

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
16 Boulevard Raspail
75007 PARIS

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MEMOIRE EN REPLIQUE

- POUR :**
- 1/ La Quadrature du Net**
 - 2/ French Data Network**
 - 3/ La Fédération française des fournisseurs d'accès à Internet associatifs**

SCP SPINOSI & SUREAU

Sur la requête n° 405.792

I. À la suite du dépôt par le ministre de l'intérieur d'observations en défense, les associations exposantes entendent formuler les observations complémentaires suivantes à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité qu'elles ont soulevée tendant à la censure des dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure, telles que modifiées par la loi du 21 juillet 2016.

Sur l'applicabilité au litige des dispositions contestées

II. **En premier lieu**, le ministre de l'intérieur soutient que les dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure dans leur version issue de la loi du 21 juillet 2016 précitée ne seraient pas applicables au litige dès lors que le décret n° 2016-67 du 29 janvier 2016 n'aurait pas été pris en vertu de ces dispositions modifiées mais selon leur version antérieure à cette loi.

Cependant, une telle assertion est parfaitement infondée.

II-1 En effet, la circonstance que le décret litigieux ait été édicté avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2016 est parfaitement indifférente pour juger de l'applicabilité de cette loi au litige, puisque ce dernier est né du recours pour excès de pouvoir introduit contre la décision de refus d'abrogation de ce décret.

Or, il convient de rappeler que la demande d'abrogation au cœur du présent litige a été formulée le 5 août 2016.

Surtout, cette demande repose précisément sur le constat selon lequel la modification de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure par la loi du 21 juillet 2016 constitue une « circonstance[s] de droit [...] postérieure[s] » à l'édition du décret du 29 janvier 2016, au sens exact de l'article L. 243-2, 1^{er} alinéa, du code des relations entre le public et l'administration, ce qui justifie son abrogation.

En d'autres termes, les dispositions de la loi du 21 juillet 2016 sont directement aux sources du litige au principal.

II-2 Au surplus, il n'est pas contestable que le décret du 29 janvier 2016 continue de mettre pleinement en œuvre l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure, mais désormais en sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016.

Corrélativement, donc, la censure des dispositions litigieuses de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure aura nécessairement pour conséquence de priver ce décret de base légale en tant qu'il prévoit les modalités d'application de cet article.

Dès lors, les dispositions législatives contestées dans le cadre de la présente question prioritaire de constitutionnalité sont résolument bien applicables au litige.

Sur le caractère sérieux de la question

III. En second lieu, le ministre de l'intérieur tente de faire valoir que « *les modifications [des dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure par la loi du 21 juillet 2016] ne sont pas telles qu'elles affecteraient de manière déséquilibrée les droits au respect de la vie privée et au secret des correspondances* » (cf. le mémoire en défense, p. 5).

Surtout, alors même que le Conseil constitutionnel s'était lui-même livré à une analyse détaillée du précédent dispositif pour conclure à sa constitutionnalité, le ministre prétend que la présente question tendant à s'assurer de la constitutionnalité d'une telle évolution législative ne serait même pas sérieuse.

Mais là encore, une telle affirmation ne saurait prospérer.

IV. D'emblée, et à titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler les conditions particulières de l'adoption de la loi du 21 juillet 2016, au regard notamment de celles dans lesquelles a été votée la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement qui est à l'origine de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure.

En effet, et d'un côté, la loi du 24 juillet 2015 a donné lieu à de nombreux travaux parlementaires ainsi qu'à des débats très fournis

tant devant les deux chambres du Parlement que dans l'opinion publique.

Ainsi, après avoir fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat mais aussi d'une étude d'impact, le projet de loi a été discuté durant plus de trois mois au Parlement, du 19 mars au 24 juin 2015.

Au terme de ces débats, le Conseil constitutionnel a été saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution.

Par contraste, et d'un autre côté, la loi du 21 juillet 2016 a quant à elle été adoptée dans l'urgence et après seulement deux jours de débats parlementaires, dans un contexte marqué par l'émotion suscitée par l'attentat de Nice le 14 juillet.

En outre, dans ce cadre temporel très étroit, les dispositions litigieuses ont été introduites par la voie d'un amendement parlementaire, de sorte qu'elles n'ont fait l'objet d'aucune étude d'impact et pas davantage d'un avis du Conseil d'État.

V. En outre, il est frappant de constater que le ministre de l'intérieur reconnaît lui-même que la loi du 21 juillet 2016 a bien eu pour effet d'élargir notablement le champ d'application du dispositif de surveillance en temps réel, même s'il tâche d'en minorer l'ampleur.

Ainsi, il relève lui-même que le dispositif contesté a eu pour but de « *rendre plus effectives encore* » ses potentialités et souligne, à propos de l'extension du champ d'application personnel du dispositif, que « *ce type d'élargissement répond à une logique fonctionnelle de renseignement* » (cf. le mémoire en défense, pp. 6 et 8).

Dans le même sens, les extraits des maigres débats parlementaires cités par le ministre attestent nettement de ce que le dispositif de surveillance des données de connexion en temps réel a bien été nettement élargi par les dispositions litigieuses, puisque celles-ci devraient permettre de « *démanteler plus rapidement et plus facilement les réseaux* » et pourraient frapper des « *personnes présentant une moindre dangerosité* » (cf. le mémoire en défense, pp. 7 et 8).

VI. Or, à rebours complet de l'argumentation du ministre, cette importante évolution excède ce qu'autorisent les exigences constitutionnelles et, à tout le moins, bouscule considérablement l'équilibre législatif qui avait initialement été admis par le Conseil constitutionnel.

A cet égard, il importe d'ailleurs de rappeler que ces exigences constitutionnelles ne se résument pas à la seule présence d'un encadrement légal. Elles requièrent aussi que cet encadrement prévoit des « *garanties appropriées* » et que l'ensemble ne porte pas d'atteinte disproportionnée aux droits et libertés, dont en particulier le droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances (v. Cons. constit. Déc. n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016).

Ainsi, contrairement à ce que tend à suggérer le ministre dans ses observations (cf. le mémoire en défense, p. 10 et 11), la seule circonstance que les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure – relatives à la surveillance hertzienne – ait été censurées par le Conseil constitutionnel faute de tout encadrement légal ne signifient en aucune façon que les quelques éléments légaux prévus par les dispositions litigieuses de l'article L. 852-1 du même code suffisent à satisfaire aux exigences constitutionnelles.

Bien au contraire.

VI-1 Premièrement, il importe de rappeler une fois encore combien le champ d'application personnel mais aussi matériel de ce dispositif de recueil des informations en temps réel a été **considérablement** élargi (cf. la question prioritaire de constitutionnalité aux points **V-3.1** et s.).

VI-1.1 En particulier, le dispositif de surveillance ne concerne désormais plus seulement les « *personnes préalablement identifiées comme présentant une menace* » mais il est étendu à toute personne identifiée comme « *susceptible d'être en lien* » avec une menace.

Or, contrairement à ce qu'avance le ministre de l'intérieur, le fait qu'une telle mesure de surveillance soit autorisée par le Premier ministre sur simple avis de la CNCTR (cf. le mémoire en défense, p. 9) ne saurait en aucune façon constituer une garantie légale permettant d'éviter que des personnes soient visées en raison de simples soupçons.

En effet, non seulement l'autorisation de la mesure ne résulte pas de la décision d'un organe indépendant de l'exécutif, de sorte qu'aucun contrôle effectif n'est réalisé avant la mise œuvre de la surveillance et guère davantage ensuite.

Mais en tout état de cause, à supposer même qu'un tel contrôle ait été prévu par les dispositions litigieuses, il se serait irrémédiablement heurté au fait que l'expression « *susceptible de* » comporte une irréductible connotation hypothétique, laquelle permet à l'autorité compétente de se fonder sur de simples suppositions et non sur une menace caractérisée ou avérée.

En somme, et faute de précision et d'encadrement légal, l'autorité administrative dispose de toute latitude pour mettre en place la mesure litigieuse envers la première catégorie de personnes visées par l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure.

VI-1.2 Un tel constat est encore plus flagrant et inquiétant s'agissant de la seconde et nouvelle catégorie de personnes susceptibles d'être placées sous surveillance en temps réels.

Car la surveillance peut désormais viser les personnes appartenant à l'entourage de celle initialement concernée par la mesure.

Or, les dispositions litigieuses ne définissent aucunement cette notion.

De plus, toujours selon les dispositions litigieuses, il suffit qu'il existe des raisons sérieuses de penser que ces personnes seraient susceptibles de fournir des informations au titre de la prévention du terrorisme pour qu'elles soient elles-mêmes surveillées.

En d'autres termes, la surveillance d'une personne est totallement déconnectée de la menace que celle-ci pourrait représenter.

Dès lors, compte tenu de l'absence totale de définition légale de la notion d'entourage, chaque citoyen – indépendamment même de son propre comportement – pourrait être visé par ce dispositif de surveillance.

Ce seul constat suffit à attester du caractère parfaitement disproportionné du nouveau dispositif prévu à l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure et de l'atteinte qu'il porte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Une telle conclusion ne saurait être infléchie par la circonstance que des interceptions administratives de correspondances électroniques visant « l'entourage » ont déjà été admises par le Conseil constitutionnel (Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 64 à 67).

En effet, il est manifeste que le dispositif de surveillance en temps réel prévu par l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure permet une surveillance bien plus conséquente.

De fait, non seulement la surveillance des données de connexion permise notamment par les dispositions litigieuses ne saurait être réputée moins intrusive que l'accès au contenu des communications, dans la mesure où ces données révèlent en elles-mêmes quantité d'informations sur les faits et gestes d'un individu (en ce sens, v. CJUE, G.C., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a*, Aff. C-293/12 et C-594/12, § 26 – éclairée notamment par les éloquentes conclusions de l'avocat général VILLALON, en particulier § 73-74 - et CJUE, G.C., 21 déc. 2016, *Tele2 Sverige et al.*, Aff. C-203/15 et C-698/15, § 101).

Mais en outre, et à la différence du contenu des communications, ces données de connexion sont dites « structurées » et donc particulièrement propices à une exploitation en masse, non individualisée, à l'aide d'outils informatiques très puissants (« Big Data »), ce qui est de nature à renforcer l'ampleur de l'ingérence induite par ce type de surveillance.

Enfin, et surtout, les dispositions contestées se distinguent des simples interceptions administratives – qui, outre le contenu des communications, incluent également les données de connexion – dans la mesure où celles-ci sont plafonnées au moyen d'un contingent (cf. le VI de l'article L. 852-1 du code de la sécurité intérieure). Or, ce plafond est inexistant en ce qui concerne la surveillance en temps réel des seules données de connexion.

C'est d'ailleurs précisément en raison du caractère particulièrement intrusif du dispositif litigieux qu'initialement, le législateur a limité bien plus drastiquement son ampleur et que le Conseil constitutionnel n'a admis sa constitutionnalité qu'en raison de ces strictes limitations.

VI-2 Deuxièmement, et corrélativement, il convient en effet de rappeler une fois encore que si le Conseil constitutionnel a jugé que la conciliation initialement opérée par le législateur n'était pas « *manifestement déséquilibrée* », c'est uniquement après avoir énuméré les quatre caractéristiques du dispositif :

- La circonstance que le recueil d'informations ne pourra être mis en œuvre qu'en vue de la prévention du terrorisme ;
- La circonstance que ce recueil en temps réel ne pourra être autorisé que pour une durée de deux mois renouvelable, à la différence des autres dispositifs de recueil d'informations en ligne qui peuvent être autorisés pour une durée de quatre mois renouvelable en application de l'article L. 821-4 du code de la sécurité intérieure ;
- La circonstance que ce recueil ne pourra concerner que les personnes préalablement identifiées comme présentant une menace ;
- La circonstance que la procédure d'urgence absolue prévue par l'article L. 821-5 du code de la sécurité intérieure ne serait pas applicable à ce recueil en temps réel.

VI-2.1 Il ressort de la décision du 23 juillet 2015 que ces différentes caractéristiques, explicitement mentionnées par le Conseil constitutionnel dans sa décision comme autant de garanties légales, ont été déterminantes dans la déclaration de conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure, en leur rédaction initiale.

A cet égard, c'est donc parfaitement en vain que le ministre de l'intérieur tente d'écarter cette conclusion en égrainant un ensemble d'autres garanties générales, alors que celles-ci n'ont pas été prises en compte par le Conseil constitutionnel dans son contrôle initial (cf. le mémoire en défense, pp. 12 et 13).

VI-2.2 A tous égards, la disparition des deuxième et troisième caractéristiques à la faveur de la loi du 21 juillet 2016 a indiscutablement bousculé cet équilibre et, à tout le moins, fait naître un doute sérieux sur la constitutionnalité des dispositions.

Un tel constat est d'autant plus manifeste que l'élargissement considérable du champ d'application personnel et temporel du dispositif litigieux ne s'est accompagné d'aucun effort du législateur pour rétablir cet équilibre constaté par le Conseil constitutionnel.

En effet, face à l'accroissement des potentialités invasives des mesures de surveillance en temps réel, strictement aucune garantie légale supplémentaire n'a été créée, ouvrant ainsi la voie à la généralisation d'un dispositif pourtant conçu initialement de façon restrictive.

Cette absence de garantie nouvelle est encore plus flagrante s'agissant de l'extension du dispositif aux membres de l'entourage, le régime juridique applicable à ces derniers étant identique à celui prévu pour les personnes prétendument censées représenter une menace.

VII. Dans ces conditions, il est indéniable que la présente question prioritaire de constitutionnalité présente un caractère sérieux et ne pourra donc qu'être transmise au Conseil constitutionnel.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations exposantes persistent dans les conclusions de leurs précédentes écritures.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'État