

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 CONSTITUTIONNEL

INTERVENTION VOLONTAIRE

AU SOUTIEN DE LA

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

ENREGISTRÉE SOUS LE N° 2018-764 QPC

POUR :

1°) L'association « La Quadrature du Net », association soumise à la loi française du 1^{er} juillet 1901, dont le siège est sis 60, rue des Orteaux à Paris (75020), représentée par son président en exercice ;

2°) L'association « Franciliens.net », association soumise à la loi française du 1^{er} juillet 1901, fournisseur d'accès à Internet déclaré à l'ARCEP sous le n° 11-0005, dont le siège est sis 64, rue de la Pompe à Paris (75116), représentée par son président en exercice ;

3°) L'association « FAImaison », association soumise à la loi française du 1^{er} juillet 1901, fournisseur d'accès à Internet déclaré à l'ARCEP sous le n° W442007822, dont le siège est sis 4 rue de la Carrière à Saint-Sébastien-sur-Loire (44230), représentée par son président en exercice ;

4°) L'association « Midway's Network », association soumise à la loi française du 1^{er} juillet 1901, fournisseur d'accès à Internet déclaré à l'ARCEP sous le n° 18-0253 MIDW, dont le siège est sis 4, rue Jean-Pierre Melville à Belfort (90000) BP 05, représentée par son président en exercice ;

5°) L'association « Rézine », association soumise à la loi française du 1^{er} juillet 1901, fournisseur d'accès à Internet déclaré à l'ARCEP sous le n° 12/0142, dont le siège est sis 22, rue des Violettes à Grenoble (38100), représentée par un membre de son conseil d'administration régulièrement habilité à cet effet

CONTRE : L'article 65, i) du code des douanes

FAITS

1. L'association « La Quadrature du Net », première exposante, a notamment pour objet, aux termes de l'article 3 de ses statuts constitutifs, *« de mener une réflexion, des études, analyses, actions pour la défense des libertés individuelles sur Internet »* et *« d'encourager l'autonomie des usagers et leur prise de contrôle sur les données les concernant »*.
2. L'association « Franciliens.net », deuxième exposante, a notamment pour buts, aux termes de l'article 2 de ses statuts constitutifs, *« la promotion, l'utilisation et le développement du réseau Internet dans le respect de sa neutralité et de son éthique en favorisant en particulier les utilisations à des fins de recherche ou d'éducation sans volonté commerciale »*.
3. L'association « FAImaison », troisième exposante, a notamment pour buts, aux termes de l'article 2 de ses statuts constitutifs, *« la promotion, l'utilisation et le développement du réseau Internet dans le respect de sa neutralité et de son éthique en favorisant en particulier les utilisations à des fins de recherche ou d'éducation sans volonté commerciale »*.
4. L'association « Midway's Network », quatrième exposante, a notamment pour buts, aux termes de l'article 2 de ses statuts constitutifs, *« de défendre la neutralité du réseau ainsi que la vie privée des internautes sur internet »*.
5. L'association « Rézine », cinquième et dernière exposante, a notamment pour buts *« de faciliter l'usage des outils de communication électronique et d'en développer leurs critiques, ceci dans une optique de réappropriation horizontale et acentree de ces outils, autour de Grenoble et de sa périphérie »*.
6. Par arrêt n° D 18-90.028 du 5 décembre 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité concernant la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 65 du code des douanes, selon lequel *« les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur peuvent exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service quel qu'en soit le support (...) chez les opérateurs de télécommunications et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du 1 de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, pour les données conservées et traitées par ces derniers, dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications »*.
7. La question prioritaire de constitutionnalité tend à savoir si les dispositions de l'article 65 du code des douanes portent *« atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus précisément au droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et ce dans la mesure notamment où le législateur n'a pas apporté de garanties suffisantes pour respecter ce droit au regard de l'article 34 de la Constitution »*.

8. Comme l'explique la chambre criminelle de la Cour de cassation « *en application [de ces dispositions] les agents des douanes disposent de la faculté d'obtenir la communication de données de connexion auprès d'opérateurs ou des prestataires relatives à des opérations intéressant leur service* ».
9. Elle ajoute que, s'il est certes vrai que « *le législateur a assorti cette procédure de garanties tenant à l'absence d'un pouvoir d'exécution forcée, d'un pouvoir général d'audition ou d'un pouvoir de perquisition, et à la possibilité de saisir les seuls éléments volontairement communiqués* », il n'en demeure pas moins que « *la question de savoir si ces garanties sont propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions est sérieuse* » en sorte qu'il « *y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel* ».
10. Cette question prioritaire de constitutionnalité a été enregistrée par le Conseil constitutionnel sous le n° 2018-764 QPC.
11. C'est l'instance à laquelle les exposantes souhaitent intervenir.

DISCUSSION

Sur la recevabilité de la présente intervention

12. D'emblée, il convient de relever que les associations exposantes sont toutes recevables à intervenir.
13. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité :
- « Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité dans un délai de trois semaines suivant la date de sa transmission au Conseil constitutionnel, mentionnée sur son site internet, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er}. »*
14. Or, les dispositions faisant l'objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité affectent directement les droits et libertés défendus par les exposantes.
15. En incluant ainsi, dans les pouvoirs d'investigation des agents des douanes, l'accès aux données dont disposent les opérateurs de communications électroniques et notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, cette disposition affecte directement l'exercice des libertés sur Internet et en particulier le droit de chacun au respect de sa vie privée, que les associations exposantes se sont données pour mission de protéger.
16. En outre, en dehors de La Quadrature du Net, les autres exposantes sont toutes des fournisseurs d'accès à Internet déclarés à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et les dispositions faisant l'objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité affectent directement le cadre dans lequel celles-ci fournissent leurs services.
17. Partant, l'article 65 du code des douanes questionne sensiblement la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée que les exposantes entendent protéger à travers « l'éthique » attachée à leur offre d'accès à Internet, les engagements qu'elles prennent envers leurs utilisateurs, et leurs démarches de défense et promotion de ces valeurs.

18. Enfin, La Quadrature du Net est déjà régulièrement intervenue devant le Conseil constitutionnel dans des affaires sensiblement identiques. De même, dans ces affaires, des fournisseurs d'accès à Internet associatifs similaires aux autres exposantes sont déjà régulièrement intervenus.
19. En conclusion, l'objet statutaire des associations exposantes ainsi que les actions, notamment juridictionnelles, qu'elles ont entreprises depuis plusieurs années en ce sens caractérisent l'existence d'un intérêt spécial justifiant leur intervention dans la présente question prioritaire de constitutionnalité et démontrant la recevabilité des observations suivantes, adressées, en outre, dans le délai requis.

Sur l'inconstitutionnalité des dispositions en cause

En ce qui concerne le champ de la présente question prioritaire de constitutionnalité

20. **À titre liminaire**, il convient de rappeler que la présente instance a pour objet l'article 65 du code des douanes, selon lequel « *les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur peuvent exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service quel qu'en soit le support (...) i) chez les opérateurs de télécommunications et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du 1 de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, pour les données conservées et traitées par ces derniers, dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications* ».
21. Les exposantes n'ignorent pas que l'article 14 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude est venu abroger ces dispositions à partir du 1^{er} janvier 2019, tout en introduisant un nouvel article 65 *quinquies* dans le code des douanes, qui dispose :

*« Dans le but de constater les délits mentionnés aux articles 414, 415 et 459, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, les complices ainsi que ceux qui y ont participé comme intéressés au sens de l'article 399, les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur et spécialement habilités par le directeur du service auquel ils sont affectés peuvent se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques ainsi que par les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
La mise en œuvre du droit de communication prévu au premier alinéa du présent article est préalablement autorisée par le procureur de la République près le*

tribunal de grande instance du lieu de la direction des douanes dont dépend le service chargé de la procédure.

L'autorisation du procureur de la République, qui peut être donnée par tout moyen, est mentionnée ou versée au dossier de la procédure.

La communication des données mentionnées au premier alinéa fait l'objet d'un procès-verbal de constat, qui est versé au dossier de la procédure. Une copie de ce procès-verbal est transmise au procureur de la République qui a autorisé la mise en œuvre du droit de communication ainsi qu'aux opérateurs et prestataires mentionnés au même premier alinéa, au plus tard dans les cinq jours suivant son établissement. Les données communiquées sont détruites à l'extinction de l'action pour l'application des sanctions fiscales.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article. »

22. Si la présente instance ne concerne que l'article 65, i) du code des douanes, dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 2019, il n'en demeure pas moins que le Conseil constitutionnel pourra utilement saisir cette occasion afin de préciser sa jurisprudence sur les conditions d'accès des autorités publiques aux données de connexion. Les exposantes démontreront également que les nouvelles dispositions de l'article 65 *quinquies* du code des douanes ne sont pas plus conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit que celles de l'article 65 faisant l'objet de la présente instance.

En ce qui concerne les griefs d'inconstitutionnalité

S'agissant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'accès aux données de connexion

23. Le Conseil constitutionnel a déjà eu à plusieurs reprises l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions relatives à l'accès aux données conservées par les opérateurs de communications électroniques dans le cadre de l'article L.34-1 du code des postes et des communications électroniques et par les prestataires techniques mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dites « données de connexion »).
24. En particulier, s'agissant de dispositions conférant à des administrations une prérogative d'accès aux données de connexion en dehors de toute procédure juridictionnelle, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de faire évoluer sa jurisprudence.
25. Par sa décision n° 2011-214 QPC, si le Conseil constitutionnel avait admis la conformité à la Constitution l'article 65 i) code des douanes, il avait toutefois précisé que :

« d'une part, le droit reconnu aux agents de l'administration des douanes d'accéder aux documents relatifs aux opérations intéressant leur service ne saurait, en lui-même, méconnaître les droits de la défense ; que, d'autre part, si les dispositions contestées imposent aux personnes intéressées de remettre aux agents de l'administration des douanes les documents dont ces derniers sollicitent la communication, elles ne confèrent pas à ces agents un pouvoir d'exécution forcée pour obtenir la remise de ces documents ; qu'elles ne leur confèrent pas davantage un pouvoir général d'audition ou un pouvoir de perquisition ; qu'en l'absence d'autorisation préalable de l'autorité judiciaire, seuls les documents qui ont été volontairement communiqués à l'administration peuvent être saisis » (cons. 6)

26. Il convient de relever cependant que, dans cette décision, le Conseil constitutionnel n'avait contrôlé les dispositions contestées du code des douanes, de manière expresse, qu'à l'aune de la liberté individuelle et des exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il n'était notamment pas saisi de la question d'une atteinte au droit au respect de la vie privée ni, plus largement, d'une méconnaissance de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est d'ailleurs notamment ce qui a motivé la chambre criminelle de la Cour de cassation à renvoyer la présente question prioritaire de constitutionnalité.

27. Or, l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée par la disposition dont la conformité à la Constitution est contestée dans la présente instance, devrait conduire le Conseil constitutionnel à apprécier si cette disposition satisfait aux exigences constitutionnelles ou si, faute de garanties légales adéquates, celle-ci est contraire à la Constitution.

28. L'étude de la jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel sur la question de l'accès administratif aux données de connexion montre, en effet, que la disposition attaquée dans la présente instance n'apporte pas les garanties légales suffisantes, au regard de l'atteinte particulière portée au droit au respect de la vie privée par l'accès aux données de connexion.

29. Comme le précise le « commentaire autorisé » de la décision n° 2015-715 DC :

« [L]'évolution des usages des communications électroniques a modifié largement l'importance et la nature des informations contenues dans les données de connexion. C'est pourquoi la jurisprudence la plus récente montre que le Conseil constitutionnel vérifie si des garanties suffisantes sont prévues par le législateur pour assurer le droit au respect de la vie privée, lorsque la disposition législative soumise à l'examen du Conseil permet l'accès aux « données de connexion » relatives à une personne. »

30. En 2015, le Conseil constitutionnel a pris acte de cette évolution par deux décisions : la décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 (cf. Cons. const., 23 juillet 2015, *Loi*

renseignement, décision n° 2015-713 DC, cons. 52 et s.) ainsi que la décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015 (cf. Cons. const., 24 juillet 2015, *Association French Data Network [Accès administratif aux données de connexion]*, cons. 11 et s.), cette dernière ayant été posée notamment par La Quadrature du Net, présentement intervenante, et par un FAI associatif très semblable aux autres présentes intervenantes.

31. Toujours d'après le commentaire autorisé de la décision n° 2015-715, précitée :

« (...) le Conseil constitutionnel n'a ainsi admis la constitutionnalité des procédures de réquisition administrative des données de connexion qu'après avoir relevé l'ensemble des garanties prévues par la loi pour permettre une conciliation entre le droit au respect de la vie privée et la prévention des atteintes à l'ordre public. Ces garanties tenaient à la fois aux modalités selon lesquelles l'accès aux données de connexion est autorisé, aux finalités et motifs qui le justifient, au traitement et à la conservation de ces données. »

32. Lorsqu'il juge de la conformité à la Constitution d'une disposition permettant l'accès des autorités publiques aux données de connexion, le Conseil constitutionnel prend en compte la présence et la suffisance de garanties légales relatives aux modalités d'autorisation et d'accès aux données de connexion, aux finalités et motifs qui le justifient et au traitement et à la conservation de ces données.

33. Ainsi, en 2015 encore, dans sa décision 2015-715 DC concernant notamment le 2° de l'article 216 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, le Conseil constitutionnel a déclaré non-conforme à la Constitution une disposition d'accès aux données de connexion, faute de garanties suffisantes. La disposition alors contestée insérait, avant le dernier alinéa de l'article L. 450-3 du code de commerce, un nouvel alinéa permettant aux agents de l'Autorité de la concurrence de se faire communiquer les « données de connexion » conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques et par les prestataires de services de communication au public en ligne. Cette disposition n'était entourée d'aucune garantie relative à l'accès par les agents de l'Autorité de la concurrence aux données de connexion.

34. Le Conseil constitutionnel avait donc censuré lesdites dispositions aux motifs :

« Que la communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée ; que, si le législateur a réservé à des agents habilités et soumis au respect du secret professionnel le pouvoir d'obtenir ces données et ne leur a pas conféré un pouvoir d'exécution forcée, il n'a assorti la procédure prévue par le 2° de l'article 216 d'aucune autre garantie ; qu'en particulier, le fait que les opérateurs et prestataires ne sont pas tenus de communiquer les données de connexion de leurs clients ne saurait constituer une garantie pour ces derniers ; que, dans ces conditions, le législateur n'a pas assorti la procédure prévue par le 2° de l'article 216 de garanties propres à assurer une

conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions » (cons. 137).

35. Enfin, en 2017, le Conseil constitutionnel a confirmé cette position en censurant l'article L. 621-10 du code monétaire et financier qui octroyait aux agents de l'Autorité des marchés financiers la possibilité de se faire communiquer les données de connexion.

36. Afin de déclarer cette disposition inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel a jugé que :

« La communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée. Si le législateur a réservé à des agents habilités et soumis au respect du secret professionnel le pouvoir d'obtenir ces données dans le cadre d'une enquête et ne leur a pas conféré un pouvoir d'exécution forcée, il n'a assorti la procédure prévue par les dispositions en cause d'aucune autre garantie. Dans ces conditions, le législateur n'a pas entouré la procédure prévue par les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions. » (cons. 9)

37. Ainsi, une évolution manifeste en faveur d'un renforcement substantiel des garanties encadrant l'accès aux données de connexion se distingue très nettement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

38. Il convient de rappeler que ce renforcement des garanties exigées pour l'accès des autorités publiques aux données de connexion trouve un écho dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

39. Si les exposantes n'ignorent pas que le Conseil constitutionnel se refuse d'être juge de la « conventionnalité » des lois, il n'en demeure pas moins que la Cour de justice de l'Union européenne pourrait utilement servir d'inspiration en la matière. En sorte qu'il n'est pas sans pertinence d'en rappeler les principes essentiels.

40. La Cour de justice de l'Union européenne a déjà jugé, en formation de grande chambre, que *« les données nécessaires pour retrouver et identifier la source d'une communication et la destination de celle-ci, pour déterminer la date, l'heure, la durée et le type d'une communication, le matériel de communication des utilisateurs, ainsi que pour localiser le matériel de communication mobile, données au nombre desquelles figurent, notamment, le nom et l'adresse de l'abonné ou de l'utilisateur inscrit, le numéro de téléphone de l'appelant et le numéro appelé ainsi qu'une adresse IP pour les services Internet (...) permettent, notamment, de savoir quelle est la personne avec laquelle un abonné ou un utilisateur inscrit a communiqué et par quel moyen, tout comme de déterminer le temps de la communication ainsi que*

l'endroit à partir duquel celle-ci a eu lieu. En outre, elles permettent de connaître la fréquence des communications de l'abonné ou de l'utilisateur inscrit avec certaines personnes pendant une période donnée. » (cf. CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, n° C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, pt. 26, ci-après « arrêt, DRI » ; voir également, arrêt *Tele2*, pt. 96)

41. La Cour relevait très justement que « *[c]es données, prises dans leur ensemble, sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci.* » (arrêt *DRI*, pt. 27 ; arrêt *Tele2*, pt. 99, *in limine*). En particulier, ces données fournissent les moyens d'établir, ainsi que la Cour l'a jugé, à la suite de son avocat général M. Henrik Saugmandsgaard Øe, aux points 253, 254 et 257 à 259 des conclusions qu'il a prononcées sur l'arrêt *Tele2*, « *le profil des personnes concernées, information tout aussi sensible, au regard du droit au respect de la vie privée, que le contenu même des communications* » (cf. arrêt *Tele2*, pt. 99, *in fine*).
42. Même si une législation n'autorise pas formellement la conservation du contenu d'une communication, la conservation des données relatives au trafic et des données de localisation a une incidence sur l'utilisation des moyens de communication électronique et, en conséquence, sur l'exercice par les utilisateurs de ces moyens de leur liberté d'expression (cf. arrêt *DRI*, pt. 28 ; arrêt *Tele2*, pt. 101).
43. Par suite, « *[l]a conservation des données aux fins de leur accès éventuel par les autorités nationales compétentes (...) concerne de manière directe et spécifique la vie privée et, ainsi, les droits garantis par l'article 7 de la Charte. En outre, une telle conservation des données relève également de l'article 8 de celle-ci en raison du fait qu'elle constitue un traitement des données à caractère personnel au sens de cet article et doit, ainsi, nécessairement satisfaire aux exigences de protection des données découlant de cet article* » (arrêt *DRI*, pt. 29).
44. Etant précisé que l'obligation imposée aux fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication de conserver pendant une certaine durée des données relatives à la vie privée d'une personne et à ses communications constitue en soi une ingérence dans les droits garantis par l'article 7 de la Charte (cf. arrêt *DRI*, pt. 34).
45. En outre et surtout, « *l'accès des autorités nationales compétentes aux données constitue une ingérence supplémentaire dans ce droit fondamental* », de sorte que « *les règles relatives à l'accès des autorités nationales compétentes aux données sont également constituti[ves] d'une ingérence dans les droits garantis par l'article 7 de la Charte.* » (arrêt *DRI*, pt. 35). De même, cet accès est constitutif d'une ingérence dans le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel garanti par l'article 8 de la Charte (cf. arrêt *DRI*, pt. 36).

46. Cette ingérence dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte s'avère d'une vaste ampleur et doit être considérée comme particulièrement grave (cf. arrêt *DRI*, pt. 37 ; arrêt *Tele2*, pt. 100). En outre, la circonstance que la conservation des données soit effectuée sans que les utilisateurs des services en cause en soient informés est susceptible d'engendrer, dans l'esprit des personnes concernées, le sentiment que leur vie privée fait l'objet d'une surveillance constante (cf. arrêt *DRI*, pt. 37 ; arrêt *Tele2*, pt. 100, *in fine*).
47. Sur le fondement, notamment, de l'article 52, §. 1^{er}, de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés consacrés par celle-ci doit être prévue par la loi, respecter leur contenu essentiel. Par ailleurs, dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées à ces droits et libertés que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui (cf. arrêt *DRI*, pt. 38). Ce principe général de proportionnalité est encore repris tant dans le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (RGPD) qui prévoit que les données collectées doivent être « *adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* » (cf. article 5, §. 1, c), que dans la directive 2016/680, qui prévoit que ces données doivent être « *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* » (cf. article 4, §. 1, c).
48. Du reste, la Cour a rappelé que, dès lors que cette communication n'est pas susceptible de compromettre les enquêtes menées par cette autorité, l'information des personnes concernées par un accès aux données de connexion d'une autorité publique (cf. arrêt *Tele2*, pt. 121, *in limine*) est nécessaire. En effet, cette information est nécessaire afin de permettre aux personnes concernées d'exercer, notamment, le droit de recours, explicitement prévu à l'article 15, §. 2, de la directive 2002/58, lu en combinaison avec l'article 22 de la directive 95/46, en cas de violation de leurs droits (cf. CJUE, 26 juillet 2017, avis 1/15, pt. 220 ; arrêt *Tele2*, pt. 121, *in fine* ; arrêt *Schrems*, pt. 95 ; CJUE, 7 mai 2009, *Rijkeboer*, n° C-553/07, EU:C:2009:293, pt. 52).

S'agissant de l'absence de garanties légales nécessaires afin d'assurer le respect de l'article 2 de la Déclaration de 1789

49. Au cas présent, la question dont le Conseil constitutionnel est saisi est, en substance, identique à celles qu'il a tranchées dans ses décisions n° 2015-715 DC et 2017-646/647 QPC.
50. Si le législateur a réservé aux « *agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur* » le pouvoir de requérir et d'obtenir ces données dans le cadre des

« opérations intéressant leur service », il n'a assorti la procédure prévue par les dispositions en cause d'aucune autre garantie (cf. décision 2017-646/647 QPC, cons. 9).

51. Par suite, ces dispositions devront être censurées.

52. En particulier, il est vrai que tant la jurisprudence de la Cour de cassation (cf. Crim., 15 octobre 1984, Bull. crim., n° 298) que celle du Conseil constitutionnel lui-même (cf. décision 2011-214 QPC, préc.) estime que les dispositions de l'article 65, i) du code des douanes ne s'accompagnent d'aucun pouvoir de coercition, en sorte que les informations détenues doivent être librement remises à la douane. Il n'en demeure pas moins que le libellé du texte et, en particulier, l'emploi du vocable « exiger », laisse planer un doute préjudiciable pour la sécurité juridique. Le Conseil constitutionnel pourra ainsi réitérer sa jurisprudence sur ce point et par ailleurs qui gagnerait à entraîner directement la censure du terme « exiger » et non à se borner à une simple réserve d'interprétation, même corroborée par la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

53. En outre et surtout, le fait que les dispositions de l'article 65, i) du code des douanes ne s'accompagnent d'aucun pouvoir de coercition à l'égard des opérateurs de communications électroniques et des hébergeurs est insuffisant. En effet, l'absence de pouvoir de coercition à l'égard des opérateurs de communications électroniques et des hébergeurs est, par elle-même, insusceptible de protéger le droit à la vie privée des personnes auxquelles les données en cause sont relatives. Il ne pourrait en aller autrement que si seules les personnes concernées étaient mises en position d'autoriser préalablement la communication des données les concernant – ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

54. Il ne fait donc aucun doute que les dispositions de l'article 65, i) du code des douanes, faisant l'objet de la présente instance, doivent être déclarées contraires à la Constitution.

55. **Cependant**, l'évolution de la jurisprudence décrite plus haut devrait conduire le Conseil constitutionnel à rendre une décision qui, sur la forme, ne serait pas parfaitement identique à ses décisions n° 2015-715 DC et 2017-646/647 QPC.

56. En effet, ni le Parlement ni le Gouvernement n'ont tiré les conclusions qu'imposaient, en droit, les décisions n° 2015-715 DC et 2017-646/647 QPC : aucune proposition ni aucun projet de loi n'a été déposé depuis pour corriger les vices d'inconstitutionnalité d'autres dispositions législatives encore en vigueur que cette décision rendait pourtant patents.

57. Tout au plus les dispositions de l'article 65, i) du code des douanes ont été récemment modifiées, à compter du 1^{er} janvier 2019, laissant la place à des dispositions qui, si elles corrigent certaines lacunes, n'en demeurent pas moins inconstitutionnelles.

58. En outre et surtout, en dehors de cette récente modification, très circonscrite, bien des dispositions inconstitutionnelles perdurent dans notre droit positif, au détriment de notre Etat de droit.
59. **En premier lieu**, les décisions n° 2015-715 DC et 2017-646/647 QPC ont fait apparaître une violation manifeste de la Constitution entachant les dispositions faisant l'objet de la présente instance – le i) de l'article 65 du code des douanes – qui, confèrent à certains agents des douanes des pouvoirs parfaitement identiques à ceux qui avaient été conférés aux agents de l'Autorité de la concurrence avant d'être déclarés contraires à la Constitution, et sans l'encadrer d'aucune garantie supplémentaire. La circonstance que le Conseil constitutionnel ait, dans un premier temps, déclaré ces dispositions conformes à la Constitution ne change rien à la conclusion que le législateur aurait dû tirer de l'évolution de la jurisprudence de ce dernier – étant rappelé à cet égard que les décisions du Conseil constitutionnel ont un effet *erga omnes* et s'imposent à l'ensemble des institutions de l'État. Ces dispositions sont pourtant restées en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2019 et ont dû faire l'objet de la présente instance, plusieurs années après les décisions de 2015 et 2017 susmentionnées.
60. **En second lieu**, les décisions n° 2015-715 DC et 2017-646/647 QPC ont également mis en exergue la circonstance que les dispositions de l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, qui confèrent à certains agents de la HADOPI le pouvoir d' « *obtenir tous documents, quel qu'en soit le support, y compris les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* », méconnaissent manifestement la Constitution. Une fois encore, ce pouvoir n'est encadré d'aucune garantie supplémentaire à celui qui était conféré aux agents de l'Autorité de la concurrence, déclaré contraire à la Constitution en 2015 ou aux agents de l'Autorité des marchés financiers, déclaré contraire à la Constitution en 2017.
61. **Ainsi**, le Conseil constitutionnel pourra saisir l'opportunité de rendre en l'espèce une décision plus détaillée que ses décisions n° 2015-715 DC et 2017-646/647 QPC.
62. En effet, le Conseil constitutionnel n'a pas défini les garanties précises qui doivent être prévues par la loi pour encadrer le pouvoir de l'administration d'obtenir des données de connexion. Il n'a fait qu'en évoquer l'absence. Or, il y a tout lieu de penser que, si le législateur n'a jusqu'alors pas amendé l'ensemble des dispositions législatives conférant un tel pouvoir à l'administration, la formulation d'indications juridiques précises l'y inviterait en lui permettant de tirer les conséquences exactes de l'évolution jurisprudentielle du Conseil.

S'agissant des garanties légales nécessaires pour assurer le respect de l'article 2 de la Déclaration de 1789

63. La question prioritaire de constitutionnalité dont il est saisi offre au Conseil constitutionnel l'opportunité de définir précisément les garanties légales nécessaires pour assurer la conformité à la Constitution des pouvoirs conférés à l'administration d'obtenir des données de connexion. Pour ce faire, il pourrait utilement s'inspirer de l'arrêt rendu en grande chambre, le 21 décembre 2016, par la Cour de justice de l'Union européenne (cf. arrêt *Tele2*), qui détermine les critères du droit de l'Union européenne en la matière.

64. Précisément, le Conseil constitutionnel pourra déclarer les dispositions dont il est saisi contraires à la Constitution en ce qu'elles autorisent l'administration à accéder à des données de connexion auprès des opérateurs de communications électroniques :

- sans limiter cet accès à des cas justifiés par un niveau de gravité concordant et proportionné à la gravité de l'atteinte que constitue l'accès à des données de connexion. À titre d'exemple, en matière d'accès poursuivant une finalité de lutte contre la criminalité, la grande chambre de la Cour de justice limite de tels accès uniquement à des cas justifiés par la « *lutte contre la criminalité grave* » (cf. arrêt *Tele2*, préc., pt. 115), notion qui viserait en droit français les infractions punies des peines d'emprisonnement les plus importantes – au-delà de dix ans ;

- sans « *prévoir des règles claires et précises indiquant en quelles circonstances et sous quelles conditions les fournisseurs de services de communications électroniques doivent accorder aux autorités nationales compétentes l'accès aux données* » (cf. arrêt *Tele2*, préc., pt. 117) ;

- sans « *prévoir les conditions matérielles et procédurales régissant l'accès des autorités nationales compétentes aux données conservées* » (cf. arrêt *Tele2*, préc., pt. 118) ;

- sans limiter cet accès aux « *données de personnes soupçonnées de projeter, de commettre ou d'avoir commis une infraction grave ou encore d'être impliquées d'une manière ou d'une autre dans une telle infraction* » (cf. arrêt *Tele2*, préc., pt. 119)

- sans que cet accès soit « *subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction soit par une entité administrative indépendante* » (cf. arrêt *Tele2*, préc., pt. 120) ;

- sans exiger que « *les autorités nationales compétentes, auxquelles l'accès aux données conservées a été accordé, en informent les personnes concernées* », alors

que « *cette information est, de fait, nécessaire pour permettre à celles-ci d'exercer, notamment, le droit de recours* » (cf. arrêt Tele2, préc., pt. 121) ;

- s'agissant des données auquel l'administration a eu accès, sans « *prévoir la conservation sur le territoire de l'Union ainsi que la destruction irrémédiable des données au terme de la durée de conservation de celles-ci* » (cf. arrêt Tele2, préc., pt. 121) et, *a fortiori*, sans prévoir la durée de conservation de celles-ci ;

- sans prévoir « *le contrôle, par une autorité indépendante, du respect* » de la légalité de l'accès et de l'exploitation des données par l'administration (cf. arrêt Tele2, point 123).

65. En rendant une décision d'une telle précision, le Conseil constitutionnel offrirait au législateur les outils nécessaires pour modifier, de sa propre initiative, l'ensemble des dispositions qui, en application de sa jurisprudence, doivent l'être. Ce faisant, le Conseil constitutionnel permettrait, d'une part, d'encourager la suppression des dispositions législatives en vigueur et contraires à la Constitution et, d'autre part, de faire l'économie de questions prioritaires de constitutionnalité visant précisément ces autres dispositions.

En ce qui concerne les nouvelles dispositions de l'article 65 quinquies du code des douanes, introduites par l'article 14 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude

66. Nonobstant la circonstance que la présente instance ne concerne que les dispositions de l'article 65, i) du code des douanes, dans leur version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2019, cette affaire est une occasion pour que le Conseil constitutionnel puisse préciser sa jurisprudence en matière d'accès des autorités publiques aux données de connexion, afin notamment de guider le législateur.

67. Or, force est de constater que les dispositions du nouvel article 65 *quinquies* du code des douanes, introduites par l'article 14 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, si elles gommant une partie des griefs d'inconstitutionnalité entachant les dispositions de l'article 65, i) du code des douanes, présentement en cause, n'en demeurent pas moins inconstitutionnelles. Elles sont, en outre, radicalement contraires à la jurisprudence de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne.

68. D'abord, si ces nouvelles dispositions prévoient l'autorisation préalable du ministère public, à peine est-il besoin de rappeler que le magistrat du ministère public n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 5 §. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante (cf. Crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674, Bull. crim., n° 207 ; Crim., 18 janvier 2011, n° 10-84.980, Bull. crim. n° 8).

69. Il ne s'agit par ailleurs ni d'une juridiction ni d'une autorité indépendante au sens de la jurisprudence de la grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne et, en particulier, de son arrêt *Tele2*.
70. Par suite, ces nouvelles dispositions ne respectent pas la condition d'un contrôle préalable exercé par une juridiction ou une autorité indépendante.
71. En outre, ces nouvelles dispositions ne limitent nullement l'accès aux données de connexion à la seule lutte contre la criminalité grave, au sens de l'arrêt *Tele2*.
72. Enfin, d'une manière générale, ces nouvelles dispositions n'offrent pas les garanties procédurales minimales afin que les droits et libertés que la Constitution garantit soient respectés.

En ce qui concerne le champ de la protection du secret des correspondances

73. Les exposantes n'ignorent pas que le Conseil constitutionnel considère généralement que la protection offerte au secret des correspondances ne s'étend pas aux données de connexion en ce qu'il ne s'agit pas du contenu du message.
74. Cette position demeure pour autant critiquable à bien des égards, dès lors notamment que les données de connexion sont susceptibles de révéler des informations extrêmement précises sur une personne et d'être de surcroît traitées massivement avec aisance et rapidité. Dans bien des cas les seules données de connexion sont en réalité capables de révéler non seulement le contenu d'un message ou à tout le moins une partie substantielle de ce contenu, mais encore et surtout, d'indiquer des informations allant très nettement au-delà de ce seul message.
75. C'est d'ailleurs pour cela que le droit de l'Union européenne ne différencie pas le contenu du message des données de connexion quant à la question du champ du secret des correspondances et de la confidentialité des communications et octroie une protection équivalente aux deux. C'est ainsi que l'article 5 de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, qui concerne la « Confidentialité des communications » prévoit que les Etats membres doivent garantir « *la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications et de services de communications électroniques accessibles au public, ainsi que¹ la confidentialité des données relatives au trafic y afférentes.* » L'emploi du vocable « ainsi que », inclusif, est ainsi révélateur.

¹ Emphase et soulignement ajouté.

76. Le Conseil constitutionnel pourrait ainsi utilement saisir la présente instance afin de faire évoluer sa jurisprudence sur ce point fondamental et inclure les données de connexion dans le champ de la protection du secret des correspondances et de la confidentialité des communications.
77. Il convient enfin de préciser un point central des arguments développés dans les présentes observations. Au fil de ces dernières, les exposantes ont régulièrement cité des textes et de la jurisprudence du droit de l'Union européenne, afin d'étayer leurs arguments. Pour autant, comme il a été dit *supra*, elles n'ignorent pas que le Conseil constitutionnel se refuse, par principe, d'être juge de la « conventionnalité » des lois et abandonne ce contrôle aux juges de droit commun, sous le contrôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Toutefois, elles souhaitent inviter le Conseil constitutionnel, s'il décide de persister dans sa jurisprudence sur ce point, à tout le moins de s'inspirer des principes dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne, sur des questions similaires et sur le fondement de texte à l'esprit et au libellé très proche des dispositions constitutionnelles. Cette affaire offre ainsi la possibilité, si le Conseil constitutionnel souhaite s'en saisir, d'un dialogue harmonieux, fécond et protecteur des droits et libertés fondamentaux, des juges à travers l'Union européenne.

PAR CES MOTIFS, les associations « La Quadrature du Net », « Franciliens.net », « FAImaison », « Midway's Network » et « Rézine », exposantes, concluent à ce qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

ADMETTRE leur intervention dans la présente instance ;

DECLARER contraire à la Constitution les dispositions de l'article 65, i) du code des douanes, avec toutes conséquences de droit, avec effet immédiat.

Fait à Leipzig, le 31 décembre 2018

Alexis FITZJEAN ÓCOBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris



BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièce n° 1 : Statuts de l'association « La Quadrature du Net » ;

Pièce n° 2 : Procès-verbal de l'association « La Quadrature du Net » ;

Pièce n° 3 : Statuts de l'association « Franciliens.net » ;

Pièce n° 4 : Procès-verbal de l'association « Franciliens.net » ;

Pièce n° 5 : Statuts de l'association « FAImaison » ;

Pièce n° 6 : Procès-verbal de l'association « FAImaison » ;

Pièce n° 7 : Statuts de l'association « Midway's Network » ;

Pièce n° 8 : Procès-verbal de l'association « Midway's Network » ;

Pièce n° 9 : Statuts de l'association « Rézine » ;

Pièce n° 10 : Procès-verbal de l'association « Rézine » ;