

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
16 Boulevard Raspail
75007 PARIS

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

SECONDES OBSERVATIONS

POUR :

- 1/ La Quadrature du Net**
- 2/ French Data Network**
- 3/ Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs**
- 4/ L'association Igwan.net**

SCP SPINOSI & SUREAU

Question n° 2016-590

I. En réponse aux premières observations du Premier ministre en date du 22 août 2016, les associations exposantes entendent formuler les observations complémentaires suivantes à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité qu'elles ont soulevée tendant à la censure des dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure.

Sur le champ d'application de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure

II. En premier lieu, le Premier ministre tente de faire valoir que « *le champ d'application de l'article L. 811-5 du CSI est résiduel* » et que « *le risque d'atteinte au droit au respect de la vie privée* » par ces dispositions est « *réduit* » (cf. les observations du Premier ministre, pages 1 et 4).

Or, il n'en est rien.

II-1 D'emblée, à rebours complet de cette tentative de minimisation de l'importance de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, les exposantes tiennent à rappeler que ces dispositions contestées ont été inscrites au frontispice du Livre VIII du code de la sécurité intérieure consacré au renseignement.

En effet, il figure parmi « *les dispositions générales* » du Titre 1^{er}, lesquelles commandent l'interprétation de l'ensemble des titres suivants dédiés aux dispositifs de surveillance.

Ce seul constat ne peut que contredire l'affirmation selon laquelle ces dispositions de l'article L. 811-5 auraient « *une portée résiduelle et donc restrictive* » ou encore qu'elles devraient relever d'un prétendu « *principe d'interprétation restrictive des exceptions légales* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 2).

Certes, et de façon pour le moins révélatrice, la persistance d'une telle exclusion légale a été vivement critiquée par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) :

« Aujourd'hui, force est de constater que la définition de l'article L. 241-3 est obsolète et qu'au regard de l'usage que peuvent légalement en faire les services, pour autant qu'il soit connu, cette disposition semble devenue inutile. Sa suppression, envisagée de façon assez consensuelle dans le cadre des travaux relatifs à la loi sur le renseignement de 2015, n'a finalement pas été votée par le Parlement, ce qui est particulièrement regrettable » (CNCIS, 23^e rapport d'activité 2014-2015, p. 137).

Néanmoins, ces dispositions litigieuses demeurent encore en vigueur à ce jour, sans que les graves incertitudes qui les affectent n'aient été dissoutes.

II-2 Au demeurant, bien loin de nier l'existence de ces incertitudes, le Premier ministre se borne à livrer sa propre interprétation de ces dispositions sans guère l'appuyer sur de quelconques garanties proprement légales.

Et pour cause.

Car ainsi que les exposantes l'ont déjà amplement démontré, 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 (cf. les premières observations au point **V-1**).

Aucun des arguments du Premier ministre ne parvient à infléchir cet indubitable constat.

II-2.1 S'agissant **d'abord** de l'indétermination de la notion de « *transmission empruntant la voie hertzienne* », il est pour le moins révélateur que le Premier ministre reconnaisse que selon une « *définition purement technique* », cette notion est « *susceptible de concerner l'ensemble des communications qui utilisent le champ électromagnétique pour transmettre un signal depuis une antenne émettrice vers une antenne réceptrice* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 2).

A cet égard, le Premier ministre confirme que l'ensemble des exemples évoqués par les exposantes sont bien susceptibles de relever de la notion de « *transmission empruntant la voie hertzienne* » (cf. les observations, p. 2).

Mais en dépit de cet aveu, il entend ensuite faire valoir qu'il conviendrait de distinguer entre « *les communications filaires régies par la loi* » et les « *communications hertziennes dont la surveillance serait libre de tout encadrement légal* » (*Ibid.* pp. 2 et 3).

Or, outre cette éloquente reconnaissance par le Premier ministre de l'absence d'encadrement légal des communications hertziennes, les exposantes ne peuvent que relever que la distinction ainsi réalisée entre communications filaires et hertziennes ne repose sur strictement aucun critère ou élément légal.

Une simple pétition de principe quant à l'interprétation de dispositions ne saurait suffire à satisfaire à l'exigence constitutionnelle de garanties légales appropriées et spécifiques.

II-2.2 Ensuite, et corrélativement, le Premier ministre tente certes d'appuyer sa proposition d'interprétation des dispositions contestées sur « *les débats parlementaires relatifs à [...] l'article 20 de la loi du 10 juillet 1991* » – dont est issu l'actuel article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure – ou encore sur les rapports de la CNICS (cf. les observations du Premier ministre, p. 3).

Mais une fois encore, aucun de ces éléments ne peut fonder une interprétation univoque ayant rang de garantie légale.

D'une part, il est pour le moins difficile d'identifier au sein des travaux parlementaires des indications précises quant à l'interprétation exacte des dispositions litigieuses, puisque l'article 20 a été adopté sans guère de débats notamment lors de l'examen en séance publique à l'Assemblée Nationale. Tout au plus le député George Hage a-t-il fustigé le fait « *que la plus totale liberté est laissée aux pouvoirs publics d'écouter les communications par voie hertzienne* » (Assemblée Nationale, séance du 13 juin 1991 p. 3128).

En outre, par contraste avec les affirmations du Premier ministre, les rares éléments des travaux parlementaires dédiés à l'article 20 laissent augurer qu'un tel texte permet bien, fut-ce indirectement, la collecte de « *messages* » et autres données individualisées. En effet, le rapporteur au Sénat, Marcel Rudloff, a souligné que « *l'article [20] a pour objet de prendre compte le cas des messages éventuellement interceptés par les autorités lorsque celles-ci, dans le cadre de leur mission de surveillance et de contrôle, procèdent au balayage des fréquences radio-électriques* » (Rapport n° 403, 19 juin 1991, p. 36). Quant au Garde des Sceaux, Henri Nallet, il a indiqué que « *cette surveillance* » ne vise pas « *a priori des communications individualisables* », sans toutefois exclure une telle éventualité (Assemblée Nationale, séance du 13 juin 1991 p. 3124).

D'autre part, ainsi que les exposantes l'ont déjà amplement démontré (cf. les premières observations aux points **V-3.1 et s.**), non seulement l'analyse des dispositions litigieuses par la CNCIS confirme pour une large part l'absence de garanties légales suffisantes, mais en outre, et en tout état de cause, cette lecture de la CNCIS ne saurait en aucune pallier une telle carence du législateur.

D'ailleurs, les exposantes tiennent à rappeler que les parlementaires eux-mêmes ont récemment souligné que cette interprétation de la CNCIS – à la supposer pertinente dans le débat constitutionnel – était elle-même incertaine dans l'attente de celle qui sera retenue par la CNCTR et que, quoiqu'il en soit, c'est au Gouvernement qu'il reviendrait de prévoir les règles nécessaires et d'assurer la conciliation entre les impératifs liés à l'ordre public et les droits et libertés, alors que cette mission incombe au seul législateur (cf. les premières observations des exposantes au point **V-3.5**).

II-2.3 En outre, le Premier ministre ne saurait davantage convaincre lorsqu'il énonce que « *l'article L. 811-5 du CSI ne couvre donc que les mesures concernant la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant, pour leur acheminement, un mode exclusivement hertzien* » (cf. les observations, p. 3).

II-2.3.1 En effet, et **d'une part**, la distinction réalisée par le Premier ministre entre « *communication [qui] emprunte à titre*

accessoire la voie hertzienne » et celle qui aurait « *un mode exclusivement hertzien* » ne repose, une fois de plus, sur aucun critère légal puisque les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure se bornent à viser sans distinction les « *transmissions empruntant la voie hertzienne* ».

A cet égard, l'évocation par le Premier ministre du jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris le 8 avril 2014 (cf. les observations, p. 3) ne saurait offrir un quelconque support à une telle lecture.

Dans cette affaire, le juge pénal s'est borné à rejeter l'argument des prévenus selon lequel la communication de « fadettes » – qui sont des relevés d'appels entrants et sortants sur la ligne d'une personne permettant d'identifier les titulaires des numéros de téléphone qui ont été en contact avec elle – pourrait être justifiée par l'article 20 de la loi de 1991, devenue entretemps l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure.

Tout au plus cette dernière affaire illustre-t-elle à l'envi combien l'incertitude qui enveloppe les dispositions contestées ouvre la voie à de nombreuses tentatives de contournement et même de détournement des garanties légales existantes (cf. les premières observations des exposantes au point **V-4**).

Au demeurant, d'un point de vue technique, il est pour le moins surprenant de faire relever de cette première catégorie des communications aux modalités fort différentes, telles que celles réalisées par « *des téléphones portables, téléphones sans fil, wifi, bluetooth, etc.* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 3).

En tout état de cause, nul ne peut exclure l'émergence de nouvelles technologies recourant à des « *transmissions empruntant la voie hertzienne* », lesquelles seraient alors dépourvues de tout encadrement légal satisfaisant en raison de l'exclusion globale prévue à l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure.

II-2.3.2 D'autre part, est des plus révélatrices l'affirmation selon laquelle la loi du 24 juillet 2015 aurait « *conforté le caractère résiduel de l'exception prévue par l'article L. 811-5 du CSI en créant un*

régime légal propre à l'utilisation des "IMSI catchers", les appareils ou dispositifs techniques mentionnés aux articles L. 851-6 (accès aux données de connexion) et L. 852-1 (accès au contenu), dont l'objet même est d'intercepter des transmissions hertziennes » (Ibid.).

Or, à rebours de cette assertion, la loi du 24 juillet 2015 ne prévoit pas véritablement de « régime légal propre » pour l'utilisation de chacun de ces dispositifs, puisqu'elle ne vise aucunement et explicitement des instruments tels que les « IMSI Catchers ». Tout au plus existe-t-il des outils qui concernent des formes d'interceptions par des dispositifs très généraux.

Surtout, le constat du Premier ministre selon lequel de tels dispositifs auraient pour « objet même est d'intercepter des transmissions hertziennes » revient à signifier que ceux-ci seraient des « transmissions empruntant, pour leur acheminement, un mode exclusivement ou essentiellement hertzien » (Ibid.).

Partant, si l'on suit le raisonnement du Premier ministre, la distinction dont il se prévaut entre les « transmissions empruntant, pour leur acheminement, un mode exclusivement hertzien » et celles qui empruntent « à titre accessoire la voie hertzienne » apparaît radicalement impraticable et infondée.

II-2.3.3 De troisième part, et corrélativement, l'affirmation du Premier ministre selon laquelle les « transmissions » hertziennes seraient « parfaitement marginales aujourd'hui » car « plus de 99 % des communications mondiales transitent [...] à ce jour par des réseaux filaires » (cf. les observations du Premier ministre, p. 3) n'est étayée par aucune donnée ou étude précise.

Surtout, il est pour le moins difficile d'être convaincu par l'assertion selon laquelle le seul fait qu'une communication emprunte à un moment donné les réseaux filaires emporterait son exclusion de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure (Ibid.).

En effet, outre que les services de renseignements ne sont pas en mesure de déterminer si telle ou telle communication a transité par cette voie filaire, le Premier ministre reconnaît lui-même que l'ensemble des communications utilisent aujourd'hui « un passage [...]

par la technologie hertzienne pour » faire « le lien entre l'extrémité du réseau filaire et le terminal de communication » (Ibid. note n° 3).

La circonstance que ce passage serait « *accessoire* » est parfaitement indifférente, dès lors qu'il ouvre une fenêtre au travers de laquelle la surveillance de ces transmissions hertziennes peut intervenir sans aucun encadrement légal.

II-2.4 Enfin, les tentatives de limitation du champ d'application de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure à la seule « *police des ondes* » concernant des « *fréquences affectées à la police ou des fréquences maritimes dédiées aux urgences* » ainsi qu'à d'autres usages militaires (cf. les observations du Premier ministre, p. 4) ne peuvent davantage convaincre, toujours faute de précisions légales en ce sens.

Une fois encore, il est particulièrement frappant que le Premier ministre soit contraint de se livrer à une description restrictive de la notion de « *transmission empruntant la voie hertzienne* » en dégagant un ensemble de critères – étendue et mode de diffusion des ondes, contenu des transmissions, nature des acteurs recourant à ce mode de communication, etc. (*Ibid.*) – qui ne reposent aucunement sur la loi.

En particulier, la notion d'« *espace public* » ne renvoie guère à un élément reconnu comme opérant par le législateur.

A la rigueur, si de tels critères avaient été explicitement retenus par le législateur, ils auraient certes éventuellement pu assortir les dispositions contestées des garanties légales requises.

Mais à défaut, le seul effort interprétatif du Gouvernement ne saurait pallier cette carence. Bien au contraire, cette tentative du Premier ministre tend au contraire à mettre en exergue ces insuffisances.

II-3 Ce seul constat suffit amplement à révéler que le législateur a méconnu sa propre compétence en manquant de prévoir les garanties légales appropriées et spécifiques requises.

Le Premier ministre ne saurait éviter une telle conclusion en insistant que le « *caractère très faiblement intrusif des mesures autorisées par l'article L. 811-5* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 4), dès lors que l'absence même de tout encadrement légal d'un tel dispositif de surveillance fait radicalement obstacle à toute affirmation assurée selon laquelle sa portée serait limitée.

Au demeurant, les exposants tiennent à rappeler que l'ensemble des observateurs et acteurs ont au contraire souligné combien cette exclusion légale « *est devenu[e] 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).

Mais il y a bien plus.

Car cette absence de garanties légales quant à l'encadrement du dispositif de surveillance hertzienne se conjugue avec l'absence de tout contrôle effectif de ces opérations.

Sur l'absence de tout contrôle effectif

III. En deuxième lieu, pour affirmer que « *le législateur n'a pas renoncé à tout encadrement ou à tout contrôle de ces mesures* » prévues par l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, le Premier ministre énonce qu'il existerait « *un régime d'encadrement* » quant à « *la fabrication* » et à « *la détention* » d'appareils de surveillance et qu'un « *contrôle juridictionnel en cas de recours illégal* » à la surveillance hertzienne (cf. les observations du Premier ministre, p. 5).

Or, bien loin de convaincre, de telles assertions confortent amplement la démonstration des exposantes selon laquelle, par les dispositions contestées, 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 (cf. les premières observations au point **V-4**).

III-1 En effet, il importe de rappeler que selon le Conseil constitutionnel, un mécanisme de surveillance ne peut être constitutionnellement toléré qu'en la présence de garanties légales susceptibles de permettre un contrôle effectif 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).

Ce contrôle doit permettre de vérifier que « *les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés* », telles que définies par la loi, sont bien respectées (Déc. n° 2015-713 DC, précité, cons. 78). En particulier, la « *saisie [et] l'exploitation des données ainsi collectées* » doivent être « *autorisées par un juge* » (Dec. n° 2016-536 QPC, précité, cons. 14) ou, à tout le moins, une autorité indépendante sous le contrôle d'un juge (Déc. n° 2015-713 DC, précité).

Partant, l'ensemble du processus de collecte de données doit être soumis à un contrôle effectif. Et ce, de la décision individuelle de collecte à l'exploitation et à la destruction de ces données, en passant par sa mise en œuvre.

III-2 Or, tel n'est précisément pas le cas pour les opérations de surveillance visées par l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure.

Les deux seuls éléments mis en exergue par le Premier ministre le démontrent à l'envis.

III-2.1 D'une part, le Premier ministre avance que le seul article 226-3 du code pénal suffirait à faire office de « *régime légal* » encadrant le recours aux dispositifs de surveillance hertzienne.

Néanmoins, il ne saurait être question de considérer qu'une telle incrimination générale de « *la fabrication* » et de « *la détention* » de

dispositifs techniques de surveillance peut passer pour un encadrement légal **approprié et spécifique** des « *conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés* » au titre de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure.

Il en est d'autant plus ainsi que cette incrimination ne permet qu'une sanction pénale a posteriori, au surplus uniquement dans la mesure où les pratiques de surveillances se trouvent éventuellement mises au jour.

Mais à aucun moment ce dispositif pénal ne peut fonder un contrôle effectif avant et pendant les opérations de surveillance.

Il en est tout particulièrement ainsi lorsque ces opérations sont le fait des services étatiques de renseignement. Car ainsi que le reconnaît le Premier ministre lui-même, cette incrimination s'adresse prioritairement aux particuliers et non à ces services, puisque ces derniers « *disposent d'autorisation de plein droit* » pour recourir à ces dispositifs (cf. les observations du Premier ministre, p. 5).

L'évocation de l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information ne peut davantage convaincre, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'elle ne dispose pas de pouvoirs comparables à ceux de la CNCTR.

En réalité, il résulte des observations du Premier ministre elles-mêmes que les opérations de surveillance hertzienne réalisées par les services de renseignement ne sont assujetties à aucun contrôle, mais dépendent du seul bon vouloir et des éventuelles bonnes pratiques de ces services, qui « *peuvent* » autolimiter leurs pratiques « *dans leur portée* » ou « *tenir des registres, qui peuvent être contrôlée* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 5), manifestement sans aucun regard ou contrôle extérieur.

III-2.2 D'autre part, l'évocation des autres incriminations pénales générales d'atteinte à la vie privée et d'atteinte au secret des correspondances, prévues respectivement par les articles 226-1 et 226-15 du code pénal, ne convainc pas davantage.

Là encore, ces incriminations peuvent éventuellement, et au mieux, permettre une répression pénale *a posteriori*, sous réserve que les pratiques litigieuses aient été révélées – ce qui, s’agissant précisément de pratiques secrètes, est voué à demeurer rarissime.

Mais en aucune façon ces incriminations pénales ne sauraient tenir lieu de dispositif de contrôle effectif de l’ensemble du processus de collecte de données, en particulier envers les agents des services de renseignement qui agissent ès qualité.

L’exemple de l’affaire des « fadettes » et du jugement du tribunal correctionnel de Paris en date du 8 avril 2014 illustre d’ailleurs combien l’absence de tout contrôle véritable des opérations de surveillance hertzienne autorise certains acteurs à se prévaloir commodément de l’exclusion légale prévue désormais à l’article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure.

En tout état de cause, le fait qu’une telle tentative n’ait pas prospéré dans cette affaire ne saurait démontrer un quelconque contrôle juridictionnel des opérations véritablement menées sur le fondement des dispositions litigieuses.

III-3 A tous égards, donc, il est manifeste que les opérations de surveillance permises par les dispositions litigieuses de l’article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure ne sont soumises à aucun des contrôles requis par les exigences constitutionnelles.

La censure de ces dispositions s’impose donc.

Sur les effets de la déclaration d’inconstitutionnalité

IV. En troisième et dernier lieu, le Premier ministre indique que si le Conseil constitutionnel censurait les dispositions litigieuses, « *le Gouvernement demanderait que cette décision soit assortie d’un délai raisonnable afin de permettre au législateur d’adopter les dispositions qui seraient alors nécessaires* » (cf. les observations du Premier ministre, p. 5).

V. Pour leur part, les exposantes invitent le Conseil constitutionnel à conférer un effet immédiat à la censure des dispositions litigieuses qu'il ne manquera pas de prononcer.

En effet, une fois n'est pas coutume, ce n'est pas une telle censure qui emporterait un vide juridique. Car celui-ci existe déjà en raison même de la persistance de l'exclusion légale prévue par les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure.

La disparition d'une telle exclusion conduirait simplement « *la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne* » à relever du régime général prévu par le Livre VIII du code de la sécurité intérieure.

S'il serait alors parfaitement loisible au législateur de concevoir un autre régime légal spécifique à la surveillance hertzienne, il ne saurait être question, d'ici là, de continuer à priver les justiciables des garanties légales minimales concernant un tel dispositif de surveillance.

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