle

extrêmement restreint et lacunaire. La mise à niveau de ces moyens de contrôle apparaît donc comme une exigence démocratique majeure.

Dans son arrêt *Leander* relatif aux procédures d'habilitation au secret militaire, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé ainsi que

> *"pour préserver la sécurité nationale, les Etats contractants ont indéniablement besoin de lois qui habilitent les autorités internes compétentes à recueillir et à mémoriser dans des fichiers secrets des renseignements sur des personnes"*

et que

> *"en dehors des contrôles opérés par le Gouvernement lui-même, c'est au Parlement et à des institutions indépendantes qu'il incombe de veiller à la bonne marche du système."* [1]

Dans cette affaire, les conditions d'exercice d'un contrôle indépendant étant réunies, la Cour a facilement reconnu que l'Etat suédois disposait, en cette matière d'une "grande marge d'appréciation" et que

> *"l'ingérence que M. Laender a subie ne saurait donc passer pour disproportionnée au but légitime poursuivi."*

La leçon d'une telle jurisprudence est claire : l'existence d'un contrôle indépendant est la condition de la légalité et de la légitimité de la prérogative gouvernementale. En d'autres termes, l'existence du contrôle fait présumer légitime l'usage du pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Vouloir organiser le contrôle du secret n'est donc pas contradictoire dans son principe (nous verrons plus bas pour son application) avec le respect de la compétence régalienne de l'Etat en matière de sécurité, au contraire, cela l'a renforce d'une certaine façon en lui donnant une légitimité nouvelle.

§ 2. - *L'intérêt politique du contrôle*

La situation actuelle d'absence de contrôle est également préoccupante du point de vue de la crédibilité d'ensemble du dispositif de protection du secret. En effet, cette absence produit un double effet pervers : d'un côté, il donne inévitablement aux services opérationnels - confronté à des missions difficiles et à des contraintes fortes - un sentiment d'impunité qui peut alimenter toutes les dérives ; de l'autre, si ladite

---

[1] C.E.D.H., 26 mars 1987, *Leander c. Suède,* note L.-E. Pettiti & F. Teitgen, *Revue de Science Criminelle*, n° 3, juillet-septembre 1987, p. 749)

dérive se produit et que le *"scandale"* éclate (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier), l'autorité gouvernementale ne peut invoquer l'existence d'aucun moyen de contrôle crédible pour exonérer sa responsabilité. Il ne peut alors que tenter d'accréditer le fait qu'il a été "trompé" ou "débordé" par ses services, ce qui met généralement en lumière la carence en matière de coordination et de pilotage du *"système du secret"* et oblige même parfois l'Etat à improviser un simulacre de contrôle, qui ne trompe personne [2].

On peut donc affirmer, à notre sens, que la mise en place d'un instrument capable de contrôler l'usage du secret de la défense nationale aurait - au-delà de son intérêt juridique évident - un impact politique fort : contribuer, indirectement, à la bonne acceptation de la pratique du secret de défense par l'opinion et les différentes composantes de la collectivité nationale. Parlant du contrôle des services secrets, un document du parlement fédéral allemand estimait, dans cet esprit, que

> *"le contrôle des services de renseignement a pour objectif de procurer aux services la confiance du public, confiance qui est indispensable pour le travail d'une institution de l'Etat démocratique."* [3]

Il en va de même de la pratique du secret. Son acceptation du secret par la société civile est, à notre sens, un impératif majeur pour l'Etat - lui même critiqué dans ses prérogatives - qui se heurte, aujourd'hui, à la baisse du consensus sur la défense, à la pression des médias et des systèmes d'information en faveur de la liberté totale de communication, ainsi qu'au discrédit qu'engendre régulièrement les pratiques de sur-classification (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier).

SECTION II. - Un contrôle juridiquement possible

Deux contraintes majeures doivent être prises en compte, d'un point de vue juridique et procédural, dans la mise en oeuvre d'un contrôle de la pratique du secret :

---

[2] Le meilleur exemple de cette situation a été fourni, durant l'affaire Greenpeace, par la mission d'enquête confiée à M. Bernard Tricot, *"un haut fonctionnaire prestigieux transformé en enquêteur de police pour affirmer publiquement une version édulcorée et peu crédible qui sera démentie quelques semaines plus tard"*, tout cela ne constituant, finalement, qu'un *"simulacre de contrôle qui ne fait que souligner la regrettable absence de mécanismes légaux et permanents"* (cf. notre article, "Structures et évolutions du renseignement en France", *Droit et Défense*, n° 94/1, p.34).

[3] Dr. Ohler, "Le contrôle parlementaire de l'activité des services de renseignement en R.F.A.", Parlement fédéral allemand, Bonn, mars 1993, traduit et reproduit *in* Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *2ème rapport d'activité - 1993*, La Documentation française, 1994, p. 91.

respecter la confidentialité durant le déroulement de la procédure (Sous-Section I.) ; ne pas remettre en cause, au-delà du nécessaire, les prérogatives discrétionnaires de l'Etat en matière de sécurité, à l'occasion des décisions prises sur la base d'un tel contrôle (Sous-Section II.).

Sous-Section I. - Concilier contrôle et confidentialité dans le déroulement de la procédure

La principale difficulté à laquelle se heurte potentiellement la perspective d'un contrôle juridique et impartial du secret, réside dans la confidentialité qui devrait être préservée au cours de ce processus. Cette question de la confidentialité recouvre elle-même deux niveaux de problèmes : qui peut être *"qualifiée"*, au sens des textes sur la protection du secret, pour contrôler un tel secret ? (§ 1.) ; comment organiser les procédures pour respecter la contrainte de confidentialité ? (§ 2.).

§ 1. - Contrôle et notion de "personne qualifiée"

Juridiquement, les règles de protection du secret (cf. supra - IIème Partie, Chapitre II) prévoient toujours que ne peuvent accéder à un secret de défense que des personnes *"qualifiées"*, c'est-à-dire ayant été préalablement habilitées et ayant besoin d'en connaître. La question qui se pose, de ce point de vue, concernant un éventuel contrôle par une autorité indépendante, est donc de savoir si un magistrat ou un membre d'une structure spécifique de contrôle peut être considéré comme une *"personne qualifiée"* ?

Cela ne nous semble pas impossible. En effet, aucune disposition législative n'a jamais défini ce qu'était une *"personne qualifiée"*, ni même disposé que seule l'autorité gouvernementale avait qualité pour habiliter les personnes à recevoir des secrets de défense. M. Grévisse en convenait, d'ailleurs, indirectement dans ses conclusions dans l'affaire *Coulon* lorsqu'il affirmait :

> *"Encore que la loi ne le précise pas, c'est manifestement le Ministre chargé de la défense nationale qui est responsable de la protection de ces secrets (...) C'est le Ministre qui définit les renseignements couverts par le secret de la défense nationale, qui désigne les personnes qualifiées pour les détenir."* [4]

En réalité, les règles fixant les responsabilités en matière de protection du secret ont toujours relevé du seul pouvoir réglementaire, qu'il s'agisse généralement

---

[4] Conclusions Grévisse, *R.D.P., op. cit.*, p. 1009.

d'instructions internes à l'administration non publiées, ou - plus récemment - du décret du 12 mai 1981 (cf. supra - Ière Partie, Chapitre II). Dans l'état actuel du droit positif, c'est, en effet, ce décret qui dispose, dans son article 7 que

> *"Nul n'est qualifié pour connaître des informations protégées s'il n'a reçu une autorisation préalable et s'il n'a été reconnu comme ayant besoin de les connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission. Les décisions d'admission sont prises par le Premier ministre pour les informations Très Secret-défense et par chaque ministre pour les informations Secret-défense et Confidentiel-défense."*

De ce fait, la seule véritable opposition existant aujourd'hui dans le droit positif à l'encontre de la communication de documents secrets à un magistrat ou au membre d'un organisme de contrôle réside dans l'interprétation que l'on peut faire de la formule précitée de l'article 7 selon laquelle il faut pour être qualifié - outre l'autorisation préalable (c'est-à-dire l'habilitation, laquelle peut être accordée au préalable à certains fonctionnaires, élus ou experts) - avoir été "*reconnu comme ayant besoin de les connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission*". Or, à partir du moment où, par exemple, il n'est pas discutable qu'un magistrat saisi d'une affaire dans laquelle interviennent des documents secrets peut avoir besoin dans sa mission de pouvoir les consulter, on peut se demander si cela ne doit pas être suffisant pour lui conférer le "*besoin d'en connaître*" nécessaire. Le raisonnement pourrait être étendu, de la même manière, à tout agent public dont la fonction serait spécifiquement de contrôler les secrets de la défense nationale, à qui il suffirait de recevoir une habilitation générique avant d'entrer en fonction et pour qui le besoin d'en connaître serait présumé acquis dès lors qu'il aurait des requêtes ou des missions de contrôle à effectuer.

§ 2. - *La sauvegarde pratique de la confidentialité durant le processus de contrôle*

Au-delà de l'application des principes de protection du secret, il faut également tenir compte de la nécessité de maintenir effective la confidentialité pendant le contrôle lui-même, tout processus de ce type ayant, en effet, pour conséquence de porter à la connaissance de nouvelles personnes et hors du cadre administratif d'origine, certaines informations ou documents considérés comme potentiellement secrets.

Mais là encore, les solutions pratiques existent. Suivant les cas, plusieurs possibilités peuvent être envisagées. Une première possibilité peut consister dans le déplacement sur les lieux de détention du secret de quelques personnes ayant pour mission d'en prendre connaissance et de faire rapport de leurs conclusions à l'organe de

contrôle qu'ils représentent. Le justice administrative connaît de telles pratiques, puisque - par exemple - les textes qui régissent le fonctionnement des juridictions administratives disposent que

> *"les sous-sections peuvent ordonner toute mesure d'instruction et notamment des visites des lieux et des enquêtes dont elles chargent soit l'un ou plusieurs de leurs membres soit l'un ou plusieurs membres d'un tribunal administratif désignés par le président de ce tribunal.* " [5]

et qu' "*un conseiller peut être commis par le tribunal administratif pour procéder à toutes mesures d'instruction autres que celles prévues aux sections I à V du présent chapitre.* " [6]

De même, les textes fondateurs ou la pratique de plusieurs autorités administratives indépendantes ont organisé la possibilité pour des membres de ces institutions de se faire communiquer, dans des formes respectant la confidentialité, certains éléments secrets. Nous avons vu précédemment (cf. IIIème Partie, Chapitre II) que cela était explicite dans la loi du 6 janvier 1978 (article 5), implicite dans celle du 10 juillet 1991 (articles 13 et 16) et qu'en dehors de toute obligation légale, une pratique s'était établie entre la C.A.D.A. et le Gouvernement tendant à ce qu'un agent de la commission puisse accéder à tout ou partie des documents confidentiels dont l'administration refuse la communication.

En ce qui concerne la justice pénale, rappelons également que l'article 698-3 du code de procédure pénale prévoit que, lorsque la justice est amenée à constater des infractions ou à rechercher des personnes ou des objets relatifs à ces infractions à l'intérieur des établissements militaires,

> *"Le procureur de la République, le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire veillent, en liaison avec le représentant qualifié de l'autorité militaire, au respect des prescriptions relatives au secret militaire.* "

---

[5] Article 37.1 du décret du 30 juillet 1963 modifié.

[6] Article R.182 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Le professeur Olivier Gohin remarque, d'ailleurs, à propos de cette disposition - et pour le déplorer - que *"la vérification de documents administratifs échappe à toute procédure contradictoire"* (O. Gohin, *op. cit.*, p. 274).

Une seconde solution consiste, pour les juridictions, à utiliser les règles de procédures permettant de restreindre la publicité des débats [7]. Pour les juridictions administratives, la situation est simplifiée par le fait que la jurisprudence n'a pas imposé, de manière générale et absolue, la publicité des audiences [8]. Même si des textes ont établi la publicité des audiences de la plupart des juridictions administratives généralistes, tels les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et les formations de jugement du Conseil d'Etat [9] (ce qui revient - en pratique - à permettre la publicité de l'essentiel des affaires administratives contentieuses), l'exclusion de la publicité des audiences des juridictions administratives pour certaines affaires intéressant le secret de la défense nationale ne rencontre donc aucun obstacle juridique fondamental.

Pour l'ensemble des juridictions, il est d'ailleurs possible de se référer aux stipulations de l'article 6.1. de la convention européenne des droits de l'homme selon lequel il peut être dérogé au principe de publicité des débats judiciaires,

> *"dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice."*

Sous-Section II. - Concilier contrôle et prérogative discrétionnaire de l'Etat

Au-delà de l'impératif de confidentialité, l'exercice d'un pouvoir de contrôle effectif et indépendant sur la pratique gouvernementale du secret se heurte à une seconde exigence : celle de ne pas réduire à néant le droit naturel de l'Etat d'exercer, d'une manière discrétionnaire, les prérogatives qu'implique nécessairement toute action touchant à la sécurité nationale et aux intérêts fondamentaux de la nation.

---

[7] Sur les possibilités de secret dans la phase de jugement devant les juridictions judiciaires, cf. Roger Merle, "Le secret et la procédure en droit français", *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le secret et le droit*, Tome XXV, Dalloz, 1974, pp. 764-766.

[8] *"La publicité des audiences n'est exigée devant les juridictions administratives, qu'à la condition qu'un texte législatif ou réglementaire impose l'observation de cette règle de procédure"* (C.E., 25 juin 1948, *Brillaud*, Rec. 292). Et le Conseil constitutionnel a confirmé que la publicité des débats n'était pas un principe général du droit applicable en toute matière et devant toute juridiction (C. C., 8 novembre 1988).

[9] Sur ces points, cf. notamment R. Chapus, *op. cit.*, p. 697.

Dans ces matières, en effet, la nature des risques et des intérêts en jeu fait que la jurisprudence et la doctrine ont toujours reconnu à l'autorité gouvernementale des prérogatives particulières. Traditionnellement, les impératifs d'ordre public, de défense nationale confèrent à l'administration l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et la possibilité de déroger - dans des limites fixées et contrôlées par le juge - à l'application de certains principes généraux du droit ou de certaines libertés publiques [10].

Il est donc indispensable qu'un éventuel contrôle ne conduise pas à la négation pure et simple de ces prérogatives régaliennes et à une immixtion caractérisée du pouvoir judiciaire dans la sphère exécutive, ce qui constituerait une atteinte directe à la séparation des pouvoirs, telle qu'elle est comprise par la tradition juridique française. Le problème s'apprécie différemment suivant que l'on se trouve devant les juridictions répressives (§ 1.) ou administratives (§ 2.).

§ 1.- La situation devant les juridictions répressives

En ce qui concerne une éventuelle extension du contrôle par la juridiction pénale, le risque d'immixtion sur les prérogatives régaliennes nous paraît faible. En effet, qu'il s'agisse d'apprécier au fond l'existence d'une infraction ou de se prononcer sur une exception d'illégalité [11], le juge pénal ne peut prendre aucune décision qui aurait pour conséquence d'obliger l'Etat à révéler une information qu'il considérerait - à tort ou à raison - comme secrète. Le seul cas de figure qui demeure plus délicat reste celui - évoqué précédemment - des mesures d'instruction pouvant concerner des informations secrètes. Examinons donc successivement ces deux aspects du travail du juge : le jugement au fond et les mesures d'instruction.

Dans son travail de jugement au fond, le juge pénal se contente de sanctionner les éventuelles infractions commises par les justiciables. Dès lors qu'il considérerait,

---

[10] En période de conflit, le Conseil d'Etat a admis, notamment, que *"les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose (...) ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses"* (C.E., 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 208, *S.*, 1918-1919.3.33, note Hauriou ; *R.D.P.*, 1919.338, note Jèze). Mais dans son article sur le secret, Jean-Claude Séché laisse entendre que cette jurisprudence relative à l'état de guerre, pourrait servir de justification à certaines dérogations dès le temps de paix : il cite, par exemple, l'exemption du contrôle de la commission consultative des marchés pour les marchés portant sur des prestations secrètes (cf. Jean-Claude Séché, "L'intérêt public et le secret en régime démocratique", *Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Clermont-Ferrand*, Dalloz, 1964, p. 43).

[11] Le juge judiciaire est compétent pour apprécier la légalité de tout acte administratif, réglementaire ou individuel, portant atteinte à la liberté individuelle (Cass. Crim., 25 avril 1985, *Bodgan Vuckovic*, *D.* 1965, p. 329, conclusions Dontenwille). Cet arrêt a rompu avec la jurisprudence antérieure établie par l'arrêt *Dame Le Roux*, Cass., 21 décembre 1961.

après examen approfondi, que le document ou l'information faisant l'objet des agissements incriminés ne constituait pas un secret de défense (ou, plus largement, n'était pas telle que sa divulgation porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation) et que la décision de protection prise à son égard n'était pas légalement justifiée, la seule conséquence juridique qu'il en tirerait serait de prononcer un non-lieu ou, ultérieurement, de relaxer le prévenu.

En acceptant que le juge pénal contrôle de manière directe la consistance des secrets faisant l'objet d'infraction, l'Etat ne risque donc pas de voir réellement remis en cause la plénitude de ses attributions. Tout au plus, une décision de non-lieu ou de relaxe peut-elle porter une préjudice moral au crédit de l'Etat.

Concernant le problème de l'accès au secret du juge durant la phase d'instruction, le problème paraît plus complexe dans la mesure où le magistrat instructeur peut être amené à vouloir obliger l'administration à produire dans la procédure un document ou une information qu'elle considère comme secrète. Mais comme nous l'avons vu précédemment, il nous semble qu'il existe dans la procédure pénale (ne serait-ce qu'au niveau d'une application stricte du secret de l'instruction) les moyens d'assurer une confidentialité renforcée de l'instruction et du jugement, de nature à empêcher que cet accès du juge au secret ne débouche sur une divulgation forcée du secret. Dès lors, il nous paraît que les instruments existent pour qu'un contrôle puisse s'exercer au niveau même de l'instruction, sans que soient mises en cause et en échec les prérogatives régaliennes de l'Etat.

§ 2. - *La situation devant les juridictions administratives*

Face au juge administratif, la conciliation entre contrôle et respect des prérogatives régaliennes paraît plus délicate, étant donné que le juge administratif a pour fonction d'apprécier la légalité des actes du Gouvernement et d'en censurer, le cas échéant, l'action.

Néanmoins la jurisprudence administrative a élaboré des outils permettant de concilier ces deux exigences apparemment contradictoires du contrôle et des prérogatives de puissance publique.

Lorsque l'Etat agit dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, il possède seul le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une mesure, dès lors que les éléments de légalité externe sont respectés, qu'il n'y a pas de détournement de pouvoir et qu'il n'a commis aucune erreur de droit ou de fait.

Encore faut-il cependant que cette décision discrétionnaire fasse grief et ne soit pas un simple acte déclaratif, auquel cas le juge n'aurait plus aucune compétence contentieuse. Nous pensons que tel n'est pas le cas ici en ce qui concerne les décisions entourant la mise en oeuvre du secret de défense (à savoir les décisions de classification d'une information, les décisions d'admission d'une personne à l'accès à ces informations classifiées, ou encore les mesures de police pouvant être prises pour permettre la garantie du secret). En ce qui concerne les décisions d'admission (ou de refus d'admission) d'une personne au secret, de nombreuses décisions témoignent de leur caractère d'actes soumis au contrôle du juge de l'excès de pouvoir [12]. Il en va de même pour les mesures de police administrative qui sont toujours soumises au contrôle du juge administrative quelque soit la nature de l'objectif d'ordre public qui les motive (la protection de la défense nationale en fait incontestablement partie). Quant aux décisions de classification, si aucune décision de jurisprudence n'a directement statué sur ce point, il nous semble qu'il s'agit là aussi d'un acte ayant des conséquences juridiques importantes (du fait notamment qu'il s'agit d'un secret réel qui impose des obligations à toute personne l'ayant en sa possession) et qui peut s'assimiler à d'autres types de décisions administratives dont le juge a déjà reconnu le caractère d'actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir, tels que le "fichage" d'une personne dans un fichier [13].

Dès lors donc que les décisions discrétionnaires relatives à la protection du secret sont attaquables devant le juge administratif, deux types de moyens peuvent, seuls, être invoqués à l'encontre d'une éventuelle décision de classification abusive d'une information ou d'un document :

- le requérant peut soulever le moyen du détournement de pouvoir, dès lors qu'il a des indices sérieux lui permettant de croire que l'invocation injustifiée du secret de défense a été faite par le Gouvernement dans un but autre que celui officiellement annoncé (par exemple, pour couvrir un erreur de l'administration, ou un choix politique, ...) [14];

---

[12] Cf. notamment parmi les décisions précédemment citées *Pruja*, *Pourbagher*, *Rajaoferison*, *Duffourg*.

[13] CE, Ass., 13 février 1976, *Deberon*, Rec. 100, J.C.P., 1976.II.18383, concl. Guillaume, note Gallouenec-Genuys & Maisl.

[14] On peut établir un parallèle avec la manière dont le Conseil d'Etat a, dans une matière concernant la sûreté de l'Etat, censuré le détournement de procédure commis en utilisant l'article 10 du code d'instruction criminelle pour effectuer une saisie qui présentait - en réalité - un caractère administratif (C.E., 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France Editions et Publications*, Rec. 412, *R.D.P.*, 1960.815, concl. Heumann ; cf. supra - IIIème Partie, Chapitre Ier).

- il peut également invoquer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, invitant ainsi le juge administratif à ne sanctionner la mesure que si elle comporte des éléments manifestement excessifs.

Les deux moyens, qui permettent au juge d'assurer un contrôle minimum sur un acte discrétionnaire, sont d'ailleurs proches, ainsi que le soulignait M. Braibant :

> *"La censure du détournement de pouvoir a pour objet de soumettre l'administration à un minimum de moralité administrative et de lui interdire d'utiliser ses pouvoirs à des fins étrangères à l'intérêt général. De même la censure de l'erreur manifeste a pour objet d'imposer aux autorités administratives le respect d'un minimum de logique et de bon sens."* [15]

Dans ces conditions, reconnaître au juge administratif une possibilité de contrôle sur la pratique administrative du secret de défense comporterait - certes - un risque de remise en cause de la liberté d'appréciation de l'administration en la matière, mais un risque limité, puisque

- le juge n'exerce qu'un contrôle restreint et ne peut sanctionner l'administration que dans des cas extrêmes ;

- même en cas de censure de la décision de classification, le juge administratif ne peut pas adresser d'injonctions à l'administration et ne peut donc pas l'obliger à rendre public et communicable le document ou l'information concernée [16].

SECTION III. - Un contrôle du secret qui pourrait être aménagé dans le cadre des institutions existantes

Cette rapide analyse des contraintes qui s'imposent à toute forme de contrôle juridictionnel de l'usage du secret de défense par l'Etat, nous montre que les obstacles

---

[15] Conclusions Guy Braibant sous C.E., 13 novembre 1970, *Lambert* (Pour une critique de la notion de *"moralité administrative"* appliquée au détournement de pouvoir, cf. André de Laubadère, Jean-Claude Venezia & Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif, Tome 1*, 12ème édition, L.G.D.J., 1992, n° 721, p. 476).

[16] *"L'absence de pouvoir d'injonction attribué au juge administratif n'est pas seulement déplorée dans le domaine du droit à l'information. Mais ce droit nouveau, qui met en place une procédure complexe pour l'accès aux documents administratifs, se caractérise par le fait qu'à aucun moment de cette procédure, les institutions de contrôle ne peuvent utiliser des mesures de contrainte à l'égard de l'administration"* (R. Letteron, *op. cit.*, p. 641). Sur le refus du Conseil d'Etat d'enjoindre à l'administration de communiquer un document, cf. par exemple, C.E., 26 mars 1982, *Tonnis*.

à l'encontre d'un tel contrôle ne sont pas insurmontables : le maintien de la confidentialité impose certainement la mise en oeuvre de mesures procédurales particulières, mais qui, pour l'essentiel, existent déjà ; de même, ce contrôle ne devrait apporter qu'une entrave très supportable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Mais si le principe nous semble acquis, il reste à imaginer les modalités pratiques de ce contrôle, et particulièrement d'envisager quelques institutions seraient en mesure d'y participer. Devant la carence, structurelle et vraisemblablement durable, du dispositif parlementaire français en cette matière, la conciliation adéquate entre les exigences de sécurité et celles d'un ordre juridique libéral exige qu'un contrôle efficace et responsable de l'usage du secret de la défense nationale soit assuré en dehors du seul Parlement. Pour l'essentiel, deux solutions sont donc envisageables : le recours aux juges de droit commun (pénal et administratif, chacun dans leur domaine d'intervention) (§ 1.) ; l'intervention d'une autorité administrative indépendante (§ 2.).

§ 1. - Le contrôle par les seuls juges de droit commun

La tradition française du droit public désigne tout naturellement le juge judiciaire - garant de la liberté individuelle - et le juge administratif - censeur à la fois vigilant sur les libertés et soucieux des prérogatives de l'Etat - pour être les acteurs d'un tel contrôle du secret.

Il suffirait pour ce faire que ces deux ordres de juridiction fasse évoluer en parallèle, et en exerçant l'un sur l'autre une mutuelle influence [17], leurs propres jurisprudences, afin de se reconnaître dorénavant compétents pour prendre directement connaissance des secrets de défense, à charge pour eux de prendre des mesures procédurales permettant le respect de la confidentialité. Cela reviendrait, en quelque sorte, à faire aujourd'hui ce que le Tribunal administratif de Caen avait tenté - sans succès - de mettre en oeuvre en 1955 dans le dossier *Coulon*. Cette hypothèse qui - nous avons tenté de le montrer - ne rencontrerait pas de difficultés juridiques majeures, aurait néanmoins le handicap de créer une tension entre la justice et les services gouvernementaux et il faudrait, vraisemblablement, que se déroule une longue période

---

[17] On a longtemps sous-estimé les possibilités d'influence réciproque des juridictions administratives et judiciaires. Pourtant, l'on découvre - dans le cadre de cette symbiose des droits publics et privés que présentait J. Habermas (cf. supra - Introduction générale) - l'existence de telles influences. Sur l'influence, particulièrement importante ici, du droit pénal sur la juridiction administrative, cf. une récente thèse : Georges Dellis, *Droit pénal et droit administratif - L'influence des principes du droit répressif sur le droit administratif*, Thèse, dactylogr., Paris II, juillet 1994.

avant que le principe de cet accès du juge au secret ne rentre définitivement dans les moeurs.

C'est pourquoi l'on peut être tenté de suivre la voie que notre histoire législative récente nous indique, à savoir une solution de substitution par la voie des autorités administratives indépendantes, soit qu'elles exercent seules ce pouvoir de contrôle para-juridictionnel, soit plutôt que leur intervention se combine avec celle du juge administratif.

§ 2. - *Un contrôle impliquant une autorité administrative indépendante*

L'implication d'une autorité administrative indépendante [18] n'est nullement rendue nécessaire juridiquement et il est clair qu'un membre d'un tel organisme ne présente aucune garantie de discrétion, de loyalisme ou de compétence supérieure à celles d'un magistrat professionnel.

Pour autant, cette solution présente l'avantage d'être sans doute moins difficile à faire admettre par les services de l'Etat et plus apte à permettre une évolution en douceur des mentalités dans ce domaine sensible.

Pour notre part, il nous semble, en effet, que la solution optimale serait celle d'une collaboration de l'autorité indépendante avec le juge, allant ainsi dans le sens de ce que suggérait le professeur Roseline Letteron en matière de droit de l'information [19]. Moins ambitieuse que celle prévoyant le contrôle direct par le juge, cette solution viserait simplement à permettre à celui-ci - sans avoir directement accès au secret - de disposer d'un avis objectif indépendant sur la réalité du secret invoqué. L'autorité en question serait ainsi chargée d'être entre l'administration et la justice le garant de l'usage légitime du secret de défense et de ses règles de protection. Cette situation aurait, par ailleurs, l'avantage d'être facilement compatible avec une éventuelle mise en oeuvre du contrôle des activités de renseignement.

Ce qui est contestable, en effet, dans la situation actuelle est moins le fait que le magistrat n'accède pas directement au secret que le fait qu'il soit obligé de prendre des décisions juridiquement importantes (liberté d'une personne, légalité d'un acte, ...) sur la seule base d'informations non contradictoires et incontrôlables fournies

---

[18] Sur la notion d'autorité administrative indépendante, cf. notamment, Claude-Albert Colliard & Gérard Timsit (sous la dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F., 1988 ; Michel Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1991 ; Paul Sabourin, "Les autorités administratives indépendantes : une nouvelle catégorie", *A.J.D.A.*, 1983.

[19] R. Letteron, *op. cit.*, pp. 568-569.

unilatéralement et parcimonieusement par le Gouvernement. L'indépendance de la justice et de ces décisions est, par là, menacée et la séparation des pouvoirs affaiblie (puisque c'est, pour l'essentiel, l'exécutif qui, en cette matière, fixe les normes, les exécute et donne au magistrat les éléments qui fonderont son jugement).

Tout dispositif qui donnerait une garantie d'impartialité à l'avis fourni au juge sur le caractère secret d'une information ou d'un document constituerait, nous semble-t-il, un avancée considérable. C'est pourquoi nous proposons de confier à une instance administrative indépendante la responsabilité d'apprécier, à la demande du juge, la consistance des secrets de défense mis en cause ou faisant l'objet de procédures juridictionnelles, tant pénales qu'administratives.

Cette instance de contrôle devrait être dotée par la loi des pouvoirs les plus étendus lui permettant d'accéder au secret - ainsi que c'est le cas pour certains membres de la C.N.I.L. - sans qu'aucune institution publique ne puisse s'y opposer. En contrepartie, son recrutement et son fonctionnement seraient entourés de toutes les précautions nécessaires au maintien d'une confidentialité absolue (habilitation, locaux protégés, ...).

Lorsqu'une juridiction serait saisie d'un dossier comportant des aspects couverts par le secret de la défense nationale, l'instance de contrôle serait chargée de se faire donner l'accès par l'autorité gouvernementale concernée à l'ensemble des informations ou des documents classifiés et de requérir les motifs ayant entraîné leur classification.

L'avis formulé à l'issue de cette vérification serait transmis au magistrat. Il remplacerait, devant les juridictions répressives, l'avis gouvernemental usuellement demandé au S.D.G.N. et, devant la juridiction administrative, fournirait au juge un élément d'appréciation lui permettant de trancher sur la légalité d'une décision de classification ou le caractère communicable d'un document.

La nature de cette intervention par un organe indépendant pourrait être proche de celle d'une simple mesure d'expertise portant sur la matérialité des faits (existence d'informations secrètes, caractère sensible de leur contenu, existence de mesures de protection prises pour protéger la confidentialité) [20].

---

[20] On sait, en effet, qu'une mesure d'expertise doit se limiter à *"l'examen de questions d'ordre technique"* (article 158 du Code de procédure pénale) et en rester à l'examen des faits sans trancher des questions de droit. De même, l'expertise est normalement contradictoire (c'est-à-dire, effectuée en présence des parties). On connaît cependant une exception à cette règle lorsque le secret médical est en jeu (cf. O. Gohin, *op. cit.*, p. 266 ; en matière de procédure pénale : Cass. Crim., 15 février 1967, Bull. n° 67). Il est donc possible d'imaginer par parallélisme qu'une mesure assimilable à une expertise sur des éléments couverts par le secret de défense puisse déroger à l'exigence de contradiction, dès lors, au minimum, que ces résultats seraient

Si une telle structure se mettait en place, il faudrait déterminer si elle pourrait être compétente pour apprécier la valeur des éléments que l'administration refuserait de communiquer en cours de procédure à un magistrat. Il serait logique d'imaginer que cette instance puisse le faire sans pour autant qu'elle ait le pouvoir d'obliger le Gouvernement à divulguer - au-delà d'elle-même - des secrets qu'il prétend défendre. Tout au plus pourrait-on concevoir que le magistrat, à qui aurait été opposé un secret jugé infondé par l'autorité de contrôle, puisse faire état de cet avis et en tirer les conséquences de droit nécessaires. Il ne s'agirait pas encore là d'une situation complètement satisfaisante mais tout au moins de l'introduction d'un minimum d'objectivité dans un processus bilatéral ministre/juge jusqu'à présent totalement bloqué.

Même si le développement contemporain de ces autorités peut être critiqué comme une sorte de démembrement de la justice [21], cette forme moderne d'action publique, à mi-chemin entre le contrôle juridictionnel et la *"régulation sociale"*, constituent, en effet, comme le remarque le professeur Maisl, un bon moyen de compléter

> *"les modes traditionnels de protection des libertés qu'assurent le Parlement, le juge, les associations ; elles les complètent dans des secteurs comme les nouvelles technologies, les relations avec l'administration ou l'économie où sont en cause des jeux de pouvoirs. Dans ces secteurs, protection des libertés et régulation sociale sont indissociables."* [22]

Elles peuvent notamment y exercer un pouvoir de négociation important, y compris dans le domaine du secret de défense [23]. Parmi leurs avantages, on peut citer la possibilité de mêler dans leur recrutement des professionnels du contrôle (magistrats, auditeurs, corps d'inspection) et des hommes issus du milieu concerné (en l'occurrence, ce pourrait être des hauts fonctionnaires détachés du ministère de la défense, des affaires étrangères et de l'intérieur).

L'exemple de la création de la C.N.C.I.S. en matière d'écoutes téléphoniques nous paraît prouver qu'il est possible de mettre en place une telle instance dans des

---

portées à la connaissance des requérants qui auraient la possibilité de les discuter devant la juridiction concernée.

[21] J.-M. Varaut, *op. cit.*, pp. 154-157.

[22] Herbert Maisl, "Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ?", in C.-A. Colliard & G. Timsit, *op. cit.*, p. 75.

[23] Sur le pouvoir de négociation de la C.N.I.L. avec le Gouvernement en matière de secret de défense, cf. R. Letteron, *op. cit.*, p. 571.

domaines très sensibles. L'activité de cette commission, instaurée par la loi de juillet 1991 (cf. supra - IIIème Partie, Chapitre II) concerne, en effet, tant le secret de défense que la protection de la vie privée [24]. Reste à savoir si cette autorité chargée du contrôle du secret devrait être une autorité distincte de celles déjà existantes ou si cette mission pourrait être confiée à l'une d'entre elles.

La question est liée, selon nous, à l'étendue de la responsabilité qui lui serait conférée. S'il s'agissait de la fonction de contrôle de l'existence du secret de défense à l'occasion des procédures juridictionnelles, ainsi que nous l'avons décrit plus haut, il serait possible d'imaginer que cette fonction pourrait être confiée, par exemple, à la C.A.D.A.. Il conviendrait seulement de prévoir législativement que la C.A.D.A. possèderait une formation *ad hoc*, formée de membres habilités au *Secret-défense*, à laquelle l'accès au secret serait de droit dans certaines conditions de saisine. Le recours à la C.N.I.L., bien que dotée de pouvoirs supérieurs en ce domaine et de la prééminence reconnue par l'arrêt Bertin, ne nous semble pas pertinent, sauf à en faire l'autorité unique de contrôle du droit à l'information, ce qui nécessiterait une réforme législative et institutionnelle d'une toute autre ampleur que ce qui est évoqué ici.

A l'inverse, on peut également imaginer que parallèlement ou à terme rapproché soit mis en oeuvre un contrôle complémentaire de l'activité des services de renseignement et de contre-espionnage, dont nous avons vu précédemment (cf. supra - IIème Partie, Chapitre Ier) qu'ils sont entrés désormais dans une période de turbulences et de remise en cause de leur structure et de leurs modes de fonctionnement et de coordination. Si le contexte politique paraissait mûr pour l'institution d'un tel contrôle, il serait alors logique de confier à la même instance les deux fonctions (étant donné que, fréquemment, le contrôle des services débouche sur celui du secret qu'ils revendiquent et utilisent). La C.N.C.I.S. serait, sans doute, alors l'institution la mieux placée pour devenir la structure d'accueil d'une telle autorité de contrôle des pratiques clandestines du renseignement et du secret.

Nous ne saurions aller plus loin, dans un tel exercice de prospective, mais nous voulions simplement montrer que la mise en oeuvre d'un contrôle de la pratique du secret de la défense nationale ne soulèverait pas des difficultés insolubles sur le plan des institutions à impliquer dans le processus. Etant donné la complexité des problématiques, du degré élevé de confiance qu'il serait nécessaire de susciter, nous croyons qu'il y aurait intérêt à concevoir de manière pragmatique un tel dispositif de

---

[24] Cf. les deux premiers rapports de la Commission Nationale des Interceptions de Sécurité, *Premier rapport d'activité, 1991-1992*, Documentation Française, 1993 ; *Deuxième rapport d'activité, 1993*, Documentation Française, 1994 ; nos commentaires in *Droit et Défense*, 93/2, p. 48 et 94/3, p. 47.

contrôle en s'appuyant d'une part sur la collaboration étroite entre les juges et une autorité indépendante et d'autre part, de choisir cette dernière parmi de celles qui ont déjà acquis une expérience et une légitimité sur le terrain du droit à l'information.

En mettant en oeuvre un tel système de contrôle, notre droit et nos institutions relèveraient le défi de la confrontation des impératifs du secret étatique avec les exigences de la société d'information. Cela concrétiserait l'élan de modernisation juridique entrepris dans ce domaine par le nouveau Code pénal et qui, faute de structures juridictionnelles adaptées à l'enjeu, risque de ne jamais trouver une traduction jurisprudentielle adéquate.

Cela permettrait, enfin, de constituer - au fil d'une jurisprudence progressivement élaborée - un domaine du secret de la défense nationale limité à l'essentiel mais exempt de toute suspicion et de lui assurer ainsi une légitimité définitive face aux principes concurrents du droit à l'information.

B. W.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I. OUVRAGES

Jean-Pierre Alem, *L'espionnage et le contre-espionnage*, PUF, 1980.

Philippe Bernert, *Roger Wybot et la bataille pour la D.S.T.*, Presses de la Cité, 1975.

Jean-Denis Bredin, *L'Affaire*, réedition Presses Pocket, 1985.

Antony Cave Brown, *Bodyguard of Lies*, Harper & Row, New York, 1975, traduction française : *La guerre secrète - le rempart des mensonges*, Pygmalion/Gérard Watelet, 1981.

Pierre Boutang, *Ontologie du secret*, PUF, 1973, réédition : 1988.

Marcel Chalet et Thierry Wolton, *Les visiteurs de l'ombre*, Grasset, 1990.

Bernard Chantebout, *L'organisation générale de la Défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, L.G.D.J., 1967.

Bernard Chantebout, *De l'Etat - une tentative de démythification*, CLE, 1975.

Bernard Chantebout & Bertrand Warusfel (sous la dir.) *Le contrôle des exportations de haute technologie vers les pays de l'Est*, Masson, 1988).

Association Henri Capitant, *Le secret et le droit*, Tome XXV, Dalloz, 1974.

Jacques Daumard, *Les marchés industriels des départements de la défense nationale - Contribution à la théorie générale des marchés*, L.G.D.J., 1963, p. 122.

Henri Debrun, *Le secret de défense, concept à l'image de son temps*, Rapport de stage. DESS de défense, Université Paris II, année 1984-1985.

Alain Dewerpe, *Espion - Une anthropologie historique du secret d'Etat contemporain*, Gallimard, 1994.

Jean Dolent & Thomas Daquin, *La sécurité militaire*, Editions du Cerf, 1981.

Roger Faligot & Rémi Kauffer, *Histoire mondiale du renseignement* (2 tomes), Robert Laffont, 1993/1994.

Roger Faligot & Pascal Krop, *La Piscine - Les services secrets français*, 1944-1984, Le Seuil, 1985.

Lieutenant A. Froment, *L'espionnage militaire - Les fonds secrets de la guerre et le service des renseignements en France et à l'étranger*, Editions F. Juven, Paris, 1897.

Françoise Gallouedec-Genuys & Herbert Maisl, *Le secret des fichiers*, IFSA, Cahier N° 13, Edition Cujas, 1976.

Olivier Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J., 1988.

Jean Guisnel et Bernard Violet, *Services secrets - Le pouvoir et les services de renseignement sous François Mitterrand*, La Découverte, 1988.

Louis Gondre, "Le secret de la défense nationale", *Cours de perfectionnement des officiers de réserve de la justice militaire*.

Jürgen Habermas, *Struckturwandel der öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, traduction française : *L'espace public*, réédition Payot, 1992.

Morton H. Halperin & Daniel N. Hoffman, *Top Secret - National Security and the Right to Know*, New Republic Books, Washington DC, 1977.

Georges Herrmann, *Guide pour la sécurité industrielle - guide à l'usage des agents de sécurité responsables de la protection du secret dans les marchés classés de Défense nationale*, chez l'auteur, mars 1984.

Jacques Leauté (publié par), *Secret militaire et liberté de la presse - étude de droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et pénitentiaires de Strasbourg, Presses Universitaires de France, 1957.

Roseline Letteron, *L'administré et le droit à l'information*, thèse dactylogr., Université de Paris X, 1987.

Eric Meillan, *La sécurité des systèmes d'information - les aspects juridiques*, Hermès, 1993.

R. Mennevée, *L'espionnage international en temps de paix*, tome II, Paris, chez l'auteur, 1929.

Alain-Louis Mie, *L'administration et le droit à l'information - Le secret en question*, Berger-Levrault, 1985

La Nef, dossier spécial "La police en France", n° 14, juin/septembre 1963.

Alain Noyer, *La sûreté de l'Etat (1789-1965)*, LGDJ, 1966.

Paul Paillole, *Services spéciaux (1935-1945)*, Robert Laffont, 1975.

Pierre Péan, *Secret d'Etat - La France du secret, les secrets de la France*, Fayard, 1986.

Roger Pinto, *La liberté d'opinion et d'information*, Domat Monchrestien, 1955.

Roger Pinto, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Economica, 1984.

Clive Ponting, *The Right To Know - The Inside Story of the Belgrano Affair*, Sphere Books Ltd, Londres, 1985.

Jean Rivero, *Libertés publiques*, (2 tomes), PUF, 1983/1984.

Jacques Robert (sous la dir.) *Etude de droit interne sur les notions de secret de défense et de patrimoine national et les règles de protection qui leur sont applicables*, (étude non publiée), S.G.D.N., janvier 1983.

Jean Rochet, *Cinq ans à la tête de la D.S.T. - 1967-1972, la mission impossible*, Plon, 1985.

Jean-Jacques Rodilla, *Protection du secret de défense nationale*, mémoire de DESS de Défense nationale, Université de Nice, 1979.

Jean-Claude Roqueplo, *Le statut des militaires*, La Documentation française, Notes et études documentaires, n° 4503, janvier 1979.

Michel Sénéchal, *Droits politiques et libertés d'expression des officiers des forces armées*, L.G.D.J., 1964.

Georg Simmel , *Secret et sociétés secrètes, réédition française* : Circé, 1991.

J. W. Thompson & S. K. Padover, *L'espionnage politique en Europe de 1500 à 1815*, Payot, 1938.

Malcolm Turnbull, *The Spycatcher Trial*, Heinemann Ltd, Londres, 1988

Alvin & Heidi Toffler, *War and Anti-war*, Little, Brown & Co, New-York, 1993, traduction française : *Guerre et contre-guerre - Survivre à l'aube du XXIème siècle*, Fayard, 1994.

Stanfield Turner, *Secrecy and Democraty - The CIA in Transition*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1985.

Eugène Vaillet, *Le cabinet noir*, P.U.F., 1950.

Jean-Marc Varaut, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991.

F. W. Winterbotham, *The Ultra Secret*, Weidenfeld & Nicholson, Londres, 1974, traduction française : *Ultra*, Robert Laffont, 1976.

David Wise, *Molehunt - The Secret Search for Traitors that scattered the CIA*, 1992, en français : *La stratégie du soupçon - enquête sur la paranoïa de la CIA*, Plon, 1994.

II. ARTICLES

Colonel Achard-James, "La conservation du secret militaire", *Revue militaire d'information*, n° 171, 10 avril 1951, p. 25.

Chantal Arens, "Les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications - Le nouveau régime des écoutes téléphoniques", Juris PTT, *Ministère des Postes & Télécommunications, n° 25*, 3ème trimestre 1991, p. 25).

Assemblée de l'Union de l'Europe Occidentale, "Les parlements et les achats militaires", rapport présenté au nom de la Commission des questions de défense et des armements par M. Maggioni, 25ème session ordinaire (1ère partie), document n°807, 22 mai 1979.

Pierre Azoulay, "Les archives", *Bulletin de l'Armement*, avril 1983, p. 89 et s..

Général de Barry, "Les limites du secret scientifique", *La Recherche*, n° 151, janvier 1984, pp. 123 à 127.

Jean-Pierre Bansard "La protection du patrimoine scientifique et technologique national : de la théorie à la pratique d'hier à aujourd'hui" in Bertrand Warusfel (sous la dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, Centre Droit et Défense/Documentation Française, 1993, p. 101.

Jean Beauté, "Liberté de la presse et sécurité nationale : à propos de l'arrêt de la Cour Suprême relatif aux documents du Pentagone", *Revue du Droit Public*, Tome XC, 1974, n°3, p. 721 et s.

Chef d'escadron Bicail, "La notion du secret de défense nationale en droit français", *Revue d'Etudes et d'informations de la Gendarmerie Nationale*, juillet 1983, p.4.

A. du Cheyron, "Les secrets de la Défense nationale", in P. Lagarde et Y. Loussouarn (sous la direction de), *L'information en droit privé - Travaux de la conférence d'agrégation*, L.G.D.J. 1978, p. 553.

Jean-Pierre Chrétien-Goni, "*Institutio arcanae* - Théorie de l'institution du secret et fondement de la politique" in Christian Lazzeri & Dominique Reynié (éd.), *Le pouvoir de la raison d'Etat*, PUF, 1992, pp. 135 et s..

Simon Cohen, "Le contrôle parlementaire de la politique de défense", *R.D.P.*, 1977, n° 2.

Simon Cohen, "Le contrôle parlementaire de la politique de défense nationale et de l'institution militaire en France et aux Etats-Unis" *in* Lucien Mandeville (sous la dir.), *Le système militaire des Etats-Unis*, Institut d'Etudes politiques de Toulouse, Jean-Pierre Delarge, éditeur, 1976.

Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *1er rapport d'activité 1991-1992*, La Documentation française, 1993.

Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, *2ème rapport d'activité 1993*, La Documentation française, 1994

André Cocatre-Zilgien, "Les difficultés juridiques du contre-espionnage et de la contre-subversion en régime politique libéral", *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, n°1, janvier/mars 1979, p.69 et s..

J. Cochet-Grasset, "Brevets d'invention - défense nationale", *Jurisclasseur Brevets*, fasicule 300, août 1981, p. 4.

Gérard Cohen-Jonathan & Robert Kovar, "L'espionnage en temps de paix", *A.F.D.I.*, 1960, p. 242..

Pierre Coutant, "Législation sur le secret en matière de défense nationale", *Revue administrative*, 1949, p. 257.

Commissariat général du Plan, Rapport du Groupe "Intelligence économique et stratégies des entreprises", (sous la présidence de M. Henri Martre), *Documentation française*, février 1994.

Henri Debrun, "Le secret de défense" in Jacques Robert (sous la dir.) *L'esprit de défense*, Economica, 1987, p. 447.

Guillaume Drago, "Les conventions de recherche passées par le ministère de la Défense", in B. Warusfel (sous la dir.), *Industrie, technologie et défense*, Centre Droit et Défense/Documentation Française, 1993, pp. 65 et s..

Gavin Drewy "The Ponting Case - Leaking in the Public Interest", *Public Law*, été 1985, p. 203 et s.

Bernard Ducamin, L'amélioration des relations entre l'administration et le citoyen dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, *Conférence à l'Institut Hellénique des Sciences Administratives*, Athènes, 11 mai 1984.

Henri Eyraud, "Information ouverte et problème du secret" in FEDN/Centre Droit et Défense/Ecole supérieure de journalisme, *Geostratégie de l'information*, FEDN, 1987, p. 94.

Peter Gilsdorf, "Les réserves de sécurité du Traité CEE à la lumière du Traité sur l'Union européenne", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 374, janvier 1994, pp. 17 à 25.

Jean-Jacques Gleizal, "Le secret dans l'Etat", in Institut de Recherche économique et de planification du développement (IREP-D), *La justice et les fonctions sociales du secret*, Université des Sciences Sociales de Grenoble, 1981 (Nouvelle édition *aux* Presses Universitaires de Grenoble sous le titre *Figures du secret*).

Olivier Gohin, "Les fondements juridiques de la défense nationale", *Droit et Défense*, n°93/1, pp. 4 et s..

Général Roland Guillaume, "La direction de la protection et de la sécurité de la défense - Présentation et missions", *Administration*, n° 154, janvier/mars 1992.

Robert Jourdan, "Les transferts de haute technologie et le droit pénal", *J.C.P.*, 1989.I.3381.

Patricia Kinder, "Sur la liberté de la presse en Grande-Bretagne - de l'affaire Sunday Times à l'affaire Harriett Harman ou les tribulations du contempt of court", *Revue du Droit Public*, 1983, n°2, p. 303.

Miroslav Kovarik, "Un aspect particulier du droit des affaires en France : l'espionnage économique et industriel", *Les Petites Affiches*, n° 84, 14 juillet 1986.

Jean Laveissière, "En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret" *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 192-193.

Jean Laveissière, "Le pouvoir, ses archives et ses secrets (à propos de l'affaire des avions renifleurs)", *Dalloz.*, 1984, XI.67.

Pierre Louisot, "Protection du patrimoine scientifique" *INSERM Actualités*, février 1994.

Paul Masson, Rapport fait au nom de la commission de contrôle des conditions de fonctionnement, d'intervention et de coordination des services de police et de sécurité engagés dans la lutte contre le terrorisme, créée en vertu de la résolution adoptée par le Sénat le 18 novembre 1983, *Document Sénat*, n°322, seconde session ordinaire de 1983-1984, 17 mai 1984.

J.P. Mauriat : "Le contre-espionnage, élément de la défense", *Défense Nationale*, janvier 1967, p. 107.

Ministère de la Justice, Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 relative à son entrée en vigueur, J.O.R.F., fascicule n°200120001, octobre 1993.

Allan Mitchell : "La mentalité xénophobe : le contre-espionnage en France et les racines de l'Affaire Dreyfus", *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, Tome 29, juillet/septembre 1982, p. 489 et s..

Georges Morange, *"Le secret en droit public français"*, D. 1978.1.

James R. Newman, "Control of Information Relating to Atomic Energy", *The Yale Law Journal*, Vol. 56, mai 1947, n° 5, p. 769 et s..

Rémy Pautrat, "Le renseignement aujourd'hui, ou les nouveaux moyens de la puissance", *Le Débat*, janvier-février 1992, p. 156.

Marie-Angèle Perot-Morel, "Défense nationale et brevet d'invention", *Ares - Défense et Sécurité*, 1981, p. 164.

Rapport sur le projet de loi portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique, par M. François Colcombet, Tome I, *Assemblée nationale*, neuvième législature, séance du 26 septembre 1991, document n° 2244, p. 79.

Jean-Claude Séché, "L'intérêt public et le secret en régime démocratique", *Annales de la Faculté de Droit et de Sciences Economiques de Clermont-Ferrand*, Dalloz, 1964, p. 25.

Jean-Claude Sergeant, "Au nom du secret officiel - les suites de l'affaire Ponting en Grande-Bretagne", *Le Monde Diplomatique*, juillet 1985, p. 28.

Adam Tomkins, "Public Interest Immunity After Matrix Churchill", *Public Law*, hiver 1993, pp. 650 et s..

Bertrand Warusfel, "Sécurité informatique et secret de défense", *Défense nationale*, février 1986, p. 87.

Bertrand Warusfel, "Du secret industriel de défense à la protection des intérêts fondamentaux de la nation" in B. Warusfel (sous la dir.), *Industrie, Technologie et Défense*, Centre Droit et Défense/Documentation Française, 1993.

Bertrand Warusfel, "Structures et organisation du renseignement en France", *Droit et Défense*, n° 94/1, janvier 1994, p. 28.

Bertrand Warusfel, "Protection du secret de défense et des informations classifiées dans le nouveau Code pénal", *Droit et Défense*, 94/3, p. 56.

Marc Watin-Augouard, "Défense et réforme du Code pénal", *Droit et Défense*, juin 1993, n°93/1, p. 29.

"The Constitutionality of Press Censorship and Access Denial in Military Operations", *Journal of International Law and Politics*, New-York University, Vol. 17, hiver 1985, n° 2, p. 380.

"La Direction de la surveillance du territoire", *Revue de la Police nationale*, février 1983.

"The Military and State Secrets Privilege : Protection for the National Security or Immunity for the Executive ?", *Yale Law Journal*, n°91, janvier 1982, p. 571 à 573.

INDEX ANALYTIQUE

(les chiffres renvoient aux numéros de page)

Acte de gouvernement 461.462 475

Affaire Dreyfus 121 142.143

Agent dormant 79

Allemagne 119

Annexe de sécurité 274

Archives 216 231 337 406.410

Armement 23.24 108.112 116 120.121 259.264 271

Attestation de responsabilité 228.229

Australia Group 265

Autorités administratives indépendantes 490.494

Avis de sécurité 223 400.401

Avis gouvernemental 451.458

Besoin d'en connaître 59 225.228

Brevet d'invention 109.119

B.C.R.A. 149.150

Certificat d'obtention végétale 110

Classification	46 49.50 53 55 58.61 156 198.217 346 399
Comités secrets	436.438
Commission d'enquête	440.443
Communication des documents administratifs	99.101 129.135 396.401 467.472
Confidentialité de la procédure juridictionnelle	118 483.484
Confidentiel Industrie	208
Confidentiel-défense	200 325
Contre-espionnage	12
(Fonctions du) contre-espionnage	137.197 164.167
Contrôle des services de renseignement	480
Contrôle du secret	478.494
Contrôle parlementaire	435.448
Convention de recherche	275
Convention européenne des droit de l'homme	95
Coordination des services	192.196 160.164
Cour des comptes	333.336 442
Cour européenne des droits de l'homme	479
CO.COM.	264.267
Critère de nationalité	428.431
Cryptologie	46 261 296.300

C.A.D.A. 364, 397.401, 490.494

C.C.A.G. 271.274

C.E.A. 185.188

C.I.E.E.M.G. 262.264

C.I.R. 192

C.N.C.I.S. 364.366, 390.394, 490.494

C.N.I.L. 373.394, 490.494

Déclassification 213.214, 345, 362

Défense civile 89, 106.107

Défense économique 90

Défense nationale 52, 82.98

Désinformation 81, 125

Diffusion restreinte 206.208

Discipline 229.235

Discrétion professionnelle 232

Données sensibles 383.385

Droit à l'information 16, 19.20

Droit communautaire 424.433

Droit d'accès 378.383

Droit international 13

Droit syndical 420.424

Droit syndical (Royaume-Uni) 421.422

Droits de l'homme 317.323, 371

D.G.E.R. 152.153

D.G.S.E. 183.185, 196, 377

D.I.S.S.I. 188, 301

D.P.S.D. 156.157, 179.183, 222, 376

D.S.T. 104.106, 152.153, 173.179, 223, 376

Ecoutes téléphoniques 364.367, 385.394

Enquête publique 410.412

Espionnage ouvert 43, 78

Etablissement à régime restrictif 247.250

Etats-Unis 44.47, 167.170, 204, 342.349

Exportation d'armement 108.109

Exportations illicites 361.363, 367.369

Fichier 53

Fichiers des R.G. 373.394, 380.382

Fraude informatique 309.311

Freedom of Information Act (Etats-Unis) 396

"Fuites" gouvernementales 328.329

G.I.C. 385.387

Habilitation 217.225, 414.433, 481.482

Habilitation (ministres et élus) 225

Habilitation (personnes morales) 276.278

Informatique	284.296 308.312 373.394
Installation prioritaire de défense	243
Installation classée	412.414
Intelligence économique	21 194
intelligences intelligences (article 80.3° CP)	74 124.128
Interceptions de sécurité	388.394
Intérêts fondamentaux de la nation	26.27 52 68.85 114
Invention intéressant la défense nationale	42 108.119
I.T.SEC.	253 303
Juge administratif	461.478 486.488
Juge pénal	54.55 354.361 448.461 485.486
Jurisprudence administrative	403.406 461.474
Jurisprudence pénale	120.129 356.361 448.458
Le "2 bis"	144.148
Libre circulation	424.433
Licenciement	232.234
Marché classé de défense	414.420 272.278
Médiateur de la République	371.373
Menaces (nouvelles)	189.191
Mesure d'ordre intérieur	475
Ministère de la défense	156.157
Missile Technology Control Regime (M.T.C.R.)	265

Motivation des actes administratifs	401.406 472.474
Non-publication de textes administratifs	62.63 375.377
Non.discrimination	424.433
Notice D (Royaume-Uni)	349.350
Nouveau Code pénal	25.28 51.82 304.312 474.477
Nuclear Suppliers Group (N.S.G.)	265
Orange Book	303
O.T.A.N.	118 123 205.206
Patrimoine scientifique et technique national	256.259 172 210
Permis de construire	410
Point sensible	242.244
Potentiel scientifique et économique (nCP)	70.71 304.306
Pouvoir discrétionnaire	485.488
Pratique administrative du secret	98.119
Premier ministre	153
Presse	338.354
Principe du contradictoire	467.472
Procédures d'urbanisme	410.414
Public Interest Immunity (Royaume-Uni)	367.369
Puissance, entreprise, organisation étrangère	72.73
Question parlementaire	439
Refus de témoignage en justice	356.359
Régime totalitaire	315.317

Renseignement électronique 176.177, 188, 194, 201.202

Royaume-Uni 47.51, 167.170, 349.353

Saisie de presse 339.341

Salariés de droit privé 232.234

Secret COGEMA 209

Secret C.E.A. 185.187

Secret de fabrique 208.210, 108

Secret de la politique extérieure 130, 133

Secret des délibérations gouvernementales 123

Secret diplomatique 102.104, 122, 133, 461

Secret économique 251.269, 304.307

Secret militaire 98.101, 99

Secret nucléaire 346.347

Secret officiel (Royaume-Uni) 48

Secret par extension 41.43, 54

Secret par nature 32, 40

Secret professionnel 230.231, 391, 463

Secret scientifique 209

Secret technologique 125.126, 251.269, 304.307

Section de statistique 139.143

Sécurité 92.98

Sécurité des systèmes d'information 24, 172, 279.304
Sécurité militaire 152.153
Site militaire 236.242
Société d'information 15.25, 251
Statut des militaires 229.230
Sur-classification 323.330
S.C.S.S.I. 188, 298.299
S.G.D.N. 56, 153, 196, 248
S.S.D. 170.173
Technologie à double usage 264.267
Technologies de l'information 16
Télécommunications 65
Tempest 300.302
Trahison 64
Traité C.E.E. 96
Traité de l'Union européenne 96.97
Très secret-défense 203.205
Zone militaire sensible 240
Zone protégée 244.247
Zone réservée 244
Zones sensibles 245

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE 9

SECTION I. - Le développement progressif d'un "système du secret" 9

§ 1. - Le secret comme pratique du pouvoir absolu 9

§ 2. - La "bureaucratisation" du secret 11

§ 3. - La définition d'un statut compatible avec l'ordre juridique libéral 13

§ 4. - Le secret de défense, reflet de l'"Etat social" 14

SECTION II. - La confrontation avec la société d'information 15

Sous-section I. - Les réalités de la société d'information 16

Sous-section II. - L'ambivalence juridique actuelle du concept 18

Sous-section III. - Une contradiction politique fondamentale 20

SECTION III. - Le nouveau Code pénal : la tentative audacieuse d'une synthèse impossible 25

Sous-section I. - L'invention des "intérêts fondamentaux de la nation" 26

Sous-section II. - Les secrets de la nation supplantent le secret de l'Etat 27

IERE PARTIE
LA DEFINITION DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE 29

CHAPITRE IER **LA DIFFICILE RECHERCHE D'UNE DEFINITION LEGALE** 30

SECTION I. - L'échec de la définition matérielle du décret-loi de juillet 1939 30

Sous-Section I. - La situation avant 1939 30

Sous-Section II. - La définition du secret donné par l'article 78 du décret-loi du 29 juillet 1939 35

Sous-Section III. - La critique de la définition de 1939 37

SECTION II. - L'absence de définition légale du secret dans l'ordonnance de 1960 39

Sous-Section I. - Un secret par objectif non défini 40

Sous-Section II. - La protection des secrets par extension 41

Sous-Section III. - Une situation analogue à l'étranger 43

§ *1. - La non-définition du secret par la législation criminelle américaine* 44

§ 2. - *La définition des secrets officiels au Royaume-Uni et son évolution récente* 47

SECTION III. - Une définition formelle instaurée par le nouveau Code pénal 51

Sous-Section I. - La définition du secret de défense par l'article 413-9 nCP 51

§ *1. - Le critère formel des mesures de protection* 52

§ 2. - *Des précisions nouvelles sur les supports du secret* 53

§ *3. - L'appréciation du juge sur la pertinence des mesures de protection* 54

Sous-Section II. - La confirmation de la compétence administrative pour la détermination du secret 55

§ *1. - La compétence administrative traditionnelle* 56

§ 2. - *Une compétence illustrée par le décret du 12 mai 1981* 57

§ *3. - Une compétence renforcée par la modification tardive de l'alinéa 4 de l'article 413-9 nCP* 59

Sous-Section III. - Le resserrement du spectre des infractions relatives au secret de défense 64

§ *1. - Des éléments communs aux deux articles* 64

§ 2. - *La compromission du secret de défense par son dépositaire* 65

§ *3. - La compromission du secret de défense par un tiers* 66

CHAPITRE II **LE SECRET DE DEFENSE, COMPOSANTE DE LA PROTECTION DES INTERETS FONDAMENTAUX DE LA NATION** 68

SECTION I. - L'élargissement de la protection des informations sensibles par la définition des "intérêts fondamentaux de la nation" 69

Sous-Section I. - La définition large des "intérêts fondamentaux de la nation" 69

Sous-Section II. - Les infractions protégeant les intérêts fondamentaux de la nation 72

§ *1. - Une définition élargie des bénéficiaires des infractions* 72

§ 2. - *Des infractions anciennes modernisées* 73

§ *3. - Des infractions nouvelles* 78

SECTION II. - Un retournement "copernicien" qui illustre la mutation actuelle du concept de défense 82

Sous-Section I. - Défense nationale et intérêts fondamentaux de la nation 83

Sous-Section II. - La tentative d'élargissement de la notion de défense 85

§ *1. - Un concept d'origine militaire* 85

§ *2. - Un élargissement contrarié* 88

Sous-Section III. La notion contemporaine de sécurité, consacrée par le droit international 92

CHAPITRE III **LES CHAMPS D'APPLICATION DU SECRET DE DEFENSE** 98

SECTION I. - Une pratique administrative extensive 98

Sous-Section I. - Les secrets militaires 98

Sous-Section II. - Les autres secrets gouvernementaux 102

§ *1. - Le secret des activités régaliennes* 102

§ *2. - Le secret des mesures de défense non militaires* 106

Sous-Section III. - Les inventions intéressant la défense nationale 103

§ *1. - Le secret traditionnel relatif aux armements* 108

§ *3. - L'obligation partielle du premier dépôt en France* 112

§ *4. - Le régime juridique des titres mis au secret* 115

§ *5. - Les conditions d'exploitation d'un titre mis au secret* 117

SECTION II. - Une jurisprudence plus restrictive 120

SECTION III. - Une conception limitée du secret de défense dans la loi du 17 juillet 1978 129

IIEME PARTIE
LA PROTECTION DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE 136

CHAPITRE IER **: LES SERVICES RESPONSABLES :LA STRUCTURE GENERALE DU CONTRE-ESPIONNAGE** 137

SECTION I. - L'émergence progressive des structures du contre-espionnage en France 137

Sous-Section I. - La domination du contre-espionnage militaire jusqu'à l'affaire Dreyfus 138

§ *1. - Les débuts du renseignement militaire après la défaite de 1870* 138

§ *2. - Le rôle central de la Section de Statistique en matière de contre-espionnage* 140

§ *3. - L'Affaire Dreyfus et la disparition de la Section de Statistique* 142

Sous-Section II. - La concurrence entre la Sûreté nationale et l'Etat-Major (1899-1940) 143

§ *1. - La compétence de droit commun de la Sûreté Nationale* 143

§ *2. - La résurrection du contre-espionnage militaire au "2 bis"* 144

§ *3. - La clarification des rôles à l'approche de la guerre* 146

Sous-Section III. - La seconde guerre mondiale et la réorganisation du contre-espionnage 148

§ *1. - Le contre-espionnage clandestin en France* 148

§ *2. - La naissance du contre-espionnage de la France Libre* 149

§ *3. - L'unité du contre-espionnage lors de la fusion d'Alger* 150

§ *4. - La réorganisation à la Libération et le retour à la diversité des compétences* 152

SECTION II. - Une répartition complexe des compétences 153

Sous-Section I. - La répartition des compétences gouvernementales 153

§ *1. - Le S.G.D.N., autorité nationale de sécurité* 153

§ *2. - Le rôle des ministres* 155

§ *3. - La responsabilité des chefs de service dans la décision de classification* 156

§ *4. - La situation particulière du ministère de la défense* 156

Sous-Section II. - La séparation des compétences territoriales 157

§ *1. - Un principe clair* 157

§ *2. - Une répartition territoriale qui recoupe la distinction entre civils et militaires* *158*

§ *3. - La difficile coordination sur le terrain* 160

Sous-Section II. - La séparation des compétences fonctionnelles 164

§ *1. - La trilogie fonctionnelle* 164

§ *2. - La comparaison avec les situations étrangères* 167

SECTION III. - Les services impliqués dans la tâche de contre-espionnage 170

Sous-Section I. - Le Service de sécurité de défense (S.S.D.) 170

Sous-Section II. - La Direction de la surveillance du territoire (D.S.T.) 173

Sous-Section III. - La Direction de la protection et de la sécurité de défense (D.P.S.D.) 179

Sous-Section IV. - La Direction générale de la sécurité extérieure (D.G.S.E.) 183

Sous-Section V. - La Direction centrale de la sécurité du Commissariat à l'Energie Atomique 185

SECTION IV. - La mutation nécessaire des structures et des compétences 188

Sous-Section I. - Un contexte en évolution rapide 188

§ *1. - L'évolution des moyens des services* 188

§ 2. - *L'apparition de nouvelles menaces* 189

§ *3. - L'accentuation du processus depuis la fin de l'U.R.S.S.* 191

Sous-Section II. - Des structures condamnées à évoluer 192

§ *1. - L'indispensable coordination* 192

§ 2. - *La structure des services* 196

CHAPITRE II **LES REGLES DE PROTECTION DU SECRET** 198

SECTION I. - Les règles relatives aux supports d'informations 198

Sous-Section I. - Les différents niveaux de classification 198

§ *1. - Les fondements de la classification dans le décret de 1981* 198

§ 2. - *Les critères de détermination des niveaux de classification* 200

§ *3. - Les classifications spéciales "Très secret-défense"* 203

§ *4. - Les classifications O.T.A.N.* 205

§ *5. - La mention "Diffusion restreinte"* 206

§ *6. - Les classifications internes à certains organismes* 208

Sous-Section II. - Les mesures de protection liées à la classification 210

§ *1. - L'identification des supports* 210

§ 2. - *La diffusion des supports* 211

§ 3. - La conservation et la destruction des supports 212

Sous-Section III. - La déclassification et l'archivage de supports d'information classifiées 213

§ *1. - La déclassification des supports* 213

§ 2. - *L'archivage des supports* 215

SECTION III. - Les règles applicables aux personnes 217

Sous-Section I. - Les objectifs de la procédure d'habilitation 218

Sous-Section II. - Les modalités de la procédure d'habilitation 221

§ *1. - La procédure d'habilitation des personnes physiques* 221

§ *2. - La procédure d'habilitation des personnes morales* 225

Sous-Section III. - L'appréciation du "besoin d'en connaître" 225

Sous-Section IV. - Les responsabilités des personnes habilitées 228

§ *1. - L'attestation de reconnaissance de responsabilité* 228

§ *2. - La responsabilité disciplinaire des agents publics* 229

§ *3. - La responsabilité disciplinaire des salariés privés* 232

§ *4. - Le cumul éventuel des responsabilités pénales et disciplinaires* 234

SECTION IV. - Les règles relatives à la protection des sites 235

Sous-Section I. - La protection générale des installations intéressant la défense nationale 235

§ *1. - La protection des établissements militaires* 236

§ *2. - La protection des points sensibles* 242

Sous-Section II. - La protection des zones dédiées à la préservation du secret ou du patrimoine 244

§ *1. - Les zones "réservées" et les zones "protégées"* 244

§ *2. - Les établissements à régime restrictif* 247

CHAPITRE III **LA PROTECTION DU SECRET DANS LE CONTEXTE DE LA SOCIETE D'INFORMATION CONTEMPORAINE** 250

SECTION I. - La mutation de l'objet du secret : la difficile protection des secrets économiques et technologiques 251

Sous-Section I. - Des secrets économiques et technologiques mal pris en compte par le secret de défense 252

Sous-Section II. - Les protections "périphériques" des secrets technologiques ou économiques intéressant la défense 256

§ *1. - Les tentatives de protection du patrimoine national scientifique et technique* 256

§ *2. - Le contrôle des exportations d'armement* 259

§ *3. - Le contrôle des exportations de matériels et technologies à double usage* 264

§ *4. - Les règles relatives à la communication d'informations à des personnes étrangères* 267

SECTION II. - La mutation des acteurs du secret : la protection du secret par les entreprises dans un contexte industriel et commercial 269

Sous-Section I. - Le recours au contrat pour transposer la protection du secret dans un contexte industriel et commercial 270

Sous-Section II. - Les caractéristiques d'un marché classé de défense 272

Sous-Section III. - L'habilitation des entreprises titulaires de marchés classés 276

SECTION III. - La mutation des supports du secret : sécurité et protection du secret en milieu informatisé 277

Sous-Section I. - Les nouvelles vulnérabilités induites par l'emploi des systèmes d'information 279

§ *1. - La typologie des atteintes à la sécurité des systèmes d'information* 281

§ *2. - Les risques spécifiques menaçant la sécurité nationale* 284

Sous-Section II. - La mise en place de règles spécifiques applicables aux systèmes informatiques et de communication 292

§ *1. - Les règles de protection du secret en informatique* 292

§ *2. - Le contrôle de la cryptologie* 296

§ *3. - La définition de normes de sécurité des systèmes* 300

SECTION IV. - Des mutations auxquelles le nouveau Code pénal n'apporte qu'une réponse partielle 304

Sous-Section I. - La notion de "potentiel scientifique et économique" 304

Sous-Section II. - La prise en compte des agissements des entreprises 307

Sous-Section III. - La protection face aux vulnérabilités des moyens informatiques 308

III EME PARTIE
LES LIMITES DU SECRET DE LA DEFENSE NATIONALE 313

CHAPITRE IER **DES RISQUES D'ABUS SUSCEPTIBLES DE DISCREDITER L'USAGE DU SECRET** 314

SECTION I. - Problématique du secret de défense dans un contexte démocratique 314

Sous-Section I. - Une pratique dangereuse mais tolérée 315

§ *1. - Secret et dérive totalitaire* 315

§ *2. - Une tradition libérale opposée au concept absolutiste de secret d'Etat* 317

§ *3. - Une exception qui demeure légitime, dès lors qu'elle est encadrée par la loi* 320

Sous-Section II. - L'abus du secret en régime démocratique : la sur-classification 323

§ *1. - Définition de la sur-classification* 323

§ *2. - Conséquences de la sur-classification* 326

Sous-Section III. - Un cas français de sur-classification : les "avions renifleurs" 330

§ *1. - La sur-classification originelle* 330

§ *2. - Le contrôle limité de la Cour des Comptes* 333

§ *3. - Le sort du rapport Gicquel* 336

SECTION II. - Des usages contraires à la liberté de la presse 338

Sous-Section I. - La problématique juridique 339

Sous-Section II. - Le secret et la censure de la presse aux Etats-Unis 342

§ *1. - Les "Pentagon Papers"* 342

§ *2. - Le "Progressive Case"* 346

§ *3. - L'affaire Pelton* 347

Sous-Section III. - Le secret et la presse en Grande-Bretagne 349

§ *1. - L'affaire "ABC"* 350

§ *2. - L'affaire Spycatcher* 351

SECTION III. - Des usages visant à freiner l'action de la justice 354

Sous-Section I. - Problématique juridique 354

§ *1. - Deux cas de figure très différents en ce qui concerne le rôle du juge pénal* 354

§ *2. - Le refus de témoigner devant les juridictions* 356

§ *3. - L'interdiction faîte au juge d'instruction de contester le secret qui lui est opposé* 357

Sous-Section II. - Quelques cas caractéristiques d'obstruction au déroulement de la justice 361

§ *1. - L'affaire Luchaire* 361

§ *2. - L'affaire des "Irlandais de Vincennes"* 363

§ *3. - L'enquête de la C.N.C.I.S. sur les écoutes de la cellule anti-terroriste de l'Elysée* 364

§ *4. - L'affaire Matrix Churchill* 367

CHAPITRE II **UN EQUILIBRE FRAGILE ENTRE LE SECRET ET LES NOUVEAUX DROITS DES CITOYENS** 370

SECTION I. - Le secret de défense face aux lois améliorant la protection du citoyen 371

Sous-Section I. - L'institution du Médiateur de la République 371

Sous-Section II. - La protection des données nominatives par la loi Informatique et Libertés 373

§ *1. - La confidentialité des décisions de création de certains traitements* 373

§ *2. - Le droit d'accès indirect des personnes fichées* 378

§ *3. - Les dérogations aux règles sur l'interdiction de la collecte des données sensibles* 383

Sous-Section III. - La protection du secret des télécommunications 385

§ *1. - Les "interceptions de sécurité", dérogations légales au principe du secret des télécommunications* 388

§ *2. - Le contrôle de la C.N.C.I.S. et sa conciliation avec les nécessités du secret de défense* 390

SECTION II. - Le secret de défense face aux lois améliorant l'information du citoyen 394

Sous-Section I. - Secret et droit de communication des documents administratifs 396

§ *1. - Les exceptions prévues par la loi* 397

§ *2. - La non-communication des documents relatifs aux installations à caractère ou à usage militaire* 398

§ *3. - La non-communication des documents relatifs aux procédures en relation avec la défense nationale* 400

Sous-Section II. - Secret et motivation des actes administratifs 401

§ *1. - Le secret de défense comme cas de non-motivation* 402

§ *2. - Une application jurisprudentielle évolutive* 403

Sous-Section III. - Le secret de défense et la loi sur les archives 406

§ *1. - Des règles de communication dérogatoires pour l'accès aux archives couvertes par le secret* 406

§ *2. - La définition réglementaire des archives secrètes* 408

Sous-Section IV. - Secret et procédures d'urbanisme 410

§ *1. - Secret et exemption de permis de construire* 410

§ *2. - Secret et enquête publique* 410

§ 3. - Secret et installations classées pour la protection de l'environnement 412

Sous-Section V. - Secret et droits sociaux et syndicaux 414

§ 1. - Habilitation et contrat de travail 414

§ 2. - Protection du travailleur et droit syndical dans les activités couvertes par le secret de la défense nationale 420

§ 3 - Les règles d'habilitation au regard des principes du droit communautaire en matiere de libre circulation et de non-discrimination 424

CHAPITRE III **UNE PREROGATIVE SANS CONTRE-POUVOIR** 434

SECTION I. - Un contrôle parlementaire inexistant 435

§ 1. - La désuétude des comités secrets 436

§ 2. - Le refus permanent du Gouvernement de transmettre des informations classifiées au Parlement 438

§ 3. - Le cantonnement des commission d'enquête 440

§ 4. - Le difficile choix entre l'exclusion du secret ou l'assujetissement au secret 443

§ 5. - L'insuffisante information des Parlements occidentaux 445

SECTION II. - La fictive liberté d'appréciation du juge pénal 448

Sous-Section I. - Le principe de la liberté de qualification du juge pénal 449

Sous-Section II. - Le refus de laisser accéder le juge pénal au contenu du secret 450

Sous-Section III. - La valeur juridique de l'avis gouvernemental 451

Sous-Section IV. - Analyse critique : Une indépendance de principe fortement contestée 454

§ 1. - L'avis gouvernemental peut suffire à justifier le caractère secret 454

§ 2. - Le juge peut difficilement contester un avis gouvernemental concluant à l'absence de secret 455

§ 3. - La difficile conciliation entre la souveraine appréciation du juge et le refus gouvernemental d'accès au secret 458

SECTION III. - Le contrôle trop restreint du juge administratif 461

Sous-Section I. - Le secret de défense est opposable au juge administratif 462

Sous-Section II. - le contrôle résiduel sur le comportement de l'administration 464

Sous-Section III. - Analyse critique 466

§ 1. - Du point de vue de la jurisprudence sur la communication des documents administratifs 467

§ 2. - Du point de vue de la jurisprudence sur la motivation des actes administratifs 472

§ 3. - Au regard des possibilités ouvertes par le nouveau Code pénal 474

CONCLUSION GENERALE
ORGANISER LE CONTROLE DU SECRET 478

SECTION I. - Un contrôle nécessaire 478

§ 1. - La nécessité juridique du contrôle 478

§ 2. - L'intérêt politique du contrôle 479

SECTION II. - Un contrôle juridiquement possible 480

Sous-Section I. - Concilier contrôle et confidentialité dans le déroulement de la procédure 481

§ 1. - Contrôle et notion de "personne qualifiée" 481

§ 2. - La sauvegarde pratique de la confidentialité durant le processus de contrôle 482

Sous-Section II. - Concilier contrôle et prérogative discrétionnaire de l'Etat 484

§ 1.- La situation devant les juridictions répressives 485

§ 2. - La situation devant les juridictions administratives 486

SECTION III. - Un contrôle du secret qui pourrait être aménagé dans le cadre des institutions existantes 488

§ 1.- Le contrôle par les seuls juges de droit commun 489

§ 2.- Un contrôle impliquant une autorité administrative indépendante 490

BIBLIOGRAPHIE GENERALE 495

INDEX ANALYTIQUE 501

TABLE DES MATIERES 509