



Justice et sécurité nationale : l'apport de la loi sur le renseignement

Bertrand WARUSFEL

Bertrand WARUSFEL



Professeur à l'Université de Lille 2. Il est également avocat au barreau de Paris, notamment spécialiste en droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies. Membre du comité scientifique de l'INHESJ et du comité de rédaction des *Cahiers de la sécurité et de la justice*, il enseigne notamment le droit de la sécurité nationale et a produit de nombreux travaux sur le droit et les pratiques de renseignement et d'intelligence économique.

La sécurité nationale en France a toujours vécu à l'écart de la justice. Sauf en de rares cas où des opérations de renseignement, de contre-espionnage ou de contre-terrorisme ont eu une suite judiciaire¹, les juridictions n'ont pu attirer ces sujets devant elles et lorsque cela s'est produit, le secret de la

défense nationale a limité très largement leur capacité d'investigation² et, par conséquent, celle de dire le droit.

Pourtant, l'importance croissante que les pratiques de renseignement ont acquise dans certains domaines (notamment, mais non exclusivement, l'antiterrorisme ou la lutte contre la criminalité organisée) a renforcé la nécessité démocratique de réconcilier les activités de sécurité nationale avec les règles de l'État de droit, dont la justice

(1) On pensera notamment à l'affaire Dreyfus, puis à quelques affaires de la IV^e République (affaire des généraux, affaire des fuites) et, plus récemment, aux affaires Ben Barka ou du Rainbow Warrior (celle-ci présentant la particularité d'une procédure criminelle devant un tribunal néo-zélandais).

(2) Outre certaines affaires politico-financières plus récentes, deux dossiers emblématiques ont consacré le refus de laisser la justice s'immiscer dans la pratique des services de renseignement : celui dit des « micros du Canard enchaîné » en 1975, puis celui du « vrai-faux passeport » en 1987 (v. les deux arrêts rendus dans ces dossiers in Warusfel (B.), 2000, *Contre-espionnage et protection du secret – histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Paris, Lavauzelle, p. 451-456 et p. 461-464, et notre analyse p. 344-352).

assure le respect effectif³. De même, le développement des procédures judiciaires antiterroristes pousse à une certaine « judiciarisation » de l'exploitation des données du renseignement (lorsque celles-ci peuvent fournir à la justice des indices pour identifier les auteurs d'attentats ou ceux qui en auraient le projet⁴).

La nouvelle loi relative au renseignement qui a été votée en première lecture à l'Assemblée nationale le 5 mai 2015⁵ doit donc également être lue comme un premier rendez-vous officiel entre le renseignement de sécurité nationale⁶ et la justice.

Tout comme en 1998 lorsqu'il s'est agi de mieux articuler secret de défense et investigations judiciaires⁷, cette rencontre ne se fait pas sans de nombreuses précautions par lesquelles le pouvoir exécutif s'efforce d'éviter une judiciarisation trop directe des activités de renseignement.

On constate donc que si le mécanisme d'encadrement et de contrôle établi par la nouvelle loi réaffirme le primat de l'exécutif dans cette matière particulière, il instaure un contrôle administratif indépendant et prévoit, pour la première fois, la saisine d'une juridiction administrative, à laquelle reviendra le soin de trancher en dernier ressort et d'établir la jurisprudence. Mais malgré les réelles avancées de ce texte, certaines des dispositions antiterroristes qui lui ont été adjointes en réaction aux attentats de janvier 2015 ont rendu son adoption houleuse et soulevé des questions qui seront tranchées par le Conseil constitutionnel.

La réaffirmation du primat de l'exécutif

Le texte comporte d'entrée de jeu un article déclaratif sans ambiguïté qui affirme que « la politique publique de renseignement

concourt à la stratégie de sécurité nationale et à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation. Elle relève de la compétence exclusive de l'État ». Cette reconnaissance officielle de la mission publique de renseignement lui assigne une mission de sécurité nationale et de protection des intérêts fondamentaux de la nation, laquelle est à la charge exclusive du pouvoir exécutif⁸. Cela est encore renforcé par une seconde disposition, tout aussi déclaratoire, qui affirme que les services concernés « *agissent dans le respect de la loi, des instructions du Gouvernement et des orientations déterminées en Conseil national du renseignement* ».

Ce primat de l'exécutif, conforme à la nature même des missions de sécurité nationale, se fonde par ailleurs sur l'appréciation qu'a donnée le Conseil constitutionnel en décembre 2001 à propos du contrôle des fonds spéciaux affectés au service de renseignement. Dans sa décision sur la loi de finances pour 2002, il a censuré une disposition qui autorisait la nouvelle commission (comportant des parlementaires et des membres de la Cour des comptes) à recevoir communication « *de l'état des dépenses se rattachant à des opérations en cours* », en considérant que le président de la République étant « *garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités* » (article 5 de la Constitution) et chef des Armées (art. 15) et le Premier ministre « *responsable de la Défense nationale* » (art. 21), « *s'il appartient au Parlement d'autoriser la déclaration de guerre, de voter les crédits nécessaires à la défense nationale et de contrôler l'usage qui en a été fait, il ne saurait en revanche, en la matière, intervenir dans la réalisation d'opérations en cours* »⁹.

Le législateur en tire donc la conséquence logique selon laquelle la mise en œuvre « sur le territoire national » des techniques de recueil du renseignement les plus sensibles (à savoir, celles qui – de par le caractère intrusif dans la vie privée – vont être encadrées par un régime légal fixé par le Code de la sécurité intérieure) « *est soumise à autorisation préalable du Premier ministre* ». Cette solution se fonde sur

(3) Voir notre article dans cette revue, Warusfel (B.), 2010, « Renseignement et État de droit », *Cahiers de la sécurité*, n° 13, juillet-septembre, p. 114-121.

(4) L'affaire Merah a donné lieu à des interrogations sur la manière dont il aurait fallu mieux relier les équipes de renseignement de la direction centrale du Renseignement intérieur (DCRI) avec celles qui ont en charge la poursuite des procédures judiciaires antiterroristes (voir notamment le rapport de l'inspection générale de la Police nationale du 19 octobre 2012). On peut également penser à la procédure engagée contre certains ex-détenus français de Guantanamo qui avait été temporairement invalidée par la Cour d'appel de Paris en raison des entretiens que les fonctionnaires de la direction de la Surveillance du territoire (DST) avaient eus sur place avec les personnes concernées, procédure finalement validée par une nouvelle chambre de la Cour de Paris en mars 2011, après un arrêt de cassation du 17 février 2010 (Cass. Crim., 17 février 2010, n° 09-81736).

(5) Cet article ayant été rédigé en mai 2015, c'est le projet de loi tel que voté en première lecture le 5 mai 2015 qui sera évoqué et cité ici. Le lecteur devra l'actualiser avec le texte définitivement adopté après son passage au Sénat et son examen par le Conseil constitutionnel.

(6) On n'évoquera ici que le renseignement de sécurité nationale, le renseignement criminel étant, pour sa part, déjà pris en compte par le Code de procédure pénale (en particulier depuis l'adoption de la loi dite « Perben 2 » n° 2004-204 du 9 mars 2004).

(7) Par la loi n° 98-567 du 8 juillet 1998, aujourd'hui codifiée aux articles L. 2312-1 à L. 2312-8 du Code de la défense.

(8) Comme le démontrent parfaitement les articles L. 1111-3, L. 1131-1 ainsi que L. 1142-1 et suivants du Code de la défense (tels qu'ils résultent de leur modification par la loi de programmation militaire n° 2009-928 du 29 juillet 2009).

(9) Décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, considérants 44 et 45.

plusieurs précédents plus ou moins directs. C'est en effet le même Premier ministre qui délivre formellement l'autorisation de procéder à une interception de sécurité, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1991¹⁰. De même, s'agissant des éventuelles décisions de déclassification pouvant intervenir après demande d'un magistrat et avis de la Commission consultative du secret de la défense nationale (CCSDN) déjà citée, ce sont également les autorités gouvernementales qui sont seules compétentes en dernier ressort¹¹. Dans ces deux cas, cette compétence discrétionnaire a pu être critiquée, certains auteurs faisant remarquer que la pratique montre en réalité que le gouvernement suit presque automatiquement l'avis donné soit par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) (en matière d'interceptions) soit par la CCSDN, de sorte qu'il serait plus judicieux de transférer directement le pouvoir d'autorisation à de telles instances indépendantes¹².

Si le gouvernement n'a pas souhaité proposer non plus de retirer au Premier ministre son pouvoir de décision ultime sur l'utilisation des moyens les plus sensibles des services de renseignement, c'est sans doute aussi pour renforcer un peu plus le contrôle hiérarchique et politique sur les services de renseignement. On sait, en effet, qu'avait déjà été créée une inspection générale des Services ayant compétence sur les six services relevant du coordonnateur du renseignement¹³. Mais l'on sait aussi que les différentes études sur les pratiques françaises du renseignement insistent sur l'insuffisante maîtrise et coordination des activités de renseignement par l'autorité gouvernementale et que, comme l'affirment Jean-Claude Cousseran et Philippe Hayez « *le contrôle politique des services est un impératif catégorique*¹⁴ ». En présence de services par nature extrêmement cloisonnés et dont les décisions opérationnelles étaient jusqu'à présent presque toutes prises en interne, ce sera désormais la responsabilité directe du chef du gouvernement qui sera en jeu, avec tout ce que cela va impliquer tant en termes symboliques

et politiques que du point de vue du renforcement du contrôle gouvernemental.

On peut noter que ce renforcement du contrôle hiérarchique s'exprime également dans un secteur qui était jusqu'alors hors de tout encadrement, à savoir celui des communications internationales. Contrairement à l'article 20 de la loi du 10 juillet 1991, le nouveau texte va soumettre aussi à l'autorisation du Premier ministre « *la surveillance et le contrôle des communications qui sont émises ou reçues à l'étranger* ». Même si les autorisations dans ce domaine particulier vont être soumises à un contrôle allégé par rapport aux opérations s'exerçant sur le seul territoire national, cette nouvelle obligation nous semble caractéristique de la volonté de mieux assurer la maîtrise de la plus haute autorité gouvernementale sur tous les aspects sensibles des activités publiques de renseignement.

Cependant, cette réaffirmation de la compétence gouvernementale en matière de sécurité nationale ne va pas, en matière de renseignement, sans des contreponds qui en l'espèce seront non seulement un contrôle parlementaire renforcé¹⁵, mais aussi un double contrôle externe : d'une part, celui d'une autorité administrative indépendante, et, d'autre part, par un contrôle juridictionnel ultime¹⁶.

Un contrôle administratif indépendant élargi

Le législateur de 2015 s'inscrit dans la lignée de ses prédécesseurs en choisissant pour contrôler l'action gouvernementale en matière de renseignement le même type de dispositif qui avait déjà été utilisé en 1991 pour les interceptions de sécurité et en 1998 pour l'accès de la justice aux documents classifiés, voire marginalement pour contrôler les fichiers des services de police et de renseignement (au travers de la Commission nationale

(10) Cette prérogative était codifiée à l'article L.242-1 du Code de la sécurité intérieure, que la loi relative au renseignement va abroger et remplacer.

(11) En application de l'article L.2312-8 du Code de la défense.

(12) Ce fut notre cas, tant s'agissant de la CCSDN (voir notre article « Vers un véritable juge du secret ? », reproduit en annexe du Rapport 1998-2004 de la Commission consultative du secret de la défense nationale, La documentation Française, 2005, pp. 267-270) que de la CNCIS (voir notre article « Pour un approfondissement du cadre juridique des interceptions de sécurité », contribution au 21^e rapport d'activité (2012-2013) de la CNCIS, documentation française, 2014). C'est aussi celui du premier président de la CCSDN, Pierre Lelong qui, délivré de son devoir de réserve, n'hésite plus à prôner un « statut juridictionnel » pour la CCSDN, ce qui retirerait au gouvernement le monopole de la décision de déclassification (Pierre Lelong, *Une expérience française - 50 ans au cœur de la République*, France-Empire, 2012, p. 395).

(13) Cette création décidée par le Conseil national du renseignement en 2013 a été officiellement confirmée par le décret n° 2014-833 du 24 juillet 2014 relatif à l'inspection des services de renseignement (JORF n° 0170 du 25 juillet 2014).

(14) Cousseran (J.-C.), Hayez (P.), 2015, *Renseigner les démocraties - renseigner en démocratie*, Paris, Odile Jacob.

(15) Les prérogatives de la Délégation parlementaire au renseignement (DPR) créée par la loi n° 2007-1443 du 9 octobre 2007 ont été élargies sensiblement par l'article 12 de la loi de programmation militaire du 18 décembre 2013.

(16) Par là, le projet de loi est bien demeuré fidèle à l'idée initiale émise dans le rapport Urvoas/Verchère qui préconisait de « conjuguer une pluralité de contrôles au profit des services et de la démocratie » (Rapport de la mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement, Commission des lois, Assemblée nationale, document n° 1022, 14 mai 2013, p. 52).

de l'informatique et des libertés¹⁷) : l'institution d'une autorité administrative indépendante (AAI).

On rappellera que ces autorités apparues à partir de la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en 1978 ont en commun, comme l'indiquait le Conseil d'État « *d'agir au nom de l'État sans être subordonnées au Gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge*¹⁸ ». Par ailleurs, comme le faisait remarquer J.-M. Auby, « *la situation des AAI dont l'indépendance est globalement garantie, se rapproche nettement à cet égard de celle des autorités juridictionnelles et procède, au moins en partie, des mêmes principes*¹⁹ ».

Ce choix dans le domaine sensible de la sécurité nationale n'est donc pas surprenant même s'il a été présenté parfois dans la presse et dans les débats récents autour du projet de loi comme un signe de faiblesse de la volonté de contrôle effective des activités de renseignement. On peut noter en effet que, par comparaison avec les dispositions antérieures régissant l'action de la CNCIS en matière de contrôle des seules interceptions de sécurité, les nouvelles dispositions procédurales incluses dans la loi relative au renseignement vont plutôt dans le sens d'un renforcement des capacités de contrôle par la nouvelle autorité, dénommée la « Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement » (CNCTR).

Cela est visible sur trois aspects procéduraux qui témoignent d'une véritable amélioration du processus de contrôle des décisions prises par le Premier ministre en la matière. Tout d'abord, le délai imposé pour prévenir le président de la CNCTR de la demande d'autorisation et de l'éventuelle décision du Premier ministre va passer de quarante-huit heures (actuel article L.243-8 CSI) à vingt-quatre heures. Il en va de même du délai prescrit pour réunir la commission en séance plénière en cas d'incertitude sur la légalité de la demande formulée : de sept jours (dans le même article L.243-8 CSI), ce délai va tomber à trois jours. Enfin, un nouveau mécanisme a été créé pour assurer en toutes hypothèses la capacité des différents membres de la CNCTR de pouvoir formuler une critique sur l'avis donné ou sur la décision gouvernementale prise : à défaut de réunion plénière de la commission, l'ensemble de ces membres est informé dans un délai de vingt-quatre heures de l'avis rendu et si deux

d'entre eux en font la demande, la commission se réunit de plein droit pour statuer à nouveau dans un délai de trois jours ouvrables suivant l'avis initial²⁰.

Bien évidemment, certains commentateurs ne manquent pas déjà de reprocher à ce texte d'avoir institué cette CNCTR pour faire écran à l'intervention directe d'une juridiction. Cependant, outre le fait que, comme nous allons le voir, le contrôle juridictionnel n'est pas absent, mais simplement reporté en aval de l'intervention de la commission, on peut facilement comprendre les raisons qui ont conduit à recourir à une telle autorité indépendante en lieu et place d'un contrôle juridictionnel direct des décisions du Premier ministre en ce qui concerne la mise en œuvre de certaines techniques de renseignement.

La première raison tient au caractère consultatif du rôle de la CNCTR. Une juridiction, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir qu'un rôle décisionnel. De plus, le contrôle de la CNCTR va être permanent, alors que le propre d'une juridiction est plutôt de ne connaître que les cas donnant lieu à litige. Certes, il existe des contre-exemples tant en matière civile (avec le juge des requêtes) que pénale (avec le juge des libertés et de la détention), mais leurs interventions concernent la mise en œuvre de moyens procéduraux particuliers dans le cadre des procédures contentieuses engagées devant les tribunaux. En l'espèce, demander à un juge de contrôler systématiquement les décisions gouvernementales pourrait être contraire au principe traditionnel de notre droit en matière de séparation des autorités administratives et judiciaires et donnerait aux juridictions un rôle de régulateur d'activités qui se développent par nature dans un cadre non judiciaire.

Pour autant, le choix de remplacer la CNCIS par une nouvelle autorité renforcée qui aura compétence sur un plus large spectre des moyens du renseignement n'est pas antinomique avec la possibilité d'intervention en aval d'une juridiction de plein exercice. Au contraire, tout ce travail d'enregistrement des demandes, de leur étude, de transmission et de conservation des avis donnés, puis de vérifications systématiques ou ponctuelles effectuées auprès des services concernés, ne peut que contribuer à préparer les éléments de fait et de droit qui seront indispensables au travail d'un éventuel juge qui serait saisi plus tard d'un litige portant sur le respect des dispositions légales. Là encore, la pratique française connaît assez bien la complémentarité de l'intervention successive d'une

(17) L'article 41 de la loi du 16 janvier 1978 modifiée organise l'accès des magistrats membres de la CNIL aux fichiers intéressant « *la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique* ».

(18) « Les autorités administratives indépendantes », Conseil d'État, *Rapport public 2001*, p. 257.

(19) Auby (J.-M.), 1995, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *AJDA*, 91.

(20) Futur article L. 821-3 CSI.

autorité indépendante puis d'une juridiction chargée de statuer en dernier ressort (qu'il s'agisse des contentieux devant les juridictions administratives en aval de l'intervention de la CNIL ou de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), par exemple, ou encore de la saisine de la Cour d'appel suite à une décision de l'Autorité de la concurrence). La meilleure preuve en est que c'est le Conseil d'État lui-même qui, dans son avis du 12 mars 2015 rendu sur le projet de loi gouvernemental, a souhaité que sa saisine par un citoyen soit précédée d'une « réclamation obligatoire devant cette Commission » de manière à « y associer la CNCTR, à l'égard de laquelle la procédure sera pleinement contradictoire²¹ ».

C'est pourquoi, derrière l'intervention peu surprenante d'une autorité administrative indépendante directement issue de la CNCIS (dont elle va reprendre les archives), la nouvelle loi innove fortement en prévoyant la possibilité de saisir le Conseil d'État.

La saisine du Conseil d'État : une première en droit français

C'est dans le Code de justice administrative que la nouvelle loi va introduire les dispositions les plus innovantes de toute cette réforme : « Le Conseil d'État est compétent pour connaître, en premier et dernier ressort, des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement mentionnées au titre V du livre VIII du Code de la sécurité intérieure ». Et plus loin, s'agissant de la formation restreinte du Conseil qui exercera cette nouvelle compétence, il est dit que « les membres de cette formation et le rapporteur public sont habilités à qualité au secret de la défense nationale et sont astreints, comme les agents qui les assistent, au respect des secrets protégés par les articles 413-10 et 226-13 du Code pénal pour les faits, les actes et les renseignements dont ils peuvent avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ».

Ainsi, la plus haute juridiction administrative française va disposer d'une compétence spéciale pour contrôler et juger la mise en œuvre des nouvelles dispositions législatives accordant aux services de renseignement l'usage de certaines techniques spéciales. Mieux, elle va pouvoir réellement l'exercer puisqu'en habilitant les magistrats concernés, la nouvelle loi fait sauter en la matière le verrou, jusqu'alors infranchissable du secret de la défense nationale.

On se rappelle en effet que la pratique et la jurisprudence françaises ont toujours refusé que les juridictions – qu'elles soient administratives ou judiciaires – puissent se voir communiquer des informations ou des documents classifiés²². Ce blocage joue tant dans des procédures de droit commun que dans le cas – plus délicat encore du point de vue des droits de la défense – où le secret porte sur l'objet même du contentieux engagé. Dans ce contexte, toute action contentieuse visant à contester un emploi illégal d'un moyen de renseignement serait restée également lettre morte, puisque la juridiction saisie n'aurait eu aucun moyen d'accéder aux informations relatives à la mise en œuvre de la technique concernée ou au déroulement de la procédure d'autorisation.

C'est donc, pour la première fois en France, le début d'une révolution majeure, celle de l'accès du juge au secret. Ce faisant, la France ne fait que rejoindre la liste déjà longue des pays qui ont organisé la possibilité pour certaines de leurs juridictions de se voir communiquer des informations classifiées, dont notamment le Royaume-Uni, l'Espagne ou l'Allemagne²³.

Par ailleurs, la loi a voulu que cette possibilité de recours en annulation de la décision de mise en œuvre d'une technique de renseignement soit effective, puisqu'elle a prévu que le Conseil d'État puisse être saisi non seulement par la CNCTR (notamment lorsque celle-ci constaterait que le Premier ministre a donné son autorisation malgré un avis défavorable de sa part), mais aussi par toute personne y ayant « un intérêt direct et personnel ». Plus largement encore, la loi prévoit également le recours à titre préjudiciel par toute juridiction qui constaterait que la solution d'un litige porté devant elle dépendrait de l'appréciation de la légalité de la mise en œuvre d'une mesure de renseignement. À titre d'exemple, cette dernière possibilité permettra ainsi à une juridiction pénale de vérifier auprès du Conseil d'État si les moyens spéciaux de renseignement ayant abouti au recueil d'une information pouvant constituer un élément à charge devant elle ont été mis en œuvre en conformité avec la loi. Par là, la loi participe déjà indirectement à un encadrement de la « judiciarisation » du renseignement, puisque le service qui choisira de communiquer à la justice des indices (notamment dans les affaires de terrorisme ou de grande criminalité) saura qu'il s'expose à être soumis *a posteriori* à un contrôle par voie d'exception de la légalité de la pratique à l'origine des informations concernées.

(21) Conseil d'État, sections de l'Intérieur et de l'administration, avis n° 389.754, 12 mars 2015, p. 5.

(22) Sur l'ensemble de cette question de l'accès du juge au secret, voir notre ouvrage précité, Warusfel (B.), 2000, Paris, Lavauzelle, p. 361-380.

(23) Voir la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 27 octobre 1999 (1999 : 1 BvR 385/90) qui autorise le juge administratif à se faire communiquer le dossier classifié d'un agent des services de sécurité pour juger un litige le concernant.

Malheureusement l'importance de l'étape ainsi franchie a été largement occultée par les critiques regrettant l'absence du recours au juge judiciaire. Il est pourtant parfaitement cohérent avec les règles régissant les rapports entre juridictions de prévoir que le Conseil d'État se voit attribuer le contentieux de la légalité de décisions administratives et qu'il ait notamment, à ce titre, la charge de faire respecter les droits des citoyens et la garantie des libertés publiques. Comme l'a justement rappelé le garde des Sceaux durant les travaux parlementaires : « *Si le Conseil d'État, et non la Cour de cassation, a été retenu comme instance de recours, c'est que nous sommes en amont du judiciaire : il s'agit de faire de la surveillance pour détecter et prévenir la commission d'actes. [...] Dans notre droit, c'est la juridiction administrative qui protège les citoyens contre les abus de l'administration ou de l'exécutif. Nous sommes bien dans le droit commun : les services de renseignement sont des services administratifs, et la décision de procéder au recueil de renseignements est prise par le Premier ministre. Le Gouvernement a tenu à rester dans le droit commun*²⁴ ».

La nature administrative des activités de renseignement de sécurité nationale ne fait aucun doute²⁵ et a été affirmée également par le Conseil d'État dans son avis préalable sur le projet de loi²⁶. La querelle portait donc uniquement sur la question de savoir si seul le juge judiciaire, en tant que garant de la liberté individuelle reconnu par l'article 66 de la Constitution, pouvait trancher les litiges concernant les moyens de renseignement susceptibles de restreindre l'exercice des libertés publiques. Se fondant sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les rédacteurs du texte ont écarté – à juste titre – cette supposée contrainte estimant que, si les mesures de police judiciaire doivent être autorisées et mises en œuvre sous le contrôle de l'autorité judiciaire, tel n'est pas le cas des mesures prises dans le cadre de la police administrative, qui n'ont pas à être autorisées par le juge judiciaire²⁷.

Une autre difficulté d'appréciation de ce nouveau dispositif juridictionnel réside sans doute dans l'affirmation laconique selon laquelle « *les exigences de la contradiction*

mentionnées à l'article L. 5 sont adaptées à celles du secret de la défense nationale ». Il est facile d'y voir l'organisation d'un déséquilibre structurel de la procédure contentieuse prévue entre l'administration (qui connaîtra l'ensemble des éléments du dossier et dialoguera dessus avec le juge hors de la présence éventuelle d'un tiers requérant) et les citoyens qui souhaiteront saisir le Conseil d'État. Mais outre le fait qu'il faudra attendre les dispositions réglementaires qui vont venir organiser cette « adaptation » des règles procédurales pour pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause, on peut considérer qu'un certain degré de restriction du débat contradictoire pourrait être – paradoxalement – plus protecteur des droits de la défense que la situation actuelle de nonaccès du juge aux informations classifiées.

En effet, jusqu'à ce jour le refus d'organiser toute forme d'accès du juge à l'information classifiée avait eu pour conséquence d'empêcher toute censure juridictionnelle des éventuels abus d'usage du secret de défense dans les procédures contentieuses. Faut-il donc mieux que le citoyen souhaitant obtenir réparation d'une prétendue pratique illégale de renseignement à son égard soit privé de toute possibilité de voir un juge indépendant accéder aux informations classifiées concernées et préférer qu'alors ce juge ne puisse que constater son impossibilité à rendre la justice ? Ou doit-on préférer qu'à défaut de pouvoir soi-même prendre connaissance des éléments classifiés qui pourraient être en rapport avec elle, la personne concernée puisse avoir l'assurance que ce juge se fera communiquer toutes les informations, même classifiées, qui seraient nécessaires pour ce qu'il se prononce en connaissance de cause ?

On avait déjà soutenu précédemment qu'il ne serait pas impossible au juge administratif de décider qu'il serait seul destinataire de la communication de certains documents secrets que le requérant n'aurait pas à connaître. Cela se fondait sur la jurisprudence du Conseil d'État dans son arrêt Banque de France c./Huberschwiller de 1988,

(24) Audition de Christiane Taubira, Commission des lois, Sénat, 5 mai 2015.

(25) Même J.-M. Delarue, l'actuel président de la CNCIS (très critique à l'égard du projet de loi), admet cette qualification lorsqu'il explique : « On peut se demander si la police administrative ne devrait pas avoir moins de moyens que la police judiciaire. Je réponds à cela négativement. Compte tenu des dangers auxquels nous sommes exposés aujourd'hui, je ne vois pas de motifs pour lesquels la recherche de l'auteur d'une infraction devrait bénéficier de plus de moyens que la prévention des infractions graves » (J.-M. Delarue, interview AEF, 31 mars 2015).

(26) « La mise en œuvre des techniques prévues par le projet de loi relevant de la police administrative, la juridiction administrative est compétente pour connaître des litiges relatifs à celle-ci » (Conseil d'État, avis précité du 12 mars 2015).

(27) L'étude d'impact accompagnant le projet de loi invoque à ce sujet la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, Société Wesgate Charles Ltd (concernant la visite des navires par les agents des douanes). On peut aussi citer sa décision de 2006 (s'agissant de l'accès des services de renseignement aux données de connexion pour des finalités antiterroristes) qui rappelait que « pour leur part, les réquisitions de données permises par les nouvelles dispositions constituent des mesures de police purement administrative ; qu'elles ne sont pas placées sous la direction ou la surveillance de l'autorité judiciaire, mais relèvent de la seule responsabilité du pouvoir exécutif » (Conseil constitutionnel décision n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006). Pour une étude plus complète, voir Vadillo (F.), 2015, « Liberté individuelle vs liberté personnelle : l'article 66 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou la progressive reconnaissance d'un habeas corpus à la française », LPA, 22 avril, n° 80, p. 4-11.

concernant la communication de documents issus de la Banque de France²⁸. Dans cet arrêt, confirmé dans son principe par plusieurs autres décisions ultérieures²⁹, le juge administratif s'était estimé compétent pour requérir la production d'un document que l'administration estimait non communicable (au sens de la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs) indiquant que « *si le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance, cette exigence est nécessairement exclue en ce qui concerne les documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige* ».

Certes, l'arrêt ainsi que les conclusions du commissaire du gouvernement S. Daël dans cette affaire avaient tenu à exclure explicitement de l'application de ce mécanisme dérogoratoire au principe du contradictoire les « secrets garantis par la loi » au nombre desquels figure le secret de défense. Mais on pouvait penser qu'à partir du moment où le Conseil d'État considérait qu'une communication de pièces confidentielles réservée au seul juge ne contreviendrait pas à la règle de contradiction qui gouverne son contentieux, rien ne l'empêcherait à l'avenir d'étendre l'application de cette jurisprudence et de procéder de la même manière en ce qui concerne les documents classifiés³⁰.

Par ailleurs, l'économie générale de la loi sur ce point consiste à impliquer obligatoirement la CNCTR dans le litige engagé devant le Conseil et ce y compris lorsque ce litige a été engagé à la demande d'un tiers ou d'une juridiction extérieure. En effet, il est prévu que « *la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement est informée de toute requête et invitée à présenter, le cas échéant, des observations écrites ou orales. L'intégralité des pièces produites par les parties lui est communiquée* ». Par ailleurs, la formation de jugement peut soulever d'office tout moyen. Dans l'esprit du texte, ces dispositions et particulièrement cette intervention nécessaire de la CNCTR, laquelle peut accéder et débattre de tous les éléments classifiés, visent à compenser la restriction de communication

éventuelle à l'égard des tiers³¹. Mais si le mécanisme jouera pleinement lorsqu'un tiers contestera devant le Conseil d'État une mesure que la CNCTR avait déjà dénoncée ou recommandé de ne pas mettre en œuvre (la CNCTR se trouvant alors dans une situation de gardien de la loi et de soutien – occulte – aux arguments du requérant), on peut penser qu'il en sera différemment dans les cas où le litige porterait sur une mesure à laquelle la CNCTR avait préalablement donné un accord.

Quoi qu'il en soit, il ne nous semble pas impossible – sauf censure ou réserve d'interprétation constitutionnelle à ce sujet – que le Code de justice administrative puisse prévoir qu'eu égard aux particularités du domaine, la formation spécialisée du Conseil d'État habilitée à juger l'application des dispositions de la loi relative au renseignement pourra avoir à connaître d'informations classifiées sans que la personne concernée ne puisse elle-même y avoir accès. Cela est notamment considéré comme acceptable par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pour autant que soient mis en place des moyens de conciliation entre la protection du secret et le maintien d'un certain niveau de contradiction³². Cela pourrait se traduire, comme cela se pratique au Canada et au Royaume-Uni, par une possibilité de recourir à des avocats spécialement habilités.

Enfin, on notera que les amendements du gouvernement adoptés devant l'Assemblée ont permis que, nonobstant la compétence exclusive de la formation spécialement habilitée, celle-ci puisse renvoyer à la section ou l'assemblée du contentieux une simple question de droit qu'il serait nécessaire de trancher au préalable avant de statuer sur les faits (et donc sur les éléments classifiés qui y seraient relatifs). Comme la garde des Sceaux l'a indiqué : « *cela évite de créer une pure juridiction d'exception au sein du Conseil et permet de recourir aux procédures d'urgence que sont le référé-liberté et le référé-mesures utiles*³³ ».

(28) CE, 16 juin 1988, Banque de France c./M. Huberschwiller, concl. S. Daël, RFDA, novembre-décembre 1989, p. 973-984.

(29) Notamment, CE, 1^{er} décembre 1989, Société nouvelle d'édition et de diffusion, Rec. p. 246 ; également, CE, Sect., 8 octobre 1993, Hudin, note H. Maisl, *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, n° 94/1, p. 26 à 28 ; note J. Frayssinet, JCP, 1994.II.22266.

(30) Dans ce sens, Warusfel (B.), 2000, ouvrage précité, Paris, Lavauzelle, p. 378.

(31) Dans ce sens, voir l'étude d'impact précitée, n° 2.2.2.3.4.

(32) Dans son arrêt *Affaire Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996 (Requête n° 22414/93), la CEDH reconnaît « que l'utilisation d'informations confidentielles peut se révéler indispensable lorsque la sécurité nationale est en jeu. Cela ne signifie cependant pas que les autorités nationales échappent à tout contrôle des tribunaux internes dès lors qu'elles affirment que l'affaire touche à la sécurité nationale et au terrorisme [...]. La Cour attache de l'importance au fait que [...] au Canada, une forme plus efficace de contrôle juridictionnel a été mise au point pour les affaires de ce genre. Cela illustre bien l'existence de techniques permettant de concilier, d'une part, les soucis légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources de renseignements et, de l'autre, la nécessité d'accorder en suffisance au justiciable le bénéfice des règles de procédure » (considérant 131).

(33) C. Taubira, audition précitée, Sénat, 5 mai 2015.

Des progrès décisifs malgré des interrogations sur certaines prérogatives antiterroristes

Au total, cette adoption d'un projet de loi issu d'un ensemble de travaux menés depuis 2012 (en particulier sous l'impulsion du nouveau président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, Jean-Jacques Urvoas³⁴) a permis de définir un cadre juridique structurant pour ces instruments particuliers de la politique publique que sont les activités de renseignement, et en particulier pour celles d'entre elles qui apportent une restriction particulière à l'exercice de certaines libertés individuelles.

Cependant, le texte a voulu également établir la liste de ces techniques intrusives que les services de renseignement pourraient être autorisés à utiliser sous réserve du contrôle de la CNCTR et du Conseil d'État. La loi a donc introduit dans le Code de la sécurité intérieure des dispositions concernant plusieurs de ces techniques.

La plupart d'entre elles ne sont en réalité que la reprise de celles auxquelles les services de police judiciaire luttent contre la criminalité organisée peuvent recourir depuis 2004³⁵. On y retrouve non seulement les interceptions de sécurité et la collecte des données de connexion (déjà autorisées par la loi de 1991 ou par la loi de programmation militaire de 2009), mais aussi les sonorisations de locaux ou de véhicules, la géolocalisation ou encore la captation d'images ou de données informatiques et les opérations. S'y ajoute (comme pour les fonctionnaires de police judiciaire) une immunité pénale pour les personnels des services de renseignement travaillant sous identité fictive sur les réseaux électroniques en vue de détecter de potentielles atteintes à la sécurité nationale³⁶.

S'y ajoutent cependant quelques nouvelles dispositions touchant particulièrement les méthodes de renseignement technique et qui sont plus spécifiquement adaptées à la lutte antiterroriste. Outre la légalisation d'une pratique permettant le recueil automatique de données de connexion grâce à un dispositif détectant à courte

distance les communications mobiles (plus communément appelées « IMSI catching »), la disposition la plus discutée en la matière et qui n'avait pas été envisagée au préalable dans les travaux antérieurs est le nouvel article du Code de la sécurité intérieure qui disposerait que : « *pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, le Premier ministre ou l'une des personnes déléguées par lui peut, après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, imposer aux opérateurs et aux personnes mentionnés à l'article L. 851-1, pour une durée de quatre mois renouvelable, la mise en œuvre sur leurs réseaux d'un dispositif destiné à détecter une menace terroriste sur la base de traitements automatisés des seules informations ou documents mentionnés au même article L. 851-1* ».

Il n'est pas dans le propos de cet article d'étudier l'opportunité ou les risques d'une telle disposition (communément discutée sous la dénomination de « boîtes noires » ou de « sondes » permettant une détection automatique via un algorithme censé identifier des comportements sur les réseaux pouvant laisser soupçonner une intention terroriste). On remarquera simplement, d'un point de vue méthodologique, que l'inclusion en dernière minute d'une telle disposition qui n'avait pas été anticipée ni discutée durant le processus officiel et officiel précédant le dépôt du projet de loi, a obscurci le débat autour du texte.

De plus, cela a donné à l'ensemble du texte, de surcroît du fait de la proximité des attentats parisiens de janvier 2015, une connotation antiterroriste et l'apparence d'une loi de circonstances qui n'étaient pas celles du texte d'origine, ce qui est regrettable pour un dispositif juridique tout à fait nouveau et qui, comme nous l'avons vu, va associer d'une manière inédite les mécanismes administratifs et juridictionnels autour des impératifs de sécurité nationale et de leur conciliation avec les libertés publiques. De même, le choix gouvernemental de demander le bénéfice de la procédure d'urgence n'a pas été de nature à apaiser le trouble et à rassurer les représentants de la société civile.

Dans ce contexte tendu, la décision du président de la République de saisir lui-même le Conseil constitutionnel de l'ensemble de ce texte majeur a été une bonne chose.

(34) On citera notamment – outre les travaux officiels publiés en avril 2012 par la Fondation Jean Jaurès – le rapport de la mission d'information dont il fut le co-rapporteur avec Patrick Verchère (document n° 1022 précité du 14 mai 2013) dont il décrit l'origine et les objectifs dans son article « Genèse des travaux parlementaires concernant le cadre juridique applicable aux services de renseignement » (à paraître aux Pr. Univ. de Bordeaux). Plus récemment, on rappellera également le rapport 2014 de la délégation parlementaire au renseignement qu'il a rédigé et dont le 4^e chapitre est consacré au « cadre juridique des services de renseignement » (Assemblée nationale, document n° 2482 et Sénat, document n° 201 du 18 décembre 2014).

(35) Ceci a été clairement reconnu par le rapport précité de la DPR pour 2014 dont la proposition n° 16 était : « *Transposer au domaine administratif certaines techniques spéciales de police judiciaire* ».

(36) Cette immunité est complétée – en raison des spécificités des missions de renseignement extérieur – par une immunité pénale couvrant les attaques informatiques pratiquées à destination de l'étranger ainsi que par une disposition précisant qu'aucune poursuite ne peut être engagée par le parquet à l'encontre d'un agent des services de renseignement ayant agi sur ordre à l'étranger avant qu'ait été recueilli l'avis du ministre dont il dépend.

