

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

OBSERVATIONS COMPLEMENTAIRES

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

 SCP SPINOSI & SUREAU

CONTRE : 1/ Le Premier ministre

 2/ Ministre de l'intérieur

 3/ Ministre des armées

Sur la requête n° 397.844

I. Persistant dans l'ensemble des moyens et conclusions développés dans ses précédentes écritures, l'association exposant entend présenter les observations complémentaires suivantes.

II. **A titre liminaire**, l'association rappelle qu'à la suite de la question prioritaire de constitutionnalité qu'elles ont posé à l'encontre des dispositions de l'article L. 811-51 du code de la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions aux motifs qu'elles portent « *une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances* » (Conseil constit., Déc. n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016).

Sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

III. **En premier lieu**, l'association exposante tient à réaffirmer pleinement que les mesures attaquées entrent résolument dans le champ d'application du droit de l'Union, de sorte que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que les autres instruments de droit dérivés – en particulier la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur – sont bien invocables dans le présent litige.

III-1 En effet, force est de constater que ces assertions ont été directement et indiscutablement confirmées par la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt *Tele 2*, tant sur le champ d'application du droit de l'UE et de la Charte, que sur l'interprétation de l'article 15 de la directive 2002/58 (CJUE, g^{dé} ch., 21 déc. 2016, *Tele2 Sverige*, C-203/15, C-698/15).

Ainsi, la Cour de justice a très clairement énoncé que :

« *Eu égard à l'économie générale de la directive 2002/58, les éléments relevés au point précédent du présent arrêt n'autorisent pas à conclure*

que les mesures législatives visées à l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 seraient exclues du champ d'application de cette directive, sauf à priver cette disposition de tout effet utile.

En effet, ladite disposition présuppose nécessairement que les mesures nationales qui y sont visées, telles que celles relatives à la conservation de données à des fins de lutte contre la criminalité, relèvent du champ d'application de cette même directive, puisque cette dernière n'autorise expressément les États membres à les adopter que dans le respect des conditions qu'elle prévoit » (CJUE, g^{de} ch., 21 déc. 2016, Tele2 Sverige, C-203/15, C-698/15, point 73).

Ainsi, les mesures entravant l'article 5 de la directive 2002/58 pour les motifs énoncés à l'article 15, paragraphe 1, de la même directive tombent nécessairement dans le champ d'application du droit de l'Union.

Plus précisément, la grande chambre de la Cour de justice a décidé que :

*« En effet, la protection de la confidentialité des communications électroniques et des données relatives au trafic y afférentes, garantie à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/58, s'applique aux mesures prises par **toutes les personnes** autres que les utilisateurs, qu'il s'agisse de personnes ou d'entités privées ou d'entités étatiques. Comme le confirme le considérant 21 de cette directive, celle-ci vise à **empêcher « tout accès » non autorisé aux communications, y compris à « toute donnée afférente à ces communications »**, afin de protéger la confidentialité des communications électroniques (§ 77).*

[...]

Le principe de confidentialité des communications instauré par la directive 2002/58 implique, entre autres, ainsi qu'il ressort de l'article 5, paragraphe 1, deuxième phrase, de celle-ci, une interdiction faite, en principe, à toute autre personne que les utilisateurs de stocker, sans le consentement de ceux-ci, les données relatives au trafic afférentes aux communications électroniques. Font seuls l'objet d'exceptions les personnes légalement autorisées conformément à l'article 15, paragraphe 1, de cette directive [...] » (§ 85).

L'article 5 de la directive 2002/58 s'applique donc pleinement aux mesures des autorités nationales ayant pour objet l'accès aux données de connexion ainsi qu'aux mesures d'interception du contenu des réseaux de communications électroniques.

Dès lors, de telles mesures nationales relèvent du champ d'application du droit de l'Union et doivent, pour cette raison, être limitées au strict nécessaire conformément aux exigences de la Charte, lesquelles sont parfaitement opposables à ces mesures nationales.

III-2 Or, en l'occurrence, la plupart des techniques de recueil de renseignement instituées par la loi du 24 juillet 2015 et ses décrets d'application portent sur des accès aux communications électroniques transmises sur des réseaux de communications électroniques.

Cela vaut notamment pour toutes les mesures de surveillance internationale, de recueil de données de connexion, d'accès aux données de connexion en temps réel, de traitements algorithmiques sur des données de connexion ou encore d'interceptions de sécurité.

Dès lors, il ne fait aucun doute que les mesures en cause ont pour objet principal — si ce n'est exclusif — l'accès aux données des communications électroniques, qu'il s'agisse du contenu ou de métadonnées, notamment celles traitées et acheminées sur des réseaux de communications électroniques visés par la mise en œuvre de techniques de renseignement.

L'entrave que ces mesures constituent au regard du principe de confidentialité desdites communications est affirmée de manière constante et sans aucune ambiguïté par la Cour de justice.

III-3 Par conséquent, les techniques de recueil de renseignements en cause doivent être conformes au droit de l'Union et notamment aux directives 2000/31 et 2002/58 interprétées à la lumière de la Charte ainsi qu'aux articles 7, 8, 11 et 52, paragraphe 1, de la Charte elle-même.

À ce titre, l'association exposante ne peut que renvoyer à ses observations relatives à la disproportion des dispositions attaquées (cf. **mémoire complémentaire aux points IX et suivants**).

En tout état de cause, les exposantes rappellent que si le Conseil d'État venait à s'interroger sur les modalités d'application du droit de l'Union en l'espèce, celui-ci serait alors tenu de transmettre à la Cour de justice les questions correspondantes telles que formulées par les parties requérantes (cf. **le dispositif du mémoire complémentaire**).

Sur la méconnaissance des exigences tirées des articles 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'insuffisance des mécanismes compensant l'absence de notification a posteriori

IV. En deuxième lieu, l'association exposante réaffirme que l'absence de mécanisme de notification *a posteriori* emporte violation des articles 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

IV-1 Tout d'abord, ainsi que la partie requérante l'a déjà amplement démontré dans leurs précédentes écritures, aucun mécanisme de droit interne ne permet de compenser, comme requis par la Cour européenne des droits de l'homme, l'inexistence de la procédure de notification (cf. **mémoire complémentaire aux points XXXI-1 et s.**).

Non seulement, les personnes concernées ne disposent strictement d'aucune information telle que requise par la Cour européenne des droits de l'homme.

Mais en outre, le mécanisme d'information prévu par les articles L. 833-4 et L. 841-1 du code de la sécurité intérieure ne saurait passer pour « *une possibilité satisfaisante de demander et d'obtenir auprès des autorités des informations sur les interceptions* » (Cour EDH, g^{de} ch., 4 déc. 2015, *Zakharov c. Russie*, n° 47143/06, § 298) au sens des exigences tirées des articles 8 et 13 de la Convention.

IV-2 Ensuite, il suffit de distinguer le cas des mesures portant sur des communications nationales de celles portant sur des communications

internationales pour faire apparaître que la conventionalité du dispositif n'est aucunement assurée.

IV-2.1 S'agissant des mesures portant sur les communications nationales, l'association requérante a déjà démontré que la procédure instituée par les articles L. 773-1 et s. du code de la justice administrative ne respecte en rien le principe du contradictoire notamment en ce que l'administration, partie à la procédure, est maître de ce qui entre dans le champ du secret de la défense nationale et donc des éléments pouvant être partagés ou non avec la partie requérante.

Étant rappelé que, contrairement à d'autres États membres, aucun mécanisme de représentation par des avocats habilités au secret défense n'a été créé.

Ainsi, l'introduction du secret défense dans les procédures contentieuses, bien loin de constituer une avancée, n'est en réalité qu'un profond recul du procès équitable et ne saurait en tout état de cause compenser l'inexistence d'une notification des personnes concernées par les techniques de renseignement portant sur les communications nationales.

IV-2.2 De manière tout à fait déterminante, les personnes concernées ne disposent d'absolument aucun recours en matière de surveillance internationale, ni d'aucune notification sur les techniques de renseignement portant sur leurs communications internationales transitant par des réseaux de communications électroniques visés à l'article L. 854-2 du code de la sécurité intérieure.

IV-2.2.1 D'une part, l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure dispose que la surveillance internationale « *est exclusivement régie par le présent chapitre* ».

La possibilité pour les justiciables de se tourner vers la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement et le Conseil d'État n'est donc pas garantie par la loi lorsque sont en cause des mesures de surveillance internationale.

Cela est confirmé par l'article L. 854-9 du code de la sécurité intérieure qui, dans le chapitre « surveillance internationale » du code de la sécurité intérieure, dispose que :

« Sur réclamation de toute personne souhaitant vérifier qu'aucune mesure de surveillance n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard, la commission s'assure que les mesures mises en œuvre au titre du présent chapitre respectent les conditions qu'il fixe ».

Cet article, qui reproduit l'article L. 833-4 précité, implique en effet que les articles L. 833-4 et L. 841-1 ne sont pas applicables au chapitre encadrant la surveillance internationale.

IV-2.2.2 D'autre part, l'article L. 773-1 du code de justice administrative (CJA) implique que le Conseil d'État ne peut être saisi que sur le fondement de l'article L. 841-1.

L'absence de recours devant le Conseil d'État est confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, selon lequel *« la personne faisant l'objet d'une mesure de surveillance internationale ne peut saisir un juge pour contester la régularité de cette mesure »* (Conseil constit., 26 nov. 2015, *Loi surveillance internationale*, 2015-722 DC, cons. 18).

Par conséquent, il apparaît donc que deux catégories de personnes doivent être distinguées :

- Ceux utilisant des « numéros d'abonnement ou des identifiants techniques rattachables au territoire national » au sens de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure, lesquels bénéficient d'un droit au recours édulcoré et insuffisant au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme ;
- Les autres, ne bénéficiant d'absolument aucun droit.

Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme ne fait pas de distinction selon la nature des numéros ou identifiants utilisés.

Il importe d'ailleurs de relever que la formulation empruntée à l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure est pour le moins spéceuse. À l'heure où une immense partie des communications est entièrement numérique et transite entre de multiples prestataires (fournisseur de messagerie en ligne, opérateur grand public, transitaire, etc.), la notion d'« *identifiant technique rattachable au territoire national* » est pour le moins inconsistante.

La notion demeure indéfinie et la distinction entre les deux formes de communication, déjà injustifiée, est dénuée de toute pertinence en pratique dans de nombreux contextes, notamment celui des communications électroniques transitant par Internet.

En définitive, le Conseil d'Etat ne pourra manquer de faire droit aux prétentions des exposantes.

Sur la méconnaissance du droit à un recours effectif et du droit à un procès équitable

V. En troisième lieu, l'association exposante entend attirer l'attention du Conseil d'Etat sur un récent arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme qui vient conforter un peu plus encore leur démonstration selon laquelle les dispositions du livre VIII du code de la sécurité intérieure intitulé « *Du renseignement* » ainsi que les dispositions 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, portent atteinte au droit à un recours effectif et au droit à un procès équitable, dont dérive tout particulièrement le principe du contradictoire.

V-1 En effet, et en droit, il importe de relever que la Cour européenne des droits de l'homme opère une mise en balance entre les droits des justiciables et les raisons soulevées par les Etats susceptibles de justifier la non-divulgence de certaines preuves pertinentes, telles que la sécurité nationale, afin de déterminer si le droit à un procès équitable n'a pas été méconnu.

A cet égard, et selon une jurisprudence désormais établie, si le droit à la divulgation des preuves n'est pas absolu, « *toutes difficultés causées*

à la défense par une telle limitation doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires » (CEDH, g^{de} ch., *Fitt c. Royaume-Uni*, Req. n° 29777/96, § 45). La Cour examine ainsi que « le processus décisionnel a satisfait dans toute la mesure du possible aux exigences du contradictoire et de l'égalité des armes et s'il était assorti de garanties aptes à protéger les intérêts de l'accusé » (*Ibid.* §46).

Une illustration d'un tel examen a été récemment et solennellement donnée par la Cour dans son arrêt *Regner c. République Tchèque* (CEDH, g^{de} ch., 19 sept. 2017, Req. n°35289/11). Lorsque certains documents font l'objet d'une classification, de nouveaux critères sont fixés afin de rechercher « si les limitations aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes, tels qu'applicables dans la procédure civile, ont été suffisamment compensées par d'autres garanties procédurales » (*Ibid.* §151), et ce, au regard du contrôle que possède l'autorité judiciaire sur les pièces classifiées.

Pour la Cour, la « capacité des juges à apprécier les faits de l'espèce de manière adéquate » n'a pu être remise en cause « au motif qu'ils n'ont pas eu un accès intégral aux documents pertinents » (*Ibid.* §152), car ceux-ci disposaient de garanties suffisantes, exhaustivement développées dans l'arrêt.

Ainsi, « les tribunaux ont accès à tous les documents classifiés, sans restriction, sur lesquels l'Office s'est basé pour justifier sa décision. Ils ont ensuite le pouvoir de se livrer à un examen approfondi des raisons invoquées par l'Office pour ne pas communiquer les pièces classifiées. Ils peuvent en effet apprécier la justification de la non-communication des pièces classifiées et ordonner la communication de celles dont ils estimeraient qu'elles ne méritent leur classification » (*Ibid.* §152).

La non-divulgence des preuves est donc compensée par la capacité des autorités judiciaires à examiner les motifs d'une mesure de renseignement, et à disposer d'un large pouvoir sur les pièces classées liées à cette mesure.

V-2 Or, en l'occurrence, il est manifeste que les dispositions 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, ne répondent pas à de telles garanties.

Plus précisément encore, il n'existe aucune compensation à la limitation au principe du contradictoire provoquée par le secret défense.

En effet, l'article L. 773-2 du code de justice administrative dispose notamment que « *dans le cadre de l'instruction de la requête, les membres de la formation de jugement et le rapporteur public sont autorisés à connaître de l'ensemble des pièces en possession de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement* ». Il n'est ainsi aucunement précisé si les pièces ayant justifié la mise en œuvre de la mesure de renseignement font partie des pièces connues par la formation de jugement.

Ensuite, les dispositions législatives ne permettent aucunement au juge de procéder à un examen approfondi des raisons invoquées par les autorités pour mettre en place une mesure de renseignement. En vertu de l'article L. 773-6 du code de justice administrative, le juge possède uniquement la capacité de constater une absence d'illégalité « *sans confirmer ni infirmer la mise en œuvre d'une technique* ».

Dans le cas d'une mesure déclarée illégale, l'article L.773-7 du code de justice administrative permet seulement au juge « *d'annuler l'autorisation et ordonner la destruction des renseignements irrégulièrement collectés* » sans, à nouveau, la soumettre à un examen approfondi.

Par ailleurs, l'article L.773-7 du même code dispose en son deuxième alinéa que « *sans faire état d'aucun élément protégé par le secret de la défense nationale, elle informe la personne concernée ou la juridiction de renvoi qu'une illégalité a été commise.* »

Il n'existe donc strictement aucune possibilité pour le juge d'assortir à cette information, la communication d'une pièce justifiant la mesure déclarée illégale.

Enfin, le troisième alinéa de l'article L.773-7 dispose que « *Lorsque la formation de jugement estime que l'illégalité constatée est susceptible de constituer une infraction, elle en avise le procureur de la République et transmet l'ensemble des éléments du dossier au vu duquel elle a statué à la Commission consultative du secret de la défense nationale, afin que celle-ci donne au Premier ministre son avis sur la possibilité*

de déclassifier tout ou partie de ces éléments en vue de leur transmission au procureur de la République ».

Or, les avis de la Commission du secret de la défense nationale ne sont pas impératifs.

Si le juge peut éventuellement demander à ce qu'une pièce soit déclassifiée – étant rappelé qu'il ne sera pas nécessairement fait droit à une telle demande –, il ne peut en aucun cas l'ordonner.

Par conséquent, les dispositions en cause ne sont pas conformes aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme permettant de garantir le droit à un procès équitable.

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

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, l'association exposante persiste dans les conclusions de ses précédentes écritures.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation