

SECRET DEFENSE
-
RAPPORT FINAL

www.transparence-france.org

*Transparence-International France est la section française de **Transparency International** (TI), la principale organisation de la société civile qui se consacre à la lutte contre la corruption. TI, qui comprend actuellement 80 sections nationales de par le monde, a son secrétariat international basé à Berlin en Allemagne.*

Pour plus d'informations sur TI, ses sections nationales et ses activités :

www.transparency.org

SOMMAIRE

Introduction

Résumé du rapport

Rapport

1 – Le cadre français de l’exportation d’armement

2 – La Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN)

3 – La critique du système en vigueur

4 – Les propositions de réforme

A. Rendre la décision de classification plus rigoureuse

B. Donner à la CCSDN, soumise au contrôle du juge judiciaire, un pouvoir de décision

Annexe – Composition du groupe de travail

INTRODUCTION

Transparence International (France) a formé il y a près de deux ans un groupe de travail sur le secret de la défense, et sur les moyens de mieux en contrôler l'usage sans toutefois en figer le domaine d'application.

Les exportations de systèmes d'armes et de matériels de défense et de sécurité correspondent à une réalité économique et diplomatique, liée à la baisse des coûts par l'exportation des séries fabriquées et à l'équipement des pays amis. Elles figurent parmi les secteurs d'activité les plus vulnérables à la corruption, à côté des travaux publics, de la grande ingénierie et des industries d'extraction. En effet, les montants des marchés sont très élevés, la concurrence entre les fournisseurs ne joue pas principalement sur les prix et l'information sur les ventes réalisées ne circule qu'imparfaitement, ce qui permet des pratiques frauduleuses.

Les efforts entrepris par les Nations Unies pour une meilleure diffusion de l'information sur l'état annuel par pays des exportations d'armes (cf. le registre des armes classiques publié annuellement par l'ONU depuis 1992 en compilant les informations – sibyllines - reçues des Etats) n'ont jusqu'ici pas permis d'identifier avec précision les opérations significatives, encore moins d'isoler leurs caractéristiques.

L'Union Européenne a de son côté édicté des règles de bonne conduite, qui sont appliquées par l'ensemble des États membres. Mais le cadre retenu reste trop lâche pour contrecarrer les tentations de gains à la fois discrets et considérables.

Une volonté internationale de transparence est néanmoins en train d'émerger, à la faveur des scandales de ces vingt dernières années et du retentissement médiatique qu'ils ont suscité. Ce fut le cas notamment en France avec les frégates de Taïwan, et aujourd'hui au Royaume-Uni avec les révélations concernant *BAE Systems* pour les ventes d'avions de chasse à l'Arabie Saoudite. Cette sensibilité est également nourrie par les images des guerres locales et des capacités de destruction qui y ont été déployées....

Il paraît de plus en plus inconcevable de soustraire le commerce des armes et des systèmes de défense à l'examen des juges et d'en faire le domaine exclusif des gouvernements, privant ainsi les citoyens de leur droit au contrôle démocratique.

Les propositions contenues dans le présent rapport se veulent réalistes et mesurées, prenant en compte les contraintes des uns et les exigences des autres. Il est le fruit des échanges entre des personnes venant d'horizons différents qui ont travaillé dans un esprit de confiance mutuelle. Qu'ils en soient ici remerciés. (On trouvera en annexe la composition du groupe de travail).

Jacques Terray
Rapporteur du groupe

RESUME DU RAPPORT

C'est une réserve traditionnellement admise dans les relations entre les États et inscrite à ce titre dans les traités et les conventions internationales les plus importants (Traité de Rome, NAFTA, GATT) que chaque État peut réserver l'application d'une de leurs dispositions lorsque la protection des intérêts essentiels de sa sécurité l'exige.

La Constitution française de la Ve République accorde à la Défense Nationale largement conçue une place de choix, faisant du président de la République le garant de l'intégrité du territoire et le chef des armées.

La sécurité de la Nation est ainsi reconnue comme un impératif, situé très haut dans l'échelle des priorités et son corollaire est le secret de la défense nationale. Il impose que soit protégées les informations de toute nature qu'il s'agisse du ministère de la Défense, des services spéciaux liés à la défense mais aussi des recherches, des fabrications et des produits de défense.

Un deuxième cercle d'informations, différent du premier mais qui lui est lié, concerne la vente des matériels et des systèmes de défense, dans ses aspects industriels, commerciaux et diplomatiques.

Les ventes d'armes ont donné lieu depuis une quinzaine d'années en Europe occidentale à des affaires de corruption d'un montant considérable, impliquant directement le gouvernement du pays d'exportation et provoquant de ce fait un scandale politique majeur.

La justice saisie de ces affaires s'est heurtée au secret défense quand elle a cherché à accomplir sa mission d'investigation et a dû renoncer à les poursuivre.

D'un côté, on brandit l'impératif de sécurité de la nation (et on sait qu'il fait l'objet en France d'un large consensus) et de l'autre on invoque la nécessité d'un contrôle démocratique des actes de l'Exécutif. Le conflit entre ces deux exigences surgit en particulier quand un juge d'instruction demande la levée du secret défense pour une information dont il a besoin dans un dossier qu'il instruit.

En France, le Code Pénal punit la divulgation de données couvertes par le secret de la défense nationale. Mais il donne de la Défense, à travers la notion des « intérêts fondamentaux de la nation », une définition qui englobe toutes les activités imaginables et il qualifie de secrètes toutes les données que l'administration compétente aura déclarées comme telles.

D'où le risque que le secret soit abusivement utilisé pour couvrir un comportement délictueux, sous couvert d'une opération à laquelle il se rattache et qui relève effectivement de la Défense.

Pour échapper à cette suspicion, dans le cas précis d'une demande de levée du secret par un juge, on a institué en France en 1998 une commission, qualifiée d' « autorité administrative indépendante », qui a pour mission de prendre connaissance des données protégées, et de donner au ministre compétent un avis sur la décision de lever ou non le secret.

La Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale (CCSDN), composée de magistrats et de parlementaires, a depuis sa création élaboré une méthode de travail rigoureuse, et les ministres dépositaires du secret ont à de rares exceptions près toujours suivi ses avis, ce qui renforce son autorité.

Mais le mode de désignation de ses membres et le fait qu'elle ne soit que consultative empêchent que soit totalement dissipé le soupçon d'une certaine dépendance de cette instance par rapport à l'Exécutif. Diffus dans l'opinion publique en France, ce soupçon est plus marqué devant les instances étrangères, qu'elles soient judiciaires ou arbitrales car c'est en dernier recours le ministre qui refuse de lever le secret.

La clôture récente de l'instruction du dossier des frégates de Taïwan, après 10 ans d'investigations des juges, qui se sont heurtés au refus des gouvernements successifs de lever le secret sur des documents qu'ils estimaient à tort ou à raison concluants, a accentué le malaise.

Au terme de sa réflexion, il est apparu au groupe de travail que l'institution du secret défense était inséparable de l'exercice par l'Exécutif de la souveraineté de la Nation et qu'il était vain de chercher à distinguer des domaines particuliers auxquels s'appliquerait la protection du secret, tandis que d'autres en seraient exclus. Autrement dit, il lui est apparu peu opérationnel d'établir une définition matérielle du secret défense.

Une partie du soupçon évoqué provient toutefois d'un usage immodéré du secret, étendant sa couverture à des ensembles d'opération dont seule une partie mérite protection. Cette manière de faire affecte particulièrement le domaine des ventes d'armes, où elle donne lieu aux amalgames regrettables entre les préoccupations légitimes de sécurité et la dissimulation de pratiques commerciales répréhensibles.

Le groupe a donc identifié deux lignes d'action qui lui paraissent de nature à renforcer l'autorité du secret défense, tel qu'il s'applique aux ventes d'armes.

A. Encadrer plus rigoureusement la procédure de classification

- Il faut remettre l'administration au centre de la procédure de classification. En effet, aujourd'hui, le champ d'initiative laissé aux entreprises exportatrices est trop vaste et leur responsabilité est trop mal définie pour éviter la solution de facilité, qui consiste à recouvrir du secret l'ensemble de l'opération commerciale, dont seul un élément serait justiciable.

- Il faut que la décision finale soit prise, ou, dans le cas d'une annexe de sécurité, fasse l'objet d'un contrôle *a posteriori*, par l'autorité administrative, qu'elle en vise la motivation, et qu'elle en assume le suivi.

- Il faut en outre introduire une durée de vie de la classification, assurant un glissement automatique du degré de secret au terme d'une durée à définir, sauf dérogation dûment justifiée.

Mais ce resserrement de la procédure de classification ne peut suffire à lui seul à assurer le surcroît d'autorité souhaité.

B. Renforcer l'impartialité de la procédure de classification, en dotant la CCSDN d'un pouvoir de décision

Il est indispensable que la décision de lever ou non le secret soit prise dans des conditions d'impartialité indiscutables. La demande de levée du secret présentée par un juge doit donc faire l'objet d'une véritable décision rendue par un organisme indépendant de l'Exécutif ; c'est-à-dire qu'il faut qu'il soit doté du pouvoir de trancher et non plus seulement de donner un avis. Cette évolution de la commission entraîne *ipso facto* la

possibilité d'un recours devant la justice , et pour atteindre l'objectif visé, il faut que ce recours soit porté devant une juridiction de droit commun, et que des dispositions précises soient adoptées pour faire effectivement respecter le secret de l'instruction

Comme cette recommandation peut de prime abord soulever des inquiétudes du fait qu'elle rogne sur ce qui a toujours été jusqu'ici un privilège de l'Exécutif, on pourrait dans un premier temps conserver la composition actuelle de la commission, et limiter son pouvoir de décision au secret demandé par l'entreprise, tandis que le secret imposé par l'Exécutif resterait soumis au régime actuel de la consultation.

* * *

RAPPORT

1 – Le cadre français de l'exportation d'armement

La procédure française applicable au commerce des matériels de guerre (actuellement régie par les dispositions de la partie législative du Code de la Défense institué par l'Ordonnance du 20 Décembre 2004) se distingue par son caractère méticuleux. Elle prévoit pour chaque vente de matériel un agrément préalable du Premier ministre, représenté par le Secrétariat Général de la Défense Nationale (SGDN), sur avis de la Commission Interministérielle de l'Exportation de Matériels de Guerre (CIEMG). Cet avis préalable est renouvelé à chaque stade de l'opération, depuis le développement d'un matériel nouveau jusqu'à la vente finale. Une licence d'exportation doit de plus être délivrée.

En outre, l'Etat est un actionnaire important des entreprises d'armement, leur partenaire pour l'exportation à travers quelques sociétés commerciales spécialisées, et leur premier client. L'orientation qu'il donne à la politique de défense détermine pour une vingtaine d'années les axes de recherche et de production des systèmes d'armement. Autant dire qu'en ce domaine, l'imbrication est totale et qu'elle est institutionnelle.

Une des préoccupations essentielles qui sont l'objet de ces procédures d'agrément, c'est bien sûr de préserver le secret sur les informations sensibles.

Le texte de base concernant le secret défense est l'Ordonnance n°59-147 du 7 Janvier 1959, désormais codifiée à l'article L.1111-1 du code de la défense. Il définit ainsi la Défense :

« assurer en tous 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. » .

A cette énumération déjà très large répond dans le Code Pénal (article 410-1), la définition des *« intérêts fondamentaux de la nation »*, plus ouverte encore puisqu'elle y ajoute : *« la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique, et de son patrimoine culturel »*.

Comme la protection du secret défense dans le Code Pénal (article 413-9) figure dans le chapitre sur les intérêts fondamentaux de la nation, le champ du secret s'en trouve élargi d'autant.

Le critère formel du secret, indispensable pour asseoir une incrimination pénale, est de savoir si l'information visée a fait l'objet ou non d'un classement par l'autorité administrative.

On se trouve donc en présence d'une définition tautologique, puisque le critère du classement, consiste à déterminer si *« la divulgation de l'information est de nature à nuire à la défense nationale »* (article 413-9 du Code Pénal).

Autant dire qu'il ne faut pas chercher dans la loi les éléments de distinction entre le secret légitime et le secret abusif.

En France, les informations justiciables du secret font l'objet d'une classification dont la procédure a été reformulée en 2003 (Instruction Générale Interministérielle n°1300 du 25 Août 2003). Chaque ministère est responsable de protéger la confidentialité des informations qui relèvent de l'activité dont son département a la charge, et qui mettent en jeu les intérêts supérieurs de la nation. L'évolution des systèmes de défense et le développement du terrorisme étendent le besoin de secret, d'une part, aux technologies dites « duales » (comme par exemple les piles à combustible) et, d'autre part, aux installations civiles susceptibles de faire l'objet d'attentats (comme les centrales nucléaires).

La protection est réalisée en suivant une classification en trois niveaux et la centralisation des étapes de classement, de suivi et de levée du secret est confiée à un service interministériel : le Secrétariat Général de la Défense Nationale.

S'agissant du commerce des armes, toutes les entreprises qui y participent disposent d'un agrément au titre du régime de contrôle de la fabrication et du commerce des matériels de guerre. A ce titre, et en application des marchés classés que ces entreprises passent avec les services du ministère de la défense, elles appliquent des clauses de secret et des mesures de protection définies dans l'annexe de sécurité de ces marchés (en application de l'arrêté du 18 avril 2005 relatif aux conditions de protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les contrats) et désignent parmi leurs cadres un « *officier de sécurité* » pour être l'interlocuteur des autorités de sécurité. Chaque programme de recherche, chaque prospection commerciale, chaque lancement d'une production nouvelle, ainsi bien sûr que les stades ultérieurs de la vente font l'objet d'un agrément du SGDN. Le personnel appelé à participer à un programme classifié reçoit une habilitation particulière et l'accès aux informations classées est réservé aux personnels habilités, et subordonné, les concernant, au « *besoin d'en connaître* ».

Ainsi la responsabilité de l'entreprise couvre-t-elle – outre le choix des personnes habilitées - la tâche de classer comme secret défense les données qui ont trait à la conception, à la promotion et à la vente d'armes. Il lui revient aussi d'organiser les restrictions d'accès prévues par la loi. Cette responsabilité repose en pratique sur la diligence du correspondant défense et l'administration n'exerce aucun contrôle a priori sur ces décisions.

Compte tenu de la gravité de l'enjeu, il est naturel que l'entreprise fasse montre de prudence et qu'elle ait donc tendance à étendre le secret à l'ensemble d'une opération, même lorsque seul un élément précis justifierait ce traitement. L'administration n'a pas l'obligation de contrôler le bien fondé de cette extension et il en résulte une situation où seront couvertes par le secret des informations de nature purement commerciale, qu'il peut être important pour un juge de connaître en cas de litige.

Peuvent également bénéficier de cette confidentialité de convenance des agissements de corruption intervenant au cours du processus de vente mais dont la révélation ultérieure est susceptible de faire échouer la vente et d'entraîner, outre de lourdes amendes, un préjudice d'image propre à nuire à nos relations diplomatiques.

Les ventes de systèmes d'armement font de plus en plus appel à des coopérations internationales, ce qui oblige à concilier plusieurs réglementations nationales. L'OTAN a ainsi élaboré progressivement des règles et des recommandations pour régir les rapports entre les partenaires exportateurs, et leurs rapports avec le client acheteur.

De même, l'Union Européenne a édicté un code de bonne conduite (daté du 8 Juin 1998) où les Etats-membres s'engagent en particulier à ne pas vendre d'armes à des pays ou à des groupes qui sont présumés vouloir en faire un usage contraire aux décisions des instances internationales.

Sur le plan bilatéral, des « accords de sécurité », conclus entre deux Etats le plus souvent à l'occasion d'une coopération industrielle ou entre le vendeur et l'acheteur d'un matériel, permettent de concilier les réglementations du secret défense de l'un et de l'autre.

Cette sensibilité éthique accrue de la communauté internationale et le retentissement médiatique donné en France à l'affaire des frégates de Taïwan ont amené la France à se doter, en 1998, d'une institution originale, la Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale (CCSDN).

Un juge d'instruction connu pour sa ténacité, avait demandé au Premier ministre la déclassification des informations concernant des mouvements de fonds à destination d'intermédiaires, le soupçon étant, outre la corruption d'agents étrangers, qu'une partie de ces montants seraient revenus en France sous forme de rétro-commissions.

Le secret défense lui fut opposé par les gouvernements successifs, de droite comme de gauche. Cette affaire avait coûté la vie à plusieurs acteurs ou témoins, ce qui aggravait le sentiment d'opacité.

2 – La Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN)

C'est dans ce contexte qu'a été créée la CCSDN, composée de personnalités nommées par les présidents des 3 juridictions supérieures que sont la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et la Cour des Comptes, et d'un député et d'un sénateur. Elle a pour mission d'examiner les demandes de déclassification, présentées par des magistrats français (ce qui exclut les arbitres dans un arbitrage international) dans le cours d'une procédure et de donner au ministre compétent un avis sur le maintien ou la levée du secret (Art. L.2311-1 à L.2312-8 du code de la défense).

Le sens de l'avis est publié au Journal Officiel mais la CCSDN a déduit de cette expression du législateur que la préservation du secret s'oppose à ce qu'elle formule une motivation explicite de sa décision. Aux termes de la loi, l'avis « prend en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels. Afin de construire dans le temps une jurisprudence, utile à l'administration, elle adresse au ministre à défaut de motivation un « relevé d'observations ».

L'usage s'est instauré dès l'origine que les ministres suivent toujours l'avis qui leur a été donné et le groupe de travail n'a relevé qu'une seule exception, de portée réduite d'ailleurs.

Les partisans du *statu quo* en tirent argument pour contester l'utilité de conférer un pouvoir décisionnel à la commission.

Des divergences se sont fait jour entre l'administration et la commission, d'une part, et les magistrats instructeurs, d'autre part, à propos de la précision de la demande de levée du secret. Pour le président de la commission, plus la demande est précise dans sa motivation (l'objet de la recherche du juge), plus elle a de chance d'être acceptée. C'est

également le sens de la Circulaire du Ministre de la Justice du 15 Novembre 2004. Mais les juges opposent de leur côté le secret de l'instruction, qu'une motivation trop précise pourrait enfreindre s'ils dévoilaient prématurément la direction de leurs recherches.

On est contraint de remarquer que malgré la composition prestigieuse et la qualité du travail accompli par la commission, qui ne sont directement critiqués par personne, le doute persiste dans les médias et chez les arbitres internationaux sur le degré d'indépendance de cette instance, lorsqu'une affaire mettant en cause les intérêts de l'Etat ou d'une entreprise majeure est en jeu.

3 – La critique du système en vigueur

Sans revenir sur le choix qui a été fait par le législateur français d'une définition tautologique du secret défense, et sur le refus de toute limitation du champ couvert, le groupe de travail a constaté à quel point ce choix rend difficile la tâche de la commission, qui ne peut s'appuyer sur aucun critère matériel pour déterminer si le classement opéré a été abusif ou non.

- Un domaine aux fortes imbrications politiques et économiques

Une piste que le groupe a explorée a consisté à rechercher si une partie des données protégées dans le cas d'une exportation de matériel de guerre ne relèverait pas plutôt de l'intelligence économique (Circulaire du 14 Février 2002) que de la défense proprement dite, en ce qu'elle a trait au maintien des positions commerciales françaises plutôt qu'à la sécurité du pays.

Mais il a fallu constater que les deux domaines étaient trop imbriqués pour offrir des critères de distinction suffisamment sûrs.

Une autre difficulté rencontrée vient de la « consanguinité » entre l'Etat et le secteur des industries d'armement. On relève à cet égard les multiples rôles de l'Etat en France en la matière. Il est responsable de la stratégie de défense ; inspirateur et partenaire des projets de recherche et de développement des matériels ; contrôleur à travers la Délégation Générale de l'Armement de l'exécution de ces projets ; actionnaire des entreprises ; principal client des différents programmes. Il est également impliqué dans l'exportation quand il n'est pas l'exportateur unique à travers les sociétés spécialisées qu'il contrôle ou qu'il influence. A cela s'ajoute le rôle exercé par les ministres, les ambassadeurs, les missions économiques, les attachés de défense dans les ambassades et la Direction générale du Trésor et de la politique économique.

Une illustration de cet enchevêtrement est le rôle de la DGA (Délégation Générale à l'Armement) : maître d'œuvre de programmes d'armement, ayant ses propres capacités de recherche et sollicitée par les acheteurs étrangers d'attester que le matériel qu'on leur vend a des performances identiques au matériel vendu à l'armée française !

- Les défauts de la procédure française

-Une part importante des difficultés que soulève l'institution du secret revient à la procédure de classification. Le rôle de l'officier de sécurité requiert une compétence et une autorité au sein de l'entreprise qu'on ne retrouve pas nécessairement chez le titulaire du poste et la relation qu'il entretient avec les services ministériels compétents n'est pas suffisamment étroite pour que ceux-ci puissent être assurés d'une application convenable de la procédure de classification.

-Un autre défaut du cadre légal actuel tient au caractère binaire de l'avis demandé à la commission : l'information souhaitée par le juge doit rester couverte par le secret ou, dans le cas contraire, peut être divulguée à tout le monde. Autrement dit, il n'est pas possible de livrer l'information au juge pour les besoins de son instruction sans lever définitivement le secret.

On constate ici une défiance vis-à-vis du juge qui semble propre au système français : à partir du moment où le juge a connaissance de l'information, il serait tenu de la communiquer telle quelle aux parties à la procédure, en vertu d'une application rigide du principe de respect du contradictoire, et à partir de là, elle deviendrait publique.

Il en va différemment dans les pays de *common law* où un pouvoir d'appréciation est laissé au juge lui-même, pour décider si une information mérite ou non de rester couverte par le secret.

Aux Etats-Unis, la coutume du « secret d'Etat » consiste pour le juge à permettre à l'administration de refuser de produire une information relative à la défense nationale ou à la politique étrangère. Le préalable est que l'administration ait procédé à un examen effectif, au plus haut niveau, et le juge a lui-même accès à la pièce litigieuse. Toutefois, si la sécurité nationale est en jeu, le juge ne peut passer outre à la décision administrative.

Au Royaume-Uni, l'Exécutif émet un « certificat d'immunité au nom de l'intérêt public », au cas où la divulgation est susceptible de causer un tort substantiel à la collectivité et ce tort est présumé s'agissant de la défense nationale ou de la sécurité.

Le certificat est une recommandation forte faite au juge de ne pas contester la position de l'Exécutif. Le juge ne procède à l'examen des pièces litigieuses que si la partie requérant la production est en mesure de décrire l'information qu'elle espérait y trouver et le bénéfice qu'elle en attend

Dans les États de *common law*, on fait confiance au juge pour apprécier lui-même si la divulgation de l'information visée menace les intérêts essentiels de la nation et dans l'affirmative, pour la soustraire aux débats.

Dans les faits d'ailleurs, il semble que le juge anglais ou américain exerce son pouvoir d'examen avec une retenue exemplaire. Cette réserve peut même devenir complaisante, à en croire les critiques adressées par le *New York Times* à la Cour Suprême des Etats-Unis (Edition du 20 Octobre 2007) pour avoir refusé un recours contre la décision d'une juridiction inférieure qui avait invoqué le secret défense à l'encontre d'un libanais capturé par erreur et qui avait, selon ses dires, été torturé par des geôliers américains en Afghanistan pendant plusieurs mois en 2004.

Le conflit en cours en Angleterre concernant l'arrêt par le « Serious Fraud Office » de l'enquête engagée à l'encontre de British Aerospace pour corruption dans le contrat Al Yamamah jette un doute sérieux sur la volonté du gouvernement de respecter la Convention OCDE contre la corruption. Or, c'est la sécurité nationale qui a servi d'argument à l'Attorney general pour refuser d'appliquer la convention (l'article 5 interdit d'invoquer, pour se soustraire à l'application de la convention, le dommage qui pourrait en résulter pour les intérêts commerciaux du pays ou pour ses relations avec un autre Etat). Le prétexte invoqué était la menace de l'Arabie Séoudite d'interrompre sa coopération avec l'Angleterre sur le terrorisme.

Cette utilisation de l'argument de sécurité nationale, si elle était reconnue valable, permettrait les pires abus et ruinerait les efforts entrepris par la communauté des pays de l'OCDE depuis 10 ans pour moraliser le commerce international.

En Angleterre-même, la décision du SFO d'arrêter l'enquête fait l'objet d'une contestation en justice par deux ONG, et un jugement préliminaire a reconnu la pertinence de cette mise en cause. L'OCDE a condamné l'attitude du SFO comme contraire à la convention de 1997. Aux Etats-Unis, une enquête a été ouverte sur le fondement du FCPA (Foreign Corrupt Practises Act). Enfin, une étude de droit international particulièrement rigoureuse (Treaties and national security, par S. Rose-Ackerman, professeur de droit à l'Université de Yale et Benjamin Billa, avocat) établit fermement l'absence d'une exception implicite de sécurité nationale qu'on prétendrait trouver dans tout traité international (la convention OCDE ne contient aucune disposition sur le sujet). Elle montre que les clauses explicites qui introduisent cette exception dans de nombreux traités sont toujours assorties de limitations destinées à éviter leur emploi abusif, et que la coutume internationale s'oppose à ce que des exceptions, explicites ou non, permettent de dénaturer les engagements pris en pleine conscience par les Etats parties.

On peut donc rejeter, avec les organisations internationales concernées comme avec les travaux doctrinaux les plus récents, la prétention de l'exécutif à traiter la sécurité nationale, et par voie de conséquence le secret défense qui en est le corollaire, comme un impératif absolu dont il serait seul juge. Les Etats sont, en ce domaine également, tenus de respecter la règle internationale qu'ils se sont donnée, même lorsqu'elle assigne des limites au principe de sécurité nationale.

-La composition de la commission, si elle satisfait pleinement des juristes français formés au respect des différents ordres de juridiction et nourris des préceptes d'indépendance de la juridiction administrative, ne parvient pas à lever complètement le doute de l'opinion publique et plus encore des étrangers relevant d'autres traditions, sur l'indépendance de la commission par rapport au pouvoir exécutif.

Il en résulte en France un sentiment d'insatisfaction lorsque, par exemple, un juge clôture par un non lieu une instruction de 10 ans sur laquelle il a été beaucoup écrit, faute d'avoir pu obtenir des informations sur des mouvements de fonds étrangers.

Dans des arbitrages internationaux portant sur les exportations françaises d'armement, le secret défense opposé à des arbitres étrangers les laisse insatisfaits, sachant les liens multiformes qui unissent l'Etat français aux entreprises françaises d'armement. Et ce d'autant plus qu'ils n'ont pas, comme le juge français, la ressource de réclamer l'avis de la CCSDN. Le risque est qu'ils interprètent le refus par l'une des parties de communiquer une pièce en raison du secret défense comme la preuve qu'elle lui est contraire.

4 – Les propositions de réforme

La réflexion du groupe de travail s'est orientée dans deux directions : la procédure de classification par laquelle on confère à une donnée quelconque la protection du secret défense, d'une part, et la demande de levée du secret par le juge pour les besoins d'une investigation, d'autre part.

A. Rendre la décision de classification plus rigoureuse

-Il faudrait rendre plus rigoureuse la décision de classification, en imposant à l'entreprise une motivation plus précise, permettant ensuite le contrôle par l'administration de son bien fondé.

-Il faut aussi tenir compte de la complexité et de l'échelonnement dans le temps des marchés d'exportation de systèmes d'armement. Une procédure réaliste consisterait à définir en commun, lors du lancement d'une opération, une « feuille de route » avec plusieurs étapes, à laquelle l'entreprise devrait se conformer et qui donnerait lieu à des contrôles de la part du service ministériel. L'objectif poursuivi est de responsabiliser les différents acteurs de la chaîne, en ponctuant d'une manière plus nette les étapes de chaque opération et en marquant plus clairement les rôles respectifs de l'entreprise et de l'administration. L'écueil à éviter est que cette procédure n'alourdisse et ne ralentisse la réalisation des marchés d'exportation. D'où la suggestion d'une feuille de route établie dès l'origine, qui faciliterait la tâche des acteurs par la suite.

-Ces mesures d'amélioration de la procédure seraient accompagnées d'un contrôle *a posteriori* de la conformité des décisions de classification, confié à un organisme n'ayant pas participé à la prise de décision initiale et qui aurait un pouvoir de rectification et de sanction. La mission confiée actuellement à l'officier de sécurité et qui excède souvent sa compétence ou son autorité serait allégée par un droit de regard du service ministériel sur le bon déroulement des différents stades de l'opération. Une telle formalisation faciliterait la tâche ultérieure de la CCSDN, dans la mesure où la raison du secret imposé ressortirait, au moins partiellement, à la décision de classement.

-Une amélioration des pratiques résulterait également de l'établissement, grâce à une collaboration entre le SGDN et les industriels de l'armement, d'un code de bonne conduite à l'usage des officiers de sécurité. Il traiterait en particulier des relations entre ces derniers et le SGDN et des règles à respecter pour appliquer le classement secret défense à bon escient et loyalement.

-Enfin, pour désencombrer la gestion du secret, on devrait fixer une limite dans le temps à la classification et prévoir un glissement dégressif du rang supérieur au rang inférieur, sauf avis contraire donné après un examen du bien-fondé du maintien du rang de classification.

B. Donner à la CCSDN, soumise au contrôle du juge judiciaire, un pouvoir de décision

Il reste à définir la composition et le pouvoir de l'organisme chargé d'arbitrer entre « les intérêts fondamentaux de la nation » et la recherche de la vérité par le juge. Le président de la commission s'est lui-même fait l'avocat d'une réforme qui conférerait à la commission le pouvoir de décision (*cf. Rapport de la CCSDN, « Bilan 1998-2004 », page 170*), même s'il reste fermement attaché au maintien de sa composition actuelle...

A partir de là, la commission deviendrait une autorité administrative indépendante ayant une fonction régulatrice et ses décisions seraient dès lors susceptibles de recours.

La question se pose de savoir devant quelle juridiction devrait être porté ce recours, le Conseil d'Etat ou la cour d'appel ? L'hésitation est permise, car il s'agit de lever le secret sur une information concernant la défense nationale, un domaine régalién par excellence, ce qui inclinerait à choisir le Conseil d'Etat. Mais la commission est saisie le plus souvent par le juge d'instruction dans une instance pénale, ou dans une instance civile concernant l'exécution d'un contrat d'armement. Ainsi la décision requise va-t-elle affecter le déroulement d'une procédure de l'ordre judiciaire, conduire par exemple à la clôture d'une instruction pour défaut d'accès aux pièces du dossier.

Il existe une décision du Conseil constitutionnel relative au conseil de la concurrence, et à la constitutionnalité du choix de la cour d'appel de Paris comme instance de recours (Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987). Le conseil énonce d'abord un « principe fondamental » lié à la séparation des pouvoirs, selon lequel « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif... ». A suivre ce principe, c'est sur l'ordre administratif que devrait se porter le choix.

Le conseil poursuit néanmoins en faisant exception à ce principe, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », lorsque l'activité en question est susceptible de donner lieu à des contestations contentieuses. Il est alors loisible au législateur d'unifier les règles de compétence en faveur de « l'ordre juridictionnel principalement intéressé ». On peut donc en déduire, en ce qui concerne la commission consultative du secret de la défense nationale, que le choix de la cour d'appel pour l'exercice des recours correspondrait à ce critère de l'« ordre juridictionnel principalement intéressé ». Ce choix servirait en outre un des objectifs poursuivis par le législateur en instituant la commission, qui était de renforcer, auprès de l'opinion internationale, l'image d'indépendance de la commission par rapport à l'Exécutif .

On aurait de cette manière un premier degré de décision confié à la commission dans sa composition actuelle mais avec le pouvoir de lier le ministre, et en cas de contestation, une cour d'appel trancherait en dernier ressort sous réserve d'un recours en cassation. Pour faciliter la tâche de la Cour d'appel, on rendrait obligatoire pour la CCSDN la pratique du « relevé d'observations » qu'elle a instaurée de sa propre initiative, et ce relevé, contenant une motivation plus explicite qu'actuellement, serait communiqué à la cour. Il serait lui-même, comme le reste de la procédure accomplie jusque là, couvert par le secret défense.

Pour éviter les risques de divulgation du secret, une formation spéciale de la cour d'appel de Paris (la plus apte à organiser un tel changement) serait créée, composée de magistrats ayant reçu l'habilitation requise et on pourrait également exiger des auxiliaires de justice appelés à intervenir devant cette chambre la même habilitation.

Il reviendrait aux magistrats siégeant dans cette chambre de décider si les pièces que leur transmet la commission peuvent ou non faire l'objet d'une communication au requérant, ou si la règle du contradictoire doit s'effacer devant l'impératif du secret défense. De même l'obligation de motiver l'arrêt rendu devrait-elle être conciliée avec la contrainte du secret.

Ces aménagements, pour importants qu'ils soient, nous paraissent compatibles avec l'appartenance de cette chambre à l'ordre judiciaire de droit commun, qui est indispensable pour éviter l'effet négatif que produirait sur l'opinion, en France et à l'étranger, l'institution d'une « juridiction spéciale ».

Ils reposent sur l'idée que l'ordre judiciaire peut lui aussi être dépositaire du secret défense, de même qu'il a qualité pour apprécier et pour défendre l'impératif de souveraineté, en le conciliant avec les principes de loyauté du débat qui lui sont propres.

Une telle conciliation est opérée au Royaume-Uni et aux Etats-Unis , où elle ne semble pas soulever de polémique particulière (sous les réserves évoquées plus haut au sujet de la docilité excessive de certains magistrats).

Pour tenir compte de l'ampleur de la réforme proposée et du temps nécessaire pour en acclimater l'idée, puis pour la mettre en œuvre, un aménagement plus modeste, qui concerne plus directement les ventes d'armes pourrait être envisagé. On a vu les inconvénients qui résultaient de l'imbrication trop étroite entre le secret couvrant les caractéristiques des systèmes d'armement et la politique de défense, d'une part, et les relations commerciales entourant la vente des armes à l'étranger, d'autre part.

Ces deux axes de réforme sont intimement liés. La formalisation accrue de la décision de classification qui est ici préconisée doit permettre de distinguer clairement le secret défense imposé par le service ministériel pour des données qui touchent aux matériels eux-mêmes ou à la politique de défense et le secret défense que demande l'entreprise pour assurer sa place dans la concurrence et pour emporter des marchés.

Le critère de distinction, qui pourrait faire l'objet d'une mention explicite, sera de savoir qui, du service ministériel ou de l'industriel, aura pris la responsabilité de demander la classification. Tantôt, par exemple, la décision de classification prise par l'entreprise découlait de l'application de l'annexe de sécurité du contrat conclu (avec l'aval de la DGA) et elle sera considérée comme émanant de l'Exécutif, tantôt on s'apercevra qu'elle résultait de la seule initiative de l'entreprise pour des raisons qui lui sont propres (et sur la légitimité desquelles on peut s'interroger, puisqu'en droit strict seule l'autorité administrative est investie du pouvoir de classifier).

On tirerait les conséquences de cette distinction sur le pouvoir de la commission : lorsque la responsabilité du classification incomberait à l'administration, la commission n'aurait, comme aujourd'hui, qu'un rôle consultatif. Si au contraire, l'initiative du classement venait de l'entreprise, la commission serait investie du pouvoir de trancher, et sa décision s'imposerait donc au ministre concerné.

Une telle distinction requiert une plus grande précision dans la procédure de classement, qui fait de toute manière l'objet d'une recommandation de la part du groupe de travail.

L'évolution en cours dans la perception de l'opinion internationale relative aux scandales de corruption de ces dernières années dans les ventes d'armes s'est déjà traduite en France par des prises de position énergiques et par un renforcement des organes d'investigation et de poursuites. Une réforme du secret défense viendrait opportunément compléter le dispositif, et conforter l'amélioration progressive de l'image de la France, quatrième exportateur d'armes mondial, aux yeux de l'opinion publique internationale.

* * *

Annexe - Composition du groupe de travail

M. Jean-Georges Betto, avocat au barreau de Paris

Le Vice-Amiral (CR) Christian Huet

Le Contrôleur Général des Armées (2.S.) Jean-Claude Roqueplo

M. Philippe-Jean Terrasse, consultant

M. Jacques Terray, avocat honoraire, vice-président de Transparence International (France)

M. Bertrand Warusfel, professeur agrégé à l'Université de Lille II, avocat au barreau de Paris