

# Le contrôle juridictionnel des activités de renseignement : tour d'horizon européen\*

par Maxime KHELOUFI  
*Doctorant en droit public, CRDEI / IRM-CMRP,  
Université de Bordeaux.*

Si l'idée d'un contrôle des activités de renseignement ne peut plus être véritablement envisagée comme une nouveauté tant de nombreux outils encadrent aujourd'hui la matière – que l'on parle de contrôle interne effectué par l'administration elle-même, ou de contrôle externe effectué notamment par le pouvoir législatif – la question du contrôle juridictionnel est plus confidentielle.

Pour ce qui concerne la France, ceci s'explique sans difficultés par la proximité de la matière avec le pouvoir exécutif, ce qui d'ailleurs, en son temps, a déjà pu retarder l'instauration d'un contrôle parlementaire des activités de renseignement<sup>1</sup>. Si la conquête d'un droit de regard du pouvoir législatif fut difficile à obtenir à ce sujet – l'esprit de la Constitution de la V<sup>e</sup> République n'aidant probablement pas – une intervention du juge semble, quant à elle, relever de l'invraisemblable. Ce n'est d'ailleurs pas l'héritage révolutionnaire français et la traditionnelle méfiance à l'égard des juges qui en a suivi qui viendra soutenir l'argument contraire. Ainsi, confier au juge le pouvoir d'user de son contrôle dans

---

\* Cette contribution reprend la communication orale, présentée lors du colloque de Bordeaux, qui a remporté le prix du Jeune chercheur 2018 de l'AFDSD, décerné par le Conseil d'administration de l'Association, en, tant que Conseil scientifique. Ce prix est attribué, chaque année, à un doctorant ou à jeune docteur, de moins de trente ans, qui n'est pas universitaire : ni professeur, ni maître de conférences.

1. P. Gonod, « Renseignement : le Conseil d'État, simple réceptacle d'une juridiction d'exception ? », *AJDA*, 2015, p. 777 et F. Vadillo, « Essai de modélisation d'une théorie du contrôle des activités de renseignement », in S.-Y. Laurent et B. Warusfel (dir.), *Transformations et réformes de la sécurité et du renseignement en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2016, p. 217.



une matière aussi régalienn<sup>2</sup> que celle des activités de renseignement pouvait paraître, pour ce qui concerne le cas français, ou bien peu souhaitable, ou bien fantasque.

Pourtant, que l'on s'intéresse au cas français ou à d'autres exemples européens, la matière du renseignement connaît un réel mouvement de juridicisation.

En France, compte tenu du contexte rappelé ci-dessus, on comprend assez aisément, pourquoi une telle mission de contrôle ne pouvait être confiée qu'à la juridiction suprême de l'ordre administratif. Finalement, et dans un premier temps, seule la place singulière occupée par le Conseil d'État dans une subtile alchimie associant intérêts du juge, de l'administration et de l'exécutif, pouvait permettre de franchir le cap de la mise en place d'un contrôle juridictionnel des activités de renseignement.

C'est ainsi que la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement<sup>3</sup> « *fait sauter le verrou jusqu'alors infranchissable, du secret de la défense nationale* »<sup>4</sup>, en prévoyant qu'une formation du Conseil d'État, habilitée *ès qualités* au secret de la défense nationale<sup>5</sup>, puisse être saisie dans le cadre du contentieux relatif à l'autorisation de la mise en œuvre de certaines techniques de renseignement.

En dépit du jeune âge de cette voie de recours, laquelle n'appelle donc pas de bilan exhaustif à ce stade, il est toutefois intéressant d'analyser le fonctionnement de cette procédure. Il est important de confronter ces éléments avec d'autres systèmes adoptés par nos voisins européens, en étant vigilant concernant l'origine des nuances pouvant survenir. Si certaines s'expliquent indéniablement par des choix politiques, il ne faut pas sous-estimer l'influence des traditions juridiques et des contextes historiques<sup>6</sup> ayant pu présider ces choix. Par ailleurs, il convient de noter les éléments militant dans le sens de l'application de standards communs de protection, notamment sous influence européenne (I) même si le caractère régalien et sensible de la matière peut expliquer l'hétérogénéité des systèmes de contrôle juridictionnel des techniques de renseignement (II).

---

2. Matière souvent couverte par « *la raison d'État* » selon Bertrand Warusfel, « Le renseignement, dimension majeure de l'action publique dans une société d'information », in B. Warusfel (dir.), *Le renseignement français contemporain : aspects juridiques et politiques*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 34.

3. Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, *J.O.R.F* du 26 juillet 2015.

4. B. Warusfel, « La légalisation du renseignement en France », in S.-Y. Laurent et B. Warusfel (dir.), *op. cit.*, p. 207.

5. Art. L. 773-2 al. 3 du code de justice administrative (CJA).

6. Sur ce point, il ne faut pas sous-estimer les conséquences liées à aux révélations d'E. Snowden à propos des surveillances menées par la NSA. Voir E. Guild et D. Bigo, *Anti & counter-terrorism and human rights in Europe*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 103-104.





## I. La définition par le droit européen des grands principes relatifs au contrôle des techniques de renseignement

Pour ce qui concerne l'identification de grands principes en matière de contrôle des techniques de renseignement, le droit du Conseil de l'Europe est particulièrement éclairant, notamment à travers l'interprétation par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH). Le juge de Strasbourg identifie une pluralité de contrôles, pouvant être exercés seuls ou de façon combinée, selon une progression chronologique (A). Mais le droit de l'Union européenne, dont la matière du renseignement ne constitue pourtant pas un objectif particulièrement central, n'est pas en reste. C'est ainsi que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) est amenée à construire, avec son homologue strasbourgeoise, une jurisprudence à quatre mains. Ceci est particulièrement vrai pour ce qui concerne l'exigence d'un contrôle juridictionnel des techniques de renseignement (B), mais aussi pour ce qui relève de l'activation du contrôle alors même qu'il vise une activité par définition secrète ou tout du moins confidentielle (C).

### A. Un cycle de la mise en œuvre des mesures de surveillance pouvant être soumis à une pluralité de contrôles

Les activités de renseignement techniques sont par nature dynamiques. Elles décrivent en quelque sorte un cycle de vie avec tout d'abord une naissance, lors de la sollicitation de leur mise en œuvre ; une existence ensuite, par leur mise en œuvre effective et la collecte d'informations ; et enfin une extinction, lorsque la mesure prend fin. Tout au long de ce cycle peuvent s'exercer des contrôles, notamment de nature juridictionnelle. C'est ce que vient expliquer la Cour de Strasbourg dans sa célèbre affaire *Klass*<sup>7</sup>. Le contrôle d'une mesure de surveillance peut *intervenir* « à trois stades : lorsqu'elle est ordonnée, pendant qu'elle est menée ou après qu'elle a cessé »<sup>8</sup>.

Ici, deux remarques peuvent être formulées :

La première est que si l'on se place dans la perspective du moment de la mise en œuvre d'une technique de renseignement, on observe qu'il existe alors des contrôles pouvant être effectués avant l'autorisation de mise en œuvre de ces techniques (contrôle *a priori*), et des contrôles pouvant être effectués après l'autorisation de mise en œuvre des techniques de renseignement (contrôle *a posteriori*). On comprend dès lors que pour chaque étape du cycle de la mise en œuvre d'une technique de renseignement, le contrôle pouvant être exercé présente un intérêt bien particulier. La meilleure garantie réside en la complémentarité de

7. CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71.

8. CEDH, *Klass*, préc., § 55.



ces contrôles puisqu'appréhendés dans leur ensemble, ils permettent la réalisation d'un contrôle continu.

La seconde remarque réside en ce que cet extrait de l'arrêt *Klass* ne précise pas si les contrôles opérés à chaque niveau de développement d'une technique de renseignement doivent être de nature juridictionnelle ou non. Pour répondre à cette interrogation, il est nécessaire d'analyser plus en détail cet arrêt ainsi que les jurisprudences des Cours de Strasbourg et de Luxembourg : la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

## B. Un contrôle juridictionnel facultatif

Un contrôle de nature juridictionnelle est sans conteste la forme de contrôle présentant les garanties les plus solides pour répondre aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge de Strasbourg rappelle que le respect de l'État de droit « implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière »<sup>9</sup>.

Mais il ressort de ce paragraphe qu'un contrôle de nature juridictionnelle n'est indispensable qu'à partir du moment où il s'agit du contrôle opéré en dernier ressort. Ce qui signifie que si un État décide de mettre en place d'autres contrôles en amont, ces derniers peuvent tout à fait satisfaire les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme sans, pour autant, prendre la forme de contrôles juridictionnels.

Plus encore, le juge de Strasbourg a pu expliquer lors de l'affaire *Zakharov*<sup>10</sup>, qu'un « contrôle par un organe non-juridictionnel peut être considéré comme compatible avec la Convention, à condition que cet organe de contrôle soit indépendant des autorités mettant en œuvre les mesures de surveillance, et qu'il soit investi de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent »<sup>11</sup>. Ce paragraphe illustre le fait que la Cour attache une importance particulière aux moyens dont dispose l'organe de contrôle des mesures de surveillance et qu'elle ne s'intéresse pas exclusivement à sa forme<sup>12</sup>. Plus que le caractère juridictionnel du contrôle, c'est l'indépendance du contrôleur qui est ici fondamentale.

Cette possibilité offerte à un organe non-juridictionnel de contrôler les mesures de surveillance est également reconnue par la Cour de justice de l'Union

9. *Ibid.*

10. CEDH [Gde Ch.], 5 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, n° 47143/06.

11. CEDH, *Zakharov* préc., § 275. Traduit de l'anglais par nos soins.

12. C'est ainsi que la CEDH a considéré dans l'affaire *Klass* préc. (§ 56) que les recours non-juridictionnels, ouverts devant le Comité des cinq parlementaires et la Commission G 10 en Allemagne, satisfont les exigences de la ConvEDH.

européenne. Elle admet qu'il « est essentiel que l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées soit [...] subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction soit par une entité administrative indépendante »<sup>13</sup>. À la lecture de ce paragraphe, il est intéressant de souligner que le juge de Luxembourg attache une importance toute particulière à la mise en œuvre d'un contrôle préalable, c'est-à-dire, avant que les autorités nationales ne puissent accéder à des données collectées. Sur ce point, il semble que la jurisprudence de la Cour de Luxembourg soit plus exigeante vis-à-vis des États que celle de la Cour de Strasbourg. La première exige en effet un contrôle préalable effectué par une juridiction ou par une entité administrative indépendante, là où la Cour européenne des droits de l'homme rend obligatoire le contrôle du juge ou d'un organe non-juridictionnel suffisamment indépendant qu'en dernier ressort.

Mais au-delà de la forme du contrôle se pose la question du déclenchement de ce contrôle.

### C. Les difficultés liées au déclenchement du contrôle juridictionnel des mesures de surveillance

Le juge est une puissance inerte. Pour qu'il puisse intervenir, il doit être saisi d'une question de droit. En matière de renseignement, selon que la mesure de surveillance est sur le point d'être ordonnée, qu'elle est en cours, ou qu'elle est terminée, le contrôle ne sera pas déclenché par les mêmes acteurs. Ici, la difficulté réside essentiellement en ce que, par définition, la personne visée par une mesure de surveillance n'en est pas tenue informée<sup>14</sup>.

Les deux premières étapes du contrôle, c'est-à-dire lorsque la mesure est ordonnée ou opérée, ne peuvent pas être déclenchées par les individus faisant l'objet de mesures de surveillance sans quoi, les exigences liées à la protection du secret seraient compromises et l'efficacité des enquêtes sapée. Il est donc indispensable de pouvoir compter sur d'autres acteurs pour déclencher un contrôle. Il peut s'agir du juge dans le cadre d'un contrôle juridictionnel ou encore des membres d'une entité administrative indépendante.

En ce qui concerne la troisième étape du contrôle, c'est-à-dire celui après que la mesure de surveillance est terminée, on peut, là aussi, imaginer qu'intervienne un juge ou une entité administrative indépendante. Mais on peut également envisager que l'individu concerné soit informé dans la mesure du possible et qu'il soit alors en capacité de déclencher un contrôle. C'est ce qui ressort de manière conjointe de la jurisprudence des Cours de Strasbourg<sup>15</sup> et de Luxembourg<sup>16</sup>.

13. CJUE [GC], *Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen et SSHD c. Watson*, 21 décembre 2016, C-203/15 et C-698/15, § 120.

14. CEDH, *Zakharov* préc., § 233.

15. CEDH, 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, n° 37138/14, § 86.

16. CJUE, *Tele 2* préc., § 121.



Naturellement, les juges européens sont conscients qu'un tel mécanisme de notification ne peut être généralisé aveuglément<sup>17</sup>. On retrouve les mêmes difficultés que pour les deux premières étapes du contrôle mentionnées *supra*. Il convient de vérifier que la notification ne porte pas atteinte au travail des services de renseignement ; soit parce qu'une enquête serait encore en cours, quand bien même la mesure de surveillance contestée serait terminée ; soit parce que cela pourrait compromettre une source ou un agent. Compte tenu de ces contraintes, la Cour européenne des droits de l'homme a pu laisser une certaine marge d'appréciation aux États dans la définition de leur mécanisme de notification *a posteriori* des mesures de surveillance<sup>18</sup>. Notamment, l'absence d'un tel mécanisme n'entraîne pas nécessairement une violation de la Convention. D'autres solutions, à l'image d'un libre accès à un organe indépendant et impartial, peuvent être considérées comme satisfaisantes<sup>19</sup>.

Si les juges européens ont eu l'occasion de dessiner de grands principes relatifs au contrôle des techniques de renseignement, la matière reste intimement liée à des enjeux visant à protéger la sécurité nationale ou encore des intérêts économiques nationaux. Les États disposent donc d'une certaine marge d'appréciation pour l'application de ces principes, ce qui peut conduire à une certaine hétérogénéité des modèles nationaux de contrôle des techniques de renseignement.

## II. Une relative hétérogénéité des modèles nationaux de contrôle juridictionnel des techniques de renseignement

Bien que réalité, l'hétérogénéité des modèles nationaux de contrôle juridictionnel des techniques de renseignement, doit être relativisée. Une certaine convergence se dessine sous la plume du juge européen tout en offrant aux États une série d'alternatives. Ainsi, pour se conformer à une même exigence tirée de la jurisprudence des Cours de Strasbourg ou de Luxembourg, les États peuvent adopter une pluralité de modèles de contrôles. Ceci se vérifie à chaque étape de la mise en œuvre d'une mesure de surveillance, qu'il s'agisse du contrôle lors de l'autorisation de mise en œuvre (A), de celui lors de l'exécution de la mesure (B), ou du contrôle après que la mesure est terminée (C).

17. CEDH, *Klass* préc. § 58 : « Une notification ultérieure à chaque individu touché par une mesure désormais levée pourrait bien compromettre le but à long terme qui motivait à l'origine la surveillance ».

18. CEDH, *Klass* préc., § 58 : « De l'avis de la Cour, dès lors que l'«ingérence» résultant de la législation contestée se justifie en principe au regard de l'article 8 par. 2 [...], il ne saurait être incompatible avec cette disposition de ne pas informer l'intéressé dès la fin de la surveillance, car c'est précisément cette abstention qui assure l'efficacité de l'«ingérence» ».

19. Exemple avec l'*Investigatory Power Tribunal* au Royaume-Uni. Voir, CEDH, 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05, § 167.







## A. Un contrôle juridictionnel de l'autorisation de mise en œuvre des techniques de renseignement concurrencé par les prérogatives du pouvoir exécutif

Le contrôle effectué lors de la mise en œuvre d'une technique de renseignement peut porter sur deux éléments distincts, à savoir soit sur la demande de mise en œuvre de la technique par les services, soit sur la légalité de l'autorisation de mise en œuvre de la technique délivrée par une autorité quelconque<sup>20</sup>. Que l'on vise l'une ou l'autre des hypothèses, il s'agit d'un contrôle majoritairement effectué par une juridiction<sup>21</sup>. On peut notamment citer le cas de l'Espagne où c'est un magistrat du *Tribunal Supremo* qui délivre au *Centro Nacional de Inteligencia* (CNI) l'autorisation de mise en œuvre des mesures de surveillance<sup>22</sup>.

Toutefois, les principales puissances européennes de la sphère du renseignement tendent à conserver un modèle où l'autorisation de mise en œuvre d'une mesure de surveillance dépend du pouvoir exécutif<sup>23</sup>. C'est ainsi que le système français repose sur une autorisation accordée par le premier ministre<sup>24</sup>, laquelle doit nécessairement être précédée d'un avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)<sup>25</sup>. Cette autorité administrative indépendante effectue un contrôle *a priori* de l'autorisation de mise en œuvre des techniques de renseignement mentionnés dans le code de la sécurité intérieure (CSI). Si le premier ministre ne suit pas l'avis émis par la CNCTR, cette dernière peut saisir le Conseil d'État afin de faire cesser la mesure de surveillance<sup>26</sup>.

Il est par ailleurs intéressant de souligner l'exemple du Royaume-Uni, lequel conditionne la mise en place d'une mesure de surveillance à l'approbation de plusieurs organes. La législation britannique prévoit que l'autorisation de mise en œuvre de certaines mesures de surveillance relève du *Secretary of State*<sup>27</sup>, c'est-à-

20. European Union Agency for Fundamental Rights (EUAFR), *Surveillance by intelligence services : fundamental rights safeguards and remedies in the EU*, vol. II, Publication Office of the European Union, 2017, p. 93-94.

21. 15 États membres de l'Union européenne (UE) prévoient exclusivement un contrôle juridictionnel pour l'autorisation de mise en œuvre de mesures de surveillance ciblée. Ils sont 19 si l'on envisage les cas où le juge n'est pas le seul à se prononcer. Voir EUAFR, *op. cit.*, p. 95, table 4.

22. Art. 12 ley 11/2002 de 6 de mayo 2002 reguladora del CNI et art. 1<sup>er</sup> ley organica 2/2002, de 6 de mayo 2002 reguladora del control judicial previo del CNI.

23. Royaume-Uni, France, Allemagne, Belgique, ...

24. Art. L. 821-1 du code de la sécurité intérieure (CSI).

25. Art. L. 821-1 du CSI. Sauf « *cas d'urgence absolue* » où, pour certaines finalités limitativement énumérées, le premier ministre peut délivrer une autorisation sans avis préalable de la CNCTR. Voir, art. L. 821-5 du CSI.

26. Art. L. 833-8 du CSI.

27. *Regulation of Investigatory Power Act 2000*, section 5.



dire du pouvoir exécutif, mais qu'elle est également subordonnée à l'approbation des *Judicial Commissioners*<sup>28</sup>.

Si cette première étape du contrôle est fréquemment juridictionnelle, il n'en va pas de même en ce qui concerne le contrôle opéré pendant la mise en œuvre des techniques de renseignement.

## **B. Un contrôle durant la mise en œuvre des techniques de renseignement rarement juridictionnel**

Il s'agit cette fois de vérifier que les techniques de renseignement mises en œuvre le sont conformément à la loi, ainsi qu'aux conditions et finalités ayant initialement justifié l'autorisation de leur mise en œuvre.

Ce contrôle est rarement juridictionnel<sup>29</sup> et n'a pas forcément besoin de l'être. D'une part, il ne s'agit pas d'une obligation au regard de la jurisprudence européenne. D'autre part, les mesures de surveillance étant particulièrement techniques, il peut s'avérer utile de confier leur contrôle à des experts informaticiens ou à des techniciens capables d'en comprendre le fonctionnement et les enjeux<sup>30</sup>. Tout du moins, il semble préférable que les organismes de contrôle de la mise en œuvre des mesures de surveillance ne soient pas exclusivement composés de juges, ou que ces derniers puissent faire valoir une certaine expertise<sup>31</sup>.

En France, on assiste à un système à deux étages. Le premier est incarné par un contrôle *a posteriori* de la CNCTR. Pour ce faire, les neuf membres de la CNCTR<sup>32</sup> sont habilités au secret de la défense nationale<sup>33</sup> et bénéficient d'un libre accès aux locaux des services de renseignement, ainsi qu'aux données collectées<sup>34</sup>, lesquelles sont par ailleurs relativement centralisées afin de faciliter les procédures de contrôle<sup>35</sup>. Si elle peut s'en rapprocher par ses missions, son indépendance et ses moyens de contrôle, la CNCTR n'est toutefois pas une juridiction. Ses décisions ne sont pas dotées de l'autorité de chose jugée. Elle peut rendre des avis ou des recommandations concernant la mise en œuvre de certaines techniques de renseignement, mais elle n'a pas le pouvoir d'ordonner l'interruption de la mise en œuvre d'une technique ou la destruction de rensei-

28. *Investigatory Power Act* 2016, section 229.

29. EUAFR, *op. cit.*, p. 97.

30. *Ibid.*, p. 131-134.

31. Conseil de l'Europe – Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Rapport sur le contrôle démocratique des services de sécurité*, Étude n° 388/2006, Strasbourg, 11 juin 2007, § 30.

32. Art. L. 831-1 du CSI.

33. *Ibid.*, art. L. 832-5.

34. *Ibid.*, art. L. 833-2.

35. Commission nationale de contrôle des techniques de renseignements (CNCTR), *2<sup>e</sup> Rapport d'activité 2017*, p. 62-68.



gnements collectés<sup>36</sup>. La CNCTR n'est pas non plus un organe d'experts. Ses membres sont en effet issus d'horizons variés mais seul un membre la composant siège en qualité d'expert<sup>37</sup>. Selon la lettre de la loi, la CNCTR est une autorité administrative indépendante<sup>38</sup>. On peut la considérer comme un organe spécialisé ou un organe quasi-juridictionnel. Si, au cours de ses contrôles, la CNCTR identifie une technique de renseignement illégalement mise en œuvre, elle peut toutefois saisir le Conseil d'État<sup>39</sup>. Le contrôle bascule alors vers une forme juridictionnelle et constitue le second étage du système français.

La formation spécialisée du Conseil d'État, habilitée au secret de la défense nationale<sup>40</sup>, peut accéder à l'ensemble des pièces recueillies par la CNCTR. C'est cette formation qui, en cas d'illégalité, pourra prononcer l'annulation de l'autorisation de mise en œuvre de la technique de renseignement ou la destruction des renseignements collectés<sup>41</sup>.

Le contrôle au cours de la mise en œuvre des mesures de surveillance offre une complémentarité certaine à celui opéré lors de l'autorisation de mise en œuvre. Il reste cependant nécessaire de prévoir un mécanisme à la portée des personnes visées par les techniques de renseignement.

### C. L'hétérogénéité des contrôles juridictionnels à échéance des mesures de surveillance

Un enjeu central réside en la possibilité pour les individus concernés d'être informés qu'ils ont fait l'objet de la mise en œuvre d'une technique de renseignement alors même que cela entre en confrontation avec le caractère secret de ces pratiques. Ceci illustre que, plus largement, le contentieux des mesures de surveillance doit s'adapter aux exigences liées à la protection du secret de la défense nationale<sup>42</sup>. C'est le cas dès le déclenchement de la procédure ainsi que pendant son déroulement.

Concernant le déclenchement de la procédure, se pose la question de l'influence de mécanismes de notification relatifs à la mise en œuvre de mesures de surveillance sur l'intérêt à agir des requérants. Par principe, les individus ne

36. CNCTR, 1<sup>er</sup> *Rapport d'activité 2015/2016*, p. 89-90.

37. L'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne classe, toutefois, la CNCTR comme un organe d'experts dans son étude *Surveillance by intelligence services : fundamental rights safeguards and remedies in the EU*, vol. I, Publication Office of the European Union, 2015, p. 42, table 2, par exemple.

38. Art. L. 831-1 du CSI.

39. *Ibid.*, art. L. 833-8.

40. Art. L. 773-2 al. 3 du CJA.

41. *Ibid.*, art. L. 773-7 al. 1<sup>er</sup>.

42. S. Gottot, « Renseignement : premières décisions de la formation spécialisée du Conseil d'État », *AJDA*, 2017, p. 581.

sont pas tenus informés de la mise en œuvre à leur encontre d'une technique de renseignement. Ils ne peuvent donc pas justifier d'un intérêt à agir certain. C'est pourquoi Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne estiment que, dans la mesure du possible, il est nécessaire de prévoir un mécanisme de notification à l'attention des individus. C'est notamment ce que prévoient les lois allemandes et néerlandaises<sup>43</sup>.

En Allemagne, par principe, « toute personne ayant fait l'objet d'une mesure de surveillance ciblée doit en être informée après que la surveillance a pris fin »<sup>44</sup>. C'est ce que prévoit la loi relative aux restrictions apportées au secret des correspondances, de la poste et des télécommunications<sup>45</sup>. Les exceptions à la notification restent néanmoins nombreuses<sup>46</sup>. Par ailleurs et dans certaines conditions, en statuant à l'unanimité, la Commission G10, chargée du contrôle de la légalité et de la nécessité des mesures de surveillance en Allemagne, peut décider qu'il ne soit jamais procédé à une notification<sup>47</sup>. Le bon fonctionnement de ce mécanisme de notification est déterminant pour les individus concernés puisqu'il est une condition à la possibilité d'introduire un recours contre une mesure de surveillance<sup>48</sup>. Le cas allemand a pour intérêt de permettre aux personnes concernées de savoir qu'elles ont fait l'objet d'une technique de renseignement, mais conditionne en contrepartie le déclenchement des recours à l'obtention de cette notification, laquelle est rendue aléatoire en raison de larges exceptions.

En France, la loi interdit expressément à la CNCTR et à la formation spécialisée du Conseil d'État d'informer les individus qui auraient fait l'objet de mesures de surveillance<sup>49</sup>. L'inconvénient réside en ce que, non informé l'individu ne peut pas engager de recours en conséquence. Néanmoins, et il s'agit d'une « avancée notable de la loi du 24 juillet 2015 »<sup>50</sup>, toute personne est libre de saisir la CNCTR puis, si besoin, le Conseil d'État afin de faire vérifier quand elle le souhaite qu'aucune technique de renseignement n'a illégalement été mise en œuvre à son égard<sup>51</sup>.

Concernant les contraintes liées à la protection du secret de la défense nationale au cours de la procédure, se pose la question de l'accès par les requérants

43. Pour l'exemple néerlandais, voir, CNCTR, 2° Rapport d'activité 2017, p. 81.

44. *Ibid.*, p. 78.

45. *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses* du 26 juin 2001, modifiée le 14 août 2017, § 12 (1).

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

48. CNCTR, 2° Rapport d'activité 2017, p. 80.

49. Art. L. 833-4 du CSI pour la CNCTR ; art. L. 773-6 et L773-7 du CJA pour le Conseil d'État.

50. A. Deprau, *Renseignement public et sécurité nationale* [en ligne], thèse, droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2017, p. 627, sous la dir. d'O. Gohin [ouvrage consulté le 20 septembre 2018].

51. Art. L. 833-4 du CSI pour la saisine de la CNCTR ; art. L. 841-1 du CSI pour la saisine du Conseil d'État.

aux éléments classifiés. Si la loi française relative au renseignement permet à une formation spécialisée du Conseil d'État de connaître des éléments couverts par le secret de la défense nationale, elle ne règle pas le problème de l'accès à de telles informations par les requérants. Il est donc apparu nécessaire d'adapter les règles procédurales afin de concilier les exigences de protection du secret et le droit des requérants.

Au bénéfice de la protection du secret de la défense nationale, on peut citer que :

- la formation chargée de l'instruction entend les parties séparément lorsqu'est en cause le secret<sup>52</sup>. Ceci vient en contradiction avec le principe d'une instruction contradictoire<sup>53</sup> ;
- les mémoires et pièces jointes du défendeur sont transmis au requérant à l'exception des éléments protégés par le secret<sup>54</sup>. Ceci vient en contradiction avec le principe d'égalité des armes<sup>55</sup> ;
- le président de la formation de jugement doit ordonner le huis clos lorsqu'est en cause le secret<sup>56</sup>. Ceci vient en contradiction avec le principe d'une audience publique<sup>57</sup> ;
- les conclusions du rapporteur public ne sont pas publiées et ne sont pas communiquées au requérant<sup>58</sup>. Ceci est en contradiction avec le principe voulant que le rapporteur public « *expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent* »<sup>59</sup>.

En parallèle, dans l'intérêt du requérant, on peut souligner que :

- la formation spécialisée du Conseil d'État est habilitée *ès qualités* au secret de la défense nationale et n'a donc pas besoin de solliciter une procédure de déclassification auprès des autorités et de la Commission consultative du secret de la défense nationale ;
- la formation spécialisée peut relever tout moyen d'office<sup>60</sup>. Il peut s'agir pour le juge de relever un moyen que le requérant n'aurait pu soulever, notamment dans l'hypothèse où ce dernier n'aurait pas eu accès à certaines informations en raison de leur classification.

52. Art. L. 773-3 du CJA.

53. *Ibid.*, art. L. 5.

54. *Ibid.*, art. R773-20 al. 2 du CJA.

55. O. Gohin et F. Poulet, *Contentieux administratif*, LexisNexis, 2017, p. 324-325.

56. Art. L773-4 du CJA.

57. *Ibid.*, art. L. 6.

58. *Ibid.*, art. R. 773-24 al. 2.

59. *Ibid.*, art. L. 7.

60. *Ibid.*, art. L. 773-5.

Que l'on envisage l'existence d'un mécanisme de notification ou les ajustements procéduraux rendus nécessaire par les contraintes du secret, la question de l'information de l'individu concerné par les mesures de surveillance s'avère centrale. Elle le reste tout autant lorsque cet individu parvient à devenir requérant.

Ainsi, alors même que la jurisprudence européenne a tracé un certain nombre de lignes directrices à l'attention des États, les modèles nationaux demeurent encore aujourd'hui particulièrement hétérogènes.