

Bruxelles, le 6 juillet 2015

A l'attention du
CONSEIL CONSTITUTIONNEL
2, rue de Montpensier,
75001 Paris
France

Intervention du Conseil des Barreaux Européens (ci-après le CCBE) Association Internationale à but non lucratif de droit belge, dotée de la personnalité morale, établie et ayant son siège social à Bruxelles, -1000, Rue Joseph II, 40, immatriculée au Registre des Personnes morales sous le numéro 467 250 186, de Bruxelles et représentée par son Président en exercice.

Les présentes observations sont développées par le Conseil des Barreaux Européens (CCBE). Le CCBE est l'organisation européenne qui représente plus d'un million d'avocats en Europe. Son objet social consiste, notamment, à représenter les barreaux nationaux européens membres, dans toutes les matières d'intérêt commun ayant trait à l'exercice de la profession d'avocat, au respect de l'Etat de droit et d'une bonne administration de la justice ainsi qu'aux développements du droit, tant au plan européen qu'international.

Le CCBE a également pour but d'assurer le rôle d'organe consultatif et intermédiaire entre ses membres, effectifs, associés ou observateurs, entre ses membres et les institutions de l'Union européenne et de l'Espace économique européen dans toutes les matières transfrontalières d'intérêt commun, mais également le respect de l'Etat de droit, des droits de l'Homme et de la protection des droits et libertés fondamentales en ce compris le droit à l'accès à la justice et la protection du citoyen ainsi que la protection des valeurs démocratiques intimement liées à l'exercice de ces droits.

Doté de la personnalité morale, le CCBE est habilité à intervenir dans tout litige relatif à la défense des intérêts de la profession, tant pour son propre intérêt que pour la promotion de la défense des libertés fondamentales et du libre accès des citoyens à la justice dans le but d'assurer la protection des valeurs démocratiques.

A l'occasion de son examen des dispositions de la loi relative au renseignement, adoptée en dernière lecture par le Parlement français le 24 juin 2015, le CCBE souhaite formuler auprès du Conseil constitutionnel les remarques suivantes.

Sur le nouvel article L. 811-3 du Code de la sécurité intérieure (CSI)

Le nouvel article L.811-3 CSI est un article central de la loi puisqu'il définit les « *menaces, les risques et les enjeux liés aux intérêts fondamentaux de la Nation* » qui peuvent justifier la mise en œuvre des techniques particulières de renseignement dont cette loi fixe les modalités d'emploi et les conditions du contrôle.

L'équilibre que les avocats ont pour mission de faire respecter entre l'exercice des libertés fondamentales et les contraintes nécessaires de la sécurité collective, doit donc prendre sa source dans une définition suffisamment limitative des motifs exceptionnels qui pourront justifier des restrictions à l'exercice des libertés garanties par la Constitution.

Or, il s'avère que deux des motifs prévus à l'article L.811-3 CSI ne paraissent pas être définis d'une manière compatible avec cet objectif constitutionnel.

1°) Le motif de la « *prévention des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique* » (5° c) est trop général et déborde du périmètre de la « *défense et de la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation* » tels que ceux-ci sont définis par l'article L410-1 du Code pénal, ainsi que de celui de la « *sécurité nationale* » telle que définie par l'article L.1111-1 du code de la défense (laquelle ne s'attache qu'aux « *menaces et risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation* », formule reprise à l'identique dans l'énoncé des missions de renseignement par l'article L.811-2 CSI).

Or, la loi n'autorise le recours aux techniques particulières de renseignement par les services spécialisés que « *pour le seul exercice de leurs missions respectives* », ce qui impose que ce recours s'inscrive dans le cadre général à la politique de renseignement fixé par les nouveaux articles 811-1 et 811-2 CSI et défini par référence aux notions de sécurité nationale et des intérêts fondamentaux de la nation.

Dès lors, **le maintien de ce motif de recours à une technique particulière de renseignement serait**

- **non seulement incohérent avec le reste de la loi** (et notamment les nouveaux articles L.811-1 et 811-2 CSI ainsi que le 1^{er} alinéa du nouvel article L.811-3 CSI, qui se réfèrent explicitement à ces notions – proches - de sécurité nationale et d'intérêts fondamentaux de la nation),
- **mais aussi inconstitutionnel, dans la mesure où les fortes atteintes au droit à la vie privée qu'engendrera la mise en œuvre des techniques de renseignement visées par la loi ne peuvent être justifiées que par des impératifs majeurs de sécurité nationale et de protection des seuls « intérêts fondamentaux de la nation »** (laquelle est un objectif à valeur constitutionnelle) **et non par des risques ou menaces portant sur la sécurité et l'ordre publics au sens plus large**. Le risque serait en particulier grand que puissent être utilisées des techniques particulières de renseignement pour prévenir des formes déviantes de manifestations politiques ou sociales protestataires. Or, on sait notamment que la jurisprudence constitutionnelle considère que le droit de manifester résulte de la mise en œuvre d'une liberté constitutionnellement garantie et qu'il doit être réalisé un équilibre entre la préservation de cette liberté et les impératifs de sécurité publique (Cons. const., décision n° 94-352, 18 janvier 1995, cons. 16).

2°) Le motif de la « **prévention de la criminalité et de la délinquance organisées** » pourrait encourir les mêmes critiques, notamment si l'on interprète ces termes au regard de l'article 706-73 du code de procédure pénale qui a défini largement – depuis la loi du 9 mars 2004 – le champ de la délinquance et de la criminalité organisée.

En effet, de nombreux délits rentrant dans le champ d'application de l'article 706-73 CPP ressortissent à des objectifs de répression judiciaire de droit commun affectant (même très gravement) la seule sécurité des personnes et des biens plutôt qu'à des formes criminelles de grande ampleur pouvant affecter la vie de la Nation dans son ensemble (comme le terrorisme, par exemple, mentionné au 11° de l'article 706-73 CPP).

Or, il est de la mission des avocats, acteurs privilégiés du respect des droits fondamentaux dans la procédure pénale, de veiller à ce que le recours aux techniques particulières de renseignement ne vienne pas abusivement se substituer aux pratiques d'enquête judiciaire et en contourner les garanties procédurales dans des domaines relevant du droit commun.

Il serait donc **indispensable d'interpréter restrictivement cette disposition 6° du nouvel article L.811-3 afin que seules puissent faire l'objet de la mise en œuvre d'une technique de renseignement les formes de délinquance et de criminalité organisée susceptibles de porter atteinte à des intérêts fondamentaux de la nation ou de constituer une menace de sécurité nationale** pouvant affecter la vie de la nation.

Sur le nouvel article L. 821-6 CSI

Les articles L.821-5 et L.821-6 CSI prévoient deux procédures dérogatoires d'urgence dérogeant aux principes de contrôle définis aux nouveaux articles L.821-1 CSI et suivants et sont par ailleurs visés dans l'article L.821-7 CSI relatif – notamment – aux avocats.

Or, le nouvel article L.821-6 CSI présente deux particularités qui recèlent une contradiction, par comparaison à l'article L.821-5 CSI :

- d'un côté, **les motifs justifiant la dérogation sont moins limités que ceux retenus pour l'application du nouvel article L.821-5 CSI** : on évoque « *l'urgence liée à une menace imminente* » plutôt qu'une « *urgence absolue* » et, surtout, la dérogation peut être demandée pour n'importe lequel des motifs prévus pour la mise en œuvre des techniques de renseignement, alors que l'article L.821-5 CSI limite sa dérogation aux « *seules finalités mentionnées aux 1° et 4° et au a du 5° de l'article L. 811-3* » (c'est-à-dire, l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale, la prévention du terrorisme et celle des atteintes à la forme républicaine des institutions).
- mais de l'autre, **le niveau de dérogation est beaucoup plus fort dans le cadre de l'application de l'article L.821-6 CSI que dans celui de l'article L.821-5 CSI** : en effet, si l'urgence absolue dans l'article L.821-5 permet au Premier ministre de délivrer l'autorisation sans saisine préalable de la CNCTR, les motifs visés à l'article L.821-6 permettent eux de justifier la mise en œuvre de la technique sans aucune autorisation préalable.

Dès lors, s'il est usuellement admis que l'urgence puisse justifier certains allègements, au moins temporaires, aux exigences réglementaires de droit commun, on peut considérer que supprimer non seulement le contrôle préalable d'un organe indépendant mais aussi l'obligation d'une autorisation gouvernementale préalable irait au-delà de ce qui est strictement nécessaire et proportionné dans une société démocratique pour veiller aux impératifs de sécurité nationale.

On peut donc considérer que – vu l'importance qu'il y a à ce qu'aucune technique de renseignement intrusive vis-à-vis de la vie privée ne soit mise en œuvre sans un minimum de contrôle préalable - l'article L.821-5 apporte aux autorités administratives et aux services spécialisés une souplesse suffisante pour gérer les cas d'urgence et que **la dérogation supplémentaire prévue par l'article L.821-6 serait inconstitutionnelle en ce qu'elle introduirait un déséquilibre injustifié dans la balance entre les différents intérêts constitutionnels que la loi a pour obligation de concilier.**

La suppression de ce nouvel article L.821-6 CSI aurait également un impact direct sur le régime applicable vis-à-vis des catégories de personnes protégées du fait de leur profession (dont, en particulier, les avocats) puisque **le nouvel article L.821-7 CSI prévoit, malgré l'interdiction de principe s'appliquant à ces personnes, la possibilité – dans certains cas particuliers – de leur appliquer les mesures d'urgence sans autorisation prévues par l'article L.821-6 CSI, ce qui est particulièrement choquant et contradictoire.**

Sur le nouvel article L.821-7 CSI

Le nouvel article L.821-7 CSI exclut justement du périmètre d'application des techniques particulières de renseignement quelques catégories de professionnels : parlementaire, magistrat, avocat et journaliste. Cette exclusion doit être approuvée car les professionnels concernés exercent des fonctions sensibles au regard de l'exercice des libertés publiques. S'agissant plus particulièrement des avocats, cette exclusion est indispensable pour assurer un respect effectif de leur secret professionnel, lequel est absolu, opposable aux juridictions et aux autorités administratives, et institué au profit de l'intérêt général.

Cette exclusion s'agissant des techniques de renseignement est proche, dans son principe, de celles que le code de procédure pénale impose déjà en matière d'interceptions judiciaires (articles 100-5 et 100-7 du code de procédure pénale). En revanche, s'agissant des mesures administratives de renseignement, elle apporte une amélioration significative, dans la mesure où aucune limitation légale de ce type n'avait été posée en 1991 s'agissant des interceptions de sécurité.

Pour autant la portée réelle de cette protection est limitée à un double titre :

- d'une part, l'article L.821-7 CSI n'instaure l'exclusion qu'en ce qui concerne la surveillance de ces professionnels « à raison de l'exercice de son mandat ou de sa profession » et prévoit, au contraire, que des autorisations peuvent être accordées à l'encontre de ces mêmes professionnels et de leurs lieux privés (domicile, bureau, véhicule), sans qu'il soit clairement explicité que ces autorisations ne pourraient intervenir que dans le cas où ils seraient surveillés pour des motifs ne touchant pas à l'exercice de leurs fonctions.

- d'autre part, il est prévu que la procédure spéciale d'urgence de l'article L.821-6 CSI puisse malgré tout s'appliquer à ces professionnels « *s'il existe des raisons sérieuses de croire que la personne visée agit aux ordres d'une puissance étrangère, ou dans le cadre d'un groupe terroriste ou d'une organisation criminelle* »

Ces limitations importantes pourraient être utilisées pour vider largement d'effet la protection juridique souhaitée par le législateur, car elles sont excessives au regard des objectifs poursuivis par la loi et ne paraissent pas ressortir d'un juste équilibre entre la protection des libertés publiques et les impératifs de sécurité nationale.

La très récente décision du tribunal de La Haye (affaire n° C/09/487229/KGZA15-540 du 1er juillet 2015, cf. ci-joint) enjoignant le gouvernement néerlandais de faire cesser toute interception des communications entre les clients et les avocats par ses services de sécurité est une manifestation exemplaire de la contrariété de telles mesures de surveillance, s'agissant pour le moins des avocats, avec les garanties constitutionnelles et conventionnelles des libertés individuelles.

Dès lors, il paraîtrait conforme au principe d'intelligibilité de la loi et aux garanties constitutionnelles qui protègent l'indépendance des magistrats, le respect des droits de la défense et du secret professionnel ainsi que la liberté de la presse, de **censurer la seconde phrase du premier alinéa du nouvel article L.821-7 CSI** qui paraît contradictoire avec sa première phrase **puisque'elle semble autoriser la mise en œuvre des techniques de renseignement sans condition** à l'égard des mêmes professionnels que la première phrase a voulu exempter de l'application de ces mesures.

En ne laissant subsister que la seule première phrase, la loi n'empêcherait pas le Premier ministre de pouvoir décider la mise en œuvre d'une technique de surveillance à l'encontre d'un de ces professionnels, mais il lui appartiendrait d'établir (sous le contrôle de la CNCTR) que des suspicions sans rapport avec l'exercice de sa profession pèsent sur le professionnel concerné et rendraient plausible le fait qu'il puisse personnellement être engagé dans des activités de nature à nuire aux intérêts fondamentaux de la nation. Cette appréciation pourrait être ensuite discutée devant le Conseil d'État, lequel a notamment la charge de faire respecter les garanties constitutionnelles ainsi que les dispositions de droit conventionnel et notamment celles de la CEDH.

Notons que la censure de la seconde phrase du premier alinéa devrait entraîner également celle de la suite du paragraphe ainsi que celles des deux derniers paragraphes du même article.

Sur le nouvel article L. 851-3 CSI

Le nouvel article L.851-3 CSI permet d'autoriser aux seules fins antiterroristes les services de renseignement à effectuer une surveillance massive des communications électroniques afin de détecter automatiquement, grâce à des algorithmes classifiés, de potentielles menaces terroristes. Les risques d'une utilisation extensive et abusive de cette disposition ont été très fréquemment soulevés par les commentateurs et les défenseurs des libertés individuelles.

Une ambiguïté subsiste dans sa rédaction quant au fait de savoir si les « *traitements automatisés* » imposés aux opérateurs et intermédiaires conduiront ou non à la collecte préalable et massive de données de connexion ou se limiteront à filtrer en temps réel - sans les stocker - les flux de données de connexion, se contentant de ne conserver au final que les seules données associées à une menace potentielle.

La seule indication en la matière se situe dans son second alinéa qui dispose que la mise en œuvre de ces traitements s'effectuera « *sans recueillir d'autres données que celles qui répondent à leurs paramètres de conception* ». Mais cette rédaction n'exclut pas nécessairement que la conception des algorithmes utilisés puisse engendrer une collecte préalable de données de connexion indifférenciées sur lesquelles le traitement s'effectuerait *a posteriori*. Or, si tel pouvait être le cas, le risque que se constitue en toute impunité un archivage massif de métadonnées, avec toutes les potentialités de dérive que cela pourrait engendrer, serait grand.

Votre Conseil a déjà eu l'occasion de censurer des dispositions qui instaurent un traitement « *destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française* » en remarquant notamment que ces données pourraient être consultées à différentes fins de police administrative ou judiciaire et « *qu'en égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation* » elles portaient « *au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi* » (Cons. Const., décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012).

Ainsi de la même manière une mesure massive et indifférenciée de collecte des données de connexion électroniques des citoyens constituerait certainement une restriction excessive au droit à la vie privée garanti par la Constitution, il conviendrait qu'une réserve d'interprétation précise que **l'article L.851-3 CSI ne peut être considéré constitutionnel que pour autant que les mesures qu'il autorise excluent tout stockage permanent de données de connexion indifférenciées et que les seules données qui pourront être stockées et analysées seront celles identifiées comme susceptibles de pouvoir révéler une potentielle menace terroriste.**

Sur les nouveaux articles L. 773-3 et L.773-4 du Code de justice administrative (CJA)

La possibilité de saisir le Conseil d'État pour exercer un contrôle juridictionnel complet de la légalité des décisions de mise en œuvre des techniques de renseignement, sans que le secret de la défense nationale ne puisse lui être opposé, est un progrès incontestable et constitue une garantie des droits et libertés protégés par la Constitution.

Pour autant, il convient que le juge administratif soit mis en situation de pouvoir effectivement exercer son contrôle dans le respect des règles du procès équitable, que garantit la Constitution au visa de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le premier alinéa du nouvel article L.773-3 du code de justice administrative qui dispose que « *les exigences de la contradiction mentionnées à l'article L. 5 du présent code sont adaptées à celles du secret de la défense nationale* » pourrait, de ce point de vue, être critiquable par sa généralité susceptible de lui faire encourir notamment le risque d'une inconstitutionnalité pour incompétence négative.

En effet, si les jurisprudences constitutionnelle et européenne n'excluent pas par principe la possibilité de tenir des audiences à huis-clos pour des motifs de sécurité nationale (comme le prévoit le nouvel article L.773-4 CJA) ou à recourir à des moyens de preuve secrets (témoignages anonymes, par exemple) dans le cadre d'une procédure juridictionnelle et à concilier les impératifs de la recherche de la vérité avec ceux de la sécurité nationale, elle impose au législateur d'en encadre précisément l'usage et la portée.

On se rappelle notamment que dans votre décision sur la loi relative à la géolocalisation (judiciaire en l'espèce, mais qui figure également au nombre des techniques de renseignement administratif visées par le nouveau texte), votre Conseil a dit pour droit que « *le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense impliquent en particulier qu'une personne mise en cause devant une juridiction répressive ait été mise en mesure, par elle-même ou par son avocat, de contester les conditions dans lesquelles ont été recueillis les éléments de preuve qui fondent sa mise en cause* » (Cons. Const., décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014).

Par ailleurs, la présence obligatoire de la CNCTR à l'instance devant le Conseil d'État ne peut, à elle seule, pallier le fait que la personne privée éventuellement plaignante ne pourra pas accéder aux données classifiées concernant la mesure de surveillance dont elle aurait pu être l'objet. A chaque fois, en effet, que la mesure contestée aura été mise en œuvre après avis favorable de la CNCTR (ce qui devrait être, en pratique, le cas le plus fréquent), cette dernière interviendra plutôt au soutien des arguments de l'État qu'à celui de la plaignante.

Votre Conseil a déjà eu l'occasion d'estimer que, même si la protection du secret de la défense nationale participe à l'objectif constitutionnel « *de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* », celle-ci ne peut justifier des mesures qui, en portant une atteinte excessive aux impératifs du fonctionnement de la justice (en l'occurrence en limitant exagérément la possibilité d'effectuer des perquisitions dans certains lieux), résultent d'une conciliation déséquilibrée entre les exigences constitutionnelles applicables (Cons. Const., décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011).

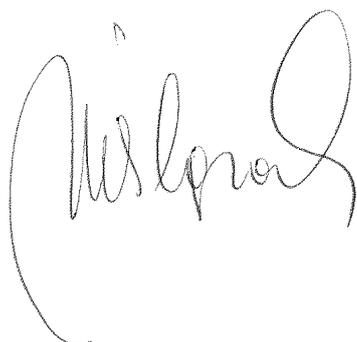
Dès lors que l'assistance d'un avocat et sa capacité à discuter en droit et en fait les éléments soumis à la juridiction constituent les garanties essentielles des droits de la défense et du procès équitable, le même raisonnement pourrait s'appliquer. Il conviendrait donc qu'une réserve d'interprétation précise que **les articles L.773-3 et L.773-4 CJA ne peuvent être considérés comme constitutionnels que :**

- pour autant que **la conciliation que prévoit l'article L.773-3 ne portera pas atteinte au droit de tout justiciable à disposer de l'assistance d'un avocat apte à le représenter devant la formation restreinte du Conseil d'État compétente,**

y compris lors des auditions prévues à l'article L.773-3 et des audiences à huis-clos prévues par l'article L.773-4 CJA,

- **et que l'autorité réglementaire prendra en application de ces articles les dispositions nécessaires pour permettre que - dans le respect du secret de la défense nationale - au moins un avocat désigné par le plaignant puisse être mis en mesure de discuter les éléments de preuve classifiés** qui seront portés à la connaissance du juge administratif.

Nous vous remercions par avance de l'attention que votre Conseil portera à nos remarques¹.



Maria Ślżak
Présidente

PJ : communiqué du CCBE concernant le jugement du tribunal de La Haye du 1^{er} juillet 2015

¹ La présente note d'*amicus curiae* a été préparée pour le compte du Conseil des barreaux européens par : Bertrand Warusfel, Professeur à l'Université de Lille 2 ; Vincent Nioré, Président de l'Institut de droit pénal du Barreau de Paris et Laurent Pettiti, Président de la commission permanente du CCBE auprès de la CEDH, tous trois avocats au barreau de Paris et experts auprès du CCBE.