



HAL
open science

Acquis et limites de l'encadrement du renseignement : premier bilan d'étape de la réforme

Bertrand Warusfel

► **To cite this version:**

Bertrand Warusfel. Acquis et limites de l'encadrement du renseignement : premier bilan d'étape de la réforme. 2018. hal-03758617

HAL Id: hal-03758617

<https://hal.science/hal-03758617>

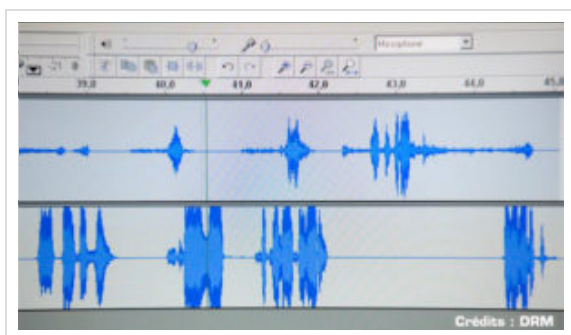
Submitted on 23 Aug 2022

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

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

Acquis et limites de l'encadrement du renseignement : premier bilan d'étape de la réforme

Publié le **26/10/2018** par **Bertrand Warusfel**



Ce texte est issu d'une intervention au colloque organisé par la délégation parlementaire au renseignement (DPR) et la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) sur « *le contrôle et l'évaluation de la politique publique du renseignement* », organisé à l'Assemblée nationale le 22 mars 2017. Il propose une réflexion sur

les principaux acquis du dispositif législatif et présente quelques points d'attention pour l'avenir.

Merci à la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) et à la Délégation parlementaire au renseignement (DPR), co-organisatrices de ce colloque de m'y avoir convié. Je les remercie à la fois à titre personnel s'agissant d'une question sur laquelle je travaille depuis de longues années, mais également comme représentant ici – avec mon collègue Sébastien-Yves Laurent – du monde universitaire. On a évoqué tout à l'heure la « normalisation » de la politique publique du renseignement : l'un des aspects de cette normalisation est que le domaine est devenu un objet d'études pour les sciences sociales. Bien sûr, cela avait commencé avant que la loi ne reconnaisse son caractère de politique publique, mais il le devient encore plus clairement après la « légalisation » de 2015 qui soulève des questions complexes, tant juridiques que politico-administratives. En somme, il faudra compter de plus en plus compter avec l'expertise académique sur ces sujets.

Cela étant dit, je suis convié à un exercice délicat car après avoir contribué au mouvement qui

a abouti à l'adoption des lois du 24 juillet et du 30 novembre 2015, il me faut en faire une relecture critique, d'autant que ce colloque vise à tirer de premiers enseignements de l'application de la réforme de 2015 et à identifier ses limites et les moyens d'en perfectionner le dispositif. Je vais donc évoquer en premier lieu ce qui me semble en être les principaux apports avant de souligner quelques points délicats qui appelleront sans doute de la vigilance et de futures évolutions.

1/ Les acquis de la réforme du cadre juridique du renseignement

S'agissant d'abord des acquis, il a été rappelé (par MM. Patrick Calvar et Franck Terrier) que le nouveau livre VIII du code de la sécurité intérieure appréhende les formes les plus modernes du renseignement technique. La loi de 1991 ne prévoyait que les interceptions classiques et il avait fallu que sa pratique s'adapte, comme elle le pouvait, à la l'évolution des technologies de la communication. Les deux lois de 2015 prennent au contraire en compte de manière assez précise la numérisation croissante des activités de renseignement. Mieux, il me semble qu'elle indique en creux – du moins est-ce ma lecture – que cette numérisation du renseignement est devenue la part la plus intrusive, et donc la plus nécessaire à contrôler, par comparaison avec les techniques humaines classiques (qui restent presque totalement hors du champ du contrôle prévu par le code de la sécurité intérieure). Je reviendrai sur ce point mais il est évident que lorsque la loi veut suivre la technologie, elle s'expose aussi à devoir régulièrement être adaptée pour suivre son développement extrêmement rapide.

Le deuxième acquis est évidemment le renforcement d'un contrôle administratif indépendant désormais exercé par la nouvelle commission nationale de contrôle des techniques de sécurité (CNCTR). J'estime qu'il était tout à fait pertinent de conserver la logique du dispositif de 1991, fondée sur le recours à une autorité administrative indépendante. Depuis la création de la CNIL en 1978, force est de constater que le génie administratif français a largement utilisé cet instrument pour interposer, entre l'action exécutive et le contrôle juridictionnel, des structures de contrôle et de concertation (notamment avec la communauté des professionnels) qui permettent de réguler un secteur sensible et en forte évolution. La toute récente loi du 20 janvier 2017 en harmonise d'ailleurs le statut et dénombre vingt-six autorités administratives ou publiques indépendantes.

La CNCTR s'intègre donc parfaitement dans ce mouvement d'autant qu'elle a été justement bâtie sur les fondations de l'ancienne commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS). Si l'on compare pour autant les deux dispositifs, on ne peut que se réjouir de constater que le contrôle *a priori* systématique a été cette fois-ci légalement affirmé (sauf originellement en matière de communications internationales, ce que la pratique a corrigé), alors qu'il ne s'agissait que d'une coutume sous le régime de la loi de 1991. De plus, et comme cela a été évoqué par M. Terrier, le renforcement des compétences en matière de contrôle *a posteriori* est acté. Bien sûr, il faudra que les moyens suivent, et ce particulièrement dans les domaines très spécifiques de la surveillance des communications internationales (prévue par l'article L. 854-1 CSI) ou du recours à des algorithmes de surveillance des flux numériques (L. 851-3 CSI).

Toujours s'agissant du rôle de la CNCTR, je pense qu'il faut souligner l'importance de la possibilité donnée à la commission, via son président ou trois de ses membres, de saisir le

Conseil d'État si une autorisation leur paraît avoir été accordée à tort, ou si son exécution semble ne pas respecter les conditions légales. La lecture du premier rapport de la CNCTR tend à conforter l'appréciation positive de cette évolution qui impose à la commission un devoir de vigilance et de dénonciation dans l'intérêt du respect de la loi et des droits fondamentaux.

Le troisième acquis majeur de ce nouveau dispositif légal est la compétence spéciale reconnue à la formation spécialisée du Conseil d'État pour connaître des recours en appréciation de la légalité de l'autorisation et de la mise en œuvre des techniques de renseignement contrôlées par la loi. Je ne m'attarderai pas sur le détail de cette procédure que Mme Béatrice Bourgeois-Machureau nous a décrit de l'intérieur. Je voudrais simplement en souligner l'importance et en évoquer une limite.

De mon point de vue, cette évolution introduit une double révolution. D'une part, elle institue un contrôle juridictionnel dans un domaine où jusqu'à présent il n'était pas présent, ni en droit (puisque aucun texte ne donnait spécifiquement compétence à une juridiction pour intervenir dans le domaine), ni surtout en fait puisque l'obstacle du secret de la défense nationale empêchait tout juge de droit commun – on se souvient de la jurisprudence Coulon de 1955 en matière administrative – de pouvoir mener l'instruction d'affaires touchant au renseignement. D'autre part, et plus largement, c'est bien ce verrou du secret de défense qui vient de sauter pour la première fois puisque la loi autorise enfin l'accès de la justice administrative à l'ensemble des informations classifiées concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement. C'est donc un nouvel « angle mort » de notre État de droit (pour reprendre la formule du Conseil d'État en 1995 à propos justement du secret de défense) qui disparaît, ce qui me semble une bonne chose en soi.

A mon sens, cette révolution procédurale ne restera pas sans lendemains. On constate déjà que la loi de 2015 a prévu que les litiges concernant l'accès aux fichiers de défense et de sécurité fassent l'objet de cette procédure. On peut donc penser que d'autres domaines du contentieux (et particulièrement du contentieux administratif) pourraient bénéficier de ces aménagements procéduraux, qui s'agisse du contentieux du refus des habilitations, du refus de communication d'un document classifié ou de certaines décisions prises en droit des étrangers pour des motifs de sécurité nationale. Dans différents pays, un juge spécialisé pouvant accéder aux pièces secrètes présentées par l'administration plutôt qu'aux seules « notes blanches » dont est parfois destinataire le juge administratif.

Reste en la matière une question délicate, qui fera la transition avec les points plus critiques que je souhaite relever. Il s'agit de la difficile conciliation à réaliser entre l'office du juge de la légalité et le respect du secret de la défense nationale.

2/ Des points d'attention sur lesquels il faudra progresser

Béatrice Bourgeois-Machureau a expliqué quel était l'équilibre mis en place en 2015 dans le code de justice administrative s'agissant de cette procédure devant la formation spécialisée. À mon sens, la conciliation entre principe du contradictoire et secret n'est pas optimale et penche encore trop en défaveur du requérant. Imaginons que le recours porte sur une technique qui a effectivement été mise en œuvre et qui a donc probablement fait l'objet d'un avis favorable de la CNCTR (puisque'il faut souhaiter que perdure la coutume selon laquelle le Premier ministre suit

le sens de son avis). Dans un tel cas, le requérant – qui ne peut pas participer au débat contradictoire portant sur le dossier – devra sortir de la salle alors que le service concerné et la CNCTR plaideront peu ou prou dans le même sens, celui de la légalité de la mesure. On se trouvera alors dans un déséquilibre majeur, contraire à l'égalité des armes qui doit permettre le procès équitable. Certes, le juge administratif peut relever d'office tout élément de fait et de droit, mais encore faudrait-il qu'il en ait les moyens (alors qu'il ne peut être mis sur la voie par le requérant, privé d'accès au dossier).

Or on pourrait améliorer les choses. On peut par exemple imaginer que le rôle du rapporteur public soit élargi, de telle sorte qu'en fait ou en droit, il puisse mener un travail d'investigation, en lieu et place du requérant, à partir des documents classifiés transmis à la juridiction. Il pourrait alors relever des sources potentielles d'illégalité sur lesquelles la juridiction de jugement aurait à statuer. La deuxième évolution possible, qui nous sort de nos frontières, serait de s'inspirer de la solution anglo-saxonne du *special advocate*, retenue par un certain nombre de pays comme le Royaume-Uni ou le Canada. Cela consisterait en l'intervention d'un avocat habilité, qui n'est pas l'avocat habituel du requérant, qui ne lui communiquera pas le contenu des documents auxquels il a accès mais qui prend connaissance du dossier, participe à toutes les étapes de la procédure et de l'audience et peut formuler toutes les observations de fait et de droit qu'il juge utile à la défense de son client.

Mais d'autres préoccupations doivent être évoqués à l'issue de cette première année d'application de la nouvelle loi relative au renseignement. C'est tout d'abord, le risque de débordement du contrôle par les services dits du « deuxième cercle ». La CNCTR a rendu public (dans son premier rapport annuel) son avis du 12 novembre 2015 qui proposait au Gouvernement de donner à ces services un accès plus limité aux techniques de renseignement que celui que leur a finalement accordé le décret du 28 décembre 2015. Elle souhaitait que l'accès large à ces techniques soit réservé à ceux des services du deuxième cercle, qui font du renseignement à titre principal – le service du renseignement territorial, la direction du renseignement de la préfecture de police de Paris et la SDAO de la gendarmerie nationale – et soit moins ouvert aux autres, notamment les différents services de police judiciaire. Elle n'a pas été suivie sur ce terrain, puisque le décret ouvre assez largement cet accès à un très grand nombre de services. Dès lors, il me semble que le contrôle de la CNCTR devrait être assez pointilleux afin d'éviter que ces outils spéciaux d'investigation ne soient pas mal (ou trop facilement) utilisés. En particulier, il me paraîtrait utile que la commission surveille bien la frontière entre le renseignement administratif et le renseignement à finalité judiciaire. Il faut rappeler en effet que ces différents services à finalité majoritairement judiciaire auxquels le décret accorde un accès aux techniques de renseignement sont en réalité aujourd'hui des services qui ont accès à des moyens numériques d'enquête assez proches dans le cadre des investigations judiciaires, en vertu des dispositions du code de procédure pénale et de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (dite Perben 2). Lorsque l'on avait autorisé les services de police judiciaire à recourir aux interceptions de sécurité en 1991, la loi Perben 2 n'existait pas ! Il était donc logique de permettre à un certain nombre de services de lutte contre le banditisme ou la criminalité organisée de recourir aux techniques du renseignement administratif. Aujourd'hui, la plupart de ces services peuvent faire ce que le professeur Jean Pradel appelle des « enquêtes proactives », sur simple autorisation du procureur de la République, dans le cadre d'une enquête préliminaire. Il serait donc logique que ces services utilisent au maximum ces moyens judiciaires, directement utilisables en

procédure pénale, plutôt que d'utiliser les moyens du renseignement administratif, contrôlé par la CNCTR et dont, comme l'a dit M. Calvar, la judiciarisation sera toujours plus délicate.

Reste enfin un sujet qui pourrait faire à lui seul l'objet d'un colloque : l'utilisation des moyens numériques et notamment des technologies algorithmiques à des fins de détection anticipée de certaines menaces majeures. J'ai entendu M. Calvar, directeur général de la DGSI, s'inquiéter ici de ce que peut-être prochainement « seule la machine pourra arrêter la machine... ». Il y a là une véritable question. À la lecture du rapport de la CNCTR, j'ai cru comprendre que la technique prévue à l'article L. 851-3 CSI n'est pas encore opérationnellement mise en œuvre, mais qu'une première étape en vue de son utilisation pour la seule prévention du terrorisme a été franchie en 2016. Je pense, comme beaucoup des commentateurs de la loi, que cette disposition très spécifique, devra être appliquée avec beaucoup de prudence, car même si elle a été validée par le Conseil constitutionnel, un certain nombre d'ambiguïtés demeurent, notamment au regard des réverses exprimées par la commission dans son rapport, et qu'on ne peut que partager.

La CNCTR considère en effet que la loi fait en l'espèce obstacle à ce que les agents de services de renseignement puissent accéder aux données collectées tant qu'une décision ultérieure de « désanonymisation » n'aura pas été rendue. Cette position me semble tout à fait saine. Néanmoins je m'interroge sur le point de savoir si cela sera en réalité faisable ? Cette « muraille de Chine » entre les données recueillies au départ et celles qui deviendraient consultables une fois la décision de désanonymisation rendue existe-t-elle vraiment, ou est-ce que tout n'est pas plus inextricable (et donc plus difficile à contrôler) ? Je suis dubitatif d'autant plus que – et je le dis en présence des directeurs de la DGSE et de la DGSI – j'ai compris du rapport de la CNCTR qu'après le recueil des données, il est prévu que celles-ci soient non pas centralisées au sein du groupement interministériel de contrôle (GIC), mais au sein de l'un ou l'autre de ces deux grands services, pour lesquels la CNCTR préconise une centralisation des données en interne. En d'autres termes, ces deux maisons qui devraient être les utilisatrices de cette nouvelle technique de « big data » anti-terroriste, détiendront en leur propre sein les données collectées, ce qui rendra nécessairement plus difficile le contrôle du respect de l'étanchéité des différentes phases de recueil, d'identification et d'analyse. Je ne doute pas que la commission se dotera d'un certain nombre de moyens techniques et humains pour contrôler ces dispositifs, mais on peut penser que ce ne lui sera pas très aisé et qu'il lui faudra être extrêmement vigilante si l'on veut que le soupçon concernant une possible surveillance numérique de masse soit définitivement levé. Je terminerai en rappelant que la question qui est devant nous sera certainement celle de la judiciarisation déjà évoquée par certains. Il me semble que maintenant que nous avons encadré et légalisé des techniques de renseignement administratif, il devrait être possible de judiciariser plus clairement, lorsque cela est nécessaire, certains des résultats ainsi recueillis. D'ores et déjà, la petite passerelle de l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure, qui permet à une juridiction (notamment judiciaire) de saisir le Conseil d'État sur la légalité d'une technique de renseignement, est un premier pas. Il va falloir y travailler, sous le contrôle vigilant de la Cour européenne des droits de l'homme, car cela posera très clairement des questions au regard des droits de la défense. Mais nous savons que l'utilisation de preuves secrètes dans les procédures pénales est déjà connue et encadrée en droit européen. Je pense qu'il s'agit d'un sujet important et qu'il vaudrait organiser cette articulation entre renseignement et judiciaire d'une manière respectueuse des libertés individuelles plutôt que de laisser perdurer une situation dans laquelle les dossiers judiciaires

(particulièrement en matière terroriste) sont officieusement nourris par les notes des services spécialisés de renseignement sans pour autant que les prévenus ne puissent les discuter, faute d'en connaître officiellement l'existence.

Bertrand Warusfel



Ce contenu a été publié dans [Billets](#) par [Bertrand Warusfel](#), et marqué avec [contrôle des services](#), [services de renseignement](#), [techniques de renseignement](#). Mettez-le en favori avec son [permalien \[https://hestia.hypotheses.org/1053\]](https://hestia.hypotheses.org/1053) .



A propos Bertrand Warusfel

Bertrand Warusfel est Professeur à l'Université Paris 8 et vice-président de l'Association française de droit de la sécurité et de la défense (AFDSD). Il est également administrateur d'Hestia Expertise

[Voir tous les articles de Bertrand Warusfel](#) →

Rechercher dans OpenEdition Search

Vous allez être redirigé vers OpenEdition Search

- Dans tout OpenEdition
 Dans HESTIA Expertise