

Observations complémentaires

PRODUITES PAR

- 1. French Data Network (Réseau de données français), dit FDN**
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont le siège social est situé au 16 rue de Cachy à Amiens (80090), enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751107563, opérateur déclaré auprès de l'ARCEP sous la référence 07/1149, prise en la personne de son président M. Fabien Sirjean, dûment habilité à agir en justice ;
Tél. : 06 36 18 91 00
Mail : contact@fdn.fr
- 2. La Quadrature du Net**
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont le siège social est situé au 60 rue des Orteaux à Paris (75020), enregistrée en préfecture de police de Paris sous le numéro W751218406, prise en la personne de son président M. Philippe Aigrain, dûment habilité à agir en justice ;
Tél. : 06 73 60 88 43
Mail : contact@laquadrature.net
- 3. La Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, dite FFDN**
Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont le siège social est situé au 16 rue de Cachy à Amiens (80090), enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751210904, regroupant 27 fournisseurs d'accès associatifs français, déclarés auprès de l'ARCEP, et un fournisseur d'accès associatif belge déclaré auprès du régulateur, prise en la personne de son président M. Benjamin Bayart, dûment habilité à agir en justice.
Tél. : 06 60 24 24 94
Mail : contact@ffdn.org

CONTRE

Le refus implicite du Gouvernement d'abroger l'article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques et le décret n°2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne, JORF n° 50 du 1^{er} mars 2011, p. 3643.

DISCUSSION

À la suite du dépôt par le Premier ministre d'observations en défense, les associations French Data Network (FDN) et La Quadrature du Net ainsi que la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs (FFDN) entendent formuler les observations complémentaires suivantes.

Persistant dans l'ensemble des moyens et des conclusions qu'elles ont développés dans leurs précédentes écritures, les exposantes entendent réfuter l'argumentation présentée par le Premier ministre dans son mémoire.

1. Au point 1 de ses observations, le Premier ministre prétend que le régime de **conservation volontaire** des données de connexion par les opérateurs de télécommunications, de par sa seule existence, rendrait légales les dispositions attaquées – l'article R10-13 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) et le décret n° 2011-219 du 25 février 2011.

Le régime de conservation volontaire est prévu aux articles L34-1, IV, et R10-14 du CPCE et n'est pas remis en cause par les requérantes dans la présente affaire.

Le Premier ministre se méprend lorsqu'il prétend que « *les dispositions de l'article R10-13 du CPCE, comme celles de l'article 1er du décret du 25 février 2011, ont **pour objet** de définir la liste des données qui peuvent être conservées pour les besoins de la facturation et du paiement des prestations de communications électroniques* ».

En premier lieu, il suffit de lire cet article R10-13 pour constater que l'objet qu'il se donne explicitement n'est pas celui que lui prête le Premier ministre.

Les données qui y sont listées sont introduites par la formule suivante : « *En application du **III de l'article L. 34-1** les opérateurs de communications électroniques conservent pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des **infractions pénales** : [...]* ».

Le III de l'article L34-1 ne concerne en aucun cas un régime de conservation volontaire à fins de facturation mais, au contraire, impose un régime de conservation **obligatoire** aux opérateurs, et ce, à

des fins de prévention et de répression de certaines infractions. Au sein de cet article L34-1, la conservation volontaire à des fins de facturation n'est prévue qu'au IV – pas au III.

L'article R10-14 du CPCE, qui, lui, concerne bien la conservation volontaire prévue à ce IV, prévoit qu'une partie des données devant être obligatoirement conservées pendant un an (telles que listées par l'article R10-13) peuvent aussi l'être, de façon volontaire et parfois pour une durée plus longue, à des fins de facturation.

Cette simple référence est sans effet sur la finalité explicite de l'article R10-13 qui, s'il disparaissait, n'exigerait du pouvoir réglementaire qu'une très simple modification de l'article R10-14 (en y listant directement les données concernées) pour que ce dernier continue de produire les exacts mêmes effets.

En second lieu, le décret du 25 février 2011 a été pris en application de l'article 6, II, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), qui ne prévoit en aucun cas un régime de conservation volontaire à fins de facturation mais, au contraire, impose un régime de conservation **obligatoire** aux fournisseurs d'accès à Internet et hébergeurs.

De plus, il suffit de lire le décret pour constater qu'il liste des données parfaitement étrangères aux questions de facturation des « prestations de communications électroniques », ne serait-ce que du simple fait qu'une part de ces données sont uniquement traitées par des hébergeurs, dont l'activité ne consiste pas en des « prestations de communications électroniques ».

Ainsi, l'existence d'un régime de conservation **volontaire** à fins de facturation est sans effet sur la légalité du régime de conservation **obligatoire** que viennent préciser les dispositions attaquées.

2. Au point 2 de ses observations, par une diversité d'arguments, le Premier ministre tente de démontrer que le régime de conservation généralisée français n'a pas à respecter les solutions retenues le 21 décembre 2016 par la Cour de justice dans son **arrêt Tele2 Sverige**.

2.1. Au point 2.1 de ses observations, le Premier ministre tente d'abord de démontrer que les solutions de l'arrêt Tele2 ne sont applicables qu'à des régimes de conservation généralisée mis en œuvre pour **la seule lutte contre la criminalité** - contrairement au régime français qui poursuit d'autres finalités.

Pour démontrer cela, il prétend que, concernant les affaires ayant conduit à l'arrêt Tele2, « *les réglementations en cause dans ces affaires relevaient **strictement de la matière pénale*** ».

Il suffit pourtant de lire le point 33 de l'arrêt Tele2 pour constater que le régime de conservation généralisée britannique (l'une des deux « *réglementations en cause* ») va bien au-delà de la seule matière pénale, poursuivant notamment « *l'intérêt de la **sûreté nationale*** », la « *prévention des troubles à l'ordre public* », « *l'intérêt du bien-être **économique** du Royaume-Uni* », « *la **santé publique*** » ou « *des fins d'évaluation de l'assiette ou de collecte de toute **taxe, droit, redevance ou autre imposition, contribution ou charge due à l'administration publique*** ».

Le Premier ministre se méprend donc quand il prétend que les solutions de l'arrêt Tele2 ne peuvent s'appliquer qu'à un régime poursuivant des finalités limitées à la lutte contre la criminalité.

2.2. Ensuite, pour tenter de limiter encore la portée de l'arrêt Tele2, le Premier ministre donne une interprétation erronée de la **notion de « lutte contre la criminalité »**, qui est la finalité examinée dans cet arrêt.

Le Premier ministre réduit cette finalité à des activités **répressives**, étrangères aux activités des services de renseignement, puisqu'il l'a défini comme « *la caractérisation des infractions commises et l'identification et la poursuite de leurs auteurs* ».

Pourtant, contrairement à ce qu'implique le Premier ministre, l'arrêt Tele2 a été rendu au regard d'une loi britannique prévoyant de conserver des données auxquelles il ne pouvait être accédé, en matière criminelle, qu'à « *des fins de **prévention** ou de **détection** de la criminalité* » et non à des fins de répression (point 33 de l'arrêt).

Il faut toutefois souligner que l'arrêt a aussi été rendu au regard d'une loi suédoise prévoyant des finalités à la fois préventives et répressives, visant à « *prévenir, empêcher ou constater une activité criminelle* » (point 22 de l'arrêt).

La notion de « lutte contre la criminalité » a depuis été exhaustivement définie en droit de l'Union par la **directive (UE) 2016/680** qui, à son article 1, prévoit que : « *la présente directive établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compé-*

tentes à des fins de **prévention** et de **détection** des infractions pénales, **d'enquêtes** et de **poursuites** en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces ».

La lutte contre la criminalité concerne donc tant la répression que la prévention des infractions.

2.3. Afin de limiter encore le champ de la notion de « lutte contre la criminalité », et ainsi de l'arrêt *Tele2*, le Premier ministre présente systématiquement cette notion comme étant distincte de celle de « **sécurité publique** ».

Pourtant, en droit européen, ces deux notions se confondent.

En effet, la directive (UE) 2016/680, dès son article premier (déjà cité), précise que « *la présente directive établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces* ».

L'existence-même de cette directive vient directement contredire le Premier ministre lorsque celui-ci prétend que, concernant « *les motifs de la sécurité publique* », « *l'Union n'est pas compétente et la compétence reste entièrement entre les mains des États membres* ».

Ainsi, l'**arrêt Tele2**, qui vise la finalité de « lutte contre la criminalité », vise déjà aussi la « sécurité publique » et **s'applique directement** aux mesures qui cherchent à en assurer la sauvegarde.

2.4. Au point 2.2 de ses observations, le Premier ministre prétend que, dans son arrêt *Tele2*, « *la CJUE ne s'est pas prononcée sur les autres motifs mentionnés à l'article 15 de la directive 2002/58/CE* », dont notamment la **sécurité nationale**.

Il suffit pourtant de lire le point 73 de cet arrêt pour constater que la Cour de justice a décidé que le principe de proportionnalité imposé par cet article 15 s'impose à **toutes les finalités qui y sont visées**.

La Cour mentionne explicitement la « *lutte contre la criminalité* », car c'est à propos de cette finalité que des questions lui ont été po-

sées, mais, ce faisant, elle n'exclut pas les autres finalités visées à l'article 15 :

« Ladite disposition présuppose nécessairement que les mesures nationales qui y sont visées, **telles que** celles relatives à la conservation de données à des fins de lutte contre la criminalité, relèvent du champ d'application de cette même directive, puisque cette dernière n'autorise expressément les États membres à les adopter que dans le respect des conditions qu'elle prévoit. »

En introduisant les mesures de « *lutte contre la criminalité* » par les mots « *telles que* », elle implique clairement que les mesures poursuivant d'autres finalités, dont la sécurité nationale, entrent aussi dans le champ d'application de l'article 15 de la directive 2002/58 et, par là, de la Charte.

Ces mesures doivent donc respecter le même principe de proportionnalité prévu par la Charte, ainsi que les solutions qu'en a retenues la Cour dans son arrêt *Tele2*.

2.5. Le Premier ministre se trompe donc encore lorsqu'il affirme, en parfaite contradiction du point 73 de l'arrêt *Tele2*, que « *la conservation des données en tant qu'elle répond des fins de sécurité nationale, de défense ou de sécurité publique n'est pas régie par la directive 2002/58 ni par aucune autre norme de l'Union, y compris la Charte* ».

Il est important de souligner que, dans d'autres affaires en cours devant le Conseil d'État concernant les mêmes dispositions et les mêmes parties (affaires sur les requêtes 394.922, 394.924, 394.925, 397.844 et 397.851), **le Premier ministre contredit lui-même** ce qui précède.

Dans ses conclusions du 28 juin 2018, il y affirme, à juste titre, que, « *bien qu'il appartienne aux États membres d'arrêter les mesures propres à assurer leur **sécurité intérieure** et extérieure, le seul fait qu'une décision concerne la sûreté de l'État ne saurait entraîner inapplicabilité du droit de l'Union* ».

Il semble toutefois nécessaire de détailler le raisonnement par lequel la Cour conclut que la Charte s'applique à des mesures prises pour la sauvegarde de la sécurité nationale.

2.5.1. L'article 51, §1, de la Charte prévoit que ses dispositions s'imposent aux États membres « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». La notion de « **mise en œuvre** » du droit de l'Union est le cœur du débat.

De la façon la plus évidente, un État membre « met en œuvre » le droit de l'Union lorsque, typiquement, il transpose une directive dans son droit national (en l'espèce, en limitant les conditions de conservation et d'utilisation des données de connexion, tel qu'exigé par la directive 2002/58).

De même, un État membre « met en œuvre » le droit de l'Union, aussi, lorsque, ayant transposé une directive, il intègre dans son droit national des mesures prises en application d'une dérogation prévue par cette directive (en l'espèce, en prévoyant un régime de conservation généralisée à des fins de police judiciaire et administrative).

Dans ce dernier cas, il « **met en œuvre** » une **dérogation** prévue par le droit de l'Union : il « **met en œuvre le droit de l'Union** ».

Ce raisonnement a notamment été explicité par la Cour de justice dans son arrêt *Pfleger* (C-390/12) du 30 avril 2014, point 36 :

« L'emploi, par un État membre, d'exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier une entrave à une liberté fondamentale garantie par le traité doit, dès lors, être considéré, ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé au point 46 de ses conclusions, comme «mettant en œuvre le droit de l'Union», au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. »

C'est la substance de ce raisonnement qu'a suivi la Cour de justice dans son arrêt *Tele2*.

Toutefois, pour bien le comprendre, il faut d'abord retracer brièvement l'évolution des compétences législatives de l'Union ces 20 dernières années.

2.5.2. Au moment de son adoption, le 12 juillet 2002, la directive 2002/58 ne pouvait pas prévoir de règles spécifiques ni en matière de lutte contre la criminalité ni en matière de sécurité nationale.

En effet, le **Traité sur l'Union européenne** (TUE) prévoyait alors, à son article K.3, que « *l'action en commun dans le domaine de la co-*

*opération judiciaire en matière pénale vise, entre autres à [...] adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la **criminalité organisée**, du **terrorisme** et du trafic de drogue ».*

Toutefois, cette action en commun ne pouvait être réalisée que dans un cadre spécifique et limité.

L'article K.6, §2, du TUE prévoyait que, en matière pénale, seul « le Conseil [...] peut, statuant à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission: [...] arrêter des **décisions-cadres** aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

Ainsi, la directive 2002/58, n'étant pas une décision-cadre, précisait à son article 1, §3 : « *La présente directive ne s'applique pas aux activités qui **ne relèvent pas du Traité instituant la Communauté européenne**, telles que celles visées dans les titres V et VI du traité sur l'Union européenne, et, en tout état de cause, aux activités concernant la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État (y compris la prospérité économique de l'État lorsqu'il s'agit d'activités liées à la sûreté de l'État) ou aux activités de l'État dans des domaines relevant du droit pénal ».*

En effet, ces activités « *ne relèvent pas du traité instituant la Communauté européenne* » car, à l'époque, comme expliqué ci-avant, elles ne relevaient que du TUE.

Ces distinctions ont disparu des traités européens le 1er décembre 2009 avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, qui permet à l'Union de prendre des directives ordinaires en matière de lutte contre la criminalité et de sécurité publique – c'est ainsi que la directive 2016/680 citée ci-avant a pu être adoptée.

Néanmoins, le législateur européen n'a pas choisi de modifier en conséquence la directive 2002/58 qui, ainsi, **continue de prévoir ces exclusions à son article 1, §3.**

2.5.3. Concrètement, la directive prévoit des règles générales en matière de secret des correspondances, ainsi que, à son article 15, des dérogations spécifiques à ces règles, notamment en matière de lutte contre la criminalité et de sécurité nationale, en écho à son article 1, §3.

De plus, elle exige à ce même article 15 que ces dérogations respectent un **principe de proportionnalité**, que l'on retrouve aujourd'hui aussi exigé à l'article 52, §1, de la **Charte**.

Dans son arrêt Tele2, en substance, la Cour de justice considère que la « **mise en œuvre** » des **dérogations** prévues à l'article 15 de la directive constitue une « **mise en œuvre du droit de l'Union** », de sorte que la Charte s'applique aux mesures nationales qui en bénéficient.

En effet, au point 73 de sa décision, la Cour considère que l'article 15 de la directive, qui exige la même proportionnalité que celle exigée par la Charte, **s'applique à toutes « les mesures nationales qui y sont visées »**, et ce alors même que ces mesures poursuivent des finalités exclues à l'article 1, §3, de la directive, qu'il s'agisse de mesures de lutte contre la criminalité (explicitement introduite par un « *telles que* ») ou poursuivant les autres finalités visées à l'article 15, dont la sécurité nationale.

Comme expliqué ci-avant, ce rattachement à la Charte au moyen de l'article 15 de la directive n'est, pour la Cour, nullement limité au domaine de la « lutte contre la criminalité ».

Les finalités de « lutte contre la criminalité » et de « sécurité nationale » sont **traitées de l'exacte même façon** par la directive 2002/58, tant à son article 1, §3, qu'à son article 15 : l'applicabilité de la directive et, par là, de la Charte, telle que retenue par la Cour, vaut donc aussi bien pour cette première finalité que pour cette seconde, et ce pour les exactes mêmes raisons.

Puisque c'est au regard du principe de proportionnalité imposé par la Charte que les solutions de l'arrêt Tele2 ont été retenues, ces mesures doivent donc aussi respecter ces solutions.

2.6. Par ailleurs, et en toute circonstance, le Premier ministre se méprend encore lorsqu'il prétend que la lutte contre le terrorisme relève de la « sécurité nationale », notamment lorsqu'il évoque « *des actions hostiles à la **sécurité nationale**, relevant notamment du **terrorisme*** ».

En droit européen, la notion de « sécurité nationale » est définie négativement comme couvrant les questions de sécurité à propos desquelles l'Union n'est **pas compétente pour légiférer**. L'article 4,

§2, du Traité sur l'Union européenne prévoit ainsi que « la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

Or, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, l'article 83, §1, du **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** (TFUE) prévoit que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant **par voie de directives** conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles* » dans les domaines suivants : « *le **terrorisme**, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée* » .

C'est d'ailleurs ainsi que l'Union européenne a adopté une **directive 2017/541** « *relative à la lutte contre le terrorisme* » qui « *énumère de manière exhaustive un certain nombre d'**infractions graves**, telles que les atteintes à la vie d'une personne, en tant qu'actes intentionnels pouvant être qualifiés d'**infractions terroristes*** » (Considérant 8).

La lutte contre le terrorisme relève de la compétence législative de l'Union et n'est donc pas comprise dans la notion de « sécurité nationale ».

En droit de l'Union, telle que le précise cette même directive 2017/541, la lutte contre le terrorisme est d'ailleurs incluse dans la notion de « lutte contre la criminalité » et donc déjà **directement concernée par les solutions retenues par l'arrêt Tele2**.

La Cour de justice le précise explicitement dans cet arrêt, évoquant à son point 103 « *l'efficacité de la lutte contre la criminalité grave, notamment contre la criminalité organisée et le **terrorisme*** ».

2.7. Au point 2.3 de ses observations, le Premier ministre tente de démontrer que le régime français de conservation généralisée ne serait pas remis en cause par l'arrêt Tele2 car il serait nécessaire à **l'activité des services de renseignement** français et que cette activité échapperait tant au champ de cet arrêt qu'à celui de la Charte.

Or, l'accès par le services de renseignement aux données conservées n'est autorisé que pour des finalités qui, listées à l'article L811-3 du CSI, **recourent largement les compétences législatives de l'Union** – et sont donc incontestablement soumises à la Charte de ce seul fait.

Parmi les recoupements les plus manifestes, peuvent être cités l'exécution des **engagements européens**, la prévention de la **criminalité** et de la délinquance organisées (aussi couverte par la directive 2016/680) et la prévention du **terrorisme** (aussi couverte par la directive 2017/541).

Parmi les finalités poursuivies par les services de renseignement, seules échappent encore à la compétence législative de l'Union les questions propres à la « sécurité nationale ».

Or, en pratique, **la sécurité nationale n'est qu'une finalité minoritaire** parmi celles que poursuivent les services de renseignement français.

Dans son 23ème et dernier rapport, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) précisait que, en matière d'interceptions de sécurité, *« entre le 1er janvier et le 30 avril 2015, [...] la prévention de la criminalité et délinquance organisées reste le premier motif des demandes initiales avec 48%, suivie de la prévention du terrorisme avec 38% (en augmentation de 12 points par rapport à la moyenne 2014) et de la **sécurité nationale avec 12%** ».*

Ni la CNCIS ni la CNCTR n'ont malheureusement encore donné de chiffres quant à la répartition des finalités poursuivies en matière d'accès aux données de connexion. Il semble toutefois improbable que cette répartition soit sensiblement différente de celle décrite en matière d'interceptions de sécurité.

Ainsi, environ **86 % des accès** aux données de connexion par les services français se feraient pour des finalités de lutte contre la criminalité (organisée ou terroriste) et **doivent donc déjà respecter les solutions retenues par l'arrêt Tele2**.

Un dixième seulement des activités de renseignement sont étrangères au champ de compétence législative de l'Union – ce qui, d'après le Premier ministre, les isolerait des solutions retenues par l'arrêt Tele2 et de l'applicabilité de la Charte.

Même en retenant cette conclusion (ci-avant contredite), il serait injustifiable de ne pas appliquer les solutions retenues par l'arrêt Tele2 à la majorité des activités de renseignement au seul prétexte qu'une minorité d'entre elles y échapperaient.

En effet, le régime de conservation généralisée doit être apprécié au regard de l'ensemble des finalités qu'il poursuit, et non pas d'une minorité d'entre elles (la sécurité nationale) qui, à elle seule, ne pourrait certainement pas justifier l'ensemble de la mesure.

Il était donc vain pour le Premier ministre de tenter de démontrer que la Charte ne s'applique pas aux mesures prises pour sauvegarder la sécurité nationale (ce qu'il échoue d'ailleurs à faire), puisque aucune des mesures permises par les dispositions attaquées ne poursuit exclusivement cette finalité.

3. Au point 3 de ses observations, le Premier ministre défend que la Cour de justice devrait modifier en profondeur l'interprétation qu'elle a fait de la Charte dans ses différents arrêts *Tele2*, *Schrems* (C-362/14) et *Digital Rights Ireland* (C-293/12).

Ce faisant, il invite le Conseil d'État à soumettre ce débat à la Cour dans le cadre d'une **question préjudicielle**.

Les requérantes ayant déjà exprimé leur souhait de voir une telle question transmise à la Cour de justice, elles reportent le débat initié par le Premier ministre à celui qui se tiendrait devant celle-ci – épargnant ainsi le Conseil d'État d'un débat sur le fond duquel il n'a pas à se prononcer.

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.

Le 11 juillet 2018 à Paris,
Pour les associations requérantes, le mandataire unique
Benjamin Bayart

