

# LE CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL DES SERVICES DE RENSEIGNEMENT EN FRANCE

Février 1996

Bertrand WARUSFEL

L'étude des questions touchant au renseignement est – d'une manière générale – peu développée en France, mais elle l'est encore moins dans ses aspects juridiques et institutionnels. Nous nous efforcerons donc de dresser un rapide constat des structures actuelles du renseignement en France, avant de nous intéresser aux règles juridiques qui s'appliquent – soit de façon spécifique, soit au titre du droit commun – à ces activités particulières.

## STRUCTURES DU RENSEIGNEMENT

### Les structures de renseignement extérieur

Le service de renseignement de l'État-Major s'est constitué au lendemain de la défaite de Sedan en 1870. Il prit, en 1876, le nom de « section des statistiques et de reconnaissance de l'État-Major général », dénomination sous laquelle il deviendra célèbre pour avoir déclenché l'affaire Dreyfus. Quasiment supprimé à la suite du scandale causé par cette affaire, il connut sa renaissance à la veille de la Première Guerre mondiale sous la forme d'un service du renseignement attaché à l'État-Major qui s'était installé au 75 rue de l'Université et qui fonctionna de manière très active pendant la Première Guerre mondiale. Après ce conflit, ce service de renseignement s'agrandit et fut communément dénommé le « 2 bis », en raison de sa nouvelle adresse du 2 bis avenue de Tourville.

Après la défaite de 1940, ce service survécut clandestinement en France occupée, tout d'abord sous couvert de certaines institutions de Vichy (tels les Bureaux des menées antinationales, supprimés en mars 1942) et sous la forme d'un réseau de renseignement militaire dénommé Kléber. Dans le même temps, la France libre constituait son propre service de renseignement et d'action : le BCRA (Bureau Central de Renseignement et d'Action). En 1942-43, après le débarquement en Afrique du Nord, on pouvait donc distinguer, d'un côté, les structures gaullistes et, de l'autre côté, les structures issues du 2 bis devenu clandestin et ayant rejoint les rangs giraudistes. La fusion n'eut lieu qu'en 1944, la Direction des services spéciaux, qui était la dénomination des services spéciaux de l'armée reconstitués à Alger par le colonel Rivet sous l'autorité du Général Giraud, fusionnant alors avec le BCRA pour donner naissance à une Direction générale des Services spéciaux (DGSS) dirigée par Jacques Soustelle.

Cette DGSS devint, en 1944, la DGER qui sera elle-même rebaptisée en 1946, Service de documentation extérieure et de contre-espionnage, le SDECE. Cette dernière appellation a subsisté jusqu'en 1982, date de création de la Direction générale de la sécurité extérieure, la DGSE. Depuis cette date, la seule évolution structurelle importante réside dans la création en 1992 de la Direction du renseignement militaire (DRM) qui a été constituée à partir des 2<sup>e</sup> bureaux des différents Etats-majors et de l'ancien Centre d'exploitation du renseignement militaire (CERM).

Ainsi, pour l'essentiel, il existe une filiation quasiment directe entre les différents services chargés du renseignement extérieur en France depuis plus d'une centaine d'années. Les seules secousses ont été provoquées par les conflits mondiaux et par les péripéties de la fusion délicate entre le BCRA et les services traditionnels de l'armée.

### **Les structures du contre-espionnage**

L'évolution historique du contre-espionnage est, pour sa part, beaucoup plus compliquée. Tout d'abord, il faut souligner que jusqu'à l'affaire Dreyfus, la fonction de contre-espionnage n'était pas individualisée et que la même structure intervenait indifféremment dans les deux domaines du renseignement extérieur et du contre-espionnage.

L'affaire Dreyfus révéla les lacunes de ce système. Le contre-espionnage fut alors individualisé et enlevé aux services militaires

pour être confié au ministère de l'Intérieur qui créa un Contrôle général des services de la surveillance du territoire chargé de coordonner l'action des fonctionnaires de la police en matière de contre-espionnage, sans créer à l'époque un réel service de contre-espionnage spécialisé. En 1913, les services militaires retrouvent finalement une activité de contre-espionnage parallèle à celle dévolue aux policiers de la Sûreté et, prennent la direction de l'ensemble du contre-espionnage durant le déroulement de la Première Guerre mondiale.

Dans l'entre-deux guerres, s'installe une dualité des services de contre-espionnage entre, d'une part, le ministère de l'Intérieur qui, dès 1918, retrouve ses possibilités de répression de l'espionnage et, d'autre part, le « 2 bis » qui dépend du 2<sup>e</sup> bureau de l'État-Major qui conserve une section de contre-espionnage appelée la section centrale du renseignement. Celle-ci jouera un rôle très actif pendant toute la période de l'entre-deux guerres.

Pendant que les officiers du 2 bis pratiquent la recherche du renseignement de contre-espionnage à l'étranger et pilotent la manipulation des agents infiltrés, les services de la sûreté générale assurent la répression des agents étrangers. En 1934 est reconstitué au sein du ministère de l'Intérieur un service de surveillance du territoire qui sera doté pour la première fois, en 1937, de fonctionnaires spécifiques.

Durant la Seconde Guerre mondiale, le contre-espionnage a suivi la même évolution que le Service de Renseignement (SR) : maintien clandestin du service en France, sous le couvert des BMA en zone libre jusqu'en 1942 et sous la forme d'une structure camouflée, les « Travaux ruraux » (TR), puis recréation en 1943 dans le cadre de la Direction des services spéciaux d'Alger, d'un nouvel organisme officiel de contre-espionnage : le Service de sécurité militaire, chargé à la fois du contre-espionnage classique et des différentes formes de la sécurité des forces armées.

En 1944, le Général de Gaulle décide de mettre fin à ce regroupement de tous les moyens de contre-espionnage et de revenir à la situation de l'avant-guerre en créant, au sein du ministère de l'Intérieur, la Direction de la surveillance du territoire : la DST. L'ancien service de contre-espionnage clandestin (TR), qui pratiquait la manipulation des agents en France occupée, est rattaché à la nouvelle DGER et deviendra la matrice du service de contre-espionnage et du SDECE. Enfin, le ministère de la Défense conserve un Service de sécurité militaire dont la fonction est d'assurer la protection de la sécurité des forces armées et le contre-espionnage préventif.

À partir de 1944, nous nous trouvons donc dans un système diversifié avec un partage des tâches. La Direction de la surveillance du territoire est chargée des opérations de police judiciaire en matière de répression de l'espionnage et également des activités d'enquête et de manipulation des agents sur le territoire national (ce qui constitue un accroissement des prérogatives de l'Intérieur, par rapport à la situation d'avant-guerre). Au sein de la DGER, une section contre-espionnage est chargée plus particulièrement du contre-espionnage hors du territoire (ce qui demeure aujourd'hui le cas du service de contre-espionnage de la DGSE). Enfin, un Service de sécurité militaire s'occupe de la protection des armées (aujourd'hui, la Direction de la protection et de la sécurité de la défense, DPSD).

Cette organisation n'a pas beaucoup varié depuis lors. Tout au plus, peut-on ajouter qu'aujourd'hui d'autres services de l'État participent indirectement à cette activité de contre-espionnage au sens large : les Renseignements généraux, les services des douanes, la gendarmerie. Il s'agit de services qui sont amenés, par la force des choses – notamment face aux nouvelles menaces (terrorisme, criminalité organisée, trafics, prolifération) – à contribuer à protéger les intérêts nationaux contre des actions pouvant éventuellement constituer des ingérences étrangères.

### **La répartition actuelle des tâches entre les services**

Quatre organismes peuvent aujourd'hui être véritablement classés comme organismes de renseignement possédant une mission touchant directement à la défense nationale.

Premièrement, il faut citer la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE) qui est la continuation directe du SDECE et qui est, comme celui-ci, depuis 1966, rattachée administrativement au ministre de la Défense, même si son action s'exerce au profit de l'ensemble du gouvernement et que la part du renseignement militaire parmi sa production est restreinte (par rapport au renseignement diplomatique, politique ou économique), du fait de la création de la DRM.

Deuxièmement, la Direction du renseignement militaire, DRM, créée en 1992, assure au sein du ministère de la Défense, la collecte du renseignement « d'intérêt militaire » (notion qu'il est parfois difficile de définir avec précision).

Troisièmement, toujours au ministère de la Défense, la Direction de la protection et de la sécurité de la défense (DPSD) assure une

mission plus circonscrite : la protection des forces armées et le contre-espionnage préventif au sein du ministère de la Défense.

Enfin, la Direction de la surveillance du territoire (DST) est à la fois un service de police dépendant de la Direction générale de la police nationale (DGPN) et le principal service de contre-espionnage en France, ayant le monopole du contre-espionnage répressif et chargé explicitement, de par les textes, d'une mission de défense nationale. En outre, l'organisation de ce service relève du secret de défense et ses policiers ne sont soumis qu'à l'autorité du directeur de la surveillance du territoire. Localement, ils ne relèvent de l'autorité d'aucune autre structure, à la différence de tous les autres services de police qui dépendent à la fois de leur organisme central d'un point de vue fonctionnel et des structures départementales et régionales de la police nationale sur le plan opérationnel.

Cette organisation est théoriquement structurée autour de deux principes de répartition des compétences : un critère géographique et un critère fonctionnel. Mais, en réalité, les choses sont beaucoup plus complexes.

Le critère géographique, qui était *a priori* majeur, intervient de moins en moins. Selon la règle traditionnelle, la DGSE devrait avoir le monopole des activités extérieures (avec une exception pour le renseignement militaire au profit de la DRM), y compris dans le domaine du contre-espionnage, tandis qu'à l'inverse, les autres services assumeraient uniquement des compétences nationales, la DST étant chargée des activités de contre-espionnage exclusivement national et la DPSD assurant la protection des forces armées sur le territoire national.

En réalité, cette distinction géographique est battue en brèche. Les activités de renseignement qui prennent naissance en France se terminent souvent hors du territoire national, et inversement ; chaque service a donc tendance à invoquer une sorte de « droit de suite » et à empiéter sur le territoire géographique des autres. Plus encore, il arrive que d'emblée un service s'organise pour mener directement des activités hors de son territoire de compétence. Depuis longtemps, le SDECE, puis la DGSE possède une « base Paris », chargée de mener des actions de renseignement sur le territoire national à l'encontre d'objectifs étrangers. Plus caractéristique encore a été la fameuse affaire « Farewell » au cours de laquelle la DST a manipulé un agent au sein des services de renseignement soviétiques à Moscou. Elle a ainsi mené délibérément une activité de contre-espionnage en territoire étranger, alors que la lettre de la répartition des compétences aurait voulu que la DST transmette à la

DGSE la manipulation hors de France de cette source particulièrement importante. Cela n'a pas été fait et, plus encore, la DGSE n'a pas été informée de l'existence de cette opération, ce dont elle a conçu quelque aigreur.

À l'heure de la « mondialisation » des échanges (et des menaces) et de l'intégration de l'espace européen (Union européenne, Schengen), la distinction géographique paraît encore plus difficile à respecter. À titre de symptôme caractéristique, on peut citer une phrase du directeur adjoint de la DST s'exprimant – en présence du ministre de l'Intérieur – lors du 50<sup>e</sup> anniversaire de la DST : « *Le contre-espionnage devient une activité internationale et la DST devient un service à vocation internationale qui développe à la fois les contacts avec ses homologues étrangers et les implantations de postes à l'étranger* ».

Le deuxième critère de répartition des compétences est, quant à lui, de nature fonctionnelle : le service des renseignements extérieurs (DGSE) informe le Gouvernement sur les agissements des pays étrangers, alors que le service de contre-espionnage (DST) identifie et neutralise les agents étrangers ou inspirés par l'étranger et que les services de sécurité (comme la DPSD) assurent une mission de prévention (protection du secret, habilitation et surveillance des points sensibles).

Mais, là encore, l'interpénétration est, dans la réalité, évidente. Souvent, les agents de contre-espionnage et de renseignement peuvent être proches, voire confondus. Un service de renseignement peut avoir à l'étranger une source qui l'informe à la fois sur les intentions du Gouvernement et sur celles de ses services de renseignement. Il peut donc y avoir une certaine unité des sources. En outre, la distinction entre l'activité préventive de sécurité et l'activité répressive commence à s'estomper. La DST, qui est au départ un service à vocation répressive, intervient de plus en plus à titre préventif sur les sites ne relevant pas de la DPSD. Elle mène des actions de sensibilisation des entreprises et réalise des enquêtes en vue de l'habilitation des personnes au secret de défense.

### **Les difficultés de la coordination**

Cette confusion des genres pose naturellement des problèmes de coordination. Pour ce faire, un décret du 17 octobre 1962 avait créé le Comité interministériel du renseignement (CIR), mais cette instance était rapidement tombée en désuétude, situation dont elle ne sortit partiellement que par un décret du 20 avril 1989 pris à l'ini-

tiative du Premier ministre Michel Rocard et de son conseiller pour les questions de sécurité, le préfet Rémy Pautrat, ancien directeur de la DST. Mais ce Comité – aujourd’hui à nouveau en activité et dont le secrétariat est assuré par le SGDN – ne remplit plus qu’une petite partie de la coordination du renseignement. Il se concentre, en effet, sur les aspects de coordination en amont, c’est-à-dire au niveau de l’orientation des services grâce à l’établissement d’un plan national de renseignement. Il s’agit de donner pour une certaine période de grandes orientations de recherche pour les services. Mais en aucun cas, ce Comité n’exerce une réelle coordination de l’action opérationnelle des services, ni de la synthèse de leurs informations. En effet, les différents services tiennent essentiellement à conserver la responsabilité de l’analyse et de la synthèse de leurs propres renseignements avant de les transmettre à leur hiérarchie gouvernementale respective (Défense, Intérieur). Sauf dans des cas particuliers, il n’y a pratiquement pas de synthèse des synthèses (comme cela se pratique en Grande-Bretagne au niveau du bureau du Premier ministre, ou aux États-Unis au sein du Conseil national de sécurité).

Le fait que ce Comité ne puisse assurer l’ensemble des fonctions de coordination que rendrait nécessaire la complexité du système français de renseignement, provoque la création de structures parasites qui visent plus ou moins à pallier cette insuffisance. Un comité permanent du renseignement a ainsi été créé au sein du ministère de la Défense, qui a la tâche, pour ce seul département ministériel, de coordonner l’action des différents services assurant des activités de renseignement (DGSE, DRM, DPSD, principalement). À un autre niveau, le développement des menaces terroristes a amené à la création de l’UCLAT (Unité de coordination de la lutte anti-terroriste) et du CILAT (Comité interministériel de liaison anti-terroriste) qui regroupe autour du ministre de l’Intérieur les directeurs des différents services de sécurité prenant part à la lutte contre le terrorisme.

Dans un autre domaine, mais qui demeure proche des activités de renseignement, a été créé en avril 1995 le Comité interministériel pour la compétitivité et la sécurité économique. Aujourd’hui rattaché au ministre des Finances, il comprend plusieurs personnalités économiques et scientifiques nationales et a reçu mission d’aider le gouvernement à identifier des objectifs et à formuler des politiques en ce qui concerne l’intelligence économique. On est, là encore, loin d’un véritable instrument de coordination (surtout dans un secteur où interviennent, non seulement – ni même principalement – les services de renseignement classiques, mais toute sorte d’institutions économiques ou d’information). Mais cette initiative pourrait

déboucher, si elle s'avère concluante avec le temps, sur la mise en place d'une cellule opérationnelle de renseignement économique au niveau gouvernemental.

Au total, l'histoire mouvementée de la France depuis près de 150 ans a marqué, par étapes successives, l'organisation de notre système national de renseignement qui se caractérise aujourd'hui par une répartition complexe et évolutive des compétences à laquelle ne répond pas un dispositif cohérent de coordination au niveau gouvernemental. Cette situation laisse présager de futures réformes dans ce domaine, qu'il s'agisse d'institutionnaliser de nouvelles modalités de coordination (on a beaucoup parlé d'un « Conseil national de sécurité à la française ») ou de modifier les structures actuelles des services (cf. par exemple, la proposition de M. Pasqua – rapidement abandonnée – d'une fusion DST-RG en une Direction générale de la sécurité intérieure).

## **LE RÉGIME JURIDIQUE DU RENSEIGNEMENT**

Si les structures du renseignement français trouvent leur origine il y a un peu plus d'un siècle, les règles juridiques applicables – directement ou indirectement – aux activités de renseignement sont – lorsqu'elles existent – beaucoup plus récentes.

### **La situation en droit international**

Historiquement, le droit international a été le premier à prendre en compte juridiquement les activités des services secrets. Mais il s'est uniquement intéressé à l'espionnage dans le cadre très particulier du temps de guerre. L'annexe à la Convention IV de La Haye du 18 octobre 1907 a défini l'espion comme « l'individu qui, agissant clandestinement ou sous de faux prétextes, recueille ou cherche à recueillir des informations dans la zone des opérations d'un belligérant, avec l'intention de les communiquer à la partie adverse ».

En revanche, ce même droit international est quasiment muet s'agissant de l'espionnage en temps de paix. Pour la plupart des spécialistes de la coutume internationale, l'espionnage pratiqué en temps de paix relève plutôt d'une manœuvre inamicale que d'un délit international en tant que tel. Les choses se règlent donc par des remontrances diplomatiques. Et même lorsqu'une action clandestine débouche sur un acte directement répréhensible par l'État étranger, la coutume diplomatique cherche plutôt à faire prévaloir des arrangements extra-judiciaires, comme cela fut le cas lors du



sabotage du Rainbow Warrior qui se solda – après la condamnation des deux officiers français par la justice néo-zélandaise – par un règlement du Secrétaire général des Nations Unies (règlement du 6 juillet 1986 décidant le transfert sur une base militaire française isolée) puis par une décision d'un tribunal arbitral du 30 avril 1990. L'argumentation française présentée en 1986 devant le Secrétaire général des Nations Unies reflète bien, d'ailleurs, cette conception dérogatoire des activités de renseignement extérieur en temps de paix, puisqu'elle faisait valoir que l'emprisonnement en Nouvelle-Zélande du Commandant Mafart et du Capitaine Prieur « n'est pas justifié compte tenu en particulier du fait qu'ils ont agi sur ordre de l'autorité militaire et que la France est prête à présenter des excuses à la Nouvelle-Zélande et à lui verser une indemnité pour le préjudice subi ».

Le droit européen, pour sa part, ignore logiquement les activités de renseignement dans la mesure où elles se rattachent à des prérogatives « régaliennes » qui ne faisaient pas partie du spectre d'intervention de la construction communautaire. L'article 223 du Traité de Rome se contente donc – comme la plupart des conventions internationales – de reconnaître aux États-membres le droit de ne pas livrer des informations dont ils estimeraient que la divulgation pourrait nuire à leur sécurité, ce qui légitime ainsi indirectement l'activité de contre-espionnage (au moins dans sa dimension préventive de protection du secret). Mais l'adoption du Traité de Maastricht, la mise en place des seconds et troisièmes piliers ou encore la création d'une structure comme Europol, amènent à se poser désormais de nouveaux problèmes tels que la protection du secret au sein des institutions communautaires et intergouvernementales ou l'opportunité de créer des instances formelles de coopération et de coordination entre agences de sécurité et de renseignement à l'échelon européen.

### **La quasi-absence de règles spécifiques organisant l'activité des services**

Sur le plan du droit interne, on pourrait s'attendre à voir le droit français organiser les activités de renseignement. C'est le cas dans un certain nombre de pays. Aux États-Unis, en Allemagne, et même en Grande-Bretagne (qui a longtemps maintenu ses services de sécurité dans la plus totale clandestinité), le Parlement a voté, en effet, des lois qui organisent les activités de renseignement.

La France n'a pas l'équivalent. Tout au plus (et seulement depuis 1981) pouvons-nous nous reporter aux décrets créant les services

(DGSE, DST, DPSD) mais qui ne fixent leurs missions que d'une manière très générale et renvoient, pour leur organisation interne, à des textes réglementaires intérieurs qui ne sont généralement pas publiés.

Non seulement nous n'avons pas de définition juridique claire des activités de renseignement, mais nous n'avons pas non plus de système de surveillance juridique des activités de renseignement. En particulier, il n'existe pas de système de contrôle parlementaire des activités de renseignement (à l'inverse de ce que nous connaissons aux États-Unis ou en Allemagne). Au contraire, une loi du 19 juillet 1977 empêche que des commissions parlementaires puissent accéder à des informations couvertes par le secret de défense. Dès lors, cette absence de contrôle – qu'il soit parlementaire ou administratif – empêche aussi que s'élaborent, au fil du temps, des règles jurisprudentielles ou des interprétations susceptibles de fixer une doctrine juridique en matière de renseignement.

#### **Des contrôles indirects par le biais d'autorités administratives indépendantes**

Les seuls contrôles qui touchent indirectement les activités de renseignement sont ceux exercés par deux institutions administratives indépendantes. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), tout d'abord, a accès, dans le cadre de son activité de contrôle des traitements informatiques du secteur public, aux fichiers nominatifs classifiés, lesquels bénéficient d'un statut dérogatoire au regard de la loi Informatique et Libertés. Mais ce droit de regard de la CNIL ne constitue, en aucune façon, un véritable contrôle des services de renseignement. Tout au plus, ce système permet de vérifier que les principaux fichiers tenus par ces services (fichiers de sources, de personnes surveillées...) respectent le minimum de contraintes imposées à ces services de sécurité dans le cadre du statut dérogatoire qui leur est attribué par la loi du 6 janvier 1978 (non-publication des décisions de création des traitements, dérogations possibles à la non-collecte de données sensibles, accès indirect des personnes fichées).

Le deuxième organisme qui touche indirectement à l'activité des services de renseignement est la Commission nationale des interceptions de sécurité (CNCIS) qui a été créée par la loi du 10 juillet 1991. L'article 3 de cette loi prévoit, par dérogation au principe de protection de la vie privée et du secret des correspondances « émises par la voie des télécommunications », la possibilité pour

les services de l'État – dans le cadre de missions relevant de la défense ou de la sécurité nationale – d'obtenir du Premier ministre l'autorisation d'effectuer des écoutes, dites « interceptions de sécurité ». La CNCIS est chargée de vérifier, en permanence, que les interceptions réalisées (notamment par le GIC, Groupement interministériel de contrôle) respectent les conditions fixées par la loi. La CNCIS est donc amenée – pour ce faire – à avoir accès aux interceptions réalisées par les différents services. Dès lors, elle a connaissance d'informations classifiées relatives aux interceptions, et par là, à certains aspects (parmi les plus sensibles) des activités des services. Pour autant, cette commission n'a pas de droit de contrôle sur l'ensemble des activités de renseignement et ne possède d'ailleurs que le droit d'émettre des avis (fréquemment suivis, il est vrai) à l'intention du Premier ministre.

Autre exception : en matière de lutte contre les stupéfiants, les services des douanes, notamment, sont autorisés à pratiquer le travail sous couverture. Les agents de l'administration peuvent ainsi effectuer un travail de pénétration à l'intérieur des réseaux. Cette règle a été instituée pour permettre des activités de renseignement.

### **Quelques facilités reconnues par la jurisprudence**

Malgré l'absence de règles écrites régissant les activités de renseignement, la jurisprudence a, dans quelques cas peu nombreux, reconnu certaines facilités juridiques aux différents services de sécurité en dérogation aux règles habituelles du droit commun. Par exemple, plusieurs arrêts des juridictions administratives ont considéré que le statut du personnel du SDECE pouvait déroger à certaines obligations du droit commun de la fonction publique : notamment à la publication du statut (TA Paris, 11 mars 1959, Dame Pelegry) ou à certaines garanties du droit disciplinaire de la fonction publique (CE, 21 juin 1972, Sieur Le Roy). De la même façon, le Conseil d'État a estimé qu'un organisme comme le Groupement des contrôles radioélectriques (GCR, service d'écoutes rattaché ultérieurement au SDECE en 1973) pouvait légitimement limiter le droit de grève de ses fonctionnaires parce que son activité est essentielle à la sécurité nationale (CE, 4 février 1966, Syndicat national des Fonctionnaires et Agents des contrôles radioélectriques, Sieurs Paul et Longin).

En outre, un avis du Conseil d'État rendu en 1974 à la suite de l'affaire dite « des micros du Canard Enchaîné », a reconnu aux fonctionnaires de la DST la possibilité de refuser de témoigner

devant un magistrat en invoquant la règle de protection du secret défense. Et cette faculté offerte aux services de renseignement (ainsi qu'à leurs ministres de tutelle) d'opposer le secret de défense aux investigations de la justice a été appliquée par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris dans deux affaires judiciaires célèbres : celle – justement – des micros du Canard Enchaîné (Paris, Chambre d'accusation, 31 mai 1975) et – plus récemment – celle dite du « vrai-faux passeport » remis par la DST à M. Chalier, accusé dans l'instruction sur le dossier du Carrefour du Développement (Paris, Chambre d'accusation, 27 mai 1987).

### **Le cas particulier du contre-espionnage répressif**

Mis à part ces quelques facilités admises par les juridictions et les contrôles très indirects effectués par la CNCIS ou la CNIL, l'activité de renseignement s'effectue donc en France en dehors de toute réglementation spécifique, c'est-à-dire en théorie sous le régime du seul droit commun et, en pratique, sous celui d'une certaine « raison d'État ».

Mais il existe cependant un domaine du renseignement qui obéit, pour sa part, à un encadrement juridique plus important : celui du contre-espionnage répressif, exercé par la seule Direction de la Surveillance du Territoire.

En tant que service de police judiciaire spécialisé, la DST est tout d'abord soumise, dans le cadre de ses activités de répression des ingérences étrangères, à la tutelle des magistrats du Parquet et à l'ensemble des règles de la procédure pénale. Ceci constitue une différence importante par rapport aux règles de fonctionnement des autres services de renseignement. Mais, malgré tout, cet encadrement par la procédure pénale n'exerce qu'une emprise limitée sur le travail de la DST. En effet, la véritable fonction de la surveillance du territoire commence bien en deçà des poursuites pénales (recueil de renseignements, identification, pénétration des réseaux), et donc en dehors du champ d'application du code de procédure pénale. De ce fait, il résulte notamment que la DST conserve, par devers elle, le pouvoir de décider souverainement si une activité dont elle a connaissance de par ses enquêtes et ses informateurs, doit faire l'objet de poursuites judiciaires et être portée à la connaissance du Parquet. Si donc l'encadrement par le Code de procédure pénale des activités de la surveillance du territoire est important du point de vue juridique, il ne couvre en réalité qu'une partie en aval et relativement modeste du travail de la DST (qui n'aboutit que rarement devant les juridictions pénales).

Plus généralement, les activités de contre-espionnage s'inscrivent dans le cadre juridique plus général de la protection des intérêts fondamentaux de la nation et du secret de la défense nationale, organisée par le Code pénal. Le nouveau Code pénal, entré en vigueur en 1994, a en effet défini dans son article 410-1 le concept tout à fait nouveau des « intérêts fondamentaux de la nation » :

« Les intérêts de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu national et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».

Ce texte est important parce qu'il fonde une série d'infractions (intelligence avec une puissance étrangère, livraison d'informations, sabotage, fourniture de fausses informations) qui sont constituées dès lors qu'elles sont commises au profit de l'étranger (« puissance étrangère, entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger, ou leurs agents ») et que des intérêts fondamentaux de la nation sont en jeu. Et ce, du fait de la définition large de cette notion, non seulement dans le domaine de la défense et de la diplomatie, mais également dans des domaines connexes : patrimoine culturel, potentiel scientifique et économique, espionnage industriel. Cet élargissement du spectre des crimes et délits contre la nation correspond dans la réalité au glissement du concept de « défense » à celui de « sécurité » et à une extension parallèle des missions du contre-espionnage, qui se voit investi d'une mission de lutte contre les nouvelles formes de menace : terrorisme, espionnage économique.

Nous avons là la base légale d'une répression pénale qui élargit et alourdit les sanctions applicables à tous ceux – État, entreprises, organisations – qui porteraient atteinte à ces différents intérêts de la nation. Et dans ce vaste schéma répressif, la protection du secret de défense n'occupe plus qu'une place limitée (articles 413-9 à 413-12 du Code pénal, qui prévoient des sanctions inférieures à celles punissant les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation) mais repose désormais sur une définition formelle du secret de défense :

« 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 » (art. 413-9).

Cette définition, qui fait reposer le secret sur les mesures administratives prises pour sa protection, contribue également à légitimer juridiquement les activités de contre-espionnage préventif, qui vise en effet à organiser la protection du secret et l'habilitation des personnes qui y ont accès.

### **CONCLUSION : NÉCESSITÉ D'ORGANISER UN MEILLEUR ENCADREMENT JURIDIQUE DES ACTIVITÉS DE RENSEIGNEMENT**

Les activités de renseignement sont exercées en France au travers de structures administratives complexes et souvent mal coordonnées et dans un contexte juridique insuffisamment défini. Nous pensons que cette situation – qui a déjà provoqué dans le passé de graves dysfonctionnements et qui a altéré l'image et la légitimité du renseignement dans la population – doit être corrigée, peut-être par certaines réformes de structure et sûrement par une clarification du cadre juridique dans lequel s'exercent les activités de renseignement.

Plusieurs raisons militent en faveur d'une telle clarification. Nous sommes, tout d'abord aujourd'hui, dans un contexte de plus en plus internationalisé où les frontières sont physiquement et juridiquement perméables et où la libéralisation de nombreuses activités s'accroît, avec comme corollaire leur mondialisation. De ce fait, le cadre juridique du renseignement change complètement. Nous ne sommes plus dans la situation passée où les États, complètement souverains sur leur territoire, pouvaient bénéficier d'une quasi-immunité pour leur activité de renseignement et s'accordaient entre eux, au niveau international, pour que les litiges pouvant survenir du fait de leurs activités d'espionnage (essentiellement de nature militaire ou diplomatique) à l'étranger soient réglés discrètement et sans trop de mise en cause publique.

La situation contemporaine est assez radicalement différente, particulièrement depuis la disparition de l'URSS et le bouleversement des relations internationales qui en a résulté. D'un côté, les objectifs du renseignement ne sont plus simplement (ou même principalement) militaires ou diplomatiques ; ils deviennent souvent technologiques, financiers, commerciaux, économiques, voire culturels (ainsi, les efforts de pénétration américains en France révélés en 1995 portaient essentiellement – semble-t-il – sur les questions commerciales internationales, la négociation du GATT, la libéralisation des télécommunications et la position française sur « l'exception culturelle » dans l'audiovisuel). D'un autre côté, les États sont

désormais des acteurs qui n'ont plus le monopole de l'action internationale (que les entreprises transnationales et différents mouvements d'opinion leur disputent), ni même, parfois, la légitimité pour imposer à la société civile et au marché les mesures qu'ils estiment nécessaires à la sécurité collective (on le voit, précisément, sur le sujet très controversé du contrôle de la cryptologie où les entreprises et les groupes de pression libéraux y contestent les droits régaliens de l'État, au nom des impératifs de la sécurité privée ou de la libre expression).

Dans ces conditions, deux phénomènes nouveaux se développent dans la sphère du renseignement. Le premier est une tendance à la « privatisation » du renseignement, que ce soit par le développement des capacités d'information des acteurs privés ou par l'effet de la reconversion de certaines compétences d'origine gouvernementale dans des activités de renseignement à usage commercial. Ce que nous dénommons aujourd'hui en France « intelligence économique » recouvre une partie de cette évolution, qui met en concurrence, sur le marché de l'information, les moyens de renseignement étatiques et les stratégies, offensives ou défensives, de multiples intervenants privés.

Le second phénomène auquel nous commençons à assister est celui de la montée des risques juridiques que les moyens du renseignement d'État sont susceptibles de rencontrer dans l'accomplissement de leurs missions. Puisque l'État ne se contente plus d'agir dans la sphère militaro-diplomatique qui a toujours été la sienne, puisqu'il fait aujourd'hui concurrence à d'autres acteurs internationaux, puisqu'enfin, il perd de sa légitimité aux yeux de l'opinion, chacune de ses actions clandestines peut déboucher sur une contestation juridique, au niveau national ou international, dont l'issue peut lui être très préjudiciable.

Outre les précédents américains (affaire du Watergate, condamnation de Richard Helms, procès de l'Iragate), des exemples de cette nouvelle vulnérabilité juridique du renseignement étatique sont faciles à trouver, y compris en France. Le domaine des écoutes reste exemplaire à cet égard, car il fut l'un des premiers à faire émerger cette problématique. Dans l'affaire des « micros du Canard Enchaîné », bien que M. Marcellin ait toujours prétendu que l'écoute incriminée avait pour but d'identifier un éventuel détournement du secret de la défense nationale, la procédure judiciaire ouverte pour violation de la vie privée à l'encontre des enquêteurs de la DST aurait abouti à leur condamnation si les jurisprudences évoquées plus haut n'avaient pas empêché le juge d'instruction d'en

recueillir les preuves formelles. Il fallut la loi de 1991 (et l'instauration d'une instance de contrôle) pour désamorcer partiellement le danger en donnant aux interceptions légitimes effectuées par les services de sécurité un fondement juridique incontestable. Mais cela n'empêche pas qu'aujourd'hui encore, ces mêmes services ne sont pas à l'abri des mêmes poursuites dans le cas d'écoutes réalisées par d'autres moyens (pose de micros, par exemple) ou en dehors des formes prescrites par la loi (ce qui semble avéré pour les écoutes dites de « la cellule de l'Élysée »).

Un autre exemple, particulièrement caractéristique, ressort du déroulement de l'affaire du Rainbow Warrior. Durant le déroulement de l'enquête ouverte par la justice néo-zélandaise, certains services de la police française ont, à une certaine période et en application des règles internationales de la coopération judiciaire, collaboré avec les services néo-zélandais qui recherchaient à identifier des agents français auteurs du sabotage. L'application stricte du droit pénal néo-zélandais et des conventions internationales auxquelles la France est partie aurait pu déboucher sur le cas – moralement et politiquement difficilement tolérable – où des militaires de la DGSE ayant agi sur ordre auraient été appréhendés par la police française et jugés pour les faits qui leur étaient reprochés. Cela fut finalement évité par la conjonction des méthodes d'exfiltration utilisées par la DGSE pour assurer la protection de ses agents puis de la négociation internationale et des arbitrages menés par le gouvernement français. Mais encore fallut-il pour éviter cette extrémité sans bafouer le légitime besoin de savoir de l'opinion organiser la parodie d'enquête confiée à M. Bernard Tricot et dans laquelle l'on vit ce haut membre du Conseil d'État et ancien Secrétaire général de l'administration du ministère de la Défense, rencontrer en secret sur le territoire français des personnes officiellement sous l'effet d'un mandat d'arrêt international.

D'une autre manière, les activités de pénétration des réseaux de trafic de stupéfiants ont donné lieu à plusieurs reprises à des situations difficiles dans lesquelles des fonctionnaires de police ou des douanes ont été accusés soit de « provocation » à l'achat ou à la vente de drogue, soit même d'avoir contribué eux-mêmes à ces trafics. Et de récentes dispositions organisant plus clairement les modalités des opérations de « livraison accompagnée » ne vont sans doute pas faire disparaître complètement le problème.

Enfin dans une affaire relativement récente, une société électronique américaine a accusé les services français de renseignement d'avoir fourni à une entreprise française des renseignements tech-



nologiques qui lui auraient permis de breveter la première certaines inventions effectuées par sa concurrente américaine. Les Américains menaçaient de dénoncer en justice le soi-disant espionnage économique et de faire condamner aux États-Unis cette entreprise ainsi que certains fonctionnaires français pour des raisons de concurrence déloyale et de contrefaçon.

Qu'il s'agisse d'actes portant atteinte à la vie privée, de violation de secrets industriels ou de droits de propriété intellectuelle ou encore d'autres types de délits (piratage informatique, escroquerie, trafics...), de nombreuses activités clandestines exercées par les services de renseignement sont susceptibles d'être mises en cause devant une juridiction nationale, voire d'entraîner le déclenchement de poursuites internationales. Et la clause exonératoire de responsabilité de l'article 122-4 du nouveau Code pénal (ancien article 327) qui protège « la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime » ne peut pas constituer un refuge automatique, dans la mesure où elle est – légitimement – restreinte aux cas où l'ordre exécuté n'est pas « manifestement illégal ».

Face à ces risques de « judiciarisation » croissante (phénomène que l'on retrouve de la même manière dans le domaine des litiges économiques ou des « affaires » de corruption), les États sont aujourd'hui moins en mesure d'utiliser leurs moyens juridiques internes, ou à l'extérieur leurs moyens diplomatiques, pour protéger leurs agents et leur assurer une sorte d'immunité.

Et ce phénomène est même perceptible dans les domaines du renseignement dit « ouvert » et de l'intelligence économique, car l'acquisition et la réutilisation d'une information librement accessible n'est pas toujours une garantie contre toutes formes de poursuite. Une information ouverte peut être couverte par des droits de propriété intellectuelle, faisant de son usage sans autorisation une contrefaçon. De même, l'usage mal intentionné d'une information obtenue librement peut constituer, par exemple, une forme de concurrence déloyale. Le travail en milieu ouvert est donc lui aussi plein de risques juridiques, ce que les remous intervenus lors de l'enregistrement indiscret d'une réunion politique (du Parti socialiste, en l'occurrence) par les RG ont bien mis en lumière. Cette affaire a d'ailleurs amené les autorités du ministère de l'Intérieur à préciser qu'il y avait des risques à vouloir appliquer en milieu ouvert les techniques auxquelles les services de renseignement sont habitués en milieu fermé.

De tout cela, il me semble que nous devons conclure qu'il est urgent de remédier à l'absence ou à l'insuffisance des règles défi-

nissant les conditions d'exercice des missions de renseignement. Cette insuffisance nuit actuellement à leur efficacité, car ne se sentant pas suffisamment protégés, les fonctionnaires concernés sont légitimement tentés de travailler a minima. De plus, chaque dérapage (inévitables dans ces domaines) altère un peu plus l'image et la légitimité des activités de renseignement et oblige l'État à recourir à des moyens de dissimulation peu efficaces et qui font facilement crier au scandale.

Il ne serait pas illégitime, ni contraire au droit international ou aux libertés publiques, que la France se dote d'une législation précisant à la fois le rôle précis des organes de sécurité, les conditions juridiques de leurs activités, les dérogations éventuelles qui doivent leur être reconnues pour qu'ils mènent à bien leurs missions d'intérêt national et – en contrepartie – les modalités du contrôle auquel, dans des formes compatibles avec leurs activités, ils seraient soumis afin d'assurer le respect de l'État de droit.

Cette démarche franche a d'ailleurs été testée – avec succès, semble-t-il – lorsqu'a été précisé le cadre juridique des interceptions de sécurité par la loi du 10 juillet 1991 et, plus récemment, lors de l'adaptation du dispositif de contrôle des moyens de cryptologie à des fins de sécurité nationale (par l'article 17 de la loi du 26 juillet 1996 sur les télécommunications).

Consacrant son *Rapport public 1995* à la dialectique entre secret et transparence, le Conseil d'État, généralement prudent en ces matières, n'a pas hésité à recommander l'instauration d'un contrôle juridique de l'usage du secret de défense, par la voie d'une Commission nationale du secret de défense, qui constituerait une nouvelle autorité administrative indépendante. Il faut sans doute voir dans cette proposition le signe d'une évolution des esprits et en profiter pour réfléchir à une future construction juridique qui assurerait la conciliation entre les nécessaires contraintes de l'action clandestine et du renseignement et les règles d'une société libérale ouverte, concurrentielle et dominée par les principes du droit à l'information.