

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

SECONDES OBSERVATIONS

**Sur la question transmise par décision du Conseil d'Etat
en date du 17 mai 2017**

Tendant à faire constater qu'en adoptant les dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure telle qu'elles résultent de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, le législateur a porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

POUR :

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

SCP SPINOSI & SUREAU

Question n° 2017-648 QPC

DISCUSSION

I. En réponse aux premières observations du Premier ministre en date du 14 juin 2017, 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 telle qu'elles résultent de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

II. En premier lieu, le Premier ministre fait valoir que le grief tiré de la méconnaissance du droit au secret des correspondances serait inopérant, au motif que « *les dispositions contestées sont relatives à une procédure de réquisition administrative de données de connexion excluant l'accès au contenu des correspondances* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 1).

Or, une telle assertion est parfaitement discutable.

II-1 Certes, les associations exposantes n'ignorent pas qu'à propos du dispositif d'accès administratif aux données de connexion prévue alors aux articles L. 246-1 à L. 246-5 du code de la sécurité intérieure dans leur rédaction résultant de la loi du 18 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser que ces dispositions « *ne sauraient méconnaître le droit au secret des correspondances et la liberté d'expression* » dès lors que l'accès en question « *exclu[t] l'accès au contenu des correspondances* » (Conseil constit., Dec. n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, cons. 17).

II-2 Toutefois, 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 nettement plus invasive et conséquente (cf. les premières observations au point **VI-1.3**).

En effet, et une fois encore, il importe de rappeler que les mesures autorisées par les dispositions litigieuses demeurent particulièrement intrusives dans la

mesure où elles permettent la communication d'un grand nombre d'informations sur les faits et gestes d'un individu.

A cet égard, les exposantes ne peuvent que persister dans leurs précédentes écritures par lesquelles elles ont amplement démontré que le simple fait que les données de connexion soient des données techniques ne saurait, de ce seul fait, les exclure du champ matériel de protection du secret des correspondances, en particulier lorsque leur collecte intervient dans le cadre d'une surveillance en temps réel (cf. les premières observations aux points **VI-1.3 et s.**).

Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel ne peut manquer d'apprécier la constitutionnalité des dispositions litigieuses au regard du droit au respect de la vie privée mais aussi à l'aune du droit au secret des correspondances.

III. En second lieu, le Premier ministre soutient que le grief tiré de la méconnaissance du droit au respect de la vie privée est infondé (cf. les observations du Premier ministre, p. 2).

Mais aucun des arguments exposés en ce sens ne saurait convaincre.

III-1 A titre liminaire, les exposantes tiennent à rappeler une fois encore combien le recueil de données en temps réel autorisée par les dispositions litigieuses constitue une mesure particulièrement invasive (cf. les premières observations au point **VI-1.3**)

C'est précisément pour cette raison que dans sa décision de juillet 2015, le Conseil constitutionnel n'avait admis la constitutionnalité du dispositif initial qu'au regard des strictes limitations qui l'encadraient ainsi que des garanties prévues par le législateur.

Or, sous l'effet de la loi du 21 juillet 2016, la disparition pure et simple de limitations et garanties cruciales a inévitablement rendu ce dispositif totallement disproportionné.

Tout autre conclusion reviendrait à nier les exigences constitutionnelles qui ont été aux fondements de la décision initiale du Conseil constitutionnel.

Un tel constat s'impose d'autant plus que, contrairement à ce que tente de faire valoir le Premier ministre (cf. les observations du Premier ministre, pages 3 et 4), il ne saurait être affirmé que le prétendu alignement du dispositif de surveillance en temps réel sur celui des interceptions de sécurité prévu à l'article L. 852-1 du code de la sécurité intérieure a conduit à une équivalence des garanties légales entre ces deux dispositifs.

En effet, il convient de rappeler une fois encore que 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 ou contingentement est inexistant en ce qui concerne la surveillance en temps réel des seules données de connexion (cf. les premières observations au point **VI-1.3** *in fine*).

En d'autres termes, la disparition litigieuse des garanties spécifiques initialement prévues par les dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure dans leur rédaction originelle issue de la loi du 24 juillet 2015 n'a aucunement été compensée par les garanties générales.

Ainsi, les « rapprochements avec le régime des interceptions de sécurité » dont se prévaut le Premier ministre (cf. ses observations, page 4) ont conduit à accroître, non pas les garanties légales, mais les potentialités invasives que recèle tout particulièrement le dispositif de surveillance en temps réel.

III-2 Dans ce contexte, il est particulièrement frappant que le Premier ministre s'emploie à minimiser autant que possible les modifications opérées par la loi du 21 juillet 2016 à l'égard des dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure.

Et ce, dans l'espoir de les faire échapper aux exigences constitutionnelles.

Pourtant, il importe de relever d'emblée combien cette tentative est pour le moins paradoxale.

Car à supposer même qu'il soit possible de suivre un instant l'argumentation du Premier ministre selon laquelle l'évolution législative litigieuse ne serait que fort modeste, il serait alors pour le moins difficile de saisir pourquoi le législateur est intervenu de façon aussi précipitée en juillet 2016 (cf. les premières observations des exposants au point **IV**) pour élargir ainsi le dispositif de surveillance en temps réel.

Au demeurant, le Premier ministre ne parvient lui-même guère à démontrer que l'élargissement de ce dispositif et la disparition de garanties qui l'encadraient sont aussi réduits qu'il le prétend.

III-2.1 Ainsi, et d'une part, s'agissant de la durée maximale de l'autorisation, le Premier ministre ne conteste aucunement l'analyse des exposantes selon lesquelles le législateur de 2016 - en supprimant l'alinéa qui prévoyait l'inapplication à ce dispositif de l'article L. 821-4 du code de la sécurité intérieure et qui n'autorisait le recueil en temps réel que pour une durée de deux mois renouvelable - a implicitement mais nécessairement permis au Gouvernement d'autoriser le recueil en temps réel pour une durée de quatre mois renouvelable, en application de l'article L. 821-4 du code de la sécurité intérieure.

Il reconnaît ainsi que le dispositif de recueil en temps réel est désormais soumis « *à la durée de droit commun de quatre mois* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 2).

Tout au plus le Premier ministre affirme-t-il que le doublement de cette durée ne serait pas disproportionné, par analogie avec les autres techniques de renseignement.

Or, si ce délai de droit commun a effectivement été admis pour ce qui concerne la plupart de ces techniques, force est de constater que, pour déclarer conforme à la Constitution le dispositif particulier de surveillance en temps réel, le Conseil constitutionnel avait explicitement souligné que « *lorsque le recueil des données a lieu en temps réel, il ne pourra être autorisé que pour les besoins de la prévention du terrorisme, **pour une durée de deux mois renouvelable*** » (Cons. constit., Déc. n° 2015-713, 23 juillet 2015, cons. 56).

En d'autres termes, c'est notamment en considération de sa durée plus limitée que le dispositif plus invasif a été toléré, en particulier en ce que cela permettait d'exiger un contrôle ainsi qu'une réévaluation plus fréquente de la pertinence de la mesure litigieuse.

Partant, l'alignement de cette durée sur le droit commun – synonyme de doublement du délai – a inévitablement rendu disproportionné le dispositif.

III-2.2 D'autre part, s'agissant de l'élargissement considérable du champ d'application personnel du dispositif, force est là encore de constater que le Premier ministre peine à le circonscrire et à le justifier.

Ainsi, alors que les exposantes ont amplement démontré que les dispositions litigieuses permettent désormais aux autorités administratives de placer une personne sous surveillance en temps réel à la faveur de simples soupçons hypothétiques et sans que cette surveillance soit obligatoirement connectée de la menace que celle-ci pourrait représenter (cf. les premières observations au point **VI-1.1**), le Premier ministre se borne à affirmer de façon lapidaire que le législateur aurait « *posé un cadre précis, en rapport direct avec la finalité qu'il a spécialement assigné à cette technique de renseignement* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 3).

Or, strictement aucune démonstration ne vient étayer cette affirmation.

En particulier, et de façon pour le moins révélatrice de l'insuffisance des garanties légales, le Premier ministre n'apporte aucune précision concernant l'expression « susceptible d'être en lien » avec une menace.

Dans le même sens, alors que les exposantes ont souligné que les dispositions litigieuses habilitaient désormais les autorités administratives à recueillir en temps réel les données de toutes les personnes appartenant à l'« entourage » d'une personne préalablement identifiée comme « susceptible d'être en lien avec une menace » – ce qui revient à viser chaque citoyen indépendamment même de son propre comportement – (cf. les premières observations au point **VI-1.2**), le Premier ministre est dans l'incapacité de fournir une définition proprement légale de l'ensemble des notions qui conditionnent le recours à cette technique invasive de surveillance.

Ainsi, sans définir aucunement la notion d'« *entourage de la personne concernée par l'autorisation* » – ce qui est en soi préoccupant –, le Premier ministre se limite à renvoyer à une autre expression en affirmant que « *le législateur a expressément précisé que ces personnes ne pourraient entrer dans le champ de l'autorisation que dans le cas où elles sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 3).

Mais une fois de plus, faute de précisions et garanties légales, le législateur a totalement abandonné aux autorités administratives le soin de déterminer seules ces personnes qu'elles considèrent elles-mêmes comme « susceptible[s] de fournir des informations ».

Ce seul constat confirme un peu plus encore le caractère manifestement disproportionné des dispositions litigieuses, privées des garanties légales que requièrent les exigences constitutionnelles.

III-3 En définitive, à défaut de pouvoir combler les insuffisances flagrantes du dispositif litigieux, le Premier ministre tente surtout de les justifier en renvoyant de façon systématique à l'idée selon laquelle le dispositif litigieux serait de toute façon justifié par l'objectif de lutte contre le terrorisme et par « *la gravité toute particulière que représente la menace terroriste* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 3).

Or, si nul ne peut contester l'insigne gravité de cette menace terroriste, celle-ci ne saurait constituer un blanc-seing permettant d'absoudre toutes atteintes aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Sauf à prendre le risque majeur « de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre », pour reprendre les mots de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 6 sept. 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, Req. n° 5029/71, § 49).

Au demeurant, le Conseil constitutionnel a toujours fermement exigé du législateur qu'il respecte les exigences de stricte proportionnalité même dans le contexte de la lutte contre le terrorisme.

Ainsi, l'absence ou l'insuffisance de garanties légales encadrant un dispositif de collecte de données numériques justifie une censure même pour des dispositifs destinés à lutter contre le terrorisme (sur les mesures de surveillance internationale, v. Cons. constit. Déc. n° 2015-

713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78; sur les perquisitions numériques sous état d'urgence, v. Cons. constit. Déc. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 14 à 16).

A titre de récente illustration, le Conseil constitutionnel a ainsi censuré l'incrimination de consultation habituelle de « *sites terroristes* » aux motifs que les dispositions légales portaient « *une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée* » (Cons. constit., Dec. n° 2016-611 QPC, cons. 16).

A cette occasion, il a d'ailleurs souligné que, d'ores et déjà, « *le législateur a également conféré à l'autorité administrative de nombreux pouvoirs afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme* » (*Ibid.* cons. 10).

De même, le Conseil constitutionnel a strictement encadré l'incrimination d'entreprise individuelle terroriste en censurant notamment certaines expressions imprécises ou déconnectées de toute intention terroriste (Cons. constit. Déc. n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017).

Partant, les failles et la disproportion manifestes qui affectent les dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure, telles qu'elles résultent de la loi du 21 juillet 2016, ne sauraient être occultées par la seule invocation de l'objectif de lutte contre le terrorisme.

IV. A tous égards, donc, ces dispositions de l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure sont vouées à la censure.

PAR CES MOTIFS, 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