**CONSEIL D’ÉTAT**

**SECTION DU CONTENTIEUX**

**QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

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, avocat au Conseil d’État*

**Question posée à l’appui de la requête n° 405.792**

**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. 851-2 du code de la sécurité intérieure, telles qu’issues de l’article 15 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, en ce qu’elles disposent :

« *I.-Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre et pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, peut être individuellement autorisé le recueil en temps réel, sur les réseaux des opérateurs et des personnes mentionnés à l'article L. 851-1, des informations ou documents mentionnés au même article L. 851-1 relatifs à une personne préalablement identifiée* ***susceptible d'être en lien avec une menace. Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'une ou plusieurs personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation, celle-ci peut être également accordée individuellement pour chacune de ces personnes.***

*II.-L'article L. 821-5 n'est pas applicable à une autorisation délivrée en application du présent article* ».

**II.** Le litige à l’occasion duquel la présente question a été soulevée procède du recours en annulation formé par les associations La Quadrature du Net, French Data Network et La Fédération des fournisseurs d’accès à Internet associatifs à l’encontre du refus opposé par le Premier ministre à leur demande d’abrogation du décret n° 2016-67 du 29 janvier 2016 relatif aux techniques de recueil de renseignement (le décret n° 2016-67).

Or, ce décret a été pris sur le fondement des dispositions législatives contestées par la présente question prioritaire de constitutionnalité et a notamment pour objet d’en préciser les modalités d’application.

Ainsi, l’article 2 du décret fixe :

* La liste des « *services relevant de l'article L. 811-4 dont les agents individuellement désignés et habilités peuvent être autorisés à utiliser* ***la technique mentionnée à l'article L. 851-2*** *au titre de la prévention du terrorisme* » (Art. R. 851-1-1 du code de la sécurité) ;
* La liste des « *informations ou documents mentionnés à l'article L. 851-1* » qui « *ne peuvent être recueillies* ***qu'en application des articles L. 851-2*** *et L. 851-3 dans les conditions et limites prévues par ces articles et sous réserve de l'application de l'article R. 851-9* » (Art. R. 851-5 du code de la sécurité intérieure)
* Ou encore « *la nature précise des informations ou documents dont le recueil est demandé* » au titre de « *demandes tendant au* ***recueil mentionné à l'article L. 851-2*** » ainsi que les conditions dans lesquelles « *le groupement interministériel de contrôle* » (GIC) « *enregistre, conserve et efface*» les données ainsi recueillies (Art. R. 851-7 du code de la sécurité intérieure).

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

**III.** Dans ces conditions, il ne fait pas de doute que les dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure issues de l’article 15 de la loi du 21 juillet 2016 sont bien applicables au litige né de la requête tendant à l’annulation du décret n° 2016-67 – étant rappelé 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* » (A. Lallet et X. Domino, « An I ap. QPC », *AJDA* 2011, p. 375).

La condition prévue au 1° de l’article 23-2 de l’o**rdonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, à laquelle renvoi l’article 23-4 de cette ordonnance, doit donc être regardée comme satisfaite.**

**Sur l’absence de déclaration de constitutionnalité antérieure**

**IV.** Les dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure ont été initialement créées par l’article 5 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

L’article L. 851-2 **disposait alors que :**

**«***I.-Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre et pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, peut être individuellement autorisé le recueil en temps réel, sur les réseaux des opérateurs et des personnes mentionnés à l'article L. 851-1, des informations ou documents mentionnés au même article L. 851-1 relatifs à une personne préalablement identifiée comme présentant une menace.

II.-Par dérogation à l'article L. 821-4, l'autorisation est délivrée pour une durée de deux mois, renouvelable dans les mêmes conditions de durée.

III.-L'article L. 821-5 n'est pas applicable à une autorisation délivrée en application du présent article*».

**IV-1** A l'occasion du contrôle de constitutionnalité *a priori* de la loi relative au renseignement au titre de l’article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a déjà eu l’occasion de déclarer ces dispositions conformes à la Constitution (Cons. Constit. Déc. n° 2015-713 DC).

Dans sa décision du 23 juillet 2015 rendue lors du contrôle *a priori* de la loi relative au renseignement au titre de l’article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure conformes à la Constitution en estimant que « *le législateur a assorti la procédure de réquisition de données techniques de garanties propres à assurer entre, d'une part, le respect de la vie privée des personnes et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et celle des infractions, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée*» (Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 53 à 57).

Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil constitutionnel a 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,* ***uniquement*** *à l'égard d'une personne préalablement identifiée comme présentant une menace et sans le recours à la procédure d'urgence absolue prévue à l'article L. 821-5 du même code* » (*Ibid.*, cons. 56).

**IV-2** Toutefois, par son article 15, la loi du 21 juillet 2016 a modifié les dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure pour élargir considérablement l’ampleur du dispositif de recueil en temps réel d’informations et de documents qu’il prévoit.

Mais par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, adoptée en seulement 48 heures par l’Assemblée Nationale et le Sénat, l’ampleur du dispositif de recueil en temps réel prévu par l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure a été considérablement élargi.

D'abord, alors que la loi du 24 juillet 2015 ne permettait la mise en œuvre de cette technique qu’envers « *une personne préalablement identifiée comme présentant une menace* », l’article L. 851-2 modifié du code de la sécurité intérieure vise désormais « *une personne préalablement identifiée susceptible d’être en lien avec une menace* ».

Ensuite, l’article 15 de la loi du 21 juillet 2016 a ajouté une phrase à l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure pour en étendre fortement le champ d’application personnel en disposant que « *lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'une ou plusieurs personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation, celle-ci peut être également accordée individuellement pour chacune de ces personnes* ».

Enfin, l’article 15 de la loi du 21 juillet 2016 a également étendu le champ d’application temporel du recueil d’information prévu à l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure en supprimant la limite de deux mois renouvelables initialement prévue pour lui substituer, dans le silence du texte, la durée de quatre mois renouvelable applicable au droit commun des techniques de recueil de renseignement prévue à l’article L. 821-4 de ce code.

**IV-3** Or, les dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure ainsi modifiées par l'article 15 de la loi du 21 juillet 2016 n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d’une décision du Conseil constitutionnel.

Mais plus largement encore, l'ensemble des dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure ainsi modifiées peuvent de nouveau faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

**IV-3.1** A cet égard, il convient de rappeler que l’article 23-2 de l’o**rdonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel dispose que la question prioritaire de constitutionnalité doit être transmise si la disposition législative contestée «***n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel,* ***sauf changement des circonstances*** ».

Le changement de circonstances peut notamment résulter d’une modification suffisamment importante de dispositions législatives intervenue postérieurement à leur déclaration de conformité à la Constitution (Cons. Constit., Déc. n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS*, cons. 8 et n° 2015-460 QPC, 26 mars 2015, *Comité de défense des travailleurs frontaliers du Haut-Rhin*, cons. 9).

**IV-3.2** En l'occurrence, il est indéniable que les modifications des dispositions de l'article L. 851-2 issues de la loi du 21 juillet 2016 affectent des éléments essentiels de ce texte comme le révèle d'ailleurs le fait qu'ils ont ont été explicitement pris en compte par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, pour parvenir à un déclaration de conformité à la Constitution, le Conseil constitutionnel a 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,* ***uniquement*** *à l'égard d'une personne préalablement identifiée comme présentant une menace et sans le recours à la procédure d'urgence absolue prévue à l'article L. 821-5 du même code* » (*Ibid.*, cons. 56).

Dès lors, la seule extension du dispositif de surveillance à d'autres personnes que celle identifiée comme présentant une menace implique est nécessairement de nature à rompre la « *conciliation* » opérée par la loi du 24 juillet 2015 et qui a été regardée par le Conseil constitutionnel comme n’étant « *pas manifestement déséquilibrée*» (Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 56).

Les modifications substantielles d'éléments clefs relatifs notamment au champ d'application du dispositif de surveillance en temps constituent donc un changement dans les circonstances de droit de nature à justifier que la question de la conformité de cet article aux droits et libertés garantis par la Constitution soit à nouveau soumise au Conseil constitutionnel.

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

**Sur le caractère sérieux**

**V.** Il en va de même de la troisième condition de renvoi dès lors qu’en adoptant les dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure dans leur rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016, le législateur a porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances et a par conséquent rompu l’équilibre entre ces droits constitutionnels et l’objectif constitutionnel de prévention des atteintes à l’ordre public et des infractions.

**V-1** En droit et de jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel considère qu’il « *incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et des libertés constitutionnellement garantis*» (Cons. constit., Déc. n° 2015-713, 23 juillet 2015, cons. 2).

Or, le Conseil constitutionnel affirme avec la même constance que le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances sont protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 et figurent ainsi parmi les droits et libertés constitutionnellement garantis (Cons. constit., Déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, cons. 4).

**V-2** Toujours en droit, dans le cadre de ce contrôle de la conciliation opérée par le législateur entre la prévention des atteintes à l’ordre public et le droit au respect de la vie privée, le Conseil constitutionnel a jugé que le dispositif de recueil d’informations en temps réel prévu par les dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure, dans sa version initiale, n’était pas contraire à la Constitution (Cons. constit., Déc. n° 2015-713, 23 juillet 2015, cons. 56 et 57).

En effet, le Conseil constitutionnel a considéré 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, uniquement à l'égard d'une personne préalablement identifiée comme présentant une menace et sans le recours à la procédure d'urgence absolue prévue à l'article L. 821-5 du même code ; que, par suite, le législateur a assorti la procédure de réquisition de données techniques de garanties propres à assurer entre, d'une part, le respect de la vie privée des personnes et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et celle des infractions, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* » (Déc. n° 2015-713 préc., cons. 56).

Ainsi, si le Conseil constitutionnel a jugé que cette conciliation n’était pas « *manifestement déséquilibrée* », c’est seulement après avoir énuméré les quatre caractéristiques du dispositif prévu qui lui sont apparues comme assurant cet équilibre.

Ces caractéristiques étaient :

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

Ces différentes caractéristiques, explicitement mentionnées par le Conseil constitutionnel dans sa décision, apparaissent comme ayant été déterminantes dans la déclaration de conformité à la Constitution des dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure.

**V-3** Or, **en l’occurrence**, il n'est pas inutile de rappeler que l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure - dans sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016 - ne présente plus les garanties indispensables au respect du droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

En effet, cet article dispose désormais que :

« *I.-Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre et pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, peut être individuellement autorisé le recueil en temps réel, sur les réseaux des opérateurs et des personnes mentionnés à l'article L. 851-1, des informations ou documents mentionnés au même article L. 851-1 relatifs à une personne préalablement identifiée* ***susceptible d'être en lien avec une menace. Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'une ou plusieurs personnes appartenant à l'entourage de la personne concernée par l'autorisation sont susceptibles de fournir des informations au titre de la finalité qui motive l'autorisation, celle-ci peut être également accordée individuellement pour chacune de ces personnes.***

*II.-L'article L. 821-5 n'est pas applicable à une autorisation délivrée en application du présent article* ».

**V-3.1** En premier lieu, **le champ d’application personnel** de ce dispositif de recueil des informations en temps réel a été considérablement élargi.

Et ce, à au moins deux titres.

**V-3.1.1** D’une part, le dispositif de surveillance ne concerne plus seulement les « *personnes préalablement identifiées comme présentant une menace* » mais est étendu à toute personne identifiée comme « *susceptible d’être en lien* » avec une menace.

À elle seule, cette extension du champ d’application de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure justifierait sa censure tant elle élargi considérablement et de façon parfaitement imprécise le champ des personnes susceptibles d’être concernées par le dispositif.

En effet, la loi vise désormais des personnes dont il n’est pas établi qu’elles présenteraient une menace.

En usant de l'expression « *susceptible d’être en lien* » avec une menace, le législateur a permis aux autorités administratives compétentes de placer des personnes sous surveillance à la faveur de simples soupçons et autres hypothèses.

**V-3.1.2** D’autre part, les dispositions de loi du 21 juillet 2016 ont procédé à une autre extension encore plus importante du champ d’application personnel du dispositif de recueil des informations en temps réel, puisque l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure vise désormais aussi les personnes appartenant à l’entourage de la personne concernée par l’autorisation dès lors qu’il existe des raisons sérieuses de penser qu’elles seraient susceptibles de fournir des informations au titre de la prévention du terrorisme.

En d'autres termes, le dispositif de surveillance en temps réels ne concerne désormais non seulement des personnes dont il n’est pas établi qu’elles présentent une menace.

Mais au surplus, il peut également viser des personnes dont il n’est même pas établi qu’elles seraient susceptibles d’être elles-mêmes en lien avec une menace.

Le seul fait qu'elles puissent être regardées par les autorités administratives compétents comme « *susceptibles* » de fournir des informations sur celle-ci suffit désormais à justifier la surveillance.

Potentiellement, les dispositions contestées permettent donc de 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 faisant, le législateur a manifestement rompu, au détriment du respect de la vie privée des personnes et du secret des correspondances, l’équilibre qui avait été constaté par le Conseil constitutionnel dans sa décision DC n° 2015-713 précitée.

Car une fois encore, à l'aune du raisonnement retenu par le Conseil constitutionnel dans cette décision, il apparait explicitement que la stricte limitation du champ personnel du recueil des informations en temps réel aux seules personnes « *présentant une menace* » a été déterminante dans la déclaration de conformité à la Constitution de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure.

L’atteinte portée au droit au respect de la vie privée apparait ainsi totalement disproportionnée par rapport à l’objectif poursuivi, si éminent soit-il.

De ce seul chef, la censure des dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure est donc acquise.

Mais il y a plus.

**V-3.2** En second lieu, **le champ d’application temporel** du dispositif de recueil d’information en temps réel a lui aussi été excessivement élargi.

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, le législateur a implicitement mais nécessairement permis au Gouvernement d’autoriser le recueil en temps réel pour une durée de quatre mois renouvelable, conformément à l’article L. 821-4 précité.

Or, la dérogation initiale à l’article L. 821-4 prévue pour le recueil en temps réel a également été déterminante de la déclaration de conformité à la Constitution de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure par la décision DC n° 2015-713 précitée, dès lors que celle-ci était explicitement motivé par cette dérogation (cf. Déc. n° 2015-713 préc., cons. 56).

En supprimant cette garantie qui assurait un équilibre entre la prévention des atteintes à l’ordre public et le respect de la vie privée, le législateur a porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

De ce second chef, la censure des dispositions de l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure s’impose.

**V-3.3** Enfin, eten tout état de cause, en supprimant deux des quatre garanties qui ont conduit le Conseil constitutionnel à considérer que la conciliation, par l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure, entre la prévention des atteintes à l’ordre public et le respect de la vie privée n’était pas « *manifestement déséquilibré* », le législateur a nécessairement rompu cet équilibre.

Partant, l’article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure a porté au droit au respect de la vie privée garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789 une atteinte parfaitement disproportionnée.

**VI.** Il résulte de l’ensemble des considérations qui précédent que la présente question prioritaire de constitutionnalité présente indéniablement un caractère sérieux.

Elle ne pourra dès lors qu’être transmise au Conseil constitutionnel.

**PAR CES MOTIFS**, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d’office, les associations exposantes concluent à ce qu’il plaise au Conseil d’État :

* **CONSTATER** l’existence d’un 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. 851-2 du code de la sécurité intérieure telles qu’issues de l’article 15 de la* *loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l’application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l’état d’urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, le législateur a-t-il porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances ?* »

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU

SCP d’Avocat au Conseil d’État