

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 COMPLÉMENTAIRE

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

SCP SPINOSI & SUREAU

CONTRE : Le Premier ministre.

Sur la requête n° 394.925

FAITS

I. Promulguée le 24 juillet 2015, la loi n° 2015-912 relative au renseignement a principalement pour objet d'autoriser les services de renseignement à mettre en œuvre des techniques de renseignement sur autorisation du Premier ministre.

Ainsi, aux termes des dispositions de l'article L. 811-2 du code de la sécurité intérieure issues de cette loi, il est prévu que « *pour le seul exercice de leurs missions respectives, les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques mentionnées au titre V du présent livre pour le recueil des renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation* ».

Ces « *intérêts* » au nom desquels ces services peuvent agir sont vastes et divers. Outre « *l'indépendance nationale* », « *la prévention de la criminalité et de la délinquance organisée* » et « *la prévention du terrorisme* », sont aussi mentionnés « *les intérêts majeurs de la politique étrangère* », « *la prévention de toute forme d'ingérence étrangère* », « *les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France* » ou encore « *la prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions* ».

Parmi les techniques de renseignement figurent les accès administratifs aux données de connexion prévus aux articles L. 851-1 à L. 851-7 du code de la sécurité intérieure, les interceptions de sécurité prévues par l'article L. 852-1 du code de la sécurité intérieure et la sonorisation de certains lieux et véhicules et la captation d'images et de données informatiques prévues par les articles L. 853-1 à L. 853-3 du code de la sécurité intérieure.

En somme, la loi du 24 juillet 2015 habilite de nombreux services administratifs - « *services spécialisés de renseignement* » et autres - à recourir à une multitude de techniques de surveillance particulièrement intrusives sur la seule autorisation du Premier ministre, après avis simple de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (ci-après « CNCTR ») sauf « *en cas d'urgence absolue* ».

II. Avant d'être promulguée, la loi relative au renseignement a été déférée au Conseil constitutionnel sur saisine du président du Sénat, du Président de la République et de plus de soixante députés.

A cette occasion, les associations requérantes ont spontanément transmis au Conseil constitutionnel leurs observations critiques concernant la loi relative au renseignement (**Prod. 2 de la requête sommaire**).

Par une décision n° 2015-713 DC en date du 23 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution la quasi-totalité des dispositions législatives examinées, à l'exception des dispositions de l'article L. 821-6 du code de la sécurité intérieure qui traitent de l'« *urgence opérationnelle* » ou encore les dispositions de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure relatives aux mesures de surveillance internationale (Cons. constit. Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*).

III. Le décret n° 2015-1211 du 1^{er} octobre 2015 relatif au contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat a été pris pour l'application des articles L. 773-1 et suivants du code de justice administrative, issus de l'article 10 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

Le décret fixe la procédure contentieuse concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement et l'accès aux fichiers intéressant la sûreté de l'Etat. Il détermine la composition de la formation spécialisée au sein du Conseil d'Etat chargée de traiter de ce contentieux ainsi que les conditions de renvoi de l'affaire à l'assemblée et à la section du contentieux siégeant en formation restreinte, dont il fixe également la composition. Il précise encore les conditions de renvoi préalable d'une question de droit à l'assemblée et à la section du contentieux. Il prévoit que le président de la formation spécialisée peut statuer par ordonnance. Il fixe les règles relatives à l'audience et au jugement.

S'agissant du contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement, le décret fixe les délais dans lesquels le Conseil d'Etat peut être saisi par une personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard et détermine les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat peut être saisi en

tant que juge des référés. Le décret fixe les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat peut être saisi par le président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ou trois de ses membres au moins. Il apporte en outre des précisions sur le juge et la procédure des référés.

Le décret prévoit également l'absence de ministère d'avocat obligatoire pour introduire un recours devant le Conseil d'Etat. Il détermine les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat peut être saisi à titre préjudiciel par une juridiction administrative ou par une juridiction judiciaire.

C'est le décret attaqué.

DISCUSSION

Sur la recevabilité

IV. A titre liminaire, il importe de souligner que les associations exposantes sont bien recevables à solliciter l'annulation des dispositions contestées du décret attaqué en ce qu'il prévoit des mesures d'application de la loi n° 2015-912 relative au renseignement.

IV-1 En effet, la présente requête a trait à la contestation d'un dispositif qui affecte gravement les droits et libertés défendus par les associations requérantes, en mettant en œuvre un dispositif légal de surveillance qui implique notamment des accès administratifs aux données de connexion.

Partant, c'est en parfaite conformité avec leurs missions statutaires respectives (**Prod 3, 5, 7 et 8 de la requête introductive**), mais aussi en pleine cohérence avec leurs activités, que les trois associations ont introduit le présent recours contre le décret litigieux.

IV-2 A l'instar d'autres affaires initiées par leurs soins concernant des dispositifs d'accès administratif aux données de connexion (v. notamment CE, 12 février 2016, n° 388.134, Cons. constit. Déc. n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015), les associations requérantes ont manifestement intérêt à demander l'annulation des dispositions contestées du décret n° 2015-1211 du 1^{er} octobre 2015 notamment en ce qu'elles qui mettent en œuvre la loi n° 2015-912 relative au renseignement.

En outre, les associations sont intervenues auprès du Conseil constitutionnel aux fins de déposer un mémoire en *amicus curiae* au sujet de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (v. Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 – **Prod. 2 de la requête introductive**).

Sur la légalité externe

V. En premier lieu, le décret attaqué est entaché d'incompétence et a été adopté au terme d'une procédure irrégulière, dès lors que la version définitive du texte finalement publiée ne correspond pas à la version soumise pour avis au Conseil d'Etat.

V-1 En effet, en droit, il est constant que les projets de décrets en Conseil d'Etat doivent être soumis pour avis à la Section administrative compétente en son sein, au regard du champ d'application du texte.

De plus, le gouvernement ne saurait publier un décret dans une version qui n'aurait pas été soumise à cet examen et qui ne serait pas celle finalement adoptée par le Conseil d'Etat (v. CE, 16 octobre 1968, n^{os} 69.186, 69.206 et 70.749, *Union des grandes pharmacies de France et a.*, publié au recueil ; cf. pour un exemple d'application positive de cette jurisprudence CE, 2 mai 1990, n^o 86.662, *Joannides*).

Si le gouvernement n'est certes pas tenu de suivre les recommandations éventuellement formulées par le Conseil d'Etat ainsi entendu, il doit, pour autant, pleinement se plier à cette obligation de consultation, sous peine d'entacher le décret litigieux d'incompétence.

V-2 En l'espèce, il ne fait aucun doute que le décret attaqué est bien un décret en Conseil d'Etat.

En effet, parmi les visas de ce décret figure explicitement la mention suivante : « *Le Conseil d'Etat (commission spéciale) entendu* ».

V-3 C'est donc en considération du principe ainsi rappelé qu'il convient de souligner qu'il appartiendra à la Section du Contentieux du Conseil d'Etat de s'assurer que le décret publié au Journal Officiel du 2 octobre 2015 correspond bien à la version soumise pour avis à la Section de l'Intérieur ou finalement adoptée par celle-ci.

En effet, il est acquis que le texte critiqué a fait l'objet de multiples débats.

De même, il ne fait aucun doute que plusieurs projets ont été préparés.

De sorte que le gouvernement a nécessairement amendé son texte à plusieurs reprises.

Or, faute de publicité de l'avis de la commission consultative spéciale du Conseil d'Etat, il ne saurait être établi que la version définitivement adoptée du décret litigieux était bien conforme au projet soumis à cette Section administrative ou au texte adopté par celle-ci.

V-4 C'est la raison pour laquelle les associations exposantes entendent formuler le présent moyen tiré de ce que le décret contesté est entaché d'incompétence et de vice de procédure.

Dès lors qu'il n'est pas établi que la version publiée du texte corresponde à la version soumise pour avis au Conseil d'Etat ou au texte adopté par la commission consultative spéciale, ce décret ne saurait « être regardé comme ayant été pris en Conseil d'Etat », au sens de la jurisprudence précitée de la Haute juridiction (CE, 2 mai 1990, préc.).

De ce chef déjà, l'annulation est acquise.

Sur la légalité interne

VI. En second lieu, les dispositions du décret contesté sont illégales en l'absence de toute base juridique qui en permettent l'édiction, compte tenu de l'inconventionnalité des dispositions législatives que les dispositions réglementaires mettent en œuvre.

VII. D'emblée, il convient en effet de rappeler que le décret n° 2015-1211 du 1^{er} octobre 2015 relatif au contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat a notamment été pris pour l'application des articles L. 773-1 et suivants du code de justice administrative, tels qu'issus

de l'article 10 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

Plus encore, il y a lieu de souligner que ces dispositions relatives au contentieux des techniques de renseignement sont parfaitement indissociables de l'ensemble du dispositif ainsi créé par la loi relative au renseignement, le Conseil constitutionnel ayant lui-même apprécié la constitutionnalité de ce dispositif en tenant compte de l'existence des possibles contrôles réalisées par la CNCTR et le Conseil d'Etat (Cons. constit. Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, not. cons. 34, 40, 48, 51, 73 et 80).

En somme, les dispositions réglementaires issues du décret contesté ne se bornent pas à mettre en œuvre les seules dispositions de l'article 10 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement mais l'ensemble du dispositif légal ainsi créé.

En ce qui concerne la méconnaissance du droit au respect de la vie privée et du droit au recours effectif en raison de l'absence de possibilité effective de contestation des mesures de surveillance

VIII. Les dispositions du livre VIII du code de la sécurité intérieure intitulé « *Du renseignement* » ainsi que les articles L. 773-1 à L. 773-8 du code de justice administrative, telles qu'issues de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, portent atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit au recours effectif garantis par les articles 8 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en tant qu'elle ne garantissent pas une possibilité effective de contester rétrospectivement les techniques de renseignement mise en œuvre.

VIII-1 En effet, et **en droit**, aux termes des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et

qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

En outre, et encore **en droit**, selon les stipulations de l'article 13 de la Convention :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

A ce titre, la Cour estime que *« l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils y sont consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un "grief défendable" fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié »* (Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, Req. n° 22689/07, § 78).

En somme, le droit au recours effectif ainsi conçu a pour objet de permettre la protection d'autres droits conventionnels, tels que le droit au respect de la vie privée, dès lors qu'il existe une ingérence au sein de l'un de ces droits.

VIII-2 Or, de jurisprudence constante, la Cour estime que *« la simple existence d'une législation autorisant le contrôle secret des communications crée une menace de surveillance pour tous ceux auxquels on pourrait l'appliquer »* (Cour EDH, 4^e Sect. 1^{er} juillet 2008, *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, Req. n° 58243/00, § 58), de sorte que cette seule situation *« constitue [...] en soi une ingérence »* au sein du droit à la vie privée de l'organisation. Et ce, sans qu'il soit besoin de démontrer qu'une personne a *« subi une mesure concrète de surveillance »* (*Klass et autres c. Allemagne*, précité, § 37-38 ; v. not Cour EDH, 3^e Sect. 29 juin 2006, *Weber et Saravia c. Allemagne*, Req. n° 54934/00, § 78).

En effet, pour la juridiction européenne, « *quand un Etat instaure une surveillance secrète dont les personnes contrôlées ignorent l'existence et qui demeure dès lors inattaquable, l'article 8 [...] pourrait dans une large mesure être réduit à néant. Dans une telle situation, il se peut qu'un individu soit traité d'une façon contraire à l'article 8 [...], voire privé du droit garanti par cet article [...], sans le savoir et partant sans être à même d'exercer un recours au niveau national ou devant les organes de la Convention* » (*Klass et autres c. Allemagne*, précité, § 36).

Face à une telle situation, la Cour estime avec force qu'« *il importe de s'assurer que le caractère secret de pareilles mesures ne conduise pas à ce qu'elles soient en pratique inattaquables et qu'elles échappent au contrôle des autorités nationales et de la Cour* » (Cour EDH, 4^e Sect. 18 mai 2010, *Kennedy c. Royaume-Uni*, Req. n° 26839/05, § 124).

VIII-3 Récemment, dans un arrêt *Roman Zakharov c. Russie* du 4 décembre 2015, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé au sujet « *des mesures de surveillance secrète* » que « *lorsque la surveillance a cessé, la question de la notification a posteriori de mesures de surveillance est indissolublement liée à celle de l'effectivité des recours judiciaires et donc à l'existence de garanties effectives contre les abus des pouvoirs de surveillance* » (Cour EDH, G.C. 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, Req. n° 47143/06, § 234).

De fait, « *la personne concernée [par la surveillance] ne peut guère, en principe, contester rétrospectivement devant la justice la légalité des mesures prises à son insu, sauf si on l'avise de celles-ci (Klass et autres, précité, § 57, et Weber et Saravia, décision précitée, § 135) ou si – autre cas de figure –, soupçonnant que ses communications font ou ont fait l'objet d'interceptions, la personne a la faculté de saisir les tribunaux, ceux-ci étant compétents même si le sujet de l'interception n'a pas été informé de cette mesure (Kennedy, précité, § 167).* » (*Ibid.*).

C'est notamment à ce titre que dans cette affaire, et à l'unanimité, la Grande Chambre a constaté une violation de l'article 8, en lien avec l'article 13 de la Convention, aux motifs que « le droit russe n'offre pas de recours effectif à une personne qui pense avoir fait l'objet d'une surveillance secrète. En privant la personne visée par l'interception de la possibilité effective de contester rétrospectivement des mesures d'interception, le droit russe néglige d'offrir une importante garantie contre l'utilisation induue de mesures de surveillance secrète » (Ibid. § 300).

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a souligné qu'« *en Russie les personnes dont les communications ont été interceptées ne reçoivent à aucun moment ni en aucune circonstance notification de cette mesure* » (§ 289). En outre, même s'il a « *appris d'une manière ou d'une autre que ses communications ont été interceptées* », « le sujet de l'interception n'a pas de droit d'accès aux documents relatifs à l'interception de ses communications ; il peut, au mieux, recevoir "des informations" sur les données recueillies ». Et en tout état de cause, « *seules des informations ne contenant pas de secrets d'État peuvent être divulguées à la personne visée par l'interception* », sachant « *qu'en droit russe les informations relatives aux installations utilisées pour la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation, aux méthodes employées, aux agents qui sont intervenus et aux données recueillies constituent un secret d'État* » (§ 290).

Dans ces conditions, « *l'effectivité d[es éventuels] recours est donc compromise par l'absence d'obligation de donner notification à un stade quelconque à la personne visée par l'interception, et par l'inexistence d'une possibilité satisfaisante de demander et d'obtenir auprès des autorités des informations sur les interceptions* » (§ 298), d'où une violation de l'article 8 tel qu'apprécié à l'aune de l'article 13 de la Convention.

IX. Or, en l'occurrence, il n'en est pas différemment des dispositions litigieuses du livre VIII du code de la sécurité intérieure intitulé « *Du renseignement* » ainsi que des articles L. 773-1 à L. 773-8 du code de justice administrative, telles qu'issues de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

IX-1 D'une part, il n'est pas contestable qu'aucun mécanisme de notification a posteriori de mesures de surveillance n'est prévu par les dispositions légales.

Or, s'il est éventuellement possible d'admettre que certains impératifs – tel le risque « *de compromettre le but à long terme qui motivait à l'origine la surveillance* » – puissent justifier l'absence de notification *a posteriori* systématique, il n'en demeure pas moins qu'*« il est souhaitable d'aviser la personne concernée après la levée des mesures de surveillance dès que la notification peut être donnée sans compromettre le but de la restriction »* (Roman Zakharov c. Russie, précité, § 287 ; En ce sens, v. not. la Recommandation n° R (87) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, adoptée le 17 septembre 1987, 2.2).

En d'autres termes, s'il peut légitimement être fait exception au principe de notification *a posteriori* d'une mesure de surveillance, **l'absence pure et simple d'un tel mécanisme suffit à méconnaître les exigences conventionnelles tirées des articles 8 et 13 de la Convention.**

Mais il y a plus.

IX-2 D'autre part, et en tout état de cause, les dispositions litigieuses issues de la loi relative au renseignement ne prévoient aucun mécanisme destiné à compenser effectivement et suffisamment l'absence de toute notification *a posteriori*.

Certes, les exposantes n'ignorent pas qu'en vertu des articles L. 833-4 et L. 841-1 du code de la sécurité intérieure, toute personne peut saisir la CNCTR ou le Conseil d'Etat dans le but de « *vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard* ».

Toutefois, ce mécanisme ne saurait passer pour « une possibilité satisfaisante de demander et d'obtenir auprès des autorités des informations sur les interceptions » (Roman Zakharov c. Russie, précité, § 298) au sens des exigences tirées des articles 8 et 13 de la

Convention.

En effet, il y a lieu de relever que la voie ouverte par les articles L. 833-4 et L. 841-1 du code de la sécurité intérieure ne permet aucunement à la personne qui soupçonne qu'une technique de renseignement a été mise en œuvre à son égard d'obtenir ne serait-ce que la confirmation ou l'infirmerie d'une telle surveillance.

IX-2.1 Devant la CNCTR, les dispositions litigieuses de l'article L. 833-4 du code de la sécurité intérieure sont ainsi univoques, puisqu'il est explicitement souligné que la Commission se borne à « notifie[r] à l'auteur de la réclamation qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires, sans confirmer ni infirmer leur mise en œuvre ».

IX-2.2 Il n'en est pas différemment devant le Conseil d'Etat.

En effet, en vertu des articles L. 773-6 et L. 773-7 du code de justice administrative, la décision du Conseil d'Etat n'informe le requérant que de l'existence ou de l'inexistence d'une illégalité dans la mise en œuvre d'une technique de renseignement.

IX-2.3 A tous égards, il est donc manifeste que même s'il a « *appris d'une manière ou d'une autre que ses communications ont été interceptées* », « le sujet de l'interception n'a pas de droit d'accès aux documents relatifs à l'interception de ses communications » (*Roman Zakharov c. Russie*, précité, § 290).

Plus encore, à l'insigne différence de la situation au cœur de l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*, l'intéressé ne peut donc même pas « recevoir "des informations" sur les données recueillies » (*Roman Zakharov c. Russie*, précité, § 290), de sorte que la méconnaissance des exigences conventionnelles est encore plus flagrante en l'occurrence.

X. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions du livre VIII du code de la sécurité intérieure ainsi que les articles L. 773-1 à L. 773-8

du code de justice administrative, telles qu'issues de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, méconnaissent le droit au respect de la vie privée et le droit au recours effectif garantis par les articles 8 et 13 de la Convention européenne.

De ce chef, l'annulation des dispositions attaquées du décret s'impose faute de base légale.

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 et à la Cour de cassation