

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH

Avocat au Barreau de Paris

5, rue Daunou - 75002 PARIS

Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09

afoc@afocavocat.eu

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 431980

POUR : L'association « La Quadrature du Net » (LQDN)

CONTRE : L'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure.

Table des matières

Faits	3
Discussion	5
I Sur les dispositions concernées	5
II Sur les conditions de transmission de la QPC	6
A. Les dispositions de l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure sont manifestement applicables au litige	6
B. Les dispositions de l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure n'ont jamais été déclarées conformes à la Constitution	8
C. La question présente manifestement un caractère sérieux	9
Bordereau des productions	14

FAITS

1. L'association « La Quadrature du Net » (LQDN), exposante, promeut et défend les libertés fondamentales dans l'environnement numérique.
2. Dans un article publié le 24 avril 2019 par le journal *Le Monde* intitulé « “L’entrepôt”, bâtiment ultrasécurisé et outil essentiel du renseignement français », le journaliste Jacques Follorou fait une description du dispositif de stockage et de partage d'informations collectées par différents services de renseignements. La collecte de ces informations relève du livre VIII du code de la sécurité intérieure.
3. L'article du *Monde* décrit un dispositif mis en place au sein de la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE) permettant une indexation commune, et un partage, des données collectées par différents services de renseignement. Ce dispositif constitue l'application concrète de l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure.
4. Dans son rapport d'activité pour l'année 2019, publié le 11 juillet 2020, la Délégation parlementaire au renseignement a confirmé que l'article L. 863-2 a bien été mis en oeuvre par les services de renseignement (cf. pièce n° 4, p. 85) :

« L'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure prévoit que les services spécialisés du renseignement et les services relevant du second cercle “peuvent partager toutes les informations utiles à l'accomplissement de leurs missions”.

Les modalités et les conditions dans lesquelles ces échanges peuvent s'effectuer sont renvoyées, par la loi, à un décret en Conseil d'État. Il a été indiqué à la délégation que ce décret n'avait pas été pris à ce jour, faute, pour le législateur, d'avoir prévu qu'il ne serait pas publié.

*Ceci étant, il ressort des travaux conduits par la délégation que l'absence de cadre réglementaire **n'a pas empêché les services de procéder à des partages réguliers** non seulement de renseignements exploités, c'est-à-dire d'extractions et de transcriptions, mais également de ren-*

seignements collectés, c'est-à-dire de données brutes recueillies dans le cadre d'une technique de renseignement. »

5. Le décret prévu par L. 863-2 du code de la sécurité intérieure n'a donc jamais été publié. Dans son rapport enregistré le 10 juin 2020 à la Présidence de l'Assemblée nationale, la mission d'information sur l'évaluation de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement souligne d'ailleurs que « *ce décret est le seul acte réglementaire d'application de la loi du 24 juillet 2015 à ne pas avoir été publié* » (cf. pièce n° 5, p. 180).

6. Toutefois, pour que le partage de renseignements décrit tant par le journal *Le Monde* que par la Délégation parlementaire au renseignement ait lieu, il existe nécessairement un acte administratif qui le met concrètement en place, que cet acte ait été publié ou non. Par une requête enregistrée le 25 juin 2019, sous le n° 431980, l'association requérante a demandé au Conseil d'État l'annulation de cette décision administrative. Dans le cadre de cette instance, l'exposante souhaite désormais poser une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) visant l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure.

7. Ce sont les dispositions législatives, applicables au litige, dont la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution est présentement contestée.

DISCUSSION

I. Sur les dispositions concernées

8. La présente QPC tend à faire constater la non-conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions de l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure, dans leur rédaction issue de l'article 17 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 relative à l'état d'urgence, et aux termes de laquelle :

« Les services spécialisés de renseignement mentionnés à l'article L. 811-2 et les services désignés par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 811-4 peuvent partager toutes les informations utiles à l'accomplissement de leurs missions définies au titre Ier du présent livre.

Les autorités administratives mentionnées à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives peuvent transmettre aux services mentionnés au premier alinéa du présent article, de leur propre initiative ou sur requête de ces derniers, des informations utiles à l'accomplissement des missions de ces derniers.

Les modalités et les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. »

9. L'expression « *toutes les informations utiles* » recoupe notamment, mais pas exclusivement, les renseignements bruts collectés par les autorités administratives, de même que les extractions, transcriptions et extrapolations réalisées par elles sur la bases de ces données « brutes ».

10. L'ensemble des conditions gouvernant la transmission d'une QPC au Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat sont, à l'évidence, remplies.

II. Sur les conditions de transmission de la QPC

11. Selon le premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

12. Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel :

« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé [...] à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat [...] »

13. Il résulte de ces dispositions que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure (A), qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances (B), et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux (C).

14. Au cas présent l'ensemble de ces conditions sont manifestement remplies

A. Les dispositions de l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure sont manifestement applicables au litige

15. Il ne fait aucun doute que l'ensemble des dispositions législatives contestées sont applicables au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 57 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (*cf. mutatis mutandis*, CE, 5 juin 2015, *French Data Network e.a*, n° 388134 ; CE, 25 octobre

2017, *Wikimédia France et La Quadrature du Net*, n° 411005).

16. Le lien entre l'article L. 862-3 et la décision administrative de mettre en place un dispositif de partage du renseignement était déjà évoqué dans l'article du *Monde* du 24 avril 2019 (cf. pièce n° 1) :

« [...] ce précieux outil de renseignement fonctionne, depuis 2016, en toute illégalité [...]. Cet imbroglio trouve son origine au cœur de la loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence. Le gouvernement y avait introduit l'article L. 863-2 qui dispose que les services de renseignement "peuvent partager toutes les informations utiles à l'accomplissement de leurs missions". [...] »

Cela signifie qu'en théorie "l'entrepôt" agit comme une gigantesque base commune alimentée par les services de renseignement sur l'ensemble des "missions" qui leur sont confiées par la loi renseignement de 2015, soit "sept finalités", dont le terrorisme, les intérêts économiques, la sécurité nationale ou encore le crime organisé.

La faille de ce dispositif réside dans le dernier alinéa de cet article qui indique que "les modalités et les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat." Or, trois ans plus tard, aucun décret n'a encore été publié, ce qui fait de "l'entrepôt" un objet non identifié par la loi et sans encadrement légal. Interrogé, le secrétaire général du gouvernement, Marc Guillaume, n'a pas souhaité répondre à nos questions. Mais dans ses services, sous le couvert de l'anonymat, on explique qu'il n'y a pas de décret "pour défaut de base constitutionnelle". »

17. De même, dans son rapport d'activité pour l'année 2019, la Délégation parlementaire au renseignement souligne la « *nécessité de prévoir un encadrement réglementaire précis des conditions d'échanges de renseignements entre services* » (cf. pièce n° 4, pp. 85-86) et évoque d'emblée l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure. Rappelant que le décret prévu par la disposition contestée n'a jamais été publié, la Délégation indiquait :

« [...] il ressort des travaux conduits par la délégation que l'absence de cadre réglementaire n'a pas empêché les services de procéder à des

partages réguliers non seulement de renseignements exploités, c'est-à-dire d'extractions et de transcriptions, mais également de renseignements collectés, c'est-à-dire de données brutes recueillies dans le cadre d'une technique de renseignement. »

18. De son côté, dans son rapport enregistré le 10 juin 2020 à la Présidence de l'Assemblée nationale, la mission d'information sur l'évaluation de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement indiquait pour sa part qu'elle « considère qu'il est souhaitable de remédier aux imprécisions juridiques de l'article L. 863-2 du [code de la sécurité intérieure] et de mieux préciser les contours du partage de renseignements entre services » (cf. pièce n° 5, p. 180).

19. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'abrogation de l'article L. 863-2 aurait pour effet de priver de toute base légale le dispositif de partage de renseignements décrit dans l'article du *Monde* et évoqué dans les rapports parlementaires sus-évoqués, qui fait l'objet du recours en annulation enregistré sous le n° 431980.

20. L'applicabilité au litige de l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure est donc dépourvue de tout doute.

B. Les dispositions de l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure n'ont jamais été déclarées conformes à la Constitution

21. Dans sa décision n° 2015-713 DC relative à la loi relative au renseignement, le Conseil constitutionnel n'a pas examiné la conformité de la disposition codifiée à l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure et créées par cette loi. La disposition contestée n'est pas non plus mentionnée dans les commentaires au cahiers associés à la décision, ni dans le dossier documentaire.

22. Quant à 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, dont l'article 17 modifiait marginalement l'article L. 863-2, elle n'a fait l'objet d'aucune saisine du Conseil constitutionnel préalablement à sa promulgation.

23. Enfin, à la connaissance de l'exposante, aucune QPC n'a été introduite concernant la disposition contestée.

24. À ce jour, l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure n'a donc fait l'objet d'aucune décision évaluant sa conformité à la Constitution.

C. La question présente manifestement un caractère sérieux

25. Les dispositions contestées méconnaissent manifestement le droit à la vie privée, le droit à la protection des données personnelles et le secret des correspondances, garantis notamment par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789.

26. En vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. À cet égard, il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, l'article 34 et, notamment, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et des libertés constitutionnellement garantis. Au nombre de ces derniers figurent le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 (*cf.* Cons. const., 21 juillet 2017, *Alexis K██████████ e.a. [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*, n° 2017-646/647 QPC, pt. 6).

27. Lorsqu'il juge de la conformité à la Constitution d'une disposition permettant l'accès des autorités publiques aux données collectées par les services de renseignement et mettant en cause les droits et libertés, le Conseil constitutionnel prend en compte, non seulement la présence, mais encore la suffisance des garanties légales relatives aux conditions d'exploitation, de conservation, de destruction et de partage de ces données.

28. Dans sa décision du 23 juillet 2015 concernant la loi relative au renseignement, le Conseil constitutionnel a ainsi déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure prévues à l'article

6 de la loi relative au renseignement et qui concernaient « *la surveillance des communications émises ou reçues à l'étranger* ». Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil constitutionnel a jugé que :

« En ne définissant dans la loi ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni celles du contrôle par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la légalité des autorisations délivrées en application de ce même article et de leurs conditions de mise en œuvre, le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, par suite, les dispositions du paragraphe I de l'article méconnaissent l'article 34 de la Constitution, doivent être déclarés contraires à la Constitution. » (cf. Cons. const., 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, cons. 78)

29. L'on sait que le partage d'informations entre des professionnels de l'action sociale et entre ces derniers et le maire ou le président du conseil départemental n'est conforme à la Constitution qu'à la condition que le législateur « *assorti[sse] les échanges d'informations qu'il a autorisés de limitations et précautions propres à assurer la conciliation qui lui incombe* » entre le droit au respect de la vie privée et les autres intérêts en présence (cf. Cons. const., 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, n° 2007-553 DC, cons. 7).

30. La constitutionnalité d'une loi prévoyant la possibilité de constituer des traitements de données personnelles est subordonnée à la condition que le législateur détermine la question de savoir dans quelle mesure les données traitées pourraient être partagées ou cédées. À défaut, la loi est entachée d'incompétence négative (cf. Cons. const. 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, n° 2004-499 DC, cons. 12).

31. **En l'espèce**, l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure ne fixe aucune condition relative à l'exploitation, la conservation ou la destruction des renseignements collectés et partagés sur le fondement de cet article, ni pour le partage des

extractions et des transcriptions réalisées à partir de ces renseignements « bruts ». Si le titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure dresse bien la liste des techniques de recueil de renseignement et prévoit, pour chacune d'entre elles, différents régimes d'autorisation, de collecte, d'exploitation et de conservation des renseignements, extractions et transcriptions légalement autorisées, le partage de ces données opéré en vertu de l'article L. 863-2 a pour effet d'affranchir les services de renseignement de tout encadrement législatif ou réglementaire.

32. Cette analyse est d'ailleurs corroborée par les rapports parlementaires sus-cités. Ainsi, dans son rapport relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2019, la Délégation parlementaire au renseignement rappelle que (cf. pièce n° 4, p. 85) :

*« [...] il ressort des travaux conduits par la délégation que l'absence de cadre réglementaire **n'a pas empêché les services de procéder à des partages réguliers** non seulement de renseignements exploités, c'est-à-dire d'extractions et de transcriptions, mais également de renseignements collectés, c'est-à-dire de données brutes recueillies dans le cadre d'une technique de renseignement.*

*La délégation a ainsi été informée de l'existence d'une **procédure dite d'extension**, qui permet la communication de transcriptions effectuées au sein du GIC [Groupement interministériel de contrôle] [...] à un service autre que celui qui a fait la demande initiale de technique de renseignement [...].*

La délégation regrette de n'avoir pu obtenir, en revanche, d'informations plus précises sur les conditions juridiques et opérationnelles dans lesquelles il est procédé à des partages de données brutes. Bien qu'il lui ait été assuré que ceux-ci étaient réalisés dans le respect des principes posés par la loi de 2015, elle n'a pas été en mesure de constater, par elle-même, les conditions dans lesquelles les règles relatives à la conservation des données brutes collectées et à l'utilisation de ces mêmes données étaient assurées. »

33. Sur la base de ce constat, la Délégation parlementaire au renseignement

estimait « *en tout état de cause urgent qu'un encadrement précis de ces échanges soit réalisé, afin de définir les conditions dans lesquelles les renseignements collectés par le biais d'une technique de renseignement peuvent être partagés et exploités par d'autres services [. . .]* » (cf. pièce n° 4, pp. 85-86). Elle rappelait en outre que cette tâche incombait au législateur. Selon elle :

« [. . .] le renvoi simple à un décret pourrait se révéler insuffisant et placer le législateur en situation d'incompétence négative. La délégation juge en conséquence souhaitable que soient précisées dans la loi certaines garanties minimales, parmi lesquelles les catégories de données susceptibles d'être échangées, les conditions d'utilisation de ces données par les services, en particulier s'agissant des finalités d'utilisation, ainsi que les règles de conservation et de destruction de ces mêmes données. »

34. Dans son rapport du 10 juin 2020, la mission d'information sur l'évaluation de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement allait dans le même sens, indiquant « *qu'il est souhaitable de remédier aux imprécisions juridiques de l'article L. 863-2 du [code de la sécurité intérieure] et de mieux préciser les contours du partage de renseignements entre services* » (cf. pièce n° 5, p. 180).

35. Au cas présent, le législateur est resté très en-deçà de sa compétence et a abandonné au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi. Cette méconnaissance par le législateur de sa propre compétence affecte, par elle-même, le droit à la vie privée et à la protection des données personnelles, ainsi que le secret des correspondances des citoyens.

36. Il résulte de tout ce qui précède que, dès lors que l'article L. 863-2 du code de la sécurité intérieure « *n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », cette disposition doit être déclarée contraire à la Constitution.

PAR CES MOTIFS, l'association La Quadrature du Net, exposante, conclut qu'il plaise au Conseil d'État de :

TRANSMETTRE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

« Les dispositions de l'article L. 863-2 portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, notamment le droit au respect de la vie privée, le droit à la protection des données à caractère personnel et le secret des correspondances, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et ce notamment dans la mesure où le législateur n'a pas apporté de garanties suffisantes pour respecter ces droits au regard des obligations qui lui incombent en application de l'article 34 de la Constitution ? »

Fait à Paris, le 23 février 2021

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièces déjà communiquées avec la requête du 25 juin 2019 :

Pièce n° 1 : Article du journal *Le Monde* révélant l'acte attaqué ;

Pièce n° 2 : Statuts de l'association La Quadrature du Net ;

Pièce n° 3 : Pouvoir spécial ;

Nouvelles pièces :

Pièce n° 4 : Rapport d'activité pour l'année 2019 de la Délégation parlementaire au renseignement ;

Pièce n° 5 : Rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.