



**Mémoire à l'attention du Conseil constitutionnel
relatif à l'examen de la loi « Renseignement »**

Sous la direction de Gaspard Koenig et Rubin Sfadj

GenerationLibre

41, rue de la Chaussée d'Antin

75009 Paris

www.generationlibre.eu

contact@generationlibre.eu

Paris, le 25 juin 2015

Ont participé à la rédaction de ce mémoire :

Gaspard Koenig, président, GenerationLibre

Rubin Sfadj, avocat

Laurent Caron, avocat

Nicolas Courtier, avocat

Contexte

GenerationLibre est un groupe de réflexion fondé en 2013, indépendant de tout parti politique, qui vise à promouvoir les libertés en France, que ce soit en termes de droits fondamentaux, de mécanismes économiques ou de choix sociétaux. GenerationLibre s'inscrit dans la tradition du « *jacobinisme libéral* »¹, qui confère à l'État un rôle fondamental pour émanciper l'individu de ses tutelles. GenerationLibre publie régulièrement des notes et des rapports, organise des débats, et intervient dans les médias pour promouvoir ses idées.

À l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel de la loi « Renseignement » (ci-après « la loi déferée »), nous avons souhaité apporter notre contribution au travail démocratique, dans la droite ligne des valeurs que nous portons. **Nous avons mobilisé des juristes, professeurs de droit constitutionnel, avocats spécialisés dans le numérique ou spécialistes des libertés fondamentales, mais aussi des philosophes et des historiens pour mettre en perspective les grands principes de notre droit.** Il en ressort qu'en généralisant la surveillance et en mettant à mal le principe du secret des correspondances, le gouvernement s'apprête à porter une atteinte substantielle à l'État de droit, accordant ainsi une victoire morale et politique aux ennemis de la liberté qu'il entend combattre.

Nous sommes encouragés dans notre démarche par les réactions d'institutions reconnues de défense des libertés, telles que Human Rights Watch², Amnesty International³, ou le Défenseur des droits français⁴. Nous ne nourrissons pas l'ambition de nous substituer au travail de ces institutions, ni à celui des autorités de saisine ; nous espérons plutôt porter la réflexion, au travers d'un éclairage à la fois historique et constitutionnel, sur quelques-uns des aspects de la loi déferée les plus contraires à la tradition républicaine.

Nous avons ainsi l'honneur et le privilège de déposer auprès du Conseil constitutionnel le présent mémoire, en la forme accoutumée de la « porte étroite ».

¹ Cf. Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français*, éd. Seuil, 2004, chap. VIII, « Résistances et recompositions »

² Human Rights Watch, Communiqué de presse du 7 avril 2015 : « *Le projet de loi sur le renseignement risque d'ouvrir la voie vers une société de la surveillance.* » (<http://www.hrw.org/fr/news/2015/04/06/france-le-projet-de-loi-sur-le-renseignement-risque-douvrir-la-voie-vers-une-societe>)

³ Amnesty International, Communiqué de presse du 20 mars 2015 : « *Par ce projet de loi, la France autorise la surveillance de masse sans contrôle judiciaire ni recours effectif pour les victimes de la surveillance.* » (<http://www.amnesty.fr/CP-Projet-de-loi-Renseignement-14620>)

⁴ Défenseur des droits, Avis n° 15-04 du 2 avril 2015 : « *Les ingérences dans le droit au respect de la vie privée sont d'une telle gravité qu'elles doivent reposer sur des dispositions claires et détaillées (...)* » (http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20150402_15-04.pdf)

Sommaire

Contexte	3
Introduction	5
1. <i>Le paradoxe législatif de la lutte antiterroriste française</i>	5
2. <i>Le secret des correspondances, un principe révolutionnaire</i>	6
I. Sur les motifs de recours au renseignement	8
1. <i>Une conception de l'État de droit</i>	8
2. <i>L'extension excessive du domaine du renseignement</i>	9
3. <i>L'incompétence négative du législateur</i>	11
II. Sur les procédures d'autorisation et de contrôle du renseignement	13
1. <i>L'autorité judiciaire, seule gardienne de la liberté individuelle</i>	13
2. <i>Les carences de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement</i>	15
3. <i>La faiblesse des recours prévus par la loi déferée</i>	16
III. Sur les moyens techniques du renseignement	18
1. <i>Société de surveillance contre respect des libertés</i>	18
2. <i>La métadonnée, véhicule des correspondances numériques</i>	19
3. <i>Le secret des correspondances, principe fondamental reconnu par les lois de la République</i>	21
Récapitulatif des demandes	24

Introduction

Dans un contexte difficile, marqué par une actualité brûlante, la loi déferée vient s'ajouter à une longue série de textes de renforcement du pouvoir réglementaire (1). Mais le droit auquel elle entend porter atteinte est consubstantiel de l'identité républicaine (2).

1. Le paradoxe législatif de la lutte antiterroriste française

Comment séparer une loi du contexte dans lequel le législateur en a établi la nécessité, dessiné les contours et arrêté les dispositions ? L'histoire et l'actualité informent et éclairent nécessairement l'interprétation de la loi tant dans son application future que dans son rapport à la Constitution, spécialement en matière de libertés publiques.

S'agissant de la loi déferée, le contexte est marqué par une conjonction complexe entre d'une part les événements qui ont précédé le travail législatif et d'autre part les tendances lourdes dans lesquelles celui-ci s'inscrit.

Les événements, pour ne citer que les plus récents, sont connus de tous. Attentats contre des militaires puis contre l'école juive Ozar Hatorah à Toulouse en 2012 ; contre le Musée juif de Bruxelles en 2014 présentant de nombreux liens avec la France ; puis bien sûr, en 2015, contre *Charlie Hebdo* et le magasin HyperCacher à Paris : la France connaît ces dernières années un regain de l'activité terroriste sur son sol ou en lien avec ses nationaux. Aussi, un solide consensus politique a émergé de la nécessité de renforcer notre arsenal législatif antiterroriste.

Seulement, et c'est tout le paradoxe, ce consensus semble ignorer la tendance continue et déjà ancienne de durcissement continu des lois pénales et antiterroristes françaises. Depuis 1986, vingt-et-une lois destinées à lutter contre le terrorisme ont été promulguées⁵, bon nombre donnant lieu à des décisions majeures du Conseil constitutionnel. La loi déferée porterait ce chiffre à plus de trois lois antiterroristes tous les quatre ans sur les trente dernières années. Un record.

⁵ Direction de l'information légale et administrative, *Trente ans de législation antiterroriste*, 21 janvier 2015 (<http://www.vie-publique.fr/chronologie/chronos-thematiques/trente-ans-legislation-antiterroriste.html>)

Mais l'impression subsiste que nous sommes mal protégés contre le risque terroriste, que les lois existantes ne sont pas à la hauteur des dangers à venir, et qu'il sera indispensable de renoncer à un certain nombre de droits et de libertés afin de garantir notre sécurité.

Le droit auquel la loi déferée entend nous faire renoncer, c'est le secret des correspondances.

2. Le secret des correspondances, un principe révolutionnaire

*La Nation française réclame dans toute son étendue la liberté individuelle, s'élève avec indignation contre les lettres de cachet, qui disposaient arbitrairement des personnes, et contre **la violation du secret de la poste, l'une des plus absurdes et des plus infâmes inventions du despotisme.***

– Stanislas de Clermont-Tonnerre, le 27 juillet 1789, devant l'Assemblée constituante

Voilà ce qu'écrivait le 27 juillet 1789 le comte de Clermont-Tonnerre, député du Tiers aux États-généraux, dans son rapport au Comité de constitution qui résumait les réclamations recueillies dans les cahiers de doléance.

Les « cabinets noirs », chargés sous l'Ancien Régime de surveiller et d'ouvrir les correspondances privées, étaient ainsi mis sur le même plan, dans l'esprit du peuple, que les embastillements : deux pratiques violant les droits individuels, reflets d'un arbitraire insupportable. **Une des premières mesures de l'Assemblée nationale constituante fut donc de sacrifier le respect de la correspondance privée, corollaire naturel et indispensable de la liberté d'opinion.** Car il n'est pas de pensée libre sans la possibilité de rédiger et d'échanger confidentiellement, en laissant cours aux idées les plus dérangeantes, les plus extravagantes, les plus condamnables.

Voilà pourquoi, aujourd'hui, l'article 432-9 du code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances* ». Et les postiers prêtent serment de « *respecter scrupuleusement le secret dû aux correspondances* » selon une formule demeurée pratiquement inchangée depuis l'époque révolutionnaire.

Quelle ne serait pas la surprise du comte de Clermont-Tonnerre de voir que ses lointains successeurs au Parlement s'apprêtent très ouvertement, au nom même de la démocratie qu'il chérissait, à revenir sur cet acquis révolutionnaire, en ré-instituant une surveillance généralisée des correspondances ! Car ne nous y trompons pas : **les « boîtes noires » proposées par la loi déférée sont l'équivalent moderne des cabinets noirs de la monarchie**. Le fait qu'un algorithme hébergé chez un opérateur Internet remplace l'agent du Roi qui ouvrait le cachet des lettres, et que la collecte des métadonnées remplace la lecture des lettres manuscrites, ne change strictement rien à la question. Ce qui était considéré inacceptable dans les cahiers de doléance n'était pas que tel individu puisse lire telle lettre personnelle, mais que les lettres puissent être ouvertes. Il ne s'agissait pas de pudeur, mais de droit.

Et nous avons, aujourd'hui, le droit de refuser qu'un algorithme, aussi anonyme soit-il, filtre nos courriels d'amour ou de haine, en trace l'origine, le destinataire, l'heure d'envoi ou le nombre de clics.

À la question : « *Mais en quoi cela vous dérange-t-il ?* », la seule réponse légitime est : « *Je n'ai pas à vous répondre* ». **De même que l'on n'a pas à justifier pourquoi l'on tient à sa vie, ou pourquoi l'on veut conserver sa propriété, personne ne peut être mis en demeure d'expliquer pourquoi il souhaite le respect de sa vie privée**. C'est d'emblée nier la valeur du principe que de le réduire à son usage.

Ce renoncement sans précédent qu'implique la loi déférée explique la saisine parlementaire dont elle fait l'objet, mais aussi la saisine, tout-à-fait exceptionnelle, portée par le Président de la République. Au-delà de l'unanimité de principe suscité par les motivations gouvernementales, chacun sent bien, jusqu'au sommet de l'État, que quelque chose de fondamental et de décisif pour l'avenir de notre démocratie se joue, en particulier dans un contexte international instable où des questions similaires risquent de se poser régulièrement.

Présentée comme offrant enfin les moyens de se défendre contre la menace terroriste, la loi déférée couvre pourtant un champ de motifs aussi vaste qu'imprécis (I) ; elle prévoit des procédures de mise en œuvre du renseignement opaques et peu conformes au droit constitutionnel (II) ; elle offre enfin à l'administration des moyens qui mettent en péril le maintien de l'État de droit (III).

I. Sur les motifs de recours au renseignement

Issue d'une conception de l'État de droit peu respectueuse des libertés individuelles (1), la loi déferée entend étendre le recours aux techniques de renseignement à des champs inédits en démocratie (2) et confère au pouvoir réglementaire des attributions que la Constitution réserve pourtant au législateur (3).

1. Une conception de l'État de droit

Nul ne saurait nier que l'État puisse recourir à des outils de renseignement pour garantir le droit à la sûreté. Mais deux conceptions fort différentes de l'État de droit peuvent ici être à l'œuvre.

La première, inspirée de Hobbes et de son *Léviathan*⁶, fait de la sécurité la raison d'être de l'État, pour arracher les hommes à l'état de guerre permanent, « *conséquence nécessaire des passions naturelles* ». La souveraineté est donc ancrée dans la violence, avec pour but premier la préservation des membres du groupe. À l'inverse, l'État se définit par l'exclusivité de l'usage de la force (le « *monopole de la violence légitime* », écrira plus tard Max Weber⁷), indépendamment de la source du pouvoir (démocratique ou non). Dans ce système, la liberté est conçue comme le simple assouvissement de désirs capricieux, la prolongation d'un état de nature anarchique ; face à elle, le but de la vie en société est bien d'assurer la préservation des individus par le biais de ce que Hobbes appelle des « *chaînes artificielles* » : l'autorité policière. Il ne peut donc pas être question de libertés fondamentales, puisque l'État vient précisément garantir la sécurité contre la liberté. Telle semble bien être la manière dont l'actuel gouvernement pose les termes du débat.

C'est ignorer la réponse de John Locke quarante ans plus tard dans le *Second traité du gouvernement*⁸. Considérant que la liberté n'est pas de faire tout ce qui nous plaît, mais de se conformer à une règle stable et consentie, le père spirituel du libéralisme considère l'exercice des droits individuels comme un processus logiquement antérieur à la formation de l'État. La souveraineté du pouvoir sera donc non pas absolue, mais limitée à la préservation mutuelle de la vie, de la liberté et de la propriété. La seule légitimité de la puissance pu-

⁶ Thomas Hobbes, *Léviathan*, éd. de Londres, 1651

⁷ Max Weber, *Le savant et le politique*, éd. Plon, 1959

⁸ John Locke, *Second traité du gouvernement*, éd. de Londres, 1689

blique sera de renforcer et de garantir les libertés fondamentales, qui comptent sans s'y réduire la sécurité, et se complètent plutôt que de s'opposer. Privilégier l'une par rapport aux autres, c'est rompre le contrat social.

C'est ce que Benjamin Franklin, grand lecteur de Locke, résumera de cette formule bien connue : « *Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux* »⁹.

Cette conception lockéenne, c'est la nôtre, telle qu'on la retrouve à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme ». Nous défendons cet héritage, fondé sur la préservation des libertés et non sur la toute-puissance du souverain. Nous contestons donc qu'il faille « plus de sécurité » au prix de « moins de liberté », et affirmons au contraire que les libertés doivent se concevoir comme un « bouquet » auquel aucune ne saurait manquer. Cela implique de rétablir une exigence de proportionnalité dans les atteintes éventuelles aux libertés, exigence incompatible avec le caractère général de la surveillance ainsi que l'absence de contrôle de l'autorité judiciaire.

Au contraire, l'approche hobbesienne du pouvoir actuel ressemble tristement à la conception que les terroristes se font d'un État tout puissant, sans limites constitutionnelles. Abandonner notre tradition de libertés, ce serait reconnaître la victoire culturelle et politique de nos ennemis.

Puissions-nous nous inspirer du premier ministre norvégien Jens Stoltenberg, qui avait déclaré après la tuerie d'Utoya, le 22 juillet 2011 : « *Nous allons répondre à la terreur par plus de démocratie, plus d'ouverture et de tolérance* ».¹⁰

La loi déferée, en proposant une extension du domaine du renseignement bien au-delà des motifs qui lui sont traditionnellement dévolus en démocratie, semble prendre une toute autre orientation.

⁹ Discours prononcé le 11 novembre 1755 devant l'Assemblée de Pennsylvanie (*Votes and Proceedings of the House of Representatives, 1755-1756*, Philadelphie, 1756)

¹⁰ Discours prononcé en conférence de presse le 22 juillet 2011 (<https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/transcript-from-prime-minister-stoltenbe/id651770/>)

2. L'extension excessive du domaine du renseignement

Si la prévention du terrorisme semble pouvoir justifier, sous certaines conditions, le recours aux activités de renseignement, elle ne constitue qu'un seul des motifs prévus par l'article 1^{er} de la loi déferée, qui ouvre notamment aux activités de renseignement deux domaines qui leur étaient jusqu'ici étrangers : l'économie (2.1) et la politique pénale (2.2).

2.1. Les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France

En particulier, l'intégration à cette liste des « *intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France* » (3°) pose question tant au plan politique, s'agissant de la définition exacte de ces intérêts, qu'au plan juridique, où **la mise en œuvre de techniques de renseignement en matière économique, industrielle et scientifique porte manifestement atteinte au principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre.**

La liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui dispose :

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler qu'il ne pouvait être porté atteinte à la liberté d'entreprendre qu'à une double condition : que les limitations proposées soient liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, et que les atteintes en résultant ne soient pas disproportionnées à l'égard de l'objectif poursuivi.¹¹

Or l'idée qu'il existe, en-deçà de l'intérêt général et au-delà des intérêts particuliers des individus, des entreprises ou des universités françaises, des intérêts économiques, industriels et scientifiques *majeurs de la France* s'accommode mal de la rigueur requise par l'application des principes constitutionnels.

En l'occurrence, aucune des deux conditions n'est remplie : non seulement la liberté d'entreprendre est ici brimée par des limitations liées à des intérêts manifestement différents de l'intérêt général, mais au surplus, en l'absence de définition légale des intérêts cités,

¹¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001

l'objectif poursuivi demeure impossible à déterminer. **Il en résulte que cette disposition doit être déclarée contraire à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.**

2.2. La prévention de la criminalité et de la délinquance organisées

Parmi les motifs de recours au renseignement listés à l'article L. 811-3 nouveau du code de la sécurité intérieure, le législateur a en outre entendu compter « *la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées* » (6°).

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose, en son article 7, que « *[n]ul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis* ». C'est dans cet esprit que l'article 66 de la Constitution déclare l'autorité judiciaire « *gardienne de la liberté individuelle* ».

Ainsi, d'une part l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 confère la définition de la politique pénale au seul législateur, et d'autre part l'article 66 de la Constitution en réserve l'application à l'autorité judiciaire. De la combinaison de ces deux dispositions, il découle nécessairement que **le législateur ne saurait déléguer au pouvoir réglementaire « *la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées* » sans porter gravement atteinte au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, fixé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :**

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

En conséquence, cette disposition doit être déclarée contraire aux articles 7 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution.

3. L'incompétence négative du législateur

L'article 34 de la Constitution dispose, dès son premier alinéa, que « *[[l]a loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; (...) les sujétions imposées par la défense nationale aux*

citoyens en leur personne et en leurs biens ». Investi de ces missions, le législateur ne saurait en déléguer l'exercice au pouvoir réglementaire, que ce soit de façon explicite ou par l'effet d'un langage trop général ou imprécis.

L'article 1^{er} de la loi déferée complète le code de la sécurité intérieure d'un article L. 811-4 aux termes duquel c'est au pouvoir réglementaire qu'il revient, en la forme d'un décret en Conseil d'État, de désigner non seulement « *ceux des services, autres que les services spécialisés de renseignement, relevant des ministres de la défense, de la justice et de l'intérieur ainsi que des ministres chargés de l'économie, du budget ou des douanes, qui peuvent être également autorisés à recourir* » au renseignement, mais surtout les « *finalités* » et les « *techniques qui peuvent donner lieu à autorisation* ». **Le législateur entend donc laisser au pouvoir réglementaire le soin de garantir la nécessaire proportionnalité entre les objectifs poursuivis par le renseignement et l'exercice des libertés publiques.**

Or le Conseil constitutionnel a précisé qu'en confiant dans la loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap le soin de « *fixer les conditions dans lesquelles des mesures de substitution peuvent être prises afin de répondre aux exigences de mise en accessibilité* » au pouvoir réglementaire, le législateur n'avait « *pas précisément défini l'objet des règles qui doivent être prises par le pouvoir réglementaire* » et avait donc « *méconnu l'étendue de sa compétence* ». ¹²

De même, il est apparu au Conseil constitutionnel que le législateur a également méconnu l'étendue de sa compétence en ne précisant dans la loi relative à la protection de l'identité « *ni la nature des « données » au moyen desquelles ces fonctions peuvent être mises en œuvre ni les garanties assurant l'intégrité et la confidentialité de ces données* ». ¹³

En se contenant de définir les motifs de recours au renseignement sans préciser les services habilités à y recourir, à quelles fins et avec quels moyens, le législateur a donc méconnu l'étendue de sa compétence ; il en résulte que l'article 1^{er} de la loi déferée doit être déclaré, en ces dispositions, contraire à la Constitution.

¹² Conseil constitutionnel, décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011

¹³ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012

II. Sur les procédures d'autorisation et de contrôle du renseignement

Non seulement la loi déferée porte atteinte à l'autorité judiciaire dans son rôle de gardienne de la liberté individuelle (1), mais au surplus elle lui substitue une Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement manifestement impuissante face à l'exécutif (2). Enfin, les recours prévus, non conformes aux exigences constitutionnelles, sont plus qu'insuffisants (3).

1. L'autorité judiciaire, seule gardienne de la liberté individuelle

Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, précité, « *[t]oute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Dans une décision du 10 novembre 2011, le Conseil constitutionnel a rappelé que « *l'article 16 de la Déclaration de 1789 implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement, ainsi que le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le droit à un procès équitable* ». ¹⁴

Dès lors, **le fait pour le législateur ou pour le pouvoir exécutif de s'arroger une prérogative réservée à l'autorité judiciaire constitue *ipso facto* une violation non seulement de la lettre mais aussi de l'esprit républicain.** Ainsi l'article 66 de la Constitution consacre-t-il l'autorité judiciaire comme « *gardienne de la liberté individuelle* ». Si le législateur demeure libre de confier certaines missions à une autorité administrative indépendante, ces attributions ne peuvent venir que compléter et non se substituer à celles conférées à l'autorité judiciaire par la Constitution.

Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il rappelé dans une décision du 2 mars 2004 que « *si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le*

¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011

*respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées ».*¹⁵

Une décision du 16 juillet 1996 a offert au Conseil constitutionnel l'occasion d'appliquer ce principe ancien au contexte de la lutte antiterroriste, considérant « *qu'eu égard aux exigences de l'ordre public, le législateur peut prévoir la possibilité d'opérer des visites, perquisitions et saisies de nuit dans le cas où un crime ou un délit susceptible d'être qualifié d'acte de terrorisme est en train de se commettre ou vient de se commettre, à condition que l'autorisation de procéder auxdites opérations émane de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que le déroulement des mesures autorisées soit assorti de garanties procédurales appropriées ».*¹⁶

S'agissant du « *traitement général des données recueillies* » par des « *logiciels de rapprochement judiciaire* », le Conseil a spécifié que « *ces logiciels ne pourront conduire qu'à la mise en œuvre, autorisée par ces autorités judiciaires, de traitements de données à caractère personnel particuliers, dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure déterminée portant sur une série de faits et pour les seuls besoins de ces investigations ».*¹⁷

C'est dire qu'il découle non seulement de l'esprit républicain mais aussi de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel qu'en toutes matières, même s'agissant de lutte antiterroriste et de traitement numérique des données, aucune loi ne saurait dessaisir l'autorité judiciaire de sa mission de protection de la liberté individuelle sans être déclarée contraire à la Constitution.

Or non seulement la loi déferée substitue à l'autorité judiciaire une Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement dénuée de tout pouvoir contraignant vis-à-vis des décisions de l'exécutif, mais au surplus elle confie au juge administratif et non à l'autorité judiciaire le maigre recours qu'elle entend concéder aux justiciables.

¹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004

¹⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996

¹⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011

2. Les carences de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement

Le 5 juin 2015, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe publiait un document thématique intitulé *La surveillance démocratique et effective des services de sécurité nationale*, visant à concilier les exigences d'efficacité et de contrôle démocratique en matière de renseignement.¹⁸

S'appuyant tant sur les grands principes de l'État de droit que sur la prise de conscience traversant les démocraties libérales à la suite des révélations d'Edward Snowden, le Commissaire aux droits de l'homme formule à l'attention des États membres du Conseil de l'Europe un certain nombre de recommandations, dont les suivantes :

- En matière de contrôle démocratique des activités de renseignement, le Commissaire aux droits de l'homme recommande que « *la loi prévoit un contrôle global des services de sécurité* », notamment « *en allouant les ressources budgétaires nécessaires aux institutions de contrôle extra-parlementaires* » ;
- S'agissant des procédures d'autorisation, il est rappelé « *[qu'] une autorisation préalable indépendante devrait être nécessaire pour la collecte massive et non ciblée d'informations, la collecte de données de communication et l'accès à celles-ci (même quand elles sont détenues par le secteur privé) et éventuellement l'exploitation de réseaux informatiques* » ;
- Quant au traitement des plaintes, l'exigence d'un droit au recours effectif implique que « *les États doivent faire en sorte que les particuliers aient accès à une institution habilitée à adopter des décisions juridiquement contraignantes* ».

Sur ces trois points, la loi déferée apparaît gravement défailante :

- Elle se contente de déclarer, pour toute garantie de ressources budgétaires, que « *[l]a commission dispose des moyens humains et techniques nécessaires à l'accomplissement de ses missions ainsi que des crédits correspondants, dans les*

¹⁸ Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, *La surveillance démocratique et effective des services de sécurité nationale*, CommDH/IssuePaper (2015) 2, 5 juin 2015

conditions fixées par la loi de finances » (article L. 832-4 nouveau du code de la sécurité intérieure) ;

- S'agissant de la « *collecte massive et non ciblée d'informations* », la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ne formule qu'un simple « *avis* » à l'égard du Premier ministre, seul habilité à délivrer les autorisations préalables nécessaires à l'activation des techniques de renseignement (article L. 821-1 nouveau du code de la sécurité intérieure) ;
- Enfin, la loi déferée ne confère à aucune des décisions de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement la qualité de « *décision juridiquement contraignante* » : en cas de plainte formulée par un justiciable, la commission ne peut guère que *recommander* au Premier ministre l'interruption et la destruction des données collectées (article L. 821-6).

Ces recommandations du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ne sont pas seulement basées sur le respect d'un équilibre abstrait ou spéculatif : elles reflètent l'esprit et la jurisprudence constante des institutions chargées du respect des principes communautaires et européens de l'État de droit. **Leur méconnaissance par la loi déferée fait courir à la France le risque de nombreuses condamnations supranationales et, plus grave encore, celui d'une marginalisation au sein des États membres de ces institutions.**

Du reste, au plan interne, la faiblesse des recours prévus par la loi déferée se traduit sous la forme de nombreux manquements aux principes dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

3. La faiblesse des recours prévus par la loi déferée

Le mécanisme de recours prévu par la loi déferée est consigné aux articles L. 821-6, L. 833-3 et L. 841-1 nouveaux du code de la sécurité intérieure, ainsi qu'aux articles L. 773-1 et suivants nouveaux du code de la justice administrative :

- En premier lieu, le justiciable s'estimant visé par une mesure de renseignement saisit la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, qui procède aux « *vérifications nécessaires* » (article L. 833-3) ;
- Si elle constate des irrégularités, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ne dispose que d'un simple pouvoir de « *recommandation* » à l'égard du Premier ministre, aux fins d'interruption des mesures et de destruction des données (article L. 821-6), sans pour autant « *confirmer ni infirmer* » au justiciable la mise en œuvre de mesures de renseignement à son encontre (article L. 833-3) ;
- Enfin, notifié de la réception de sa demande mais non de son résultat ni même de son bon droit, le justiciable peut porter son recours auprès du Conseil d'État (article L. 841-1), qui statuera dans une « *formation spécialisée* » (article L. 773-2), au mépris éventuel du principe de la contradiction (articles L. 773-3 et L. 773-5) et toujours « *sans confirmer ni infirmer la mise en œuvre d'une technique* » (article L. 773-6).

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision de 2006 concernant la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, a précisé qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « *qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». Ainsi, une loi instaurant des mesures de police administrative ne saurait priver les justiciables de « *garanties juridictionnelles de droit commun* », sauf à méconnaître le principe constitutionnel du droit au recours.¹⁹

Relevant manifestement de la justice d'exception en ce qu'il méconnaît entre autres le principe du double degré de juridiction, l'obligation d'information du justiciable et le principe de la contradiction, le recours prévu par la loi déférée porte des atteintes substantielles au droit des personnes intéressées et prive donc les justiciables des garanties juridictionnelles de droit commun ; il en résulte que ces dispositions de la loi déférée doivent être déclarées contraires à la Constitution.

¹⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006

III. Sur les moyens techniques du renseignement

Au service d'un idéal de surveillance panoptique (1), l'analyse systématique de métadonnées qui ne sont rien d'autre que le véhicule de nos correspondances numériques (2) constitue une violation massive du secret des correspondances, principe fondamental reconnu par les lois de la République (3).

1. Société de surveillance contre respect des libertés

La loi déferée renverse la logique ciblée qui prévalait jusqu'alors en matière de renseignement – repérer pour surveiller – pour inaugurer une nouvelle méthode : surveiller pour repérer. Au lieu de chercher à identifier des suspects au sein d'une population a priori innocente, elle considère l'ensemble de la population comme a priori suspecte pour en soustraire, à travers le tamis de l'algorithme, les honnêtes citoyens.

Cette logique de transparence totale poursuit et parachève les tendances disciplinaires du pouvoir moderne mises au jour par Michel Foucault dans son livre sur la naissance de la prison, *Surveiller et punir*²⁰. Dans des pages célèbres, Foucault avait dénoncé l'utopie benthamienne du *Panopticon* carcéral comme une inversion de visibilité : en étant toujours susceptibles d'être vus, sans jamais voir eux-mêmes leur surveillant, les détenus sont « *pris dans une situation de pouvoir dont ils sont eux-mêmes les porteurs* ». Ainsi la surveillance devient « *permanente dans ses effets, même si elle est discontinuée dans son action* ». C'est exactement le modèle de l'algorithme, toujours présent, jamais visible ; toujours possible, jamais certain. Les citoyens deviendraient les détenus à perpétuité d'un pouvoir omniscient, capable de les géolocaliser à tout moment.

Foucault avait bien perçu le potentiel expansionniste du *Panopticon*, « *un modèle généralisable de fonctionnement ; une manière de définir les rapports du pouvoir avec la vie quotidienne des hommes* ». **Plutôt que de s'exercer de l'extérieur, le pouvoir rentre ainsi dans l'intimité de chacun (son clavier, son écran, son portable), exerçant sa pression normative de manière insidieuse et continue** : enverra-t-on les mêmes messages, regardera-t-on les mêmes sites, téléchargera-t-on les mêmes applications dès lors qu'on sentira sur soi l'œil invisible de l'exécutif, devenu surveillant général de la société ?

²⁰ Michel Foucault, *Surveiller et punir*, éd. Gallimard, 1975

Par la collecte massive de métadonnées, la loi déferée installerait bien ce « *réseau de dispositifs qui seraient partout et toujours en éveil, parcourant la société sans lacune ni interruption* ». Elle serait l'ultime expression de la double tendance de transparence et de surveillance caractéristique de la déviance moderne du pouvoir.

2. La métadonnée, véhicule des correspondances numériques

La métadonnée est l'identification d'un message comme le parfum peut être l'identification d'une personne que l'on croise.

Un fichier numérique, de quelque nature qu'il soit, est destiné à être lu par un système informatique ; et c'est le logiciel de ce système qui le retranscrira dans une forme accessible aux sens humains. Si, dans un but de simple accès ou de sauvegarde, nommer et dater les fichiers peut suffire à leur identification, la circulation massive de fichiers dans un réseau oblige à adjoindre aux contenus des informations destinées à orienter le message et à en assurer la transmission à l'identique.

Dans les réseaux construits sur la logique de la « toile », qui induit une succession infinie de transmissions, tout fichier doit être accompagné d'un maximum d'éléments d'identification objectifs afin de pouvoir aboutir au bon destinataire, au bon format, au bon moment, sur le bon appareil, etc. Ces éléments sont appelés *métadonnées*.

Les métadonnées ne sont donc pas des « pièces jointes », sortes de bonus d'information générique dont il serait légitime de s'emparer car sans valeur intrinsèque et sans possibilité d'appropriation. **Elles sont les éléments objectifs qui permettent de définir le contenu, lui-même subjectif, du message.** Leur but est de réduire et si possible d'éliminer tout aléa dans le processus de transfert de l'information, en réalisant un triple objectif de qualité : intégrité, exhaustivité et signature du message.

Aucun de ces éléments ne constitue *par nature* une donnée personnelle. Mais pris ensemble ils deviennent des éléments d'identification des interlocuteurs, du contexte de l'échange et de son contenu dès lors que la collecte servira à analyser, au moyen de programmes informatiques appelés *algorithmes*, à la fois la masse et le détail des métadonnées.

Les métadonnées identifient non seulement les émetteurs et les récepteurs du message, mais donnent aussi, à la lumière du bon algorithme, une indication plus ou moins affinée quant à son contenu. Si bien que les tenants de la loi déférée se plaisent à croire qu'il suffira de perfectionner les algorithmes pour réduire le nombre incalculable de cas où l'analyse des métadonnées fera apparaître le mauvais portrait-robot. C'est imaginer qu'il suffit de connaître plus de parfums pour identifier plus précisément chaque personne.

En réalité, **seule la qualité du contrôle exercé sur les techniques de renseignement réduira, sans jamais pouvoir les éliminer complètement, les erreurs de traitement et les « faux positifs »**. Mais comme on l'a vu, la loi déférée limite précisément ces contrôles à la portion congrue, à tel point que le caractère non contraignant de leur nature, la difficulté de leur mise en œuvre et la faiblesse de leur volume portent de sévères atteintes aux principes constitutionnels.

Écarter le contrôle judiciaire car la collecte ne porte que sur des métadonnées est une application perversifiée de l'adage « *De minimis non curat prætor* », que l'erreur soit commise de bonne foi ou qu'il s'agisse d'une supercherie. Soutenir qu'il n'y a pas à s'inquiéter d'une surveillance massive des correspondances numériques car seules les métadonnées seront vues, collectées et analysées relève donc soit d'une sombre tartufferie, soit d'une grave inconscience.

Si les métadonnées sont systématiquement collectées sans que le recueillement et le traitement soient suffisamment encadrés et contrôlés, aucune correspondance ne sera plus secrète : leurs contenus seront pour ainsi dire *devinés* par ces fameux algorithmes qui, en réduisant l'intervention humaine, réduisent chaque personne à son parfum.

Collecter et analyser systématiquement les métadonnées, véritables véhicules de nos correspondances numériques, revient donc à organiser le viol *massif et aléatoire* du secret des correspondances : c'est, en somme, remettre au goût du jour les cabinets noirs de sinistre mémoire, mais dans une nouvelle version erratique et paranoïaque.

3. Le secret des correspondances, principe fondamental reconnu par les lois de la République

Principes essentiels du droit français issus dans grandes lois républicaines, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont érigés au rang de normes constitutionnelles depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971.²¹

Pour être reconnu comme tel, un principe fondamental reconnu par les lois de la République doit :

- Être énoncé dans un texte législatif de portée générale antérieur à la Quatrième République ;
- Avoir été pris par un régime républicain ou par l'Assemblée nationale constituante²² ;
- Avoir fait l'objet d'une application continue ;
- Être consacré comme principe juridique général et non contingent ; et
- Concerner l'organisation des pouvoirs publics, la souveraineté nationale ou les droits et libertés fondamentaux.

Fils de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le secret des correspondances trouve sa première énonciation explicite et de portée générale dans le code pénal dit du 25 septembre 1791 adopté par l'Assemblée nationale constituante, qui disposait :

Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement et sciemment supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique.

Si le crime est commis, soit en vertu d'un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes, le ministre qui en aura donné ou contresigné l'ordre, quiconque l'aura exécuté, ou l'agent du service des postes qui, sans ordre, aura commis ledit crime, sera puni de la peine de deux ans de gêne.²³

De 1791 à nos jours, le secret des correspondances a fait l'objet de violations systématiques par tous les régimes autoritaires ou non démocratiques qu'a connus notre pays et d'une ap-

²¹ Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

²² Conseil constitutionnel, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987

²³ Code pénal du 25 septembre - 6 octobre 1791, deuxième partie, titre I, section III, article 23

plication continue par tous les régimes républicains successifs.²⁴ Le « *serment professionnel des postiers* », institué par l'Assemblée nationale constituante afin d'assurer le respect du secret des correspondances, n'a d'ailleurs pratiquement pas évolué : sa formulation par le décret du 10 novembre 1993²⁵ aujourd'hui en vigueur est remarquablement similaire à celle de l'Assemblée nationale constituante.²⁶

Principe juridique général et non contingent, il est consacré comme un droit fondamental non seulement au plan interne par la tradition républicaine, mais en outre par la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁷, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁸ ou encore l'Union européenne.²⁹

De ces considérations, il découle nécessairement que le secret des correspondances constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958.

Il a été étendu aux correspondances électroniques, dans un langage toujours similaire, par une loi du 10 juillet 1991.³⁰

Or l'article 2 de la loi déferée augmente notamment le code de la sécurité intérieure d'un article L. 851-3 et d'un article L. 851-4, qui disposent successivement :

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 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. (...)

²⁴ À l'exception, en temps de guerre, des courriers et colis en provenance ou à destination de l'étranger, officiellement et régulièrement examinés.

²⁵ Décret n° 93-1229 du 10 novembre 1993 relatif au serment professionnel prêté par les personnels de La Poste

²⁶ Apparue pour la première fois dans la loi du 20 juillet 1791.

²⁷ Article 12 : « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.* »

²⁸ Article 8 : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.* »

²⁹ Directive 97/66 du 15 décembre 1997, article 5

³⁰ Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques

Puis :

Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre et pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, il peut être imposé aux opérateurs et personnes mentionnés à l'article L. 851-1 la mise en œuvre sur leurs réseaux de traitements automatisés destinés, en fonction de paramètres précisés dans l'autorisation, à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste.

En conférant aux services de renseignement un droit de regard général sur la vie privée des Français et en autorisant la collecte et l'analyse massives et automatisées des correspondances électroniques des Français, ces dispositions organisent la violation systématique du secret des correspondances, principe fondamental reconnu par les lois de la République ; par suite, l'article 2 de la loi déferé doit être déclaré non conforme à la Constitution.

Récapitulatif des demandes

Par ces motifs, nous avons l'honneur de demander au Conseil constitutionnel de :

- **DÉCLARER** les points 3° et 6° de l'article L. 801-1 nouveau du code de la sécurité intérieure contraires aux articles 7 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution ;
- **DÉCLARER** l'article L. 811-4 nouveau du code la sécurité intérieure contraire à l'article 34 de la Constitution ;
- **DÉCLARER** les articles L. 821-6, L. 833-3 et L. 841-1 nouveaux du code de la sécurité intérieure ainsi que les articles L. 773-1 et suivants nouveaux du code de la justice administrative contraires à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi qu'à l'article 66 de la Constitution ;
- **DIRE** que le principe du secret des correspondances est un principe fondamental reconnu par les lois de la République ;
- **DÉCLARER** l'article 2 de la loi déferée, en ce qu'il organise la violation systématique du secret des correspondances, contraire à la Constitution.

* * *