

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Tendant à faire constater qu'en édictant les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure – lesquelles excluent « *les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne* » de tout encadrement légal –, le législateur a, **d'abord**, méconnu sa propre compétence en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et le droit au recours effectif, en ce qu'il s'est abstenu, d'une part, de définir dans la loi les conditions de collecte, d'exploitation, de conservation et de destruction des « *transmissions empruntant la voie hertzienne* » et, d'autre part, de prévoir un quelconque contrôle de ces opérations ; et **ensuite** porté une atteinte disproportionnée à ces mêmes droits et libertés.

POUR : **L'association Igwan.net**

SCP SPINOSI & SUREAU, avocat au conseil d'État

Question posée à l'appui de la requête n° 397.844

Sur l'applicabilité au litige

I. La présente question prioritaire de constitutionnalité tend à faire constater la non-conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, telles qu'issues de l'article 11 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, en ce qu'elles disposent :

« Les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne ne sont pas soumises aux dispositions du présent livre, ni à celles de la sous-section 2 de la section 3 du chapitre Ier du titre III du livre Ier du code de procédure pénale »

II. Le litige à l'occasion duquel la présente question a été soulevée procède du recours en annulation formé par l'association exposante à l'encontre des dispositions du décret n° 2015-1639 du 11 décembre 2015 relatif à la désignation des services autres que les services spécialisés de renseignement, autorisés à recourir aux techniques mentionnées au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure, pris en application de l'article L. 811-4 du code de la sécurité intérieure.

II-1 D'emblée, il convient de rappeler qu'une « *disposition est regardée comme applicable au litige si elle n'est pas étrangère au débat contentieux, qu'elle entretient un lien suffisant avec lui. Et le doute profite à l'auteur de la question* » (Alexandre Lallet et Xavier Domino, « An I ap. QPC », *AJDA*, 2011, p. 375).

A cet égard, le Conseil d'Etat a forgé « *une jurisprudence extensive de cette notion* » d'applicabilité, notamment en ce qu'« *il a retenu une conception autonome de l'applicabilité au litige "au sens et pour l'application des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958"* » (Marc Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », in *Répertoire de contentieux administratif*, mars 2015, § 126).

En outre, « *le Conseil d'État va même plus loin lorsqu'il indique, de manière libérale, que la disposition est "non dénuée de rapport avec les termes du litige" (CE 8 oct. 2010, req. n° 338505, Daoudi. - CE 21 mars 2011, req. n° 345193, Lany et a. - CE 2 févr. 2012, req. n° 355137, Mme Le Pen) » (Ibid.).*

Ainsi, toujours selon un commentateur autorisé, « *le Conseil d'État considère que la disposition contestée en tant qu'elle ne s'applique pas à la situation à l'origine du litige doit être regardée comme applicable au litige (CE 9 juill. 2010, req. n° 339261, Gueranger) » (Marc Guillaume, *op. cit.* § 126).*

En effet, dans ses conclusions sur cette décision du 9 juillet 2010, le rapporteur public, M. Jean-Philippe Thiellay, a estimé que « *la disposition contestée [...] est applicable au litige* ». Et ce, tout en ayant pourtant constaté que « *ce n'est certes pas en application de [cette disposition légale] que la décision [contestée devant la juridiction administrative] a été prise. Mais c'est parce que cet article existe que la décision contestée a pu être édictée* » (Conclusions de M. Thiellay sur CE, 9 juillet 2010, n° 339.261).

II-2 Or, en l'occurrence, les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure sont nécessairement applicables au litige en ce qu'elles conditionnent directement les dispositions réglementaires objets du litige au principal, puisque c'est en raison des premières que le champ d'application des secondes a été restreint.

II-2.1 En effet, en ce qu'il désigne les services relevant des ministres de la défense et de l'intérieur qui peuvent être autorisés à recourir aux techniques de surveillance mentionnées au titre V du livre VIII de la partie législative du code de la sécurité intérieure, à l'exclusion des techniques prévues aux articles L. 851-2 et L. 851-3, le décret contesté exclut implicitement mais nécessairement la surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne des mesures susceptibles d'être utilisées par les services ainsi désignés.

De fait, si les articles 2 à 5 du décret du 11 décembre 2015 déterminent la liste de ces services ainsi autorisés à recourir aux techniques mentionnées au titre V du livre VIII du code de la sécurité

intérieure, à l'instar des autres décrets d'applications de la loi relative au renseignement et de la loi relative à la surveillance internationale – tels qu'en particulier n° 2015-1185 du 28 septembre 2015 et n° 2016-67 du 26 janvier 2016 –, il s'abstient totalement de déterminer les autorités compétentes pour recourir aux techniques de surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne.

II-2.2 Ce faisant, les dispositions de ce décret du 11 décembre 2015 ont été inévitablement adoptées en application de l'article L. 811-4 du code de la sécurité intérieure mais aussi des dispositions contestées de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, puisque ce sont ces dernières qui prévoient explicitement que, par exception, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne « *ne sont pas soumises aux dispositions* » du livre VIII de ce code intitulé « Du renseignement », lequel est précisément mis en œuvre par le décret du 28 septembre 2015.

En ce sens, il y a d'ailleurs lieu de relever que cette exclusion législative figure au sein même du titre 1^{er} du livre VIII sous l'intitulé de « *dispositions générales* ». Le choix d'une telle position dominante, au frontispice de l'œuvre issue de la loi relative au renseignement, résulte de la volonté explicite du législateur de ne pas « *isoler au sein d'un titre à l'intitulé particulièrement vague une disposition aussi essentielle de la loi de 1991* » (Rapport du Sénateur Philippe Bas fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif au renseignement, p. 111, lequel relate l'amendement COM-92 adopté par la commission des lois du Sénat pour procéder à un tel déplacement du texte litigieux).

En somme, c'est en raison de l'exclusion législative litigieuse prévue à l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure que le décret du 11 décembre 2015 n'a pas désigné les services spécialisés de renseignement susceptibles de recourir à la surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne.

II-3 Partant, les dispositions réglementaires contestées devant le Conseil d'Etat ont nécessairement pris notamment en application des dispositions contestées de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, telles qu'issues de la loi relative au renseignement.

Dans ces conditions, ces dispositions légales sont bien applicables au litige né de la requête tendant à l'annulation de ces dispositions réglementaires.

La condition de l'applicabilité au litige est donc parfaitement et indiscutablement remplie quant à ces dispositions législatives.

Sur l'absence de déclaration de constitutionnalité antérieure

III. Les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure créées par l'article 11 de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement trouvent leur origine dans l'article L. 241-3 du même code.

Avant sa codification par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, ces dispositions figuraient à l'article 20 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications.

Or, ces dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

III-1 D'une part, au titre de l'article 61 de la Constitution, si la loi relative au renseignement a bien fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil constitutionnel n'a pas examiné les dispositions de l'article 11 de ce texte et ne les a donc pas déclarées conformes dans sa décision.

Si ce seul constat suffit à démontrer l'absence de déclaration de constitutionnalité des dispositions légales contestées, il n'est pas inutile de souligner que les versions passées de ces dispositions n'ont pas davantage été déclarées conformes à la Constitution.

Il en est ainsi de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 qui n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel.

III-2 D'autre part, les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure – tout comme celles qui l'ont précédé au sein de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1991 – n'ont pas davantage été examinées dans le cadre d'une décision prise sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.

A tous égards, donc, la condition d'absence de déclaration préalable de conformité est, elle aussi, parfaitement remplie.

Sur le caractère sérieux

IV. Il en va de même pour la condition tirée du caractère sérieux de la question.

En effet, en édictant les dispositions litigieuses, le législateur a non seulement méconnu sa propre compétence en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et le droit au recours effectif, en ce qu'il s'est abstenu, d'une part, de définir dans la loi les conditions de collecte, d'exploitation, de conservation et de destruction des « *transmissions empruntant la voie hertzienne* » et, d'autre part, de prévoir un quelconque contrôle de ces opérations.

En outre, le législateur a porté une atteinte disproportionnée à ces mêmes droits et libertés.

En ce qui concerne la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence

V. En premier lieu, il y a lieu de rappeler d'emblée que le vice d'incompétence négative peut être utilement invoqué à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité dès lors qu'« *est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (Cons. constit., Déc. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*).

Autrement dit, la Constitution dispose que **seule la loi** peut définir les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent jouir des libertés publiques. Il incombe donc au législateur d'assortir de garanties

légales suffisantes les dispositions qui pourraient affecter lesdites libertés.

En effet, cette omission est susceptible de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles, ce que le juge constitutionnel ne saurait admettre (v. not. Cons. constit., Déc. n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, cons. 4).

V-1 En effet, en droit, en vertu de l'article 34 mais aussi de « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* », le Conseil constitutionnel considère que, pour que le législateur puisse être regardé comme ayant pleinement exercé sa compétence, encore faut-il que celui-ci « *adopte des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (Cons. Constit. Déc. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, cons. 9).

Surtout, le juge constitutionnel a également précisé que le législateur « *doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (Ibid.).

V-2 Or, et encore en droit, l'article 34 de la Constitution dispose notamment que « *la loi fixe les règles concernant :*

- *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

Autrement dit, la Constitution dispose que **seule la loi** peut définir les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent jouir des libertés publiques. Il incombe donc au législateur d'assortir de garanties légales suffisantes les dispositions qui pourraient affecter lesdites libertés. Ce qui implique qu'il ne peut pas abandonner au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application des règles qu'il pose au sujet de l'exercice des libertés publiques.

V-3 D'une part, parmi ces libertés publiques figure indubitablement le droit au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme (Cons. Constit., Déc. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 45).

V-3.1 En vertu de ce « *droit au respect de la vie privée et [d]es garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », il est d'abord requis que les dispositions législatives qui affectent le droit au respect de la vie privée « *comporte[nt] les garanties appropriées et spécifiques répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution* » (Cons. constit., Déc. n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 11).

En d'autres termes, le Conseil veille à ce qu'en ce domaine, le législateur « *ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* » (Cons. constit., Déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 7 et 2004-499 DC du 29 juil. 2004, cons. 12) et assure « *la conciliation entre [l]es exigences constitutionnelles [liées notamment à l'ordre public] et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figur[e] le respect de la vie privée* » (Cons. constit. Dec. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 70 ; 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, cons. 32).

En somme, sauf à méconnaître le droit constitutionnel au respect de la vie privée, le législateur ne peut y apporter une restriction que si celle-ci répond à de **solides conditions de justification ainsi que de proportionnalité** et si le législateur prévoit pour ce faire des **garanties légales appropriées et spécifiques**.

V-3.2 Il en est particulièrement ainsi concernant les dispositifs relatifs à la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel (Cons. constit., Déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 8 ; Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 ; Dec. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016).

Ainsi, la juridiction constitutionnelle exige que les atteintes portés à la vie privée, telles « *la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère*

personnel », soient « justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif » (Cons. constit. Déc. n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 8).

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel impose au législateur de déterminer lui-même les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés mais aussi **les conditions d'un contrôle effectif de ces opérations** tant par une autorité indépendante que par une juridiction.

Récemment, il a ainsi été jugé à l'occasion du contrôle de la loi relative au renseignement « qu'en ne définissant dans la loi ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni celles du contrôle par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la légalité des autorisations délivrées en application de ce même article et de leurs conditions de mise en œuvre, le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, par suite, les dispositions du paragraphe I de l'article L. 854-1, qui méconnaissent l'article 34 de la Constitution, doivent être déclarés contraires à la Constitution » (Cons. constit., Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78).

De même, et plus récemment encore, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 qui « *permettent à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition* » réalisée au titre de l'état d'urgence (Cons. constit., Dec. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 14).

Et ce, au motif que « *ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée* » et « *qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition* », de sorte « le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif

de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée » (Ibid.).

V-4 D'autre part, le droit à un recours effectif relève également des libertés publiques au sens de l'article 34 de la Constitution.

Au titre de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le Conseil constitutionnel estime qu'« *en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Cons. constit. Déc. n^{os} 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 83 ; et 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, cons. 4).

En particulier, s'il est loisible au législateur de prendre des mesures destinées à « *la sauvegarde de l'ordre public* », « *il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* » et, dans ce contexte, ces derniers « *doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés* » (Cons. constit., Déc. n^o 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 3).

Dès lors, la privation même de tout droit au recours est en soi contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. constit. Déc. n^o 2010-614 DC du 4 novembre 2010, cons. 4 et 5).

En outre, les dispositions qui manquent de préciser les titulaires de ce droit de recours et, plus largement, les conditions d'exercice d'un tel droit « *prive[nt] de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif* » (Cons. constit. Dec. n^o 2012-268 QPC du 27 juil. 2012, cons. 9).

En somme, en vertu de l'article 16 de la Déclaration des droits, le Conseil constitutionnel exige du législateur qu'il garantisse pleinement **l'existence et l'effectivité des recours juridictionnels**, en particulier afin que la protection juridictionnelle des autres libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle soit elle aussi effective.

VI. Or, en l'occurrence, il y a lieu de rappeler que les dispositions contestées de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure prévoient que les mesures qui assurent, « *aux seules fins de défense des intérêts nationaux* », la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne ne sont soumises ni aux dispositions du Livre VIII du code de la sécurité intérieure relatif au « *Renseignement* », ni même aux dispositions du code de procédure pénale relatifs aux « *interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications* » (Art. 100 à 100-7).

Ce faisant, c'est **à deux égards** que le législateur a méconnu sa propre compétence en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit.

VII. Premièrement, en excluant expressément l'applicabilité des dispositions précitées du code de la sécurité intérieure et du code de procédure pénale, le législateur s'est totalement abstenu de définir dans la loi les conditions de collecte, d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements relatifs à la surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne.

En effet, aucun autre texte législatif n'a vocation à déterminer ces conditions.

VII-1 De fait, comme l'a souligné la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) dès l'adoption du texte initial – l'article 20 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 – l'intention du législateur était d'écarter tout encadrement par la loi :

« *Cet article a pour objet d'**exclure du champ d'application de la loi** les mesures générales de surveillance et de contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne, effectuées par les pouvoirs publics aux seules fins de défense des intérêts nationaux.*

Il a été soutenu que le gouvernement aurait pu considérer, sans qu'il soit nécessaire de l[e] préciser, que ces opérations étaient par leur nature même, exclues du champ d'application de la loi comme constituant l'exercice de la mission générale de police des ondes qui

lui incombe. Cependant, il lui est apparu souhaitable dans un souci de transparence que la loi rappelle expressément l'existence de cette mission de surveillance tout en l'excluant du champ d'application des dispositions relatives à l'autorisation et au contrôle des interceptions de sécurité.

Ces dispositions n'ont fait l'objet d'aucun débat particulier devant le parlement. » (CNCIS, Premier rapport d'activité 1991-1992 cité notamment par le 20^e rapport d'activité 2011-2012, p. 42).

Il est donc manifeste qu'à l'exacte image des dispositions issues de la loi relative au renseignement concernant la surveillance internationale récemment censurées par le Conseil constitutionnel, « *en ne définissant dans la loi ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application* » de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, « *le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » (*mutatis mutandis* Cons. constit., Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78).

Cette seule circonstance tirée de l'absence de tout encadrement légal suffit à établir la méconnaissance radicale de l'article 34 de la Constitution par les dispositions litigieuses.

Un tel constat ne saurait en aucune façon être justifiée, tant la carence législative est irréremédiable et manifeste.

VII-2 Mais à titre subsidiaire, et à toutes fins utiles, l'association entend souligner que ni la nature de la surveillance litigieuse – visant « *des transmissions empruntant la voie hertzienne* » –, ni même sa finalité – tendant à la « *défense des intérêts nationaux* » – ne saurait palier cette carence législative.

Et ce, d'autant moins que le législateur s'est également abstenu de définir avec la précision nécessaire ces notions clefs relatives à la nature et la finalité des mesures de surveillance.

VII-2.1 D'emblée, il y a lieu de souligner que faute d'encadrement légal et de contrôle juridictionnel, le champ d'application du dispositif de surveillance prévu par l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure demeure indéterminé.

Tout au plus ce champ d'application peut-il être apprécié à l'aune de l'analyse du dispositif antérieur – l'article L. 241-3 du code de la sécurité intérieure – réalisée par la CNCIS et à laquelle se sont référés les travaux parlementaires de la loi relative au renseignement (cf. Rapport du Sénateur Philippe Bas fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif au renseignement, p. 110).

Or, dans son rapport pour 2011-2012, la CNCIS indiquait que « *cet article L. 241-3 permet des mesures de surveillance hors de tout contrôle de la CNCIS, uniquement sous réserve de trois conditions cumulatives* :

- *l'objectif poursuivi doit être uniquement la « défense des intérêts nationaux » ;*
- *Il s'agit de « mesures prises pour surveiller et contrôler » des transmissions, de manière aléatoire et non individualisée;*
- *Celles-ci doivent utiliser « la voie hertzienne » ; »* (CNCIS, 20^e rapport d'activité 2011-2012, p. 43).

Toutefois, aucune de ces caractéristiques ne peut prétendre constituer une garantie légale suffisante au sens des exigences constitutionnelles.

VII-2.2 D'une part, il importe de souligner que selon la CNCIS elle-même, « *cette notion "d'intérêts nationaux" est très large et générique, incluant l'ensemble des "intérêts" de la communauté nationale, quel que soit le domaine considéré* » (CNCIS, 20^e rapport d'activité 2011-2012, p. 43).

Il est donc manifeste que cette finalité, laquelle commande pourtant l'exclusion de tout encadrement légal, est des plus vastes et indéterminées.

Au demeurant, puisque l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure a pour objet d'écartier l'application du Livre VIII de ce code, il ne saurait être question d'interpréter cette notion de « *défense d'intérêt nationaux* » à l'aune des « *finalités* » énumérées par l'article L. 811-3, lequel a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Cons. constit., Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 7 à 12).

En outre, il n'est pas inutile de souligner, précisément à l'aune des récentes décisions du Conseil constitutionnel concernant la loi relative au renseignement, la loi relative à la surveillance internationale ou encore aux perquisitions administratives au titre de la loi relative à l'état d'urgence, que la seule circonstance qu'un dispositif de surveillance soit placé par le législateur sous le sceau de la défense d'intérêts nationaux ou autres impératifs de sécurité ne saurait suffire à le soustraire aux exigences constitutionnelles.

VII-2.3 D'autre part, une même incertitude affecte la notion de « *mesures prises pour assurer la surveillance et le contrôle des transmissions* ».

En effet, ainsi que l'a reconnu la CNCIS elle-même, « la nature [de ces mesures] n'est pas précisée par le législateur » (20^e rapport d'activité 2011-2012, p. 43), de sorte que celles-ci sont **parfaitement indéterminées.**

Au surplus, c'est au prix d'une interprétation *a contrario* des dispositions légales alors en vigueur que la CNCIS a estimé que ces mesures de surveillance se distingueraient « *des interceptions de sécurité et des procédures de recueil de données techniques de communications entrant dans le champ du contrôle de la CNCIS* » (*Ibid.*) – et désormais de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignements (ci-après « CNCTR »).

Corrélativement, la CNCIS a entendu en déduire que « *ces « mesures » se distinguent de toute recherche « ciblée » de renseignement ou de toute situation de menace avérée et identifiée d'atteinte aux intérêts nationaux* » et que « *l'exception ainsi apportée à l'article L. 241-3 du Code de la sécurité intérieure (ancien article 20 de la loi du 10 juillet 1991) par le législateur au dispositif soumis*

par la loi au contrôle de la CNCIS ne peut s'expliquer que s'il s'agit de mesures par nature non-intrusives non ciblées, prises en « amont » de celles justifiant la mise en œuvre des procédures » (Ibid.).

Or, l'existence d'un dispositif de surveillance – fut-il « *non ciblé* » – constitue en soi une ingérence manifeste au sein des droits et libertés que la Constitution garantit, ce qui appelle nécessairement la présence de garanties légales en vertu notamment de l'article 34 de la Constitution.

Il en est d'autant plus ainsi qu'à supposer même que le dispositif litigieux soit initialement mobilisé de façon « *non ciblée* », il a nécessairement vocation à mener à la collecte d'information individualisées et l'identification de personnes, ne serait-ce que lorsque cette surveillance en vient à « ***révéler une menace potentielle***, que des « *communications de données techniques* » ou des « *interceptions de sécurité* » permettront, dans le respect du cadre légal dédié, et donc sous le contrôle de la CNCIS, de préciser » (CNCIS, 20^e rapport d'activité 2011-2012, p. 43).

Au demeurant, puisque ces mesures de surveillances sont censées être effectuées « *de manière aléatoire et non individualisée* », il est manifeste qu'elle « sont **plus larges** que les seules interceptions de sécurité ou le recueil de données techniques » (Rapport du sénateur Jean-Pierre Raffarin relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2015, 25 février 2016, p. 71) et peuvent donc emporter une atteinte plus vaste encore aux droits et libertés, dont en particulier le droit au respect de la vie privée.

VII-2.4 Enfin, et corrélativement, l'ampleur de la surveillance potentielle au titre des dispositions litigieuses est d'autant moins limitée que la notion de « transmissions par voie hertzienne » est elle-même aussi vaste qu'imprécise.

Une fois encore, il convient de relever qu'à défaut de garanties légales, seule la CNCIS a eu l'occasion d'en suggérer une interprétation.

Ainsi, après avoir énoncé que « *les « transmissions » sont [...], juridiquement, une phase particulière d'une « communication » (entre*

l'émission et la réception) », la CNCIS a indiqué que « *la voie hertzienne, quant à elle, est un des modes d'acheminement des ondes électromagnétiques* » (CNCIS, 20^e rapport d'activité 2011-2012, p. 44).

Or, même encore à ce jour, ces « *transmissions par voie hertzienne* » peuvent recouvrir un ensemble important de communications. Il peut s'agir de :

- Tout le trafic entre un ordinateur, un smartphone et une tablette, d'une part, et une borne WiFi, d'autre part;
- Tout le trafic entre un téléphone « sans fil » (DECT) et sa base ;
- Tout le trafic entre deux radioamateurs, deux talkie-walkie, etc;
- Tout le trafic des abonnés par satellite, WiMax, WiFi, etc. ;
- Tout le trafic entre un téléphone portable et l'antenne relai (GSM/3G/4G) ;
- Tout le trafic d'un ordinateur portable utilisant une clé 3G/4G ;
- Tout le trafic entre deux équipements Bluetooth (micros sans fil, etc.) ;
- Tout le trafic échangé entre un badge de télépéage et la borne ;
- Tout le trafic d'une balise GPS ;
- Tout le trafic entre une puce NFC (carte bleue, badge quelconque...) et sa borne.

En tout état de cause, contrairement à ce qui fut succinctement suggéré lors des travaux parlementaires dédiés à la loi relative au renseignement, il est donc manifeste que ces « *transmissions* » au sens de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure ne se limitent aucunement à un usage militaire, tels les seuls « *capteurs hertziens des armées permettent de recueillir des signaux techniques et des communications électromagnétiques émis depuis l'étranger* » (Rapport du Sénateur Philippe Bas fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif au renseignement, p. 110).

De même, les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure ne peuvent pas être regardées comme limitant le champ d'application de « *l'exception hertzienne* » qu'elle prévoit aux seules « *communications internationales* ».

En effet, si le Conseil d'Etat a rappelé dans son avis du 15 octobre 2015 sur la « *proposition de loi relative aux mesures de surveillance* »

des communications électroniques internationales » qu'en vertu de ce dernier texte, l'exception prévue par l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure demeurait inchangée (point 6 de l'avis n° 390.578), point 6) il n'a aucunement été signifié par le législateur que cette exception était réduite à ces communications internationales.

Corrélativement, dans le récent rapport relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2015, nombre d'incertitudes ont ainsi été mises en exergue quant au champ d'application territorial du dispositif litigieux (Rapport du sénateur Jean-Pierre Raffarin relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2015, 25 février 2016, pp. 72-73).

VII-2.5 Plus largement encore, il est particulièrement frappant que l'interprétation des dispositions contestées de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure repose entièrement – faute de garanties légales – sur l'analyse de la seule CNCIS, soit une institution mise hors course par cet article, tout comme la CNCTR qui l'a remplacée depuis.

En ce sens, il est d'ailleurs particulièrement significatif que le rapport annuel de la délégation parlementaire au renseignement ait souligné que « *l'interprétation de la CNCIS de 1998, devra [...] être confirmée par la CNCTR à la lumière de la nouvelle législation* » ou, de façon plus flagrante encore, qu'« *il est [...] important que le Gouvernement, et notamment le SGDSN, en liaison avec les services juridiques des services spécialisés, soit attentif aux évolutions de tout un ensemble de législations concernant l'usage des technologies de la communication et de l'observation, mais aussi aux interrogations légitimes des citoyens, afin de trouver les modalités juridiques permettant d'apporter les réponses légales conciliant le besoin opérationnel des services et le respect des droits et de la vie privée comme la législation relative au renseignement a pu le faire en 2015* » (Ibid., pp. 72-73).

Autrement dit, les observateurs parlementaires en viennent à reconnaître qu'en l'absence d'encadrement légal précis, c'est au Gouvernement qu'il reviendra de prévoir les règles nécessaires et d'assurer la conciliation entre les impératifs liés à l'ordre public et les droits et libertés.

Or, en vertu notamment de l'article 34 de la Constitution, ces missions de détermination des « *règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » et des « *garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée* » sont très précisément celles qui incombent au seul législateur (en ce sens, v. Cons. constit., Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78 et Cons. constit., Dec. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 14).

Particulièrement manifeste, une telle incompétence négative l'est encore plus eu égard à l'absence de tout dispositif de contrôle.

VII-3 Deuxièmement, en effet, le législateur a également manqué de prévoir les garanties légales requises pour assurer un contrôle effectif des opérations de surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne.

En décidant que ces opérations ne sont soumises ni aux dispositions du Livre VIII du code de la sécurité intérieure relatif au « *Renseignement* », ni même aux dispositions du code de procédure pénale relatives aux « *interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications* » (Art. 100 à 100-7), le législateur a fait obstacle à toute intervention de la CNCTR, du Conseil d'Etat ou encore d'un juge judiciaire pour assurer un quelconque contrôle des opérations de surveillance par voie hertzienne.

Or, non seulement une telle exclusion méconnaît en soi et frontalement les exigences constitutionnelles, lesquelles ne tolèrent de tels mécanismes de surveillance qu'en la présence de garanties légales susceptibles de permettre un contrôle par une autorité indépendante et une juridiction (en ce sens, v. Cons. constit., Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78 et Cons. constit., Dec. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 14).

Mais en outre, faute d'un quelconque contrôle indépendant de la mise en œuvre du dispositif de surveillance prévu par l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, celui-ci pourra conduire les autorités administratives compétentes à étendre « *l'exception hertzienne* » bien

au-delà de ce que ces dispositions légales – déjà en soi extrêmement imprécises – peuvent le laisser suggérer.

En d’autres termes, à supposer même que les dispositions litigieuses aient prévu des limites légales au dispositif de surveillance des transmissions par voie hertzienne, l’absence de tout contrôle ne peut que les rendre parfaitement vaines et inutiles.

Au demeurant, de telles extensions au-delà des prévisions légales ne relèvent pas de la simple hypothèse d’école.

Ainsi, dans la presse, il a déjà été relaté que « *cet article 20 [actuel article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure] est devenu une boîte de Pandore. Dès lors qu’un moyen de communication émet des ondes, même sur le sol français, alors il peut faire l’objet d’interception, considèrent une partie des services. La DGSE a ainsi pris l’habitude de surveiller, sur la base de cet article, des numéros français ou des adresses Internet rattachées à la France, de diplomates étrangers, de personnes suspectées d’espionnage ou de trahison, de liens avec le crime organisé ou le terrorisme » (Jacques Follorou, « Comment la DGSE a pu espionner des Français », in *Le Monde*, 13 mai 2016).*

En ce sens, cet article 20 a pu être invoqué pour justifier diverses pratiques telles que le recours aux « fadettes » de journalistes (v. Cass. crim, 8 septembre 2015, n° 14-81681).

En somme, pour reprendre les mots de Jean-Jacques Urvoas, alors député et premier vice-président de la délégation parlementaire au renseignement, « *l’article 20, c’est la zone grise. On touche là à l’incapacité du gouvernement de contrôler les méthodes des services* » (in *Canard Enchaîné*, 28 août 2013).

Une telle situation est donc permise par l’absence de tout contrôle effectif prévue par la loi et, plus encore, par l’exclusion légale d’un tel contrôle, ce qui relève notamment, mais non moins nécessairement, des « atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d’exercer un recours effectif devant une juridiction » (Cons. constit. Déc. n°s 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 83 ; et 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, cons. 4).

VIII. Partant, le législateur a indubitablement méconnu sa propre compétence et cette méconnaissance de l'article 34 affecte des droits et libertés au sens de l'article 61-1 de la Constitution, en l'occurrence le droit au recours effectif mais aussi le droit au respect de la vie privée et familiale.

De ce seul chef, la question prioritaire de constitutionnalité présente un caractère sérieux et ne pourra donc qu'être transmise au Conseil constitutionnel.

Mais il y a plus.

En ce qui l'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au droit à un recours effectif

IX. En second lieu, et en réalité, les critiques adressées aux dispositions contestées au titre de l'incompétence négative sont à ce point caractérisées qu'elles peuvent même être envisagées comme autant d'atteintes directes tant au droit au respect de la vie privée qu'au au droit au recours effectif.

Il suffit de reprendre les développements précédents sous cet angle juridique différent pour s'en convaincre.

De ce chef également, la présente question prioritaire de constitutionnalité ne pourra donc qu'être transmise au Conseil constitutionnel.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, l'association exposante conclut à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **CONSTATER** l'existence du moyen contestant la conformité d'une disposition législative, aux droits et libertés garantis par la Constitution ;
- **TRANSMETTRE** au Conseil constitutionnel la question suivante :

*« En édictant les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure – lesquelles excluent « les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne » de tout encadrement légal –, le législateur a-t-il, **d'abord, méconnu sa propre compétence** en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et le droit au recours effectif, en ce qu'il s'est abstenu, d'une part, de définir dans la loi les conditions de collecte, d'exploitation, de conservation et de destruction des « transmissions empruntant la voie hertzienne » et, d'autre part, de prévoir un quelconque contrôle de ces opérations ; **et ensuite** porté une atteinte disproportionnée à ces mêmes droits et libertés ? »*

Avec toutes conséquences de droit.

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