



Strasbourg, le 20 mars 2008

CDL-AD(2008)008

Or. angl.

Avis n°458/2007

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS

**SUR LA LOI RELATIVE AU SECRET D'ETAT
DE LA REPUBLIQUE DE MOLDOVA**

**adopté par la Commission de Venise
à sa 74^e session plénière
(Venise, 14-15 mars 2008)**

sur la base des observations de

**M. Iain CAMERON (membre suppléant, Suède)
M. Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE (membre suppléant, France)**

I. Introduction

1. *Par une lettre datée du 5 novembre 2007, M. Esanu, Vice-ministre de la Justice de la Moldova, a demandé à la Commission de Venise d'évaluer la loi de 1994 sur le secret d'Etat de la République de Moldova (CDL(2008)008).*

2. *MM. Iain Cameron et Olivier Dutheillet de Lamothe ont été désignés rapporteurs. Le présent avis, qui repose sur leurs observations (CDL(2008)30 et 31 respectivement) a été adopté par la Commission de Venise à sa 74^e session plénière (Venise, 14-15 mars 2008).*

II. Observations générales

3. La Commission s'est appuyée sur la traduction anglaise de la loi qui peut ne pas correspondre en tous points à l'original. Certaines des questions soulevées dans le présent avis peuvent en conséquence être dues à la qualité de la traduction et non au fond des dispositions concernées.

4. Bien que le présent avis se limite à la loi de 1994, il convient de préciser qu'il est difficile d'isoler le thème de secret d'Etat d'autres textes législatifs applicables dont le Code pénal, qui incrimine la divulgation d'informations secrètes et sanctionne l'utilisation abusive de ces informations ;¹ la législation énonçant les droits d'accès aux informations officielles ;² la législation relative à la protection des données à caractère personnel³ et la législation sur les services de sécurité et de renseignements⁴.

5. Un Etat doit pouvoir faire en sorte que certaines informations demeurent secrètes et qu'elles soient protégées par des mécanismes administratifs et le droit pénal. Le secret peut cependant aussi masquer une incompétence, des arrière-pensées et des faits de corruption. Il facilite en outre la vie des autorités de l'Etat en ce sens qu'il les protège, de même que leurs politiques, du regard inquisiteur des citoyens et des médias. Ces autorités sont donc tentées en permanence de maintenir des informations secrètes et de les surclassifier.

6. La transparence est nécessaire pour que la démocratie fonctionne bien. Une législation rigoureuse sur le secret est une condition préalable importante à l'exercice de la liberté d'information qui est, à son tour, un aspect essentiel du contrôle constitutionnel dans un Etat de droit. Le secret d'Etat devrait être réduit au minimum. Il devrait toujours être justifié par des

¹ Voir en particulier les articles 344 et 345 du Code pénal de la République de Moldova, adopté par la loi n°985-XV le 18 avril 2002.

<http://www.legislationline.org/upload/legislations/e3/eb/0e3bf0290e9b404cb57debe4ebc4.htm>.

² Voir à ce sujet la Recommandation Rec(2002)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'accès aux documents publics, adoptée par le Comité des Ministres le 21 février 2002. Cette recommandation énonce les limitations que les Etats membres devraient établir pour protéger : i. la sécurité nationale, la défense et les relations extérieures ; ii. la sûreté publique ; iii. la prévention, la recherche et la poursuite des activités criminelles ; iv. la vie privée et les autres intérêts privés légitimes ; v. les intérêts commerciaux et d'autres intérêts économiques, privés ou publics ; vi. l'égalité des parties à une instance juridictionnelle ; vii. la nature ; viii. les missions de tutelle, l'inspection et le contrôle par l'administration ; ix. la politique économique, monétaire et de change de l'Etat ; x. la confidentialité des délibérations au sein de ou entre les autorités publiques pendant la préparation interne d'un dossier.

³ La loi sur le traitement de l'information et les ressources en matière d'informations publiques (n°467-XV du 21.11.2003) a fait l'objet d'un avis distinct publié le 20 février 2002 par un expert indépendant désigné par la Direction générale des affaires juridiques du Conseil de l'Europe (PCRED/DGI/EXP(2006)1).

⁴ Loi sur le service d'information et de sécurité de la République de Moldova, CDL(2006)001. Voir l'avis n°367/2006 de la Commission de Venise sur la loi sur le service d'information et de sécurité de la République de Moldova, CDL-AD(2006)011.

besoins sociaux pressants.⁵ L'excès de secret a un coût considérable, dans la mesure surtout où il sape la confiance du public et partant, la légitimité du gouvernement. A cela s'ajoutent le manque d'efficacité des pouvoirs publics lorsque les informations ne circulent pas comme il convient et des coûts financiers supplémentaires liés au fait de maintenir secrètes des matières qui n'ont pas besoin de l'être (coût de classification, procédures coûteuses pour assurer la sécurité des informations et sélectionner le personnel, etc.). A l'époque soviétique, les Etats d'Europe centrale et orientale avaient tendance à considérer la quasi-totalité des informations officielles secrètes.⁶ Dans les Etats en transition et même dans les Etats démocratiques bien établis, compte tenu de l'intérêt que peut encore avoir la bureaucratie à préserver le secret, la modification de la culture du secret est un processus de longue haleine.⁷

7. Les Etats membres du Conseil de l'Europe n'ayant pas tous les mêmes systèmes d'administration publique, ils peuvent naturellement présenter certaines différences en matière de protection du secret administratif. Les variations existantes entre les Etats membres du Conseil de l'Europe ne portent pas simplement sur la définition du secret et la manière de gérer les domaines sensibles auxquels les règles s'appliquent, mais aussi sur les modalités et les conditions de poursuite des auteurs d'une divulgation illicite d'informations⁸. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne des Droits de l'Homme a laissé aux Etats une certaine marge d'appréciation dans ce domaine⁹.

III. Chapitre I – Dispositions générales

8. Le chapitre I énonce les différentes responsabilités des institutions en matière de secret.

9. L'article 4 dispose que le parlement est notamment chargé de « régler la base juridique des relations dans le domaine de la protection des secrets d'Etat » (article 4.1). Il appartient au gouvernement ou aux organes administratifs responsables de définir avec exactitude les catégories d'informations qui doivent demeurer secrètes.

10. La délégation du pouvoir de classification présente un avantage dans la mesure où elle évite d'avoir une loi très longue et peu pratique qui risque en outre de devoir être constamment modifiée (absorbant le temps des parlementaires alors qu'il pourrait en être fait un usage plus profitable, pour examiner des questions de principe). Le premier inconvénient concerne la sécurité juridique : les catégories précises d'informations couvertes par le secret risquent de ne pas être facilement accessibles dans la pratique. Le contenu détaillé et la formulation de la politique relative au secret proprement dite risquent aussi d'être délégués à des bureaucrates qui n'ont guère à rendre de compte.

⁵ Comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a affirmé dans l'affaire *Claude Reyes et autres c. Chili*, l'accès à l'information publique est une condition préalable essentielle à l'exercice de la démocratie, à une plus grande transparence et à une administration publique responsable et, dans un système démocratique représentatif et participatif, la population exerce ses droits constitutionnels grâce à une vaste liberté d'expression et au libre accès à l'information. (...) A cet égard, les actions de l'Etat devraient être régies par les principes de la divulgation et de la transparence de l'administration publique pour que tout un chacun puisse exercer un contrôle démocratique sur ces actions de manière à pouvoir poser des questions, enquêter et savoir si les fonctions publiques sont exercées comme il convient, 19 septembre 2006, Série C n°1 51, paragraphes 84 et 86.

⁶ Cela vaut aussi pour d'autres Etats. Le Royaume-Uni a adopté la même approche dans sa loi de 1911 sur les secrets officiels, en vigueur jusqu'en 1989.

⁷ Voir par exemple D. Vincent, *The culture of secrecy: Britain, 1832-1998*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

⁸ Voir la brève étude comparative de C. Pourgourides, *Equité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat*, Doc. 11031 de l'APCE, 25 décembre 2006.

⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Stoll c. Suisse*, arrêt du 12 décembre 2007, paragraphe 107.

11. En revanche, le choix d'un modèle de délégation offre une plus grande souplesse mais suppose un contrôle rigoureux et objectif de la manière dont les différentes autorités administratives exercent leurs pouvoirs dans la pratique.

IV. Chapitre II – Définition du secret d'Etat

12. L'article 5 énonce quatre grandes catégories d'informations pouvant être considérées comme des secrets d'Etat. Elles ont trait à l'armée, à l'économie, à la science et à la technologie, à la politique étrangère et à la sécurité (renseignement) de l'Etat. Chaque catégorie compte un certain nombre de sous-catégories dont la plupart s'appliquent à leur tour à des domaines multiples. Au total, on compte plus de cent catégories différentes d'informations.¹⁰

13. Cette définition matérielle du secret d'Etat complète la définition formelle donnée à l'article 2 de la loi selon laquelle la notion de secret d'Etat recouvre les informations protégées par l'Etat dans le domaine des activités militaires, économiques, techniques, scientifiques et de politique extérieure, de contre-espionnage et d'enquêtes criminelles, dont la diffusion, la divulgation, la perte, la soustraction ou la destruction risque de porter atteinte à la sécurité de la République de Moldova.

14. De nombreux Etats (Etats-Unis, Royaume-Uni, Pays-Bas, France, par exemple) et organisations internationales (Otan, UEO, UE) ont opté pour une définition purement formelle du secret d'Etat.¹¹ D'autres Etats, comme la Suède par exemple (loi sur le secret, 1980), ont essayé de donner des définitions matérielles.¹² Dans le cadre de cette approche, les dispositions doivent être suffisamment spécifiques pour pouvoir être appliquées directement par les responsables concernés, même s'ils ne sont pas juristes. Même dans la loi suédoise sur le secret, certaines catégories d'informations sont par nécessité formulées de manière très vague (y compris celles qui portent sur le secret de relations extérieures particulièrement sensibles et sur le secret militaire). Cette approche présente un risque dans la mesure où la difficulté objective de couvrir toutes les informations devant être protégées risque d'avoir pour effet de protéger trop d'informations en donnant une définition trop vague.

15. Ce risque semble se concrétiser avec la législation moldave. La formulation de certaines des catégories indiquées à l'article 5.2, en particulier celles relatives à la recherche scientifique et à l'économie, semble relativement générale (bien qu'une traduction inexacte puisse en être la cause) ; c'est seulement si elles se limitaient à des informations militaro-scientifiques et militaro-économiques (industrie de l'armement, défense civile) que ces catégories rentreraient dans le cadre de la pratique observée dans d'autres Etats du Conseil de l'Europe.

¹⁰ D. Banisar, Observations relatives au projet de loi moldave sur les secrets d'Etat et les secrets officiels, 26 septembre 2005, http://www.osce.org/documents/rfm/2005/09/16421_en.pdf.

¹¹ En France, par exemple, un décret-loi du 29 juillet 1939 donne une définition matérielle du secret d'Etat énonçant quatre catégories de renseignements secrets (d'ordre militaire, diplomatique, économique ou industriel) qui, de par leur caractère, ne pouvaient être connus que de personnes qualifiées et ne devaient pas être divulgués. Cette définition s'est révélée peu satisfaisante. De fait, ces quatre catégories ne recouvraient pas l'ensemble des renseignements devant être protégés. Ce décret-loi a été abrogé par une ordonnance du 4 juin 1960. Le Code pénal de 1994 donne désormais une définition purement formelle : « 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. 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 la défense nationale ».

¹² Bien qu'elles traitent de la question de la classification et ne préjugent pas de celle de savoir si la divulgation de ces informations constitue une infraction, voir ci-dessous le paragraphe 56.

16. Qui plus est, les catégories d'informations indiquées à l'article 5 sont ouvertes à une interprétation très large des organes administratifs qui les appliquent, ce que la loi semble, dans une certaine mesure, avoir anticipé. De fait, si l'article 5 devait être interprété à la lettre, l'article 12, qui traite des informations qui ne devraient pas être classées secrètes et renvoie notamment b) aux cas d'urgence, catastrophes qui menacent la sécurité et la santé des personnes et leurs conséquences ainsi qu'aux catastrophes naturelles, leurs prévisions et conséquences ; c) à la situation réelle dans le domaine de l'éducation, de la protection de la santé, de l'écologie, de l'agriculture, du commerce et de l'ordre juridique, serait largement superflu. Dans le cas d'une interprétation objective, la « situation réelle » en matière d'éducation par exemple ne devrait pas, en fait, pouvoir relever de l'une ou l'autre des catégories d'informations prévues à l'article 5, condition préalable à la classification.

17. On peut donc craindre que les autorités chargées de la classification ne retiennent pas dans la pratique les catégories relativement étroites énoncées à l'article 5. Si tel est le cas, le problème ne saurait être simplement réglé par le renforcement des catégories prévues à l'article 5. Des mesures doivent être prises pour modifier les causes structurales d'une telle culture du secret.¹³

18. Le paragraphe 3 de l'article 5 relatif à la politique extérieure et à l'économie est différent des autres paragraphes. Les informations relatives à la politique extérieure et les informations économiques se rapportant à d'autres pays ne sont couvertes par le secret que lorsque les intérêts du pays peuvent être en danger. Aucune condition de ce type ne se retrouve dans les autres paragraphes. Reste à savoir s'il s'agit d'une condition supplémentaire à réunir avant que ces informations puissent être classées secrètes, ce qui relève le seuil de classification ou si ce seuil s'en trouve en fait abaissé. Part-on simplement du principe que la diffusion de toute information relevant des autres sous catégories fera peser un risque sur les intérêts du pays ? Le seuil de classification et le rapport entre la classification et l'infraction pénale que constitue la divulgation d'informations secrètes sont traités ci-dessous.

19. Bien que la « sécurité » soit l'une des catégories, il n'est pas question des informations des services de police et de répression dont certaines doivent de toute évidence rester secrètes (par exemple les enquêtes en cours, les technologies ou moyens de surveillance ou les renseignements en cas de soupçon de crime organisé). On suppose que ces cas sont couverts par d'autres textes législatifs. Il en va de même des informations relatives par exemple à la politique budgétaire interne, à la fiscalité, aux inspections réglementaires. Certaines de ces informations doivent être protégées par des sanctions pénales faute de quoi elles risquent d'être utilisées ou rendues publiques par des fonctionnaires peu scrupuleux qui recherchent leur intérêt personnel. A titre d'exemple on peut citer une décision imminente de relever les taux d'intérêts ou l'ouverture imminente d'une enquête dans une entreprise en application de la législation sur la sécurité au travail.

20. Un Etat moderne qui fournit ou réglemente toute une série de services publics est de toute évidence en possession de très nombreuses données à caractère personnel sur les citoyens et les résidents, en dehors des déclarations d'impôts. Les médias peuvent être intéressés par des informations personnelles sur des citoyens en vue et exercer leur influence sur les fonctionnaires qui les possèdent. Révéler par exemple des informations sur la santé des personnes ne peut qu'être considéré de manière très indirecte comme portant atteinte aux intérêts de l'Etat alors qu'il existe des raisons très valables de protéger le caractère secret de ces informations. Certains Etats européens, dont apparemment la Moldova, ont choisi de réglementer la confidentialité de ces informations officielles dans une ou plusieurs autres lois. D'autres pays européens, comme la Suède, font relever de la même loi toutes les catégories d'informations officielles devant demeurer secrètes dans l'intérêt de l'Etat et des personnes

¹³ Voir en particulier les observations relatives aux articles 8, 14, 26 et 29.

mais prévoient des critères de classification différents. Cette deuxième méthode est très discutable même si les deux méthodes sont acceptables tant que toutes les informations importantes sont correctement couvertes et que la législation proprement dite est claire et accessible (« conforme au droit » au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme), que les critères de classification sont différenciés et que la divulgation d'informations plus ou moins secrètes donne lieu à des sanctions pénales ou à des mesures disciplinaires diverses.

V. Chapitre III – Classification des informations

21. L'article 6 établit les principes de classification des informations. Dans tout système, en général, la classification a pour principal objet de permettre aux responsables d'entités administratives de limiter facilement le groupe de fonctionnaires qui devrait avoir accès aux informations en question et de sensibiliser ces fonctionnaires à la nécessité de traiter ces informations avec plus ou moins de précaution¹⁴. Dans la loi moldave, les informations doivent être classifiées conformément aux principes de la légalité, du caractère raisonnable et de la pertinence. Pour ce qui est notamment du caractère raisonnable, le critère de « préjudice » évite les atteintes graves à la sécurité de la République de Moldova. Cet article semble constituer une condition supplémentaire à remplir. En tant que tel, comme indiqué ci-dessus, le rapport entre cette condition et celle énoncée au paragraphe 3 de l'article 5 pour la politique extérieure et la politique économique extérieure n'est pas clair. De façon plus générale, on peut dire qu'il est de toute évidence délicat de fixer un tel seuil de classification et que le seuil des atteintes graves ne se situe pas en deçà de celui fixé dans d'autres Etats du Conseil de l'Europe. De nouveau, tout dépend de l'interprétation qui est faite dans la pratique de l'expression « atteinte grave ».

22. Le seuil de l'« atteinte grave » est à rapprocher de l'article 7, dont le paragraphe 1 dispose que le niveau de classification des informations constituant un secret d'Etat doit correspondre à celui des préjudices pouvant être portés à la sécurité de la République de Moldova en cas de diffusion des informations. Le paragraphe 2 du même article prévoit trois niveaux de classification : informations présentant une importance particulière, informations très secrètes et informations secrètes. Il semblerait néanmoins que la diffusion illicite d'informations relevant de l'une de ces trois catégories soit considérée comme portant gravement atteinte à la sécurité de la Moldova. Malgré ces trois catégories, la loi ne donne aucune indication concernant le degré de préjudice nécessaire pour les appliquer. Compte tenu de ce qui précède, il serait souhaitable de disposer de trois critères différents, par exemple « préjudice porté à la sécurité nationale de la Moldova », « préjudice important à la sécurité nationale de la Moldova » et « préjudice très important aux intérêts particulièrement vitaux de la sécurité nationale de la Moldova ». Ce type de définition à trois niveaux est retenu par exemple par l'UEO et l'Otan.

23. L'article 8 est un article essentiel de la loi, car il dispose que les chefs des organes compétents de l'administration publique habilite des personnes travaillant au sein de ces organes (ci-après dénommés « fonctionnaires désignés ») à classifier les informations. La décision du fonctionnaire désigné doit toujours être motivée (article 8.2). Une commission interdépartementale est créée.¹⁵ Elle dresse une liste qui est approuvée par le Président de la Moldova et qui est « si nécessaire » publiée (article 8.3). Cela étant, un document peut aussi être classifié en raison de son inscription sur la liste départementale. Cette liste est secrète (article 8.4). Il ne s'agit donc pas simplement d'une version plus détaillée de la liste de la commission interdépartementale qui reprend les catégories énoncées à l'article 5 mais d'une autre méthode possible de classification, confirmée par l'article 9.

¹⁴ Voir également ci-dessous les informations relatives à l'article 26.

¹⁵ On ne sait pas s'il s'agit de la commission intergouvernementale mentionnée à l'article 14.2. Voir ci-dessous les observations relatives à l'article 29.

24. La sécurité juridique s'en trouve de toute évidence menacée (accessibilité de la loi) et les chefs des organes de l'administration publique concernés disposent ainsi d'une arme efficace pour se prémunir contre toute critique. Dans la pratique, malgré le libellé de l'article 5, la voie est ouverte à la classification d'informations délicates pour une raison ou une autre. Il semble même possible de procéder à la classification discrètement, une fois que l'information existe, par exemple lorsqu'il devient évident qu'elle peut être délicate. Les fonctionnaires peuvent aussi avoir un intérêt pécuniaire à accroître le volume d'informations classifiées.¹⁶

25. Il est difficile à partir de la loi uniquement de savoir si de tels problèmes se posent dans la pratique. Dans l'affirmative, ces dispositions devraient être modifiées. On conçoit sans peine que la personne compétente au premier chef pour classifier les informations soit le fonctionnaire désigné de l'organe administratif participant à la production des informations concernées. En ce sens, il est logique de laisser à chaque organe administratif le soin de classifier ses propres documents. Ces classifications devraient cependant reprendre, en les précisant, celles de la liste interdépartementale publiée (et en conséquence y être pleinement conformes) et ne pas constituer d'autres méthodes possibles.

26. De plus, pour exercer de manière utile, efficace et cohérente ses responsabilités en matière de supervision, le ministère de la sécurité nationale doit avoir une vue d'ensemble de la situation ; toutes les informations classées secrètes doivent donc être dûment enregistrées et répertoriées par la commission interdépartementale, ce qui est aussi essentiel pour l'efficacité des demandes individuelles présentées au titre de l'article 14 de la loi.¹⁷

27. De plus, les classifications départementales doivent pouvoir être annulées par une instance supérieure agissant de sa propre initiative ou à la demande d'un citoyen intéressé. Cette instance doit véritablement tenir compte des autres intérêts en jeu et pas simplement des préoccupations de sécurité.¹⁸

28. L'article 10 dispose que les informations détenues par des organismes privés ou des particuliers peuvent aussi être classées secrets d'Etat. Avec la privatisation de fonctions étatiques centrales, une telle disposition n'est pas inhabituelle dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Par exemple, une société de télécommunication peut être invitée par un service de sécurité, autorisé par un magistrat ou un autre organe, à communiquer des enregistrements téléphoniques. Une telle disposition peut aussi s'appliquer dans le domaine des contrats de défense et de sécurité. Une société peut mettre au point une arme ou une technologie dont les spécificités techniques doivent demeurer secrètes. Dans la plupart des cas, le dispositif ou la technologie concerné aura été mis au point à la suite d'un contrat exprès avec l'Etat. Même sans un contrat de ce type, une telle disposition ne semble pas choquante si elle est appliquée exceptionnellement, si la décision de classification peut faire l'objet d'un recours devant les tribunaux (comme c'est le cas, article 10.3) ou si une compensation est prévue (comme c'est aussi le cas, article 10.2).¹⁹

29. En dehors de la passation de marchés pour la défense ou la sécurité (y compris la fourniture de prestations pouvant avoir un rapport avec la sécurité comme les télécommunications), il est difficile de trouver une application légitime à cette disposition. Telle qu'elle est formulée actuellement, la disposition semble permettre de nombreux abus, par exemple envers des journalistes ou des chercheurs qui rassemblent et classent des

¹⁶ Voir les observations concernant les paragraphes 4 et 5 de l'article 18.

¹⁷ Voir également les observations relatives aux articles 14 et 29 ci-dessous.

¹⁸ Voir également les observations relatives aux articles 14 et 29 ci-dessous.

¹⁹ Cela dit, il n'est pas possible de dire d'après le libellé si le recours peut porter sur le montant de la compensation octroyée (ce qui devrait aussi être possible) ou s'il ne concerne que la décision de classification.

informations non secrètes que le gouvernement en place ou un organe administratif juge stratégiques pour lui²⁰. La disposition semble donc être formulée de manière trop vague et devrait être remaniée.

30. L'article 11 porte sur la durée pendant laquelle les informations sont classées secrètes, à savoir vingt-cinq ans pour les informations présentant une importance particulière et les informations très secrètes et dix ans pour les informations secrètes. Ces délais sont relativement longs mais pas exceptionnels si on les compare à ceux d'autres pays (voir cependant les observations ci-dessous relatives à l'article 14). Le gouvernement peut, en le notifiant à la commission interdépartementale, décider d'allonger le délai de classification des informations présentant une importance particulière. Il faut toutefois signaler, en l'absence de supervision appropriée de la classification des documents, une tendance intrinsèque de la bureaucratie à surclassifier les documents.²¹ Cela vaut même si la loi prévoit, judicieusement, un examen périodique du contenu de la liste départementale par les fonctionnaires désignés (au moins tous les cinq ans – article 11.3).

31. Comme indiqué ci-dessus, l'article 12 interdit de classer certaines informations secrètes, comme a) les violations des libertés et droits fondamentaux des citoyens ; b) les cas d'urgence, les catastrophes qui menacent la sécurité et la santé des personnes et leurs conséquences ainsi que les catastrophes naturelles, leurs prévisions et conséquences ; c) la situation réelle dans le domaine de l'éducation, de la protection de la santé, de l'écologie, de l'agriculture, du commerce et de l'ordre juridique ; d) les cas d'atteinte à la légalité, d'inactivité et d'actions illégales des autorités et des fonctionnaires de l'Etat si la divulgation de ces informations ne met pas en danger la sécurité de la République de Moldova. De plus, conformément à l'article 12.2, la classification n'est pas autorisée si elle a des conséquences négatives pour l'exécution des programmes gouvernementaux et sectoriels en matière de développement socio-économique et culturel ou si elle restreint la concurrence entre les acteurs économiques. La classification des informations serait donc interdite si elle a pour effet de fausser la concurrence entre les entreprises privées.

32. Comme indiqué précédemment, l'article 12 précise que les catégories énoncées à l'article 5 ne sont pas interprétées de manière stricte. Le paragraphe d) de cette disposition est aussi ambigu. Il permet de classer secrètes les informations sur les actes répréhensibles de fonctionnaires lorsque leur divulgation compromettrait la sécurité. Cela étant, comme aucune qualification de ce type n'est prévue aux paragraphes a) à c), il semblerait raisonnable de partir du principe que les actes répréhensibles portant atteinte aux droits des citoyens etc. ne peuvent être classés secrets même s'il est attesté qu'ils compromettent la sécurité.

33. Bien que la loi examinée ne justifie ni n'excuse expressément la divulgation d'informations secrètes, l'article 12 la justifie dans une certaine mesure. Les questions de dénonciation de droit de la presse de publier des informations secrètes (quand la publication est dans l'intérêt public) et de protection des sources des journalistes ont fait l'objet de nombreux débats au sein de l'Assemblée parlementaire, de recommandations du Comité des Ministres et ont été portées devant la Cour européenne des Droits de l'Homme²².

²⁰ Voir à ce sujet la Recommandation 1792 (2007) de l'Assemblée parlementaire, équité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat.

²¹ Voir Banisar, page 8.

²² Cour européenne des Droits de l'Homme, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, série A n° 216 ; *Hadjianastassiou c. Grèce*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 252 ; *Vereniging Weekblad Bluf c. Pays-Bas*, arrêt du 9 février 1995, série A n° 3068A ; *Fressoz et Roire c. France*, arrêt du 21 janvier 1999 ; *Editions Plon, c. France* arrêt du 18 mai 2004, CrEDH 2004-IV ; *Tourancheau et July c. France*, arrêt du 24 novembre 2005 ; *Dammann c. Suisse*, arrêt du 25 avril 2006 ; *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, arrêt du 9 novembre 2006 ; *Dupuis et autres c. France*, arrêt du 7 juin 2007 ; *Voskuil c. Pays-Bas*, arrêt du 22 novembre 2007 ; *Tillack c. Belgique*, arrêt du 27 novembre 2007 ; *Stoll c. Suisse*, op. cit.

34. La Commission de Venise estime qu'il peut exister des situations extrêmes, par exemple en cas de faute grave d'un service de sécurité, dans lesquelles les responsables devraient pouvoir divulguer aux médias des informations même très secrètes sans craindre des sanctions pénales ou disciplinaires. En pareil cas, les médias ne devraient pas non plus être menacés de poursuites.

35. L'article 7.5 de la loi moldave sur l'accès à l'information prévoit que toute personne partie à un procès pénal au motif qu'elle a diffusé sans y être autorisée des informations peut invoquer « l'intérêt public ». La Commission de Venise est d'avis, comme l'OSCE, que ce moyen de défense devrait figurer dans une loi modifiée sur le secret d'Etat pour qu'il soit bien clair que même des informations concernant la sécurité nationale peuvent être divulguées lorsque cette divulgation est dans l'intérêt public²³.

VI. Titre IV - Déclassification d'informations

36. L'article 13 prévoit la déclassification d'informations au motif, notamment, d'un changement de circonstances. Le texte ne dit pas clairement si les informations sont automatiquement déclassifiées à l'expiration du délai indiqué à l'article 11. Au lieu de cela, le paragraphe 3 de l'article 13 semble énoncer que les archives nationales peuvent procéder à la déclassification si l'entité administrative qui a demandé le secret leur a délégué le pouvoir de déclassifier. La déclassification automatique devrait être prévue clairement par la loi. L'article 14 permet notamment aux citoyens et aux entreprises de demander la révision du statut de certains documents à l'organe qui les a classifiés ou à la commission interdépartementale. L'organe en question est tenu d'examiner la demande dans un délai de trois mois et de donner une réponse motivée. Si la demande ne relève pas de la compétence de l'organe qui l'a reçue, elle doit être transmise dans un délai d'un mois à l'organe compétent ou à la commission interdépartementale (article 14.2). Les fonctionnaires qui ne s'acquittent pas de leur mission à cet égard sont passibles de sanctions disciplinaires (article 14.3). Ces sanctions ne sont pas spécifiées mais sont probablement prévues dans d'autres textes de loi applicables. On peut également noter que la responsabilité pénale des fonctionnaires coupables de négligences graves ou d'abus de fonctions est prévue par le Code pénal. Un recours peut être déposé devant les tribunaux pour classification injustifiée.

37. Pour ce qui est de l'intérêt de recourir à la commission interdépartementale en matière de déclassification, voir les observations concernant l'article 29. Quant aux voies de recours possibles devant les tribunaux, elles semblent utiles, même si plusieurs remarques s'imposent. Premièrement, il doit être clairement établi qu'un recours ne peut être introduit qu'en dernier ressort, après l'échec d'une demande de déclassification à la commission interdépartementale.

38. Deuxièmement, un recours n'a évidemment d'intérêt que si une personne physique ou morale connaît l'existence d'un document ou d'un élément d'information, sait qu'il est entre les mains d'un service administratif donné et qu'il a été classé secret. La loi permet bien entendu à une personne physique ou morale de déposer une demande de déclassification auprès de la commission interdépartementale, ce qui doit vraisemblablement être le cas lorsqu'on ne sait pas exactement quel service détient les informations concernées (si tant est qu'il y en ait un). Néanmoins, comme cela a été mentionné plus haut (paragraphe 26), la décentralisation du système de classification fait que même la commission interdépartementale peut ne pas avoir connaissance de tous les documents existants et classés secrets. Lorsque l'enregistrement de tous les documents n'est pas obligatoire ou n'est pas pris au sérieux, ou que le registre officiel n'est pas mis à la disposition des personnes qui le demandent, le droit de recours tient plus du

²³ Voir Banisar, page 6, qui note aussi que la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe, STE n°174, qui est contraignante pour la Moldova, prévoit que les employés qui dénoncent des faits de corruption ne doivent pas faire l'objet de sanctions.

simulacre que de la réalité. Ce point fait peut-être l'objet d'autres lois mais, si tel n'est pas le cas, le droit de recours n'existe pas en pratique.

39. Troisièmement, l'article 14 ne mentionne pas la qualité pour agir, c'est-à-dire à la nécessité pour une personne physique ou morale de montrer en quoi l'information la concerne. Il convient de mettre en balance les avantages administratifs qu'il y a à limiter les voies de recours (coût, surcharge pour les tribunaux) avec le préjudice que peut subir le système de contrôle constitutionnel. En effet, des exigences trop rigoureuses quant à la qualité pour agir peuvent dévaloriser le recours. Par conséquent, si l'on tient à ce que la loi énonce ce type de condition, elle doit être très souple et faire une exception pour les médias.

40. Quatrièmement, l'intérêt d'un recours dépend de la compétence et de la capacité des tribunaux à évaluer de manière vraiment objective le caractère nécessaire de la classification dans l'affaire dont ils sont saisis. Afin d'écarter tout soupçon de critique injustifiée envers la justice moldave, nous tenons à souligner que ce problème peut se poser dans tout Etat où, pour une raison quelconque, le système judiciaire ne possède pas, en pratique, les compétences ou les capacités nécessaires. Cette remarque peut être particulièrement pertinente pour la Moldova, compte tenu de l'absence de définition claire de ce qu'est une atteinte grave à la sécurité nationale dans la loi. En tout cas, lorsque les tribunaux n'ont pas, en pratique, une approche indépendante et critique du problème, il ne fait aucun doute qu'il vaut mieux ne pas avoir de recours du tout qu'un droit de recours purement formel, donnant l'illusion de l'équité là où il n'y en a pas.

41. Cinquièmement, on ne distingue pas bien le rapport entre cet article et les autres droits d'accès pouvant figurer dans la législation moldave sur les fichiers secrets contenant des informations à caractère personnel. Comme l'a souligné la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les arrêts *Rotaru c. Roumanie*[1]²⁴ et *Segerstedt-Wiberg c. Suède*²⁵, tout individu doit toujours pouvoir attaquer devant un organe compétent et objectif (judiciaire ou quasi-judiciaire) le fait que des agents de l'Etat détiennent des informations sur sa vie privée ou contester la véracité de ces informations et, en outre, obtenir des réparations et la correction/suppression du dossier s'il contient des informations inexactes ou que la détention de ces informations est jugée superflue ou non proportionnée.

42. Sixièmement, le Parlement moldave devrait examiner sérieusement la question de l'accès aux dossiers personnels datant de l'époque soviétique. Il est vrai qu'il faut bien mesurer les intérêts en jeu. D'une part, il importe de tenir compte des intérêts légitimes des victimes de l'oppression de la police d'Etat et de la soif de connaissance des historiens. D'autre part, certaines informations doivent demeurer secrètes, pour des raisons de politique étrangère, par exemple, et il existe aussi un risque de porter atteinte à la vie professionnelle ou privée de certaines personnes, voire de la détruire, en laissant filtrer ou en révélant des informations non confirmées ou des suppositions tirées des dossiers (le fait que quelqu'un ait pu être un informateur de la police, par exemple). Différents pays du Conseil de l'Europe ont opté pour des solutions diverses.²⁶ Il faut, en tout état de cause, trouver des moyens de concilier ces intérêts divergents.

VII. Chapitre V – Transmission d'informations couvertes par le secret d'Etat

43. L'article 15 porte sur le transfert d'informations secrètes entre des organes de l'Etat et des personnes morales ou physiques. De toute évidence, le transfert entre organes de l'Etat doit

²⁴ Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000.

²⁵ Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Segerstedt-Wiberg c. Suède* du 6 juin 2006.

²⁶ Voir, par exemple, la décision de la Cour constitutionnelle polonaise de mai 2007, commentée par M. Safjan dans son article « Justice transitionnelle : l'exemple polonais, le cas de la lustration », 1 EJLS (2007).

être possible. Dans la mesure où il exige de fusionner des bases contenant des données à caractère personnel, le transfert soulève des problèmes de protection des données qui font probablement l'objet d'autres lois. La formulation de l'article 15 – du moins dans sa traduction – est particulièrement longue et maladroite. Généralement, en matière de transferts, il faut veiller à ce que le niveau de classification initial soit appliqué par le service de destination et que ce dernier protège l'information avec le même soin.

44. Pour ce qui est du transfert d'informations secrètes vers des entités privées, il s'inscrit dans un cadre plus – ou beaucoup plus – strict et donne lieu à des problèmes épineux : protection des données à caractère personnel, protection des brevets, problèmes de corruption, avantages commerciaux/distorsion de concurrence (voir aussi article 12.2). La traduction ne permet pas de comprendre le sens de cet article, et encore moins ses conséquences. Toute reformulation éventuelle de l'article devra impérativement tenir compte de ces problèmes.

45. L'article 16 a trait à la transmission d'informations à d'autres Etats. Les organisations internationales n'y sont pas mentionnées alors qu'elles le sont dans les articles 24 et 25. Il convient de corriger cette incohérence. Etant donné que les articles 24 et 25 portent sur le transfert d'informations vers la Moldova, il serait plus logique de regrouper les trois articles, de préférence dans le chapitre V.

46. Les traités en matière de transfert doivent être conclus par le Parlement (article 4.1.d) et signés par le gouvernement (article 4.3.h). L'article 24 indique que ces traités sont conclus conformément à la procédure adoptée par le gouvernement. En principe, c'est le Parlement qui devrait conclure tous ces traités. Lorsque, pour une raison de sécurité particulière, le gouvernement juge que tous les éléments d'un traité ne doivent pas être communiqués au Parlement, il faut recourir à d'autres moyens pour garantir un contrôle parlementaire approprié. Le transfert d'informations secrètes est parfois nécessaire dans le domaine de la sécurité, notamment pour lutter contre le terrorisme international. Toutefois, le texte n'indique pas expressément qu'en l'absence de traité préexistant aucune information ne peut être transférée, ce qu'il conviendrait de préciser.

47. Les informations relatives à un dossier précis ne peuvent être transférées qu'après avis d'un expert de la commission interdépartementale. Cela semble raisonnable mais les principes que doit suivre cet expert ne sont énoncés nulle part. Le transfert de données à caractère personnel vers des organes internationaux et des Etats peut constituer un danger considérable pour les droits individuels : la Commission de Venise souligne, par conséquent, que les normes et les principes directeurs énoncés dans son rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité internes²⁷ devraient être repris dans la loi et appliqués par l'expert lors de sa prise de décision. Les organes de contrôle et les instances parlementaires concernés devraient pouvoir réaliser un suivi de ces décisions. Concernant le niveau de contrôle, les mêmes exigences s'appliquent mutatis mutandis aux informations transférées vers la Moldova.

48. L'article 24 prévoit simplement que les limites fixées par le pouvoir qui effectue le transfert doivent être respectées.

VIII. Chapitre VI - Protection des secrets d'Etat

49. Les institutions impliquées dans la protection des secrets d'Etat mentionnées à l'article 17 relèvent plutôt du chapitre I.

²⁷ Etude n°388 / 2006, CDL-AD(2007)016.

50. Les articles 18 à 22 traitent des conditions et des modalités d'accès aux informations des fonctionnaires et des citoyens. Ces articles concernent principalement la question des enquêtes de sécurité effectuées dans le cadre de la sélection du personnel. Il faut évidemment qu'elles soient soumises à des règles. Dans ce contexte, il importe de souligner que les fonctionnaires candidats à des postes exigeant une habilitation de sécurité devraient toujours être informés qu'ils feront l'objet d'une enquête et qu'ils doivent disposer d'un droit de recours réel devant une juridiction compétente et objective en cas de décision de refus, de modification ou de retrait de leur habilitation. Dans ce domaine, les voies de recours risquent clairement de n'exister que sur le papier.²⁸

51. La loi pose comme principe que les fonctionnaires qui ont accès en permanence à des informations secrètes et acquièrent une expérience professionnelle à cet égard ont droit à des augmentations de traitement. Ce principe semble poser problème dans une situation comme celle de la Moldova, où la classification est en grande partie décentralisée et laissée à la discrétion de certains fonctionnaires.

52. Certaines restrictions imposées aux fonctionnaires qui ont ou ont eu accès à des secrets d'Etat, dont les antécédents révèlent qu'ils ont eu le droit de quitter temporairement le pays ou bénéficié d'une protection de leur vie privée afin de mener des enquêtes (et de les reprendre périodiquement), peuvent être justifiées mais ne doivent pas être excessives. Il faut prévoir une voie de recours effective (voir mutatis mutandis les observations sur l'article 14).

53. Enfin, les détails techniques touchant à la protection physique d'informations secrètes doivent généralement être précisés au moyen de circulaires gouvernementales et de règlements administratifs ; la loi doit donc établir les délégations de pouvoirs appropriées.

54. L'article 23 semble lié à l'article 16 mais son sens – la traduction tout au moins – n'est pas clair.

55. Enfin, l'article 26 indique que l'on envisage la question de la responsabilité en matière de violation de la législation « conformément à la législation ». On suppose que cette « législation » est le Code pénal mais il pourrait aussi s'agir de la législation administrative (disciplinaire). Cet article ne s'appliquera probablement qu'aux fonctionnaires et non aux particuliers qui ont eu l'autorisation d'accéder à des informations secrètes pour une raison ou pour une autre, et auxquels seul le code pénal s'applique (ainsi que les sanctions pénales prévues en cas de violation d'une condition d'accès). Ici, il importe tout particulièrement de dissocier la question de la responsabilité pénale de la classification administrative. Comme cela a été souligné dans les observations générales ci-dessus, une information peut naturellement être classée secrète à tort, par ignorance, pour des raisons illicites ou dans le cadre d'une tendance structurelle à la surclassification. Des sanctions administratives (disciplinaires) mineures (blâme, modification de l'habilitation) peuvent se justifier en cas de détention par négligence ou de divulgation injustifiée d'informations classées secrètes sans qu'il soit tenu compte de leur contenu et du bien-fondé de leur classification. Ce raisonnement s'applique beaucoup plus difficilement à des mesures disciplinaires plus sévères (rétrogradation, refus de promotion, renvoi) et est totalement inacceptable lorsque les sanctions sont pénales²⁹

²⁸ Voir par exemple, dans le livre de M. Cameron, *National Security and the ECHR*, Kluwer 2000, pp. 225-252, le passage relatif à l'arrêt *Leander c. Suède* rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 26 mars 1987.

²⁹ Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, les sanctions disciplinaires pourraient être suffisamment lourdes pour être considérées comme une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention.

56. Il est impératif que le tribunal pénal devant lequel comparaît une personne pour une infraction pénale ait la capacité, la compétence et l'objectivité nécessaires pour déterminer de manière sincère et objective si un véritable « secret d'Etat » a été révélé sans autorisation. L'article 344 du Code pénal moldave ne semble toutefois pas prévoir de critère de préjudice. Il semble au contraire que l'infraction soit simplement constituée par le fait de divulguer un document classé « secret d'Etat ». Cette lecture des dispositions de la loi n'est peut-être pas correcte mais, si elle l'est, la Commission de Venise doit souligner qu'il est absolument inadmissible que le tribunal parte du principe que la classification est en soi une preuve, ou même un commencement de preuve, permettant d'établir qu'il s'agit objectivement d'un secret d'Etat et qu'il en déduise que la divulgation non autorisée de l'information en question constitue une infraction réprimée par l'article 344.

IX. Chapitres VII et VIII – Financement des mesures de protection du secret d'Etat

57. L'article 27 dispose que les services administratifs concernés doivent financer les mesures de sécurité sur leurs budgets respectifs. Le ministère des Finances est compétent pour auditer le coût des mesures de sécurité, ce qui implique qu'il ait accès, ainsi que les chefs des services administratifs en question, aux informations financières dont il a besoin pour s'acquitter de sa mission.

58. L'article 28 dispose que le contrôle parlementaire relatif au respect de la loi sur le secret d'Etat et aux dépenses connexes est effectué par des commissions parlementaires permanentes. Les organes de l'administration d'Etat qui protègent le secret d'Etat sont tenus de communiquer à ces commissions toutes les informations nécessaires. C'est là une disposition raisonnable, conforme aux recommandations de la Commission de Venise sur le contrôle des services de sécurité internes. Son intérêt dépend cependant de la façon dont elle est interprétée en pratique. La Commission de Venise suggère qu'au moment de modifier ces dispositions, il soit tenu compte de l'ensemble des problèmes répertoriés et des normes qu'elle a énoncées relativement au contrôle parlementaire et budgétaire du secteur de la sécurité dans son étude sur le contrôle démocratique des services de sécurité internes.

59. L'article 29 prévoit un contrôle interdépartemental, qui relève du ministère de la Sécurité nationale. La maîtrise de la question revient donc à ce ministère, dont on peut raisonnablement penser qu'il a tout intérêt à laisser le plus d'informations possible sous le sceau du secret. Même si la composition de la commission interdépartementale est confirmée par le Président, il est conseillé de veiller à ce qu'elle ne compte pas uniquement, ni même principalement, des agents du ministère de la Sécurité nationale.

60. Il serait souhaitable de créer un organe jouissant d'une véritable indépendance institutionnelle par rapport à l'administration en général et au ministère de la Sécurité nationale en particulier. Il est possible de créer un organe bénéficiant d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'administration mais en veillant à ne pas créer un antagonisme qui empêcherait toute coopération en pratique. Il faut que les experts de la Commission n'aient pas la sécurité pour seule mission. Comme indiqué dans les observations générales, l'efficacité administrative et la bonne gouvernance comptent également beaucoup. Cette dernière exige de maintenir le secret d'Etat au niveau qui permet d'assurer la sécurité nationale. En outre, il est nécessaire que l'organe créé dispose des pouvoirs et des ressources dont il a besoin pour contrôler efficacement le secteur du renseignement.

61. Tous ces objectifs peuvent être atteints. Il existe nombre de bonnes pratiques à prendre en exemple. Certains Etats ont créé des organes de surveillance indépendants ou des commissaires à l'information investis d'une mission de surveillance de toutes les informations

officielles ; ils ont aussi établi des procédures ultrasécurisées de suivi des informations secrètes.³⁰

X. Conclusions

62. La protection du secret est un enjeu vital quel que soit le pays. Toute législation sur cette question sensible et complexe doit être élaborée prudemment. La Commission de Venise, qui a d'ores et déjà répertorié un certain nombre de bonnes pratiques en la matière, estime que les Etats membres du Conseil de l'Europe devraient en tenir compte pour améliorer leur législation de manière à lutter contre les abus et la corruption et à trouver un équilibre satisfaisant entre l'intérêt de l'Etat – sa sécurité – et les droits et libertés fondamentaux que tout pays démocratique se doit de garantir à chacun.

63. A bien des égards, la loi moldave sur le secret d'Etat est loin de s'inspirer de ce que l'on considère comme de bonnes pratiques en matière de secret d'Etat. Il conviendrait donc d'en modifier ou d'en clarifier plusieurs dispositions.

64. La Commission de Venise reste à la disposition des autorités moldaves dans le cas où elles décideraient de modifier la loi.

³⁰ Voir par exemple le rapport 1998-2004 de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN, France) <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000109/0000.pdf> et la page internet du Commissaire hongrois pour la protection des données et la liberté de l'information (<http://abiweb.obh.hu/dpc/index.php?menu=reports/2004/III/4&dok=reports/2004/229>). Voir aussi les mécanismes indépendants de contrôle des informations relatives à la sécurité mentionnés dans l'étude n° 388 / 2006, CDL-AD(2007)016 op. cit.