

RFDA

RFDA 2017 p.721

Le contentieux du renseignement devant la formation spécialisée du Conseil d'État

Olivier Le Bot, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

L'essentiel

Un juge soumis au secret car ayant accès au secret : telle est toute l'ambivalence de la formation spécialisée du Conseil d'État. Un an après son début d'activité, l'objectif poursuivi par sa création a-t-il été atteint, à savoir soumettre à un contrôle effectif des activités classifiées ?

La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015  (1) a institué au sein du Conseil d'État une « formation spécialisée » compétente pour contrôler les services de renseignement, plus exactement les fichiers intéressant la sûreté de l'État qu'ils utilisent et les techniques de renseignement mises en oeuvre.

Son instauration a eu pour objet de remédier à la situation tout à fait insatisfaisante qui prévalait auparavant quant au contrôle juridictionnel assuré.

S'agissant des fichiers intéressant la sûreté de l'État, le juge n'était pas autorisé à accéder à leur contenu et, par suite, ne pouvait exercer de contrôle sur les conditions de leur utilisation. En effet, ces fichiers présentent un caractère secret. Au moment de leur création, ils sont, en raison de leur objet, dispensés de publication par l'article 26 de la loi *Informatique et libertés*  (2). Cela signifie que l'acte réglementaire qui les publie informe simplement de leur création mais ne mentionne ni leur objet ni leurs caractéristiques  (3). En outre, une fois le fichier institué, nul n'y a accès (en dehors des services habilités) car son contenu est protégé. Si un individu souhaite exercer sur ces fichiers son droit d'accès et de rectification, cet exercice se fait par l'intermédiaire de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). L'article 41 de la loi *Informatique et libertés* établit à leur égard un « droit d'accès indirect » mis en oeuvre non pas auprès du responsable du traitement mais auprès de la CNIL. Deux issues sont possibles. Soit la commission constate, en accord avec le responsable du traitement, que la communication des données qui y sont contenues « ne met pas en cause ses finalités, la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique » et, dans ce cas, « ces données peuvent être communiquées au requérant » (art. 41, al. 4). Soit le responsable du traitement s'y oppose et, dans cette hypothèse, la CNIL notifie le refus à l'intéressé. Celui-ci peut alors contester cette décision devant le juge administratif en formant un recours pour excès de pouvoir à son encontre. Toutefois, jusqu'à présent, les pouvoirs dont le juge disposait pour apprécier sa légalité s'avéraient considérablement limités. En effet, lorsque le fichier se trouve classifié au titre du secret de la défense nationale, ce qui est le cas de tous les fichiers en cause, le juge ne pouvait accéder à son contenu  (4). Il devait, soit croire l'administration sur parole quant au contenu de celui-ci  (5), soit demander sa déclassification (en exigeant de l'administration qu'elle saisisse la Commission consultative du secret de la défense nationale d'une demande d'avis  (6) mais cette procédure n'a jamais été mise en oeuvre en la matière et, au regard des finalités des fichiers en question, n'avait aucune chance d'aboutir  (7)). Le juge ne pouvait donc statuer en connaissance de cause sur les fichiers intéressant la sûreté de l'État. Il y avait bien un contrôle juridictionnel mais celui-ci présentait un caractère inefficace. Il suffisait que l'administration oppose le secret de la défense nationale pour empêcher sa mise en oeuvre.

La situation s'avérait encore moins satisfaisante pour les techniques de renseignement car, en la matière, le contrôle juridictionnel était tout bonnement inexistant. Si le Conseil d'État disposait d'une compétence pour connaître des recours formés contre les décisions de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité  (8), un seul recours, d'ailleurs sans objet, avait été exercé  (9). En outre, même si le juge administratif avait été saisi de recours, il n'aurait pu exercer de contrôle faute d'être autorisé à accéder aux données recueillies par les services de renseignement.

Afin de remédier à ces insuffisances, le législateur a fait le choix d'une rupture radicale avec le régime antérieur. La loi du 24

juillet 2015 autorise le juge, et c'est un tournant majeur, à accéder aux données classifiées au titre du secret de la défense nationale. Pour la première fois dans l'histoire de la justice française, un organe juridictionnel se voit autorisé à accéder aux données classifiées, sans que l'administration puisse se prévaloir du secret de la défense nationale pour s'y opposer.

Ce pouvoir du juge d'accéder à des informations classifiées concerne les deux domaines précédemment mentionnés  (10).

S'agissant des fichiers, une dizaine de « traitements automatisés de données à caractère personnel intéressant la sûreté de l'État » sont concernés. La liste est dressée à l'article R. 841-2 du code de la sécurité intérieure (CSI). Il s'agit des fichiers utilisés par les services de renseignement. Ils peuvent présenter un caractère général (fichiers de la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE), de la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), de la défense) ou plus spécifique (recensement des individus radicalisés, des personnes impliquées dans le blanchiment d'argent, etc.). De ces fichiers, on ne connaît pas grand-chose, à part leur intitulé, en raison du fait qu'ils n'ont pas été publiés.

S'agissant des techniques de renseignement, la notion recouvre les différents procédés de recueil d'informations énumérées par le CSI : accès aux données de connexion, interceptions de sécurité, sonorisation de lieux et véhicules, captation d'images et de données informatiques, surveillance des communications électroniques internationales.

La mise en oeuvre de ces techniques et l'utilisation de ces fichiers peut désormais faire l'objet d'un contrôle juridictionnel spécifique (prévu par l'art. L. 841-2 du CSI pour les fichiers et l'art. L. 841-1 du même code pour les techniques de renseignement). Applicable depuis le 3 octobre 2015 (date d'entrée en vigueur de la loi ) (11), ce contrôle obéit à une procédure très particulière destinée à préserver la confidentialité des informations sur lesquelles il porte. Ainsi que le prévoient les articles L. 773-1 et R. 773-7 du code de justice administrative (CJA), le droit commun du procès administratif ne s'y applique que « sous réserve des dispositions particulières » prévues par un chapitre spécifique du CJA qui lui est spécialement consacré (chapitre III *bis* du titre VII du livre VII, intitulé « Le contentieux de la mise en oeuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État »). On relèvera que le cadre procédural est déterminé de façon extrêmement détaillée. Outre deux articles du CSI (art. L. 841-1 et L. 841-2 - les deux seuls art. du CSI relatifs à cette procédure), celle-ci est définie dans le CJA par huit articles « législatifs » (art. L. 773-1 à L. 773-8) et trente articles « réglementaires » (art. R. 773-7 à R. 773-36).

Le coeur du dispositif réside dans la création d'une toute nouvelle formation au sein du Conseil d'État. Saisie par des personnes et autorités variées, celle-ci statue selon des règles d'instruction et de jugement particulièrement dérogoires.

La formation spécialisée

Le contentieux des fichiers et des techniques de renseignement a été confié à une formation spécialisée du Conseil d'État créée par la loi du 24 juillet 2015, dont la particularité première est d'être composée d'un nombre limité de membres, tous habilités à connaître d'informations classifiées.

Deux observations préliminaires s'imposent sur la compétence.

D'abord, celle-ci a été attribuée à la juridiction administrative. Ainsi qu'en a jugé le Conseil constitutionnel, cette solution s'avère conforme à la répartition des compétences résultant de la Constitution  (12). En effet, sont en cause des fichiers administratifs (et non des fichiers judiciaires ou de police) et des techniques de renseignement mises en oeuvre à des fins préventives (donc dans un but de police administrative et non de police judiciaire). En outre, n'emportant pas privation de liberté, leur utilisation ne met pas en cause la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

Au sein de la juridiction administrative, la compétence a été attribuée au Conseil d'État. Cette compétence est expressément reconnue tant pour les fichiers (art. L. 841-2 du CSI) que pour les techniques de renseignement (art. L. 841-1 du CSI). Le Conseil d'État l'a rappelé à plusieurs reprises pour les fichiers  (13) en précisant qu'elle se limite aux seuls traitements limitativement énumérés à l'article R. 841-2 du CSI  (14). Le choix de confier cette compétence à une juridiction unique, en l'occurrence le Conseil d'État, se justifie par le souci de limiter le nombre de personnes habilitées au secret de la défense nationale. Elle favorise en outre une spécialisation de celle-ci dans ce contentieux. Il est arrivé assez souvent que le tribunal administratif de Paris soit saisi à tort, procédant alors au renvoi du dossier au Conseil d'État  (15).

Au sein du Conseil d'État, le contentieux est traité par la « formation spécialisée ».

Celle-ci assure à la fois l'instruction et le jugement des affaires relevant de sa compétence.

Elle est composée de trois membres (CJA, art. R. 773-8, al. 1^{er}) : son président et deux conseillers d'État (16). Un rapporteur public est également désigné (17). Par comparaison, la formation de base qu'est la chambre statuant seule se compose également de trois membres (18).

Les membres de la formation spécialisée sont désignés par le président de la section du contentieux après avis des présidents adjoints (CJA, art. R. 773-8, al. 1^{er}). Son président est nommé par arrêté du Premier ministre sur proposition du Garde des Sceaux (CJA, art. R. 773-9). Si ce mode de désignation du président apparaît gênant dans un contentieux aussi sensible, on relèvera qu'il n'est pas spécifique à celui-ci (les présidents de chambres sont en effet désignés selon la même procédure : CJA, art. R. 122-6).

La particularité première de la formation spécialisée tient au fait que ses membres sont habilités au secret de la défense nationale. En vertu de l'article L. 773-2 du CJA, « Les membres des formations mentionnées au premier alinéa et leur rapporteur public sont habilités ès qualités au secret de la défense nationale. Les agents qui les assistent doivent être habilités au secret de la défense nationale aux fins d'accéder aux informations et aux documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission ». Il ressort de cette disposition que les membres de la formation spécialisée bénéficient d'une habilitation ès qualité et non pas personnelle. Cela signifie que l'habilitation qui leur est reconnue est attachée à la qualité de membre de la formation spécialisée ; elle n'est pas soumise à une enquête préalable qui aurait été réalisée par... un service de renseignement (19).

Grâce à cette habilitation, les membres de la formation spécialisée et le rapporteur public peuvent accéder à toutes les informations classifiées. Ce qui paraissait inconcevable à beaucoup (20) se trouve désormais admis.

La saisine

L'article L. 841-1 du CSI prévoit que la formation spécialisée peut être saisie par trois personnes ou autorités : les juridictions et la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), pour les seules techniques de renseignement ; « toute personne », dans le contentieux des techniques du renseignement et celui des fichiers (21).

Saisine à titre préjudiciel

La formation spécialisée peut d'abord être saisie à titre préjudiciel par une juridiction administrative ou judiciaire. Cette faculté est expressément prévue par le CSI (22) (et rappelée par le CJA (23)) pour les techniques de renseignement. Elle n'est pas prévue pour les fichiers ni pour tout autre document classifié au titre du secret de la défense nationale. Les juridictions pénales ou administratives se voyant opposer celui-ci à l'occasion d'une instance, alors qu'elles souhaitent accéder à un élément nécessaire à la manifestation de la vérité, devront donc continuer à mettre en oeuvre la procédure avec demande de déclassification.

En revanche, il est difficile d'identifier l'intérêt concret que revêt un tel mécanisme pour les techniques de renseignement. Dans quels cas et types de contentieux un juge pourrait-il être amené à saisir la formation spécialisée à titre préjudiciel ? Surtout, quel intérêt le juge administratif ou judiciaire aurait-il à faire vérifier si une personne fait l'objet d'une mesure de renseignement légalement mise en oeuvre, de surcroît sans savoir si cela est le cas ou non ? En effet, la formation spécialisée ne pouvant trahir de secrets protégés, elle ne pourrait indiquer au juge ayant posé la question ni si la personne concernée fait l'objet d'une mesure de surveillance ni, le cas échéant, si cette mesure respecte les conditions fixées par la loi. Curieuse question qui ne donne pas lieu à une réponse, mais seulement à l'indication que la vérification demandée a été faite (24).

S'agissant des conditions de mise en oeuvre du mécanisme préjudiciel, il est exigé, par les deux articles en cause (CSI et CJA), que la juridiction à l'origine de la question soit « saisie d'une procédure ou d'un litige dont la solution dépend de l'examen de la régularité d'une ou de plusieurs techniques de recueil de renseignement ». Comment la réponse à cette question pourrait-elle

conditionner l'issue du litige si le juge ne peut avoir de réponse à celle-ci ?

Autre particularité de cette question préjudicielle : lorsqu'elle est posée par le juge administratif, elle déroge au principe selon lequel il n'existe pas de question préjudicielle au sein de la juridiction administrative. De façon plus atypique encore, on pourrait envisager une saisine de la formation spécialisée du Conseil d'État par l'une des chambres du même Conseil d'État, c'est-à-dire une question préjudicielle au sein de la même juridiction.

En pratique, aucune saisine de la formation spécialisée n'a été faite à titre préjudiciel. Et il devrait en aller ainsi pour très longtemps.

Saisine par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement

La CNCTR représente la deuxième autorité habilitée à saisir la formation spécialisée.

Rappelons que cette autorité administrative indépendante a été créée par la loi du 24 juillet 2015 en remplacement de l'ancienne Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité  (25). Son rôle est double. D'une part, elle délivre un avis sur les demandes de mises en oeuvre d'une technique de renseignement présentées par les ministres. Elle éclaire ainsi le Premier ministre, détenteur du pouvoir de décision, pour accepter ou refuser la délivrance d'une autorisation. D'autre part, la CNCTR exerce une mission de vigilance en contrôlant que les techniques de renseignement sont mises en oeuvre dans le respect des dispositions qui les régissent. Elle dispose, pour ce faire, d'un pouvoir de vérification très étendu lui donnant accès à toutes les informations détenues par les services de renseignement ainsi qu'à leurs locaux (art. L. 833-2 du CSI). Si elle décèle une irrégularité à l'occasion de ces contrôles, elle adresse au gouvernement une « recommandation » lui demandant d'y mettre un terme (art. L. 833-6 du CSI).

Lorsqu'elle se heurte au gouvernement dans l'exercice de ces deux missions (soit l'exécutif passe outre un avis défavorable, soit il ne met pas fin aux irrégularités dénoncées), la CNCTR peut rendre publique cette situation (en en faisant état dans son rapport annuel) ou faire arbitrer ce différend par le juge administratif en saisissant la formation spécialisée du Conseil d'État.

Sur ce point, son pouvoir de saisine se limite, en conséquence de la mission qui lui est confiée, au seul contentieux des techniques de renseignement. S'agissant de son domaine, il peut porter tant sur le renseignement interne que sur la surveillance de communications électroniques internationales. En effet, la CNCTR se voit expressément reconnaître le pouvoir de saisir le juge administratif en matière de communications électroniques internationales (art. L. 854-9, al. 5, du CSI). Elle constitue d'ailleurs la seule autorité disposant de ce pouvoir, ainsi que l'a confirmé le Conseil d'État  (26).

Formellement, la saisine se fait par voie de requête, laquelle « contient l'exposé des faits et les motifs du recours »  (27).

La saisine est en principe facultative. Deux cas de figure sont distingués. Lorsque le recours fait suite à un avis défavorable ou une recommandation, le président de la CNCTR (CJA, art. R. 773-32) ou trois de ses membres (art. R. 773-33, 1°) peuvent saisir le juge dans un délai d'un mois à compter de la date où ils ont eu connaissance de la décision du Premier ministre de ne pas donner suite à l'avis ou à la recommandation de la commission ou s'ils estiment que les suites données sont insuffisantes. Lorsque le recours est formé à titre initial (sans avis ou recommandation préalable), le droit de saisir est réservé à trois membres de la commission ; il s'exerce dans un délai d'un mois à partir de la date où la commission a eu connaissance de la mise en oeuvre d'une technique de renseignement faisant l'objet de la requête (CJA, art. R. 773-33, 2°).

La loi a en outre prévu un cas de saisine obligatoire. Elle concerne l'hypothèse dans laquelle le Premier ministre autorise l'installation de micros et autres dispositifs de surveillance dans un lieu privé à usage d'habitation alors que la CNCTR a émis un avis défavorable. Une telle surveillance étant plus intrusive, elle est soumise à un régime plus strict : aux termes de l'article L. 853-3, paragraphe III, du CSI, lorsque le Premier ministre passe outre un avis défavorable, la CNCTR (plus exactement son président) saisit automatiquement la formation spécialisée  (28).

À ce jour, la CNCTR n'a pas encore saisi la formation spécialisée du Conseil d'État.

Saisine par une personne

La loi prévoit que la formation spécialisée peut enfin être saisie par « une personne ». Faut-il entendre par là un individu ou une personne juridique ? Dans le premier cas, seules les personnes physiques pourraient agir. Dans le second, les personnes morales le pourraient également, par exemple un syndicat, un parti politique ou encore une entreprise. La formule employée par la loi est porteuse d'une incertitude qui devra être tranchée. Au regard de la finalité de la loi, il est peu probable que le Conseil d'État opte pour une interprétation restrictive de la notion de « personne » et refuse d'ouvrir son prétoire aux personnes morales qui le saisiraient. On observera qu'à ce jour, seules des personnes physiques (à 85 % des hommes) ont saisi la formation spécialisée.

La demande dont le particulier saisit le juge administratif peut porter soit sur un fichier, soit sur la mise en oeuvre d'une technique de renseignement. Sur ce dernier point, seul le renseignement intérieur est concerné : ainsi que cela a été rappelé précédemment, seule la CNCTR est autorisée à saisir la formation spécialisée pour la surveillance de communications internationales.

Quelles sont les conditions de recevabilité du recours ?

Formellement, la formation spécialisée est saisie par voie de requête  (29). L'auteur de celle-ci doit justifier de son intérêt à agir. Sur ce point, contrairement aux craintes qui avaient pu être exprimées  (30), celui-ci n'est pas apprécié de façon restrictive : il suffit que la demande concerne la situation personnelle du requérant (et non celle d'un tiers) pour que cet intérêt soit reconnu. Sur l'ensemble des décisions rendues par la formation spécialisée, aucune n'a refusé de reconnaître au requérant son intérêt à agir ni, d'ailleurs, ne s'est attachée à l'examen de cette condition.

Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. Ce choix se justifie à la fois par une volonté de ne pas imposer d'obstacle financier à la saisine du juge et par le caractère très inquisitorial de la procédure. Il suffit en effet d'adresser une demande au Conseil d'État, sans avoir à développer une argumentation particulière ou à formuler des moyens ; la formation spécialisée se saisit d'elle-même de ce qu'elle doit vérifier.

Que la demande concerne la mise en oeuvre d'une technique de renseignement ou le droit d'accès indirect à un fichier, une démarche préalable doit être exercée. Elle prend la forme d'une saisine préalable de la CNIL pour les fichiers, et d'une interrogation préalable de la CNCTR pour les techniques de renseignement  (31). Quant à leur nature, ces actions ne constituent pas des recours administratifs préalables obligatoires. En effet, la demande dont l'autorité administrative indépendante se trouve saisie n'est pas dirigée contre une décision - la démarche se trouve au contraire accomplie à titre initial. En matière de fichiers, cette démarche préalable représente un moyen de liaison du contentieux : le recours est dirigé contre la décision prise à l'issue de son accomplissement, c'est-à-dire la décision de refus du ministre « révélée » par la réponse de la CNIL  (32). En matière de renseignement, la saisine préalable de la CNCTR ne constitue pas un instrument de liaison du contentieux. D'une part, le recours n'est pas dirigé contre la réponse de la CNCTR (de façon significative, la loi ne qualifie pas cette réponse de décision mais de notification : l'autorité administrative indépendante notifie à l'auteur de la réclamation qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires, sans confirmer ni infirmer leur mise en oeuvre  (33)). D'autre part, le recours peut être formé en l'absence de cette notification si celle-ci n'intervient pas dans un délai de quatre mois.

Le délai de recours est de deux mois. En matière de fichiers, celui-ci résulte de l'absence de disposition spécifique, ce qui conduit à l'application du délai de droit commun. En matière de techniques de renseignement, l'article R. 773-30 du CJA prévoit une saisine dans les deux mois suivant la notification de la CNCTR. S'il n'a pas été procédé à cette notification dans un délai de deux mois à compter de la date de dépôt de la réclamation, « le Conseil d'État peut être saisi dans un délai de quatre mois à compter de cette même date ».

S'agissant enfin de la nature du recours, l'action formée en matière de fichiers constitue un recours pour excès de pouvoir, tandis que celle intervenant en matière de techniques de renseignement relève du plein contentieux.

Au 1^{er} juillet 2017, soixante-six décisions ont été rendues par la formation spécialisée, dont quatre en question prioritaire de constitutionnalité (QPC)  (34). Sur les soixante-deux décisions hors QPC  (35), six seulement ont concerné les techniques de

renseignement, les cinquante-six autres portant sur les fichiers intéressant la sûreté de l'État. Ainsi, 90 % du contentieux se concentre sur les fichiers tandis que seulement 10 % de celui-ci concerne les techniques de renseignement.

L'importance des saisines au titre des fichiers comparée à celles intervenues en matière de techniques de renseignement s'explique aisément. Par hypothèse, une personne n'est pas à même de savoir qu'elle fait l'objet d'une mesure de surveillance. Elle ne peut, tout au plus, que la suspecter, au regard de l'activité professionnelle qu'elle exerce, des fonctions qu'elle occupe ou des activités en tout genre auxquelles elle peut se livrer. En outre, faire l'objet d'une surveillance n'emportera pas de conséquences directes et immédiates sur la personne. La situation des fichiers est différente sur ces deux points. D'une part, la présence d'une personne dans un traitement de données à caractère personnel peut être révélée par une décision administrative. Parce qu'elle s'est vue refuser un agrément pour exercer une profession ou encore opposer un refus de visa pour l'entrée en France, la personne peut avoir un fort soupçon d'être recensée dans un fichier de sécurité. D'autre part, ce refus emporte pour elle une conséquence immédiate, par exemple (pour reprendre les illustrations précédentes) l'impossibilité d'accéder à certains emplois ou d'obtenir un titre de séjour. Or il arrive qu'une personne se retrouve ou soit maintenue à tort dans un fichier ; elle a donc un intérêt pratique à mettre en oeuvre une procédure permettant d'obtenir la rectification ou la suppression d'informations erronées.

De manière générale, il est difficile de se faire une idée du profil des requérants et des considérations qui les amènent à saisir la formation spécialisée. En effet, les décisions ne comportent habituellement aucune information sur leur situation personnelle et les conclusions du rapporteur public ne sont pas publiées (art. R. 773-24, al. 2). Certaines données factuelles ressortent néanmoins des décisions.

Ainsi, dans le contentieux des fichiers, il a pu arriver que le juge mentionne qu'il a été saisi par le requérant à la suite d'un refus de renouveler son habilitation pour l'accès aux zones de sûreté aéroportuaire  (36) ou du retrait de sa carte professionnelle en raison d'un risque d'atteinte à la sécurité  (37), ou encore qu'il a saisi la CNIL, après s'être vu opposé un refus d'entrée en Turquie, afin de pouvoir accéder aux données le concernant qui seraient contenues dans le fichier du système informatique national du système d'information Schengen (N-SIS)  (38). Une autre décision a mentionné, sans autre précision, que le requérant exerçait la profession de journaliste  (39). Généralement, le requérant ne demande la vérification que d'un seul fichier (souvent celui de la DGSI). Il demande plus rarement la vérification de sa situation au regard de plusieurs fichiers.

En matière de techniques de renseignement, sur les six actions introduites, deux l'ont été par des journalistes (Franck Johannès  (40) et Jacques Follorou  (41), journalistes au *Monde*  (42)), une par une militante des libertés dans l'espace numérique  (43) et une autre par un maître de conférences en science politique de l'Université de Nanterre (dont la profession se trouve, ici encore, expressément mentionnée)  (44).

Une fois introduite, la requête va être instruite et jugée selon une procédure spécifique.

L'instruction et le jugement

La procédure a été conçue au prisme d'un impératif : préserver le secret de la défense nationale. Des adaptations ont donc été apportées, à chaque stade de celle-ci, afin que le requérant - mais aussi les tiers - ne puissent avoir accès à des informations classifiées.

L'instruction

L'instruction est assurée par la formation spécialisée elle-même. La situation est sur ce point identique à l'hypothèse d'un jugement par une chambre statuant seule (qui instruit et juge elle-même l'affaire).

Le rapport est préparé par l'un des deux membres de la formation spécialisée autre que son président (CJA, art. R. 773-8, al. 2). Le rapport est ainsi réalisé par un conseiller d'État, ce qui est relativement rare devant les formations habituelles - même si une telle situation peut se présenter. Concrètement, la formation spécialisée siège tous les mois ou tous les deux mois. Le président préside, les deux autres membres interviennent respectivement comme rapporteur et comme assesseur.

Par rapport aux règles de droit commun, l'instruction fait l'objet d'adaptations destinées à assurer à la fois le secret et l'efficacité

de la procédure.

Les principales adaptations visent à préserver le secret de la défense nationale.

Ainsi que le mentionne de façon générale le premier alinéa de l'article L. 773-3 du CJA, « Les exigences de la contradiction mentionnées à l'article L. 5 du présent code sont adaptées à celles du secret de la défense nationale ». Les adaptations apportées visent à ce que le requérant ne puisse avoir accès à des données classifiées. Plusieurs garanties sont prises à cet égard.

Premièrement, les mémoires et les pièces produites par l'administration et, le cas échéant, par la CNCTR, ne sont pas intégralement communiqués au requérant. Sont soustraits à la communication (donc au contradictoire) les passages des mémoires et des pièces qui, soit « comportent des informations protégées par le secret de la défense nationale », soit « confirment ou infirment la mise en oeuvre d'une technique de renseignement à l'égard du requérant », soit « divulguent des éléments contenus dans le traitement de données », soit encore « révèlent que le requérant figure ou ne figure pas dans le traitement » (art. R. 773-20, al. 2). Pour l'identification des informations classifiées, « Le défendeur indique au Conseil d'État, au moment du dépôt de ses mémoires et pièces, les passages de ses productions et, le cas échéant, de celles de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, qui sont protégés par le secret de la défense nationale » (CJA, art. R. 773-20, al. 1^{er}). Les mêmes précautions s'appliquent aux interventions (donc, nécessairement, aux interventions en défense, seules susceptibles de contenir de tels éléments) et au relevé d'office d'un moyen  (45). Précisons que ces limites ne concernent que l'hypothèse d'un recours formé par un particulier ; lorsque le recours est introduit par la CNCTR, celle-ci, qui est habilitée au secret de la défense nationale, peut se voir communiquer l'intégralité des pièces et des mémoires.

Deuxièmement, au nom de la même préoccupation de ne pas dévoiler de secrets, lorsque la formation chargée de l'instruction décide d'entendre les parties, celles-ci sont entendues séparément « lorsqu'est en cause le secret de la défense nationale » (CJA, art. L. 773-3, al. 3).

Troisièmement, lors de l'audience (qui, rappelons le, fait partie intégrante de l'instruction au Conseil d'État), les conclusions du rapporteur public sont lues en l'absence des parties, du public et de la CNCTR dans les cas où elles sont susceptibles « de porter sur des informations protégées par le secret de la défense nationale », « de confirmer ou infirmer la mise en oeuvre d'une technique de renseignement à l'égard du requérant », ou « de révéler des éléments contenus dans le traitement de données, ou si le requérant figure ou non dans le traitement » (CJA, art. R. 773-24, al. 1^{er}). De même, le sens des conclusions du rapporteur public n'est pas communiqué aux parties avant l'audience (CJA, art. R. 773-23). Ces deux derniers aménagements ne sont pas applicables lorsque le recours a été formé par la CNCTR : celle-ci étant habilitée au secret de la défense nationale, ce principe ne s'oppose pas à ce que lui soit communiquées des informations auxquelles elle a en toute hypothèse accès  (46). Toujours sur l'audience, le huis clos est ordonné « lorsque est en cause le secret de la défense nationale » (CJA, art. L. 773-4). Cela a été le cas pour toutes les décisions de fond rendues jusqu'à présent. N'ont été jugées en audience publique que cinq décisions : d'une part les quatre QPC, d'autre part un recours déclaré irrecevable (ayant été formé par un particulier dans un domaine - celui de la surveillance des communications électroniques internationales - où la CNCTR est seule habilitée à agir  (47)).

Quatrièmement, lorsque la formation spécialisée, qui ne comprend que trois membres, se sent à l'étroit pour trancher une question de droit difficile ou sensible, elle peut adresser une demande d'avis à la section ou à l'assemblée siégeant dans leur formation de droit commun (soit 15 ou 17 membres)  (48). Cet avis sur une question de droit nouvelle « *in house* » interviendra non pas sur un dossier complexe (dans un tel cas, le dossier sera transmis, pour le tout, à la section ou à l'assemblée siégeant en formation restreinte) mais uniquement sur une question complexe. Si tout le dossier était transmis, l'assemblée ou la section ne pourraient siéger qu'en formation restreinte car, dans leur formation ordinaire, elles ne sont pas habilitées à connaître de données classifiées.

Une seconde série d'adaptations ont été introduites pour assurer, non plus le secret de la défense, mais l'efficacité du contrôle juridictionnel.

En premier lieu, pour une parfaite information du juge, celui-ci a accès à tous les documents qu'il juge nécessaires, y compris

les informations classifiées au titre du secret de la défense nationale. En vertu de l'article L. 773-2, alinéa 4, du CJA, « Dans le cadre de l'instruction de la requête, les membres de la formation de jugement et le rapporteur public sont autorisés à connaître de l'ensemble des pièces en possession de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ou des services de renseignement mentionnés à l'article L. 811-2 du code de la sécurité intérieure et ceux désignés par le décret en Conseil d'État mentionné à l'article L. 811-4 du même code et utiles à l'exercice de leur office, y compris celles protégées au titre de l'article 413-9 du code pénal ». Cela signifie que les documents en possession de la CNCTR et des services de renseignement doivent être transmis au juge si celui-ci l'exige, sans que puisse lui être opposé le secret de la défense nationale.

En deuxième lieu, pour nourrir le débat, la CNCTR « est informée de toute requête » présentée dans le contentieux du renseignement et « est invitée à présenter, le cas échéant, des observations écrites ou orales. L'intégralité des pièces produites par les parties lui est communiquée » (CJA, art. L. 773-3, al. 2).

En troisième lieu, « La formation de jugement peut relever d'office tout moyen » (CJA, art. L. 773-5). À travers cette formule lapidaire et technique se trouve consacré au profit du juge un pouvoir remarquable : celui de soulever d'office un moyen alors même que ce dernier ne présente pas un caractère d'ordre public. Il s'agit là d'une dérogation au principe selon lequel l'argumentation juridique est le fruit exclusif des parties sauf pour les moyens d'ordre public. Cette dérogation s'avère essentielle et extrêmement précieuse puisqu'elle permet de suppléer l'argumentation du requérant qui n'a pas accès à tous les éléments du dossier. Elle confère ni plus ni moins à la formation spécialisée le pouvoir de sanctionner d'office toute illégalité.

Que penser des adaptations apportées ? Certains auteurs ont critiqué une atteinte à l'égalité des armes au motif que l'administration défenderesse dispose d'accès aux informations secrètes alors que le requérant en est dépourvu  (49).

Cette différence dans le niveau d'information est incontestable. Néanmoins, elle ne saurait sérieusement prêter le flanc à la critique.

En effet, au regard des intérêts qu'il vise à protéger, le secret de la défense nationale doit être garanti de façon absolue. Son respect commande nécessairement des adaptations procédurales afin de maintenir la confidentialité des informations concernées. En outre, les adaptations apportées à cette fin se trouvent avantageusement compensées par la possibilité dont dispose le juge d'accéder à l'intégralité de ces informations et de sanctionner d'office toute illégalité. On notera que, pour valider un dispositif dans lequel le tribunal a seul accès à des informations classifiées à l'exclusion du plaignant, la Cour européenne des droits de l'homme prend en considération le fait qu'un juge puisse soulever des moyens en dehors de l'argumentation des parties  (50). Le Conseil constitutionnel l'a également pris en compte pour conclure à sa constitutionnalité  (51) et le Conseil d'État pour rejeter les différentes exceptions d'inconventionnalité soulevées à son encontre  (52).

Un seul système serait envisageable pour accroître le niveau d'information du requérant : il consisterait à autoriser sa représentation par un avocat spécialement habilité au secret de la défense nationale, comme c'est le cas au Royaume-Uni  (53). Un tel mécanisme renforcerait incontestablement l'information du requérant (plus exactement de son conseil). Toutefois, l'élargissement du cercle des personnes ayant accès au secret de la défense exposerait à un risque : celui de conduire à la fuite de données classifiées.

Le jugement

Une fois la phase d'instruction terminée va intervenir celle du jugement. En moyenne, le délai est assez bref, de l'ordre de quelques mois.

Le jugement est en principe rendu par la formation spécialisée (ses trois membres devant être présents : CJA, art. R. 773-11). À ce jour, toutes les décisions ont été rendues par cette formation de jugement.

La loi prévoit néanmoins deux possibilités qui n'ont pas encore été utilisées : d'une part celle, reconnue par l'article R. 773-19, de statuer par voie d'ordonnance (le président de la formation spécialisée pouvant exercer les pouvoirs conférés par l'article R. 122-12 du CJA pour, par exemple, donner acte d'un désistement, constater un non-lieu à statuer ou rejeter une requête manifestement irrecevable), d'autre part la faculté, ouverte par l'article R. 773-12, de renvoyer le jugement de l'affaire à une

formation solennelle (l'assemblée ou la section siégeant en formation restreinte) (54).

Enfin, l'affaire est tranchée par le juge des référés (dans un délai de 24 heures) lorsque le Premier ministre a autorisé le placement sous surveillance d'un domicile privé à usage d'habitation malgré un avis défavorable de la CNCTR (55). À ce jour, cette procédure n'a pas encore été mise en oeuvre.

S'agissant de son objet, le contrôle porte sur la régularité de l'utilisation d'un fichier ou d'une technique de renseignement à l'égard d'une personne.

L'office du juge a été défini dans ces deux domaines dès les premières décisions rendues. S'agissant des fichiers, il appartient au juge « de vérifier (...) si le requérant figure ou non dans le fichier litigieux ». Dans l'affirmative, « il lui appartient d'apprécier si les données y figurant sont pertinentes au regard des finalités poursuivies par ce fichier, adéquates et proportionnées » (56). On retrouve ces deux étapes dans le contentieux des techniques de renseignement. Il appartient au juge « de vérifier (...) si le requérant fait ou non l'objet d'une telle technique ». Dans l'affirmative, « il lui appartient d'apprécier si cette technique est mise en oeuvre dans le respect du livre VIII du code de la sécurité intérieure » (57).

Il résulte de l'office ainsi défini que le juge se prononce sur une stricte question de légalité, à savoir le respect, au cas d'espèce, des dispositions générales et impersonnelles régissant les fichiers ou les techniques de renseignement. Seule la légalité interne compte ; les vices propres de l'acte ayant lié le contentieux sont inopérants (58).

Le juge procède à l'examen de la légalité du fichier ou de la technique de renseignement, mais ne dévoile dans sa motivation que les éléments compatibles avec la préservation du secret de la défense nationale.

S'agissant des fichiers, lorsqu'il apparaît soit que « le requérant n'est pas mentionné dans le fichier litigieux », soit que « les données à caractère personnel le concernant qui y figurent ne sont entachées d'aucune illégalité », le juge « rejette les conclusions du requérant sans autre précision ». Dans sa dernière version, la formule jurisprudentielle utilisée est la suivante : « La formation spécialisée a procédé à l'examen de l'acte réglementaire autorisant la création du fichier litigieux ainsi que des éléments fournis par le ministre de la défense et la CNIL, laquelle a effectué les diligences qui lui incombent dans le respect des règles de compétence et de procédure applicables. Cet examen s'est déroulé selon les modalités décrites au point précédent et n'a révélé aucune illégalité. Il résulte de cet examen que les conclusions [du requérant] à fin d'annulation doivent être rejetées » (59). La formation spécialisée n'indique habituellement pas les moyens qu'elle a examinés (60). Elle ne l'a fait que dans quelques décisions, vraisemblablement pour montrer au requérant que les moyens qu'il avait soulevés ont été pris en compte (61).

En revanche, dans le cas où des informations relatives au requérant figurent dans le fichier litigieux et apparaissent entachées d'illégalité (soit que les données à caractère personnel le concernant sont inexactes, incomplètes, équivoques ou périmées, soit que leur collecte ou leur utilisation, leur communication ou leur conservation est interdite), le juge « en informe le requérant, sans faire état d'aucun élément protégé par le secret de la défense nationale » (62).

Concernant le renseignement, lorsqu'il apparaît soit qu'aucune technique de renseignement n'est mise en oeuvre à l'égard du requérant, soit que cette mise en oeuvre n'est entachée d'aucune illégalité, le juge « informe le requérant de l'accomplissement de ces vérifications et qu'aucune illégalité n'a été commise, sans autre précision » (63). La formule-type est la suivante : « La formation spécialisée a examiné, selon les modalités décrites au point précédent, les éléments fournis par la CNCTR, qui a précisé l'ensemble des vérifications auxquelles elle avait procédé, et par le Premier ministre. À l'issue de cet examen, il y a lieu de répondre [au requérant] que la vérification qu'il a sollicitée a été effectuée et n'appelle aucune mesure de la part du Conseil d'État » (64).

En revanche, dans le cas où une technique de renseignement est mise en oeuvre dans des conditions qui apparaissent entachées d'illégalité, le juge « en informe le requérant, sans faire état d'aucun élément protégé par le secret de la défense nationale » (65).

Deux observations doivent être formulées sur cet office, concernant tant la motivation retenue que les pouvoirs du juge.

S'agissant de la motivation, celle-ci est plus réduite qu'à l'accoutumée. Elle est même drastiquement réduite : le juge ne fournit aucune indication sur les données factuelles de l'affaire ni sur l'application des dispositions juridiques au cas d'espèce. Cette motivation est une conséquence du secret de la défense nationale, qui s'oppose à ce que le juge fasse état d'informations classifiées. L'article L. 773-2 du CJA le rappelle d'ailleurs de manière générale en affirmant que « Les membres de ces formations et leur rapporteur public sont astreints, comme les agents qui les assistent, au respect des secrets protégés aux 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 ». Si le juge a accès à tout, il ne peut quasiment rien dire, ce qui donne lieu à une motivation inhabituelle  (66).

Il en résulte une conséquence pour le requérant : celui-ci ne sait pas ce qui a été vérifié ni la façon dont les vérifications ont été faites. Un auteur a semblé le regretter en déplorant « une absence de motivation difficilement conciliable avec le droit au procès équitable », tout en ajoutant que « le juge administratif ne rend qu'une réponse laconique laissant le requérant dans la situation de devoir lui faire une confiance aveugle pour protéger ses droits »  (67). On objectera qu'il n'est guère possible de faire autrement : motiver la décision de façon complète aboutirait à révéler des informations classifiées. Une telle motivation, parce qu'elle mettrait en cause le secret de la défense nationale et, par ricochet, la sécurité publique, n'est nullement envisageable. En outre, il ne paraît pas exagérément déraisonnable de faire confiance aux membres du Conseil d'État chargés de ce contrôle. La procédure est connue, le nom des juges également. La collégialité favorise l'échange, la discussion et la confrontation des points de vue. Enfin, les vérifications sont menées par des juges expérimentés dont on connaît le niveau d'exigence dans l'exercice de leurs responsabilités.

La deuxième observation concerne les pouvoirs du juge en présence d'une illégalité. Dispose-t-il des moyens effectifs de la faire cesser ?

En cas d'illégalité relative à un fichier, « Cette circonstance (...) implique nécessairement que l'autorité gestionnaire du fichier rétablisse la légalité en effaçant ou en rectifiant, dans la mesure du nécessaire, les données litigieuses »  (68). Le Conseil d'État affirmait aussi, dans un premier temps, qu'en présence d'une illégalité « doit être annulée la décision implicite refusant de procéder à un tel effacement ou une telle rectification »  (69). Toutefois, le recours est dirigé contre le refus d'autoriser l'accès aux données ; elle n'est pas formée contre une décision - qu'il serait malaisé d'identifier dans le refus opposé par la CNIL - de procéder à l'effacement ou à la rectification de certaines de ces données. Aussi cette formule a-t-elle été abandonnée dans un arrêt du 5 mai 2017  (70).

Désormais, le constat d'une illégalité emporte pour seule conséquence le prononcé d'une injonction. C'est là un autre signe du caractère atypique de ce contentieux : un recours pour excès de pouvoir n'y donne pas lieu à l'annulation d'une décision mais au prononcé d'une injonction à titre principal ; ou, pour le dire autrement, au prononcé d'une injonction à titre principal sans annulation préalable.

Une question se pose relativement aux conséquences à tirer de l'illégalité constatée. L'article L. 773-8 du CJA dispose que la formation spécialisée « peut ordonner que ces données soient, selon les cas, rectifiées, mises à jour ou effacées ». La loi n'impose donc pas le prononcé automatique d'une injonction. Toutefois, l'obligation d'y procéder s'impose même en l'absence d'injonction. Selon la formule jurisprudentielle précitée, le constat d'une illégalité « implique nécessairement » d'effacer ou de rectifier les données. En outre, à l'occasion de l'examen d'une QPC dirigée contre l'article L. 773-8 du CJA (en tant, précisément, qu'il ne prévoit qu'une simple faculté pour le juge de sanctionner une irrégularité), le Conseil d'État a estimé qu'il résulte des dispositions applicables « que, lorsqu'il a été constaté que des données figurent illégalement dans un fichier, l'autorité gestionnaire du fichier a l'obligation de les effacer ou de les rectifier, dans la mesure du nécessaire »  (71).

En cas d'illégalité dans la mise en oeuvre d'une technique de renseignement, « par une décision distincte dont seule l'administration compétente et la CNCTR sont destinataires, la formation spécialisée annule le cas échéant l'autorisation et ordonne la destruction des renseignements irrégulièrement collectés »  (72). Cette décision n'est pas publiée, par dérogation au principe de la publicité des décisions de justice. En revanche, dans la mesure où elle s'adresse à des organes habilités au secret de la défense nationale (les services de renseignement et la CNCTR), elle est motivée ainsi que le prévoit l'article R. 773-26 du CJA  (73). L'indication des motifs fondant la décision, et l'identification précise de l'illégalité commise, permettront à

l'administration d'exécuter correctement la décision. En outre, en ayant connaissance du problème soulevé par le cas d'espèce, la CNCTR sera à même d'assurer un suivi des mesures prises pour y remédier, et de procéder le cas échéant à des contrôles ciblés sur des situations similaires.

On relèvera enfin que la loi reconnaît, dans le contentieux des techniques de renseignement, la possibilité de condamner l'État à indemniser le préjudice subi par le requérant (CJA L773-7, al. 2). Cette faculté n'a pas encore été mise en oeuvre.

En pratique, sur les soixante-deux décisions rendues hors QPC, une seule censure a été prononcée.

Est-ce le signe, comme l'ont affirmé des auteurs, que le juge fait preuve de retenue  (74) ou que l'on doit douter de l'effectivité de son contrôle  (75) ? D'un point de vue logique, une telle conclusion paraît hasardeuse car on ne peut rien inférer de l'absence de censure. Elle peut tout autant signifier, soit que le juge (comme le pensent ces auteurs) ne joue pas pleinement son rôle, soit qu'aucune illégalité n'a été commise.

Quoi qu'il en soit, ces opinions reposaient sur l'absence de censure. Depuis lors, une censure est intervenue ; elle concerne le contentieux des fichiers  (76).

En l'espèce, le requérant avait saisi la CNIL afin de pouvoir accéder aux données le concernant qui seraient contenues dans le fichier de la direction de la protection et de la sécurité de la défense (DPSD), devenue la direction du renseignement et de la sécurité de la défense (DRSD). La CNIL a désigné deux membres pour mener toutes investigations utiles et faire procéder, le cas échéant, aux modifications nécessaires. Par une lettre du 24 novembre 2015, la présidente de la CNIL a informé le requérant qu'il avait été procédé à l'ensemble des vérifications demandées et que la procédure était terminée, sans apporter à l'intéressé d'autre information.

Celui-ci a alors saisi la formation spécialisée (plus exactement, il a saisi à tort le tribunal administratif de Paris, lequel a transmis au Conseil d'État le recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus, révélé par le courrier du 24 novembre 2015, du ministre de la défense de lui donner accès aux mentions susceptibles de le concerner et figurant dans le fichier litigieux).

Le ministre de la défense et la CNIL ont communiqué au Conseil d'État, dans les conditions prévues à l'article R. 773-20 du CJA, les éléments relatifs à la situation de l'intéressé. Le ministre de la défense a en outre communiqué les actes réglementaires autorisant la création du fichier litigieux.

La décision mentionne que la formation spécialisée « a procédé à l'examen de l'acte réglementaire autorisant la création du fichier de la DRSD ainsi que des éléments fournis par le ministre de la défense et la CNIL ». Elle ajoute que cet examen « a révélé que des données concernant M. A... B. figuraient illégalement dans ce fichier ». Elle a, par suite, ordonné l'effacement de ces données.

Le fait que cette première censure ait concerné un fichier ne saurait surprendre. D'une part, 90 % des recours dont a été saisie la formation spécialisée ont concerné ce contentieux. D'autre part, les règles présidant à l'utilisation des fichiers sont précises et ne laissent qu'une marge de liberté limitée à l'administration.

À l'inverse, le contentieux des techniques de renseignement présente sur ces deux points des caractéristiques opposées. D'une part, il donne lieu à un nombre plus limité de recours. D'autre part, la loi confère une marge de liberté importante à l'administration pour les mettre en oeuvre  (77). Au regard de la latitude importante qu'a entendu laisser le législateur à l'administration et du faible engouement des requérants à son égard, il est probable que les illégalités relevées dans la mise en oeuvre de techniques de renseignement demeureront très limitées.

Conclusion

En définitive, plusieurs auteurs se sont montrés très critiques sur le dispositif mis en place, tant avant sa mise en application  (78) qu'à l'issue de celle-ci  (79). Il est possible de ne pas partager ces positions et de souligner au contraire le progrès décisif que représente sa création grâce, en particulier, à la possibilité reconnue au juge d'accéder à des documents protégés au titre du secret de la défense nationale.

En permettant au juge la consultation directe de ces documents, le législateur a levé un verrou symbolique. La pratique que le nouveau mécanisme a suscité montre qu'autoriser un juge à accéder à de telles données, en entourant cette consultation de garanties, ne fragilise pas le secret de la défense nationale.

Un pas supplémentaire pourrait désormais être franchi, consistant à étendre la compétence de la formation spécialisée en dehors du contentieux des fichiers et des techniques de renseignement. En effet, pour éviter une utilisation abusive du secret de la défense nationale (comme cela peut arriver (80)), il serait souhaitable que tout refus de levée du secret puisse lui être soumis, tant à l'initiative d'un juge qu'à celle d'un particulier.

Mots clés :

DEFENSE NATIONALE * Renseignement * Contentieux

JUSTICE * Juridiction administrative * Conseil d'Etat * Procédure spéciale * Contentieux du renseignement

(1) Loi n° 2015-912 du 24 juill. 2015 relative au renseignement. Cette loi a été complétée par le décret d'application n° 2015-1211 du 1^{er} oct. 2015 relatif au contentieux de la mise en oeuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État.

(2) Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(3) Pour un ex., v. le décret n° 2015-252 du 4 mars 2015 décidant, sans autre précision, la « création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé FSPRT ». Ni les particuliers ni les juridictions ne peuvent en savoir plus sur l'objet, l'organisation ou la structure de ce fichier. Il faut d'ailleurs consulter des sources non juridiques pour connaître la signification du sigle utilisé.

(4) L'administration peut et même doit refuser de lui communiquer un document classifié. V. C. pén., art. 413-10, incriminant le fait de donner à une personne non qualifiée (serait-elle un juge) l'accès à un document couvert par le secret de la défense nationale.

(5) Dans le dernier état de la jurisprudence, l'administration refusant la communication d'informations contenues dans un tel fichier au motif que cette communication porterait atteinte aux finalités de celui-ci devait seulement transmettre au juge tous éléments appropriés sur la nature de ces informations et les motifs fondant le refus de les communiquer : CE, 11 juil. 2016, n° 375977, *Ministre de l'intérieur et ministre de la défense c/ Cagnolari*, Lebon p. 336  ; AJDA 2016. 1425 .

(6) Procédure définie par l'art. L. 2312-4 du code de la défense. V., P. Türk, « Six ans d'activité de la Commission consultative du secret de la défense nationale », LPA 24 juin 2005, p. 4.

(7) Pour une application dans un autre domaine (en l'occurrence celui de l'accès anticipé à des archives classifiées), v. CE, 1^{er} oct. 2015, n° 373019, *M. Charles*, Lebon T. p. 554, 680 et 810  ; AJDA 2015. 1830 .

(8) Laquelle pouvait, aux termes de l'art. 15 de loi n° 91-646 du 10 juill. 1991, « De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel », « procéder au contrôle de toute interception de sécurité en vue de vérifier si elle est effectuée dans le respect des dispositions du présent titre ».

(9) CE, 28 juill. 2000, n° 212941, *Dakar*, Lebonp. 330  ; D. 2000. 252 .

(10) Il ne s'étend pas, en l'état actuel du droit, à d'autres domaines. En conséquence, et par exemple, un juge pénal ne pourra pas accéder à un document classifié même s'il en aurait besoin pour statuer en connaissance de cause sur l'existence d'une infraction. De même, un tribunal administratif saisi d'un litige portant sur la responsabilité de l'État du fait d'essais nucléaires ne pourrait mettre en oeuvre cette procédure pour consulter des données protégées.

(11) Le Conseil d'État a précisé que la procédure s'applique aux fichiers et techniques de renseignement mis en oeuvre avant son entrée en vigueur et qui ont continué à être mis en oeuvre après celle-ci (CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396958, *M. A... B...*, Lebon p. 433  ; AJDA 2017. 581 , note Salomé Gottot .

(12) Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*, AJDA 2015. 1513  ; D. 2016. 1461, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano  ; Constitutions 2015. 432, chron. O. Le Bot.

(13) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396505, *M. B... A...*, inédit, pt 7. V., dans le même sens CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396521, *M. A... B...*, inédit, pt 7 ; 19 oct. 2016, n° 396524, *M. B... A...*, inédit, pt 7 ; 7 déc. 2016, n° 396523, *M. A... B...*, inédit, pt 7 ; 7 déc. 2016, n° 396525, *M. A... B...*, inédit, pt 7 ; 23 déc. 2016, n° 396511, *M. A... B...*, inédit, pt 7.

(14) Elle ne s'étend pas à d'autres fichiers, par exemple au fichier du renseignement territorial. V. ainsi, CE, formation spécialisée, 5 mai 2017, n° 396669, *M. A... B...*, pt 4, Lebon  ; AJDA 2017. 965  : « Le fichier du renseignement territorial ne relève pas des dispositions précitées de l'article R. 841-2 du code de justice administrative. Le contentieux de l'accès aux données contenues dans ce fichier relève du tribunal administratif de Paris ».

(15) V. par ex., CE, formation spécialisée, 23 déc. 2016, n° 396520, *M. B... A...*, inédit ; 23 déc. 2016, n° 396515, *M^{me} A... B...*, inédit ; 31 mai 2017, n° 396668, *M. A... B...*, inédit ; 28 juin 2017, n° 396513, *M. A... B...*, inédit.

(16) Ainsi que deux suppléants ayant au moins le grade de maître des requêtes.

(17) Ainsi qu'un rapporteur public suppléant.

(18) Plus exactement, elle ne peut valablement siéger que si au moins trois de ses membres sont présents (CJA, art. R. 122-14).

(19) L'habilitation ès qualité permet ainsi de « préserver leur indépendance à l'égard des services qui n'auront donc pas à enquêter sur eux » (X. Latour, « Le juge administratif en ordre de marche pour contrôler les techniques de renseignement », JCP Adm. 2015, act. 865). En revanche, le personnel du greffe fera l'objet d'une habilitation personnelle, donc après enquête préalable.

(20) V. notamment, M. Guillaume, « La réforme du droit du secret de la défense nationale », RFDA 1998. 1223  : « Le contrôle

du juge doit demeurer limité par deux principes simples. D'une part, le juge ne doit pas pouvoir accéder au contenu du secret. D'autre part, le contrôle du juge ne doit pas vider de sens l'interdiction d'accès au secret ».

(21) Aux termes de l'art. L. 841-1 du CSI, le Conseil d'État « peut être saisi par :

1° Toute personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en oeuvre à son égard et justifiant de la mise en oeuvre préalable de la procédure prévue à l'article L. 833-4 ;

2° La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, dans les conditions prévues à l'article L. 833-8.

Lorsqu'une juridiction administrative ou une autorité judiciaire est saisie d'une procédure ou d'un litige dont la solution dépend de l'examen de la régularité d'une ou de plusieurs techniques de recueil de renseignement, elle peut, d'office ou sur demande de l'une des parties, saisir le Conseil d'État à titre préjudiciel. Il statue dans le délai d'un mois à compter de sa saisine ».

(22) Art. L. 841-1, dernier al., du CSI.

(23) CJA, art. R. 773-35.

(24) CJA, art. L. 773-7, al. 2.

(25) Aux termes de l'art. L. 831-1 du CSI, la CNCTR est composée de neuf membres : deux députés et deux sénateurs, deux membres du Conseil d'État, deux magistrats de la Cour de cassation et une personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communications électroniques.

(26) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 397623, *M^{me} B... A...*, pt 1, Lebon T. p. 848  ; AJDA 2016. 1950  : « Il résulte de l'article L. 854-9 du code de la sécurité intérieure (...) que seule la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), à l'exclusion de toute autre personne, est recevable à saisir le Conseil d'État d'une requête relative à la mise en oeuvre d'une mesure de surveillance des communications électroniques internationales ».

(27) CJA, art. R. 773-34 pour le renseignement interne, art. R. 773-34-2 du même code pour la surveillance des communications électroniques internationales.

(28) Art. L. 853-3, III du CSI : « Lorsque l'introduction mentionnée au I du présent article et portant sur un lieu privé à usage d'habitation est autorisée après avis défavorable de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, le Conseil d'État est immédiatement saisi par le président de la commission ou, à défaut, par l'un des membres de la commission parmi ceux mentionnés aux 2° et 3° de l'article L. 831-1 du présent code ».

(29) CJA, art. R. 773-31, al. 1^{er}, précisant que lorsqu'elle concerne une technique de renseignement, la requête « contient l'exposé des faits et les demandes de vérification de mise en oeuvre de techniques de renseignement sollicitées ».

(30) V., P. Gonod, « Loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement : quels contrôles ? », Procédures 2015, étude 10, § 19 :

estimant que la justification d'un intérêt direct et personnel « peut être très complexe à attester en raison de l'objet même de la contestation, la mise en oeuvre des techniques de renseignement étant par principe secrète, et peu perceptible par celui qui en fait l'objet ; dès lors, la preuve de cet intérêt direct et personnel à agir peut rendre quelque peu hypothétique l'effectivité du recours ouvert aux particuliers ».

(31) Art. 41 de la loi *Informatique et libertés* pour les fichiers, CJA, art. R. 773-31, al. 2, pour les techniques de renseignement.

(32) Pour reprendre la formule utilisée dans toutes les décisions rendues en matière de fichiers (v. par ex., CE, formation spécialisée, 31 mai 2017, n° 406390, *M. B... A...*, inédit, pt 5).

(33) Art. L. 833-4 du CSI.

(34) CE, formation spécialisée, 6 avr. 2016, n° 396471, *M. A... B...*, inédit (QPC dirigée contre l'art. 26 de la loi *Informatique et libertés*) ; 23 déc. 2016, n° 402081, *M. B... A...*, inédit (contre l'art. L. 773-8 du CJA) ; 27 janv. 2017, n° 402079, *M. A... B...*, inédit (contre l'art. L. 773-8 du CJA) ; 15 mai 2017, n° 400155, *M. B... A...*, inédit (contre l'art. L. 773-8 du CJA et les art. 26 et 41 de la loi *Informatique et libertés*).

(35) Dont 7 ont été fichées au Lebon (3 publiées, 4 mentionnées) : 2 à propos du contentieux des techniques de renseignement et 5 pour celui des fichiers.

(36) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396503, *M. A... B...*, inédit, pt 5.

(37) CE, formation spécialisée, 28 juin 2017, n° 403982, *M. A... B...*, inédit, pt 5.

(38) CE, formation spécialisée, 31 mai 2017, n° 396540, *M. B... A...*, inédit, pt 3.

(39) CE, formation spécialisée, 8 févr. 2017, n° 396550, *M^{me} A... B...*, Lebon T., pt 5.

(40) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 398356, *M. A... B...*, inédit.

(41) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 398354, *M. A... B...*, inédit.

(42) <http://www.arretsurimages.net/breves/2016-10-26/Loi-Renseignement-des-journalistes-du-Monde-testent-sa-transparence-id20250>.

(43) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 397623, *M^{me} B... A...*, préc. Lebon T.  ; AJDA 2016. 1950 .

(44) CE, formation spécialisée, 8 févr. 2017, n° 396514, *M. B... A...*, inédit, pt 5.

(45) V. respectivement les art. R. 773-20, al. 3 et R. 773-21 du CJA.

(46) CJA, art. R. 773-24, al. 2 (pour la présence à l'audience) et art. R. 773-23 (pour l'accès au sens des conclusions du rapporteur public).

(47) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 397623, *M^{me} B... A...*, Lebon T. p. 848  ; AJDA 2016. 1950 .

(48) CJA, art. L. 773-2, al. 2 : « Préalablement au jugement d'une affaire, l'inscription à un rôle de l'assemblée du contentieux ou de la section du contentieux de l'examen d'une question de droit posée par cette affaire peut être demandée. L'assemblée du contentieux ou la section du contentieux siègent dans leur formation de droit commun ».

(49) P. Gonod, « Loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement : quels contrôles ? », *Procédures* 2015. Étude 10, § 23 ; S. Gottot, « Renseignement : premières décisions de la formation spécialisée du Conseil d'État », AJDA 2017. 581 .

(50) CEDH, 26 nov. 2015, n° 35289/11, *Regner c/ République tchèque*, § 75.

(51) Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*, préc., § 86.

(52) En se fondant en outre sur le pouvoir d'accéder aux données classifiées et le pouvoir d'injonction conféré au juge. Le Conseil d'État a ainsi retenu l'absence de méconnaissance de l'art. 13 de la Conv. EDH (CE, formation spécialisée, 8 févr. 2017, n° 396567, *M. B... A... C...*, Lebon T.  ; AJDA 2017. 321 ) de l'art. 6 de la Conv. EDH (CE, formation spécialisée, 8 févr. 2017, n° 396550, *M^{me} A... B...*, Lebon  ; AJDA 2017. 321 ) des art. 8, 6 et 5 de la Conv. EDH (CE, formation spécialisée, 7 déc. 2016, n° 401262, *M. B... A...*, inédit), des art. 8 et 9 de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés des données à caractère personnel du 28 janv. 1981 (CE, formation spécialisée, 26 avr. 2017, n° 403644, *M^{me} B... A...*, inédit), des art. 8 de la Conv. EDH et 16 du TFUE (CE, formation spécialisée, 23 déc. 2016, n° 396534, *M. B... A...*, inédit). V. égal., CE, formation spécialisée, 7 déc. 2016, n° 396566, *M. A... B...*, inédit, concluant à l'absence de violation des art. 6, 8, 13 et 17 de la Conv. EDH, 10, 12, 15 et 16 de la DDHC et 9 et 9-1 du code civil.

On ajoutera que 12 requêtes ont été formées devant la Cour européenne des droits de l'homme contre les dispositions de la loi relative au renseignement (n° 49526/15, *Association confraternelle de la presse judiciaire et autres c/ France*).

(53) V. le procédé des « avocats spéciaux » mentionnés par L. Pech in *Secret de la défense nationale*, J.Cl. Communication, fasc. 3421, 28 janv. 2014, § 65.

(54) 8 membres pour l'assemblée (CJA, art. R. 773-16) contre 17 en formation normale ; 7 membres pour la section (CJA, art. R. 773-14) contre 15 en formation normale. Le choix d'une formation restreinte (et non pas de droit commun) a été fait par le législateur afin ne pas avoir à habiliter un nombre trop important de personnes. On relèvera que la faculté de renvoi à une formation solennelle avait un temps été écartée durant les débats parlementaires, avant d'être rétablie au cours de ceux-ci (v. P. Gonod, « Renseignement : le Conseil d'État, simple réceptacle d'une juridiction d'exception ? », AJDA 2015. 777 , tribune).

(55) Art. L. 853-3, III du CSI.

(56) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 400688, *M. B... A...*, préc. Lebon [📄](#) ; AJDA 2017. 581 [📄](#), note Salomé Gottot [📄](#).

(57) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396958, *M. A... B...*, préc. Lebon [📄](#) ; AJDA 2017. 581 [📄](#), note Salomé Gottot [📄](#).

(58) Pour le défaut de motivation, v. CE, formation spécialisée, 8 févr. 2017, n° 403040, *M. A... B...*, pt 8, Lebon T. [📄](#) ; AJDA 2017. 318 [📄](#) (confirmé par CE, formation spécialisée, 26 avr. 2017, n° 403644, *M^{me} B... A...*, inédit, préc., pt 9 ; 31 mai 2017, n° 407034, *M. A... B...*, inédit, pt 8 ; 8 févr. 2017, n° 396567, *M. B... A... C...*, préc., pt 9, Lebon T. [📄](#) ; AJDA 2017. 321 [📄](#)). Pour l'absence de notification de la lettre de la CNIL au conseil du requérant, v. CE, formation spécialisée, 7 déc. 2016, n° 396527, *M. B... A...*, inédit, pt 6.

(59) CE, formation spécialisée, 28 juin 2017, n° 403982, *M. A... B...*, inédit, pt 8.

(60) Se bornant à affirmer que l'examen réalisé « n'a révélé aucune illégalité ».

(61) La formation spécialisée a ainsi rejeté les conclusions en affirmant que l'examen réalisé n'a relevé aucune illégalité, « et, en particulier, aucun détournement ou excès de pouvoir ni, en tout état de cause, aucune méconnaissance des articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou des articles 1^{er} et 4 de la Constitution » (CE, formation spécialisée, 23 déc. 2016, n° 396532, *M^{me} A...B...*, inédit, pt 8), « et notamment aucune violation des articles 8 et 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CE, formation spécialisée, 8 févr. 2017, n° 396550, *M^{me} A... B...*, pt 9, Lebon T. [📄](#) ; AJDA 2017. 321 [📄](#)), « notamment aucune méconnaissance de l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978 ou de l'article 88 du décret du 20 octobre 2005 » (CE, formation spécialisée, 8 févr. 2017, n° 396529, *M. B... A...*, , inédit, pt 8), « et notamment aucune méconnaissance de l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978, ni, en tout état de cause, en l'état du dossier, aucune atteinte à la liberté d'aller et venir ou à celle de travailler ni aucune méconnaissance de l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la convention » (CE, formation spécialisée, 26 avr. 2017, n° 403644, *M^{me} B... A...*, inédit, préc., pt 9).

(62) CJA, art. L. 773-8 ; CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 400688, *M. B... A...*, Lebon p. 430 [📄](#) ; AJDA 2017. 581 [📄](#), note Salomé Gottot [📄](#).

(63) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396958, *M. B... A...*, pt 5, Lebon p. 433 [📄](#) ; AJDA 2017. 581 [📄](#), note Salomé Gottot [📄](#). V. égal., CJA, art. L. 773-6 : « Lorsque la formation de jugement constate l'absence d'illégalité dans la mise en oeuvre d'une technique de recueil de renseignement, la décision indique au requérant ou à la juridiction de renvoi qu'aucune illégalité n'a été commise, sans confirmer ni infirmer la mise en oeuvre d'une technique. Elle procède de la même manière en l'absence d'illégalité relative à la conservation des renseignements ».

(64) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396958, *M. A... B...*, préc., pt. 6.

(65) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396958, *M. A... B...*, préc., pt 5.

(66) V., M. Touzeil-Divina, « Contrôle juridictionnel spécialisé des techniques de renseignement : entre protection des droits de la Défense nationale et défense des droits des citoyens (1/2) », JCP Adm. 2016, act. 830 : « l'arrêt produit ne mentionne et ne justifie presque rien puisqu'il ne peut... presque rien dire ! Sa lecture en gêne presque le lecteur qui a l'impression de lire un dossier sensible dont toutes les informations réelles auraient été cachées (on dit aussi 'caviardées') ».

(67) S. Gottot, « Renseignement : premières décisions de la formation spécialisée du Conseil d'État », AJDA 2017. 581 .

(68) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 400688, *M. B... A...*, préc.

(69) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 400688, *M. B... A...*, préc.

(70) CE, formation spécialisée, 5 mai 2017, n° 396669, *M. A... B...*, préc. Lebon  ; AJDA 2017. 965 .

(71) CE, formation spécialisée, 27 janv. 2017, n° 402079, *M. A... B...*, inédit, préc.

(72) CE, formation spécialisée, 19 oct. 2016, n° 396958, *M. A... B...*, préc.

(73) CJA, art. R. 773-26 : « Lorsqu'il annule l'autorisation et, le cas échéant, ordonne la destruction des renseignements irrégulièrement collectés, ou lorsqu'il constate que le traitement en cause est irrégulier et, le cas échéant, ordonne que les données soient rectifiées, mises à jour ou effacées, le Conseil d'État communique au Premier ministre et, le cas échéant, à la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement les motifs de sa décision ».

(74) V., X. Latour, « Premiers enseignements sur le contrôle juridictionnel des activités de renseignement », JCP 2016. 1199 : « En rejetant toutes les requêtes, le Conseil d'État fait preuve de retenue ».

(75) S. Gottot, « Renseignement : premières décisions de la formation spécialisée du Conseil d'État », préc., AJDA 2017. 581 , affirmant que « la preuve d'un contrôle réel et effectif reste encore à apporter ».

(76) CE, formation spécialisée, 5 mai 2017, n° 396669, *M. A... B...*, préc. Lebon  ; AJDA 2017. 965 .

(77) V. la rédaction de l'art. L. 801-1 du CSI pour les conditions de mise en oeuvre, et la formulation extrêmement large des finalités pouvant justifier l'utilisation d'une technique de renseignement à l'art. L. 811-3 du CSI.

(78) P. Gonod, « Loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement : quels contrôles ? », Procédures 2015, étude 10, § 26, affirmant qu'« on ne peut qu'émettre, des doutes sur la capacité de son dispositif à assurer une protection suffisante des droits et libertés fondamentaux, et en particulier du droit au respect de la vie privée. C'est que le texte législatif, en réalité, demeure

très en retrait des conditions d'un contrôle effectif de cette activité de police administrative bien singulière qu'est le renseignement ».

(79) S. Gottot, « Renseignement : premières décisions de la formation spécialisée du Conseil d'État », préc., AJDA 2017. 581, écrivant que « Le procès administratif, soumis au secret, a conduit à la mise en place d'une procédure dérogatoire. Cette dernière amenuise la portée de la protection des droits fondamentaux que constitue un tel recours en instaurant une procédure inégalitaire ».

(80) B. Grasset, « Secret défense », Pouvoirs 2001, n° 97, p. 63 ; B. Warusfel, « Contrôle du secret de la défense nationale : une exigence de l'État de droit », Revue Droit et défense, n° 96/4, p. 23 ; O. Le Bot, « Accès aux documents administratifs et secret de la défense nationale », JCP Adm. 2016, 2329.

Copyright 2017 - Dalloz – Tous droits réservés