

**Tierce intervention du Conseil des Barreaux Européens  
(CCBE)**

**devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme**

**Au visa des articles 36 de la Convention Européenne des  
Droits de l'Homme et 44 § 3 b du règlement de la Cour**

**Affaires n° 55058/15- 55061/15- 59602/15- 59621/15**

**Ordre des Avocats au Barreau de Paris**

**Sur**

**Eydoux**

**Conseil national des Barreaux**

**c. France**

---

Les présentes observations sont développées par le Conseil des Barreaux Européens après en avoir obtenu l'autorisation du Président de la Cour par lettre du 18 juillet 2017.

Elles porteront exclusivement sur les intérêts particuliers du CCBE dans le cadre des affaires soumises à la Cour.

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 habile 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.

### **Le contexte national :**

La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement suscite nombre d'interrogations au regard des libertés individuelles en ce que, tout en poursuivant l'objectif louable de donner des moyens pour mieux prévenir certains risques et d'encadrer par la loi les activités de renseignement, elle retient une définition large des services de renseignement et des motifs justifiant une surveillance, et introduit des techniques de renseignement massif instaurant un contrôle assez décevant des activités de renseignement.

Dès l'exposé des motifs de la loi, le ton est donné : il s'agit « de connaître et de prévenir les risques et les menaces pesant sur notre pays et sa population » au moyen d'un outil, redoutable objet de cette loi : le renseignement.

Sur le fond, cette loi vise à combler une lacune en donnant « un cadre légal, cohérent et complet pour les services de renseignement »<sup>1</sup>

Le législateur français était déjà intervenu par le passé dans le domaine du renseignement : notamment par la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications avait légalisé les interceptions de sécurité (c'est-à-dire se déroulant hors la décision d'un juge judiciaire et sous le regard de la Commission nationale des interceptions de sécurité).

---

La loi de 2015 poursuit un double objectif louable – si l'on considère que le renseignement est nécessaire dans une société démocratique – et soucieux des attentes de la Cour EDH « définir, dans la loi, les principes et les finalités de la politique du renseignement » (voir L. n° 2015-912, art.2 ; CSI, art L 811-1 créé « La politique publique de renseignement concourt à la stratégie de sécurité nationale ainsi qu'à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la

---

<sup>1</sup> Conseil des ministres, 19 mars 2015, à propos de du projet de loi relatif au renseignement

Nation ») et « encadrer l'utilisation des techniques de recueil du renseignement pour renforcer la protection des libertés individuelles tout en sécurisant l'action des services spécialisés »<sup>2</sup>

Mais la loi est en réalité bien plus ambiguë, retenant une définition large des services de renseignement et des motifs justifiant une surveillance, introduisant des techniques de recueil de renseignement massif (par le biais des fameuses « boîtes noires » ou des IMSI catchers) et instaurant un contrôle des activités de renseignement que l'on peut considérer insuffisant.

Ce faisant et pour garantir « la sécurité nationale et (la) défense des intérêts fondamentaux de la Nation »<sup>3</sup>, cette loi, appuyée par le Conseil Constitutionnel (le CCBE avait déposé des observations le 6 juillet 2015), consacre la primauté de la sécurité sur la vie privée (dans le respect – apparent – de l'article 8 de la Convention EDH, le nouvel article L 801-1 du CSI (L. n° 2015-912 art 1<sup>er</sup>) pose le principe de la garantie par la loi du respect de la vie privée<sup>4</sup> tout en y apportant des limitations qui, au regard des critiques – notamment d'imprécision – portant sur les dispositions auxquelles cet article renvoie, peuvent apparaître comme importantes<sup>5</sup>, et participe de manière importante à une évolution déjà en marche, à un glissement assumé de la réaction à l'anticipation, de la répression à la prévention, dont la première illustration en est l'articulation entre police judiciaire et police administrative.

La loi crée un nouveau livre dans le Code de la sécurité intérieure, consacré au renseignement.

De ce nouveau livre, trois questions émergent : qui surveille, autrement dit quels sont les services et agents de renseignement compétents, quelles sont les techniques de recueil de renseignement autorisées, enfin quel contrôle la loi prévoit-elle ?

Les observations du CCBE recouperont deux de ces questions et porteront sur : - la protection de la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients, la proportionnalité des techniques de surveillance appliquées aux avocats au regard du but poursuivi, et - enfin les missions et le contrôle de la CNCTR au regard de la profession d'avocat.

### **La confidentialité des échanges entre d'une part les avocats, d'autre part les avocats et leurs clients, au prisme de la Convention :**

Le CCBE a depuis 2013, publié de nombreuses déclarations et études dénonçant les violations du secret professionnel par les Etats et les organismes gouvernementaux qui exercent des activités de surveillance légales ou illégales.

En octobre 2013, le CCBE a présenté ses premières recommandations visant à protéger le secret professionnel de la surveillance des gouvernements.

---

<sup>2</sup> Exposé des motifs

<sup>3</sup> Exposé des motifs

<sup>4</sup> « Le respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile, est garanti par la loi »

<sup>5</sup> « L'autorité publique ne peut y porter atteinte que dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi, dans les limites fixées par elles et dans le respect du principe de proportionnalité. L'autorisation et la mise en œuvre sur le territoire national des techniques de recueil de renseignement mentionnées aux chapitres 1<sup>er</sup> à III du titre V du présent livre ne peuvent être décidées que si :

1° Elles procèdent d'une autorité ayant légalement compétence pour le faire ;

2° Elles résultent d'une procédure conforme au titre II du présent livre ;

3° Elles respectent les missions confiées aux services mentionnés à l'article L 811-2 ou aux services désignés par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L 811-4 ;

4° Elles sont justifiées par les menaces, les risques et les enjeux liés aux intérêts fondamentaux de la Nation

5° Les atteintes qu'elles portent au respect de la vie privée sont proportionnées aux motifs invoqués »

En décembre 2013, le CCBE a participé à l'enquête de la commission LIBE sur la surveillance électronique de masse des citoyens de l'UE. Après six mois d'enquête, le Parlement européen a approuvé en mars 2014 une résolution qui conclut notamment qu'il est « capital de protéger le secret professionnel de l'avocat(..)contre les activités de surveillance de masse » et que « toute incertitude concernant le confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients pourrait avoir des incidences négatives sur le droit d'accès des citoyens de l'union européenne à l'assistance juridique et à la justice, ainsi que le droit à un procès équitable ». Cette même résolution propose également d'instaurer un habeas corpus numérique pour protéger les droits fondamentaux, y compris l'état de droit et la confidentialité des communications entre l'avocat et son client.<sup>6</sup>

En mai 2015, le CCBE est intervenu avec succès dans l'affaire portée devant le tribunal d'arrondissement de La Haye par le cabinet d'avocats Prakken d'Oliveira et l'association néerlandaise des avocats pénalistes (la NVSA) contre l'Etat néerlandais. Le Tribunal a été saisi de la légalité des écoutes des appels et des communications des avocats par les agences de renseignements nationales. Le 1<sup>er</sup> juillet, le Tribunal a reconnu la possibilité de communiquer en toute confidentialité avec un avocat comme un droit fondamental violé par la politique de surveillance néerlandaise. Le tribunal a ordonné au gouvernement néerlandais de cesser toute interception des communications entre les clients et les avocats sous le régime de la loi alors en vigueur, jusqu'à la mise en place d'un contrôle indépendant.

Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel néerlandaise le 27 octobre 2015. Dans sa décision la Cour a considéré conformément à la jurisprudence de la Cour EDH que les activités de surveillance doivent être soumises à un contrôle par un organisme indépendant ayant le pouvoir de prévenir ou de mettre fin à des infractions potentielles au secret professionnel. La Cour a également précisé que les informations obtenues par la mise sur écoute des avocats ne peuvent pas être communiquées aux procureurs avant qu'un contrôle indépendant ait eu lieu au regard de la légalité de ces informations et de leur mode d'obtention. La seule possibilité que les informations soient communiquées au ministère public peut entraîner certaines personnes à s'abstenir de contacter un avocat. La Cour a jugé qu'il s'agit d'une violation du droit à un procès équitable qui porte atteinte au principe fondamental du secret professionnel. La Cour a également jugé que la protection de la confidentialité du client ne se limite pas aux communications avec les avocats néerlandais mais s'étend aux communications avec les avocats européens qui fournissent des services aux Pays-Bas au sens de la directive européenne 77/249/CE.<sup>7</sup>

A l'occasion de cet arrêt, la Présidente du CCBE a pu souligner que « La confiance entre l'avocat et son client est, à la base, la garantie d'une procédure régulière et l'Etat de droit. Il est essentiel que la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients soit toujours respectée... »

L'efficacité des avocats dans leur travail de défense des droits de leurs clients dépend de la certitude que la confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients est garantie.

Sans cette garantie, il y a un risque que le client soit dépourvu de la confiance<sup>8</sup> nécessaire à une divulgation entière à son avocat, et l'avocat, à son tour, serait dépourvu des informations

<sup>6</sup> Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la surveillance électronique de masse des citoyens de l'Union Européenne

<sup>7</sup> Transcription de l'arrêt (en anglais) du 27 octobre 2015 : <http://www.prakkendoliveira.nl/en/news/appeals-court-the-hague-state-must-cease-tapping-lawyers> Transcription de l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2015 (en néerlandais) : <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7436>

<sup>8</sup> CEDH André c France (18603/03), 2008, § 41 « Le secret professionnel...est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client »

nécessaires pour prodiguer des conseils exhaustifs à son client ou le représenter efficacement. Sans cette confiance, le client n'est pas assuré de pouvoir être exhaustif dans ses communications avec son avocat ; un principe essentiel afin d'offrir des conseils juridiques et un soutien précis, ce qui constitue une garantie déterminante d'un procès équitable.

Le refus du droit du justiciable à la confidentialité, à savoir le droit du citoyen d'être protégé de toute divulgation de ses communications avec son avocat, pourrait priver les justiciables de l'accès effectif à des conseils juridiques et à la justice. Le secret professionnel est donc considéré comme un instrument qui conditionne l'accès à la justice et le maintien de l'état de droit. La Cour EDH a déclaré que « le droit du justiciable à un procès équitable »<sup>9</sup> dépend de la relation de confiance entre l'avocat et le client. En second lieu, la Cour a souligné à plusieurs reprises que saper le secret professionnel peut constituer une violation de l'article 8, qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, l'article 8 « accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients »<sup>10</sup>. La Cour poursuit « Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels »

Le droit à la confidentialité des communications entre avocat et client a fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement riche de la Cour Européenne. La protection de la confidentialité des communications est garantie quel que soit le contenu de la correspondance en question et qu'elle qu'en soit la forme. Toute limitation de ce droit doit être conforme à la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique pour atteindre l'objectif concerné.

Au fil des années la jurisprudence concernant la confidentialité des communications avocat-client s'est développée fixant des principes généraux qui doivent gouverner la relation avocat-client :

« ...l'interception des conversations d'un avocat avec son client porte incontestablement atteinte au secret professionnel, qui est à la base de la relation de confiance qui existe entre ces deux personnes »<sup>11</sup>

« ...si un avocat ne pouvait s'entretenir avec son client sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité, alors que le but de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs... »<sup>12</sup>

Dans l'affaire Foxley c Royaume-Uni<sup>13</sup>, la Cour a jugé que l'article 8 avait été violé par l'interception de la correspondance du requérant avec ses avocats. La Cour a souligné dans l'affaire la nécessité de garanties efficaces pour assurer une atteinte minimale au droit au respect de la correspondance et a également rappelé que la relation avocat-client est par nature confidentielle et que la correspondance dans ce contexte, quel qu'en soit l'objet, porte sur des questions à caractère privé et confidentiel.

« The Court recalls that the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. In determining whether an interference is "necessary in a democratic society" regard may be had to the State's margin of appreciation (see the Campbell v. the United Kingdom judgment of 25 March 1992, Series A no. 233, p. 18, § 44). It further observes that in the field under consideration - the concealment of a bankrupt's assets to the detriment of his creditors - the authorities may consider it necessary to have recourse to the

<sup>9</sup> CEDH Michaud c France (12323/11), 2012 § 117-8

<sup>10</sup> CEDH Kopp c Suisse (23224/94) 1998

<sup>11</sup> CEDH Pruteanu c Roumanie (30181/05) 2015, § 49

<sup>12</sup> CEDH S c Suisse (12629/87), 1991, §48

<sup>13</sup> CEDH Foxley c Royaume-Uni (33274/96), 2000

interception of a bankrupt's correspondence in order to identify and trace the sources of his income. Nevertheless, the implementation of the measures must be accompanied by adequate and effective safeguards which ensure minimum impairment of the right to respect for his correspondence. This is particularly so where, as in the case at issue, correspondence with the bankrupt's legal advisers may be intercepted. The Court notes in this connection that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged and correspondence in that context, whatever its purpose, concerns matters of a private and confidential nature (the above-mentioned Campbell judgment, pp. 18-19, §§ 46 and 48). »

Dans l'affaire Michaud c France<sup>14</sup>, la Cour a ainsi jugé :

« 118. Il en résulte que si l'article 8 protège la confidentialité de toute « correspondance » entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients. Cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s'il n'est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C'est la relation de confiance entre eux, indispensable à l'accomplissement de cette mission, qui est en jeu. En dépend en outre, indirectement mais nécessairement, le respect du droit du justiciable à un procès équitable, notamment en ce qu'il comprend le droit de tout « accusé » de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

119. Cette protection renforcée que l'article 8 confère à la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients et les raisons qui la fondent conduisent la Cour à constater que, pris sous cet angle, le secret professionnel des avocats – qui toutefois se décline avant tout en obligations à leur charge – est spécifiquement protégé par cette disposition. »

La position du CCBE, confortée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, selon laquelle les données et les communications couvertes par le secret professionnel sont inviolables et ne peuvent être sujettes à des interceptions ou à une surveillance, doit se traduire par des exigences liées à la prévisibilité et à la qualité de la loi, les activités de renseignement devant être réglementées de manière transparente avec les précisions nécessaires et les garanties suffisantes.

Tout recours de l'Etat à la surveillance s'inscrit dans les limites de l'Etat de droit, et cette surveillance doit respecter la protection garantie par le secret professionnel.

### **La prévisibilité de la loi :**

La Cour Européenne a ainsi exposé dans le droit fil de sa jurisprudence, et dans l'arrêt de Grande Chambre Roman Zakharov c Russie<sup>15</sup> :

« La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les termes « prévue par la loi » signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. La loi doit donc satisfaire à des exigences de qualité : elle doit être accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses effets (voir, parmi bien d'autres, Rotaru c. Roumanie [GC], no [28341/95](#), § 52, CEDH 2000-V, S. et Marper c. Royaume-Uni [GC], nos [30562/04](#) et [30566/04](#), § 95, CEDH 2008, et Kennedy, précité, § 151).

La Cour a jugé à plusieurs reprises que, en matière d'interception de communications, la « Prévisibilité » ne pouvait se comprendre de la même façon que dans beaucoup d'autres domaines. Dans le contexte particulier des mesures de surveillance secrète, telle l'interception de communications, la prévisibilité ne saurait signifier qu'un individu doit se trouver à même de prévoir quand les autorités sont susceptibles d'intercepter ses communications de manière qu'il puisse adapter sa conduite en conséquence. Or le risque d'arbitraire apparaît avec netteté

<sup>14</sup> CEDH Michaud c France (12323/11), 2012

<sup>15</sup> CEDH, 5 nov 2015, n° 47143/06 § 228-230

là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret. L'existence de règles claires et détaillées en matière d'interception de conversations téléphoniques apparaît donc indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner. La loi doit être rédigée avec suffisamment de clarté pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes (Malone, précité, § 67, Leander c. Suède, 26 mars 1987, § 51, série A no 116, Huvig c. France, 24 avril 1990, § 29, série A no 176-B, Valenzuela Contreras c. Espagne, 30 juillet 1998, § 46, Recueil 1998-V, Rotaru, précité, § 55, Weber et Saravia, décision précitée, § 93, et Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev, précité, § 75).

En outre, puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ou à un juge ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une clarté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (voir, entre autres, Malone, précité, § 68, Leander, précité, § 51, Huvig, précité, § 29, et Weber et Saravia, décision précitée, § 94). »

Il est intéressant à ce titre de se référer au 1<sup>er</sup> rapport d'activité 2015/2016 de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, l'autorité administrative indépendante chargée d'exercer le contrôle externe de la légalité de l'activité des services de renseignement et d'apprécier notamment à ce titre la proportionnalité de l'atteinte portée à la vie privée des personnes concernées au regard des mesures invoquées pour solliciter la mise en œuvre de techniques de renseignement, mise en place le 3 octobre 2015<sup>16</sup>.

Au sens de l'article L. 821-7 du code de la sécurité intérieure, sont protégés de manière particulière par la loi les parlementaires, magistrats, avocats et journalistes, dès lors qu'une technique de renseignement ne peut être mise en œuvre sur le territoire national à leur encontre à raison de l'exercice de leurs professions.

Toute demande de mise en œuvre d'une technique à leur encontre doit par ailleurs être examinée par la commission en formation plénière. Le Premier ministre ne peut recourir à la procédure en urgence absolue pour autoriser une telle technique. Enfin, le produit de la mise en œuvre des techniques, à savoir les transcriptions des renseignements collectés, doit être transmis à la commission pour que celle-ci effectue un contrôle spécifique sur les atteintes portées le cas échéant aux garanties s'attachant à l'exercice de ces professions protégées.

Pour appliquer l'ensemble de ces dispositions, la CNCTR a estimé nécessaire, par une délibération 1/2015 adoptée en formation plénière le 29 octobre 2015

Concernant les avocats il est stipulé :

« 6. Sont avocats pour l'application de l'article L. 821-7 du code de la sécurité intérieure :

- 6.1. Les avocats français inscrits au barreau d'un tribunal de grande instance français et les avocats ressortissants d'un autre pays de l'Union européenne inscrits à un barreau français en application de la directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans ;
- 6.2. Les avocats membres de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;
- 6.3. Les avocats non français ressortissants européens qui sont inscrits sur la liste spéciale d'un barreau français et exercent en France sous leur titre professionnel d'origine en application de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise ;
- 6.4. Les personnes, quel que soit leur titre, qui, au bénéfice d'une qualification reconnue, tiennent de la loi le pouvoir de représenter une personne devant une juridiction instituée par un État et sont astreints à des obligations professionnelles et déontologiques. »

<sup>16</sup> <https://www.officierunjour.net/app/download/13067952627/cnctr-premier-rapport-annuel-2015-2016.pdf?t=1484479342>

Cette seule précision apportée par la Commission avait été totalement ignorée par les dispositions législatives, lesquelles sont particulièrement floues et/ou imprécises à divers titres.

L'article 821-7 n'en demeure pas moins imprécis puisque la protection voulue par la loi à l'égard des professions visées et particulièrement des avocats ne vise que « l'exercice de leur mandat ou de leur profession »

Or, la Cour EDH a rappelé dans l'affaire Kopp c Suisse<sup>17</sup> :

« ...les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une « loi » d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées en la matière apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques ne cessent de se perfectionner (arrêts Kruslin et Huvig précités, p. 23, § 33, et p. 55, § 32, respectivement).

...Cependant, la Cour décèle une contradiction entre un texte législatif clair, protecteur du secret professionnel de l'avocat lorsque celui-ci est surveillé en tant que tiers, et la pratique suivie en l'espèce. Même si la jurisprudence consacre le principe, d'ailleurs généralement admis, que le secret professionnel de l'avocat ne couvre que la relation avocat-clients, la loi n'explique pas comment, à quelles conditions et par qui doit s'opérer le tri entre ce qui relève spécifiquement du mandat d'avocat et ce qui a trait à une activité qui n'est pas celle de conseil. »

La CNCTR dans son 1<sup>er</sup> rapport examinant la procédure d'autorisation de droit commun relative aux demandes tendant à la mise en œuvre des techniques de renseignement (articles L 821-1 et 821-2 du CSI) rappelle que les demandes ciblant les personnes exerçant des professions protégées en vertu de l'article 821-7 du CSI ne peuvent être examinées qu'en formation plénière.

Toutefois cette procédure ne recèle pas de garanties suffisantes, telles que l'exigence de preuves irréfutables que la communication n'entre pas dans le champ d'application des informations qui relèvent explicitement du mandat ou de la profession d'avocat et ce qui a trait à des activités qui n'entreraient pas dans le champ d'application de ces protections protégées par le secret, pour ainsi limiter et contrôler toute éventualité que des informations confidentielles et obtenues par accident soient utilisées.

Le CCBE avait d'ailleurs fait observer devant le Conseil Constitutionnel en 2015 que 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.

<sup>17</sup> CEDH Kopp c Suisse arrêt du 25 mars 1998 23224/94 § 72-73



- 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.

Dès lors, il paraîtrait conforme au principe de prévisibilité de la loi et aux garanties européennes qui protègent 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 notamment des avocats 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'empêche pas le Premier ministre de pouvoir décider la mise en œuvre d'une technique de surveillance à l'encontre d'un avocat, 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 l'avocat 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 la CEDH.

### **La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement sa nature et ses moyens**

Dans une société démocratique, un contrôle externe est indispensable. En effet, compter uniquement sur un contrôle interne et gouvernemental des activités de surveillance ne suffit pas<sup>18</sup>.

Cela est d'autant plus vrai dans le cas où les activités de surveillance sont nécessairement menées sans connaître l'individu ciblé<sup>19</sup>.

Par conséquent, l'objet de la surveillance se verra dépourvu de recours effectif et tenu à l'écart de toute procédure de recours.

Il est dès lors essentiel que les procédures en place garantissent les droits des individus.

<sup>18</sup> Commission de Venise Mise à jour du rapport de 2007 sur le contrôle démocratique des services de sécurité et rapport sur le contrôle démocratique des agences de collecte de renseignement d'origine électromagnétique 2015 p 31

<sup>19</sup> Voir arrêt CEDH Klass et autres c Allemagne (5029/71) 1978, § 55

Le contrôle juridictionnel constitue une protection efficace contre l'arbitraire : seul un juge peut offrir la garantie de l'indépendance, de l'impartialité et de la procédure adéquate nécessaires.

La Cour EDH considérait en 1978<sup>20</sup> que, dans un domaine où les abus sont relativement fréquents dans les affaires individuelles et où les conséquences peuvent être si dévastatrices pour la société démocratique dans son ensemble, il est souhaitable, en principe de confier le contrôle à un juge :

« La surveillance peut subir un contrôle à trois stades : lorsqu'on l'ordonne, pendant qu'on la mène ou après qu'elle a cessé. Quant aux deux premières phases, la nature et la logique mêmes de la surveillance secrète commandent d'exercer à l'insu de l'intéressé non seulement la surveillance comme telle, mais aussi le contrôle qui l'accompagne. Puisque l'on empêchera donc forcément l'intéressé d'introduire un recours effectif ou de prendre une part directe à un contrôle quelconque, il se révèle indispensable que les procédures existantes procurent en soi des garanties appropriées et équivalentes sauvegardant les droits de l'individu. Il faut de surcroît, pour ne pas dépasser les bornes de la nécessité au sens de l'article 8 par. 2 (art. 8-2), respecter aussi fidèlement que possible, dans les procédures de contrôle, les valeurs d'une société démocratique. Parmi les principes fondamentaux de pareille société figure la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention (arrêt Golder du 21 février 1975, série A no 18, pp. 16-17, par. 34). Elle implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière. »

Il est primordial que le contrôle juridictionnel soit exercé non seulement de manière indépendante, sans craindre ni favoriser qui que ce soit, mais aussi que cette indépendance soit visible. Il est capital que le juge ou l'organe judiciaire de contrôle ne soit en aucun cas subordonné au contrôle effectif ou à l'influence du pouvoir exécutif, qu'il s'agisse du gouvernement, du service à l'origine de la demande d'autorisation, ou toute autre personne ou organe similaire.

Le seul organe autorisé à prendre la décision de porter atteinte à la confidentialité des communications entre les avocats d'une part, entre les avocats et leurs clients d'autre part, doit être indépendant.<sup>21</sup>

L'organe de contrôle doit s'efforcer, lorsqu'il y a lieu d'autoriser une interception, de vérifier la légalité et l'efficacité de la mesure de surveillance : dans le cas de communications impliquant des avocats, il doit exiger des preuves irréfutables que la communication n'entre pas dans le champ des informations protégées par le secret. Tout contrôle doit veiller au respect des garanties procédurales en lien avec l'avocat.

L'organe doit être certain que des mesures appropriées sont mises en place afin de minimiser le risque de récupération accidentelle de communications protégées par le secret, d'évaluer objectivement si les informations récupérées accidentellement entrent ou non dans le champ d'application de ces protections et limiter et contrôler toute éventualité que des informations confidentielles et obtenues par accident soient utilisées.

<sup>20</sup> Klass et autres c Allemagne § 56

<sup>21</sup> Arrêt de la Cour d'Appel de La Haye Prakken d'Oliveira et autres c Pays Bas n 200 174 280/01, 2015

L'organe doit évidemment avoir le pouvoir de mettre fin à la surveillance des communications entre avocats et clients, d'ordonner aux autorités de cesser ou de suspendre la mise sur écoute, la réception, l'enregistrement et la transcription de toute communication des avocats, ou auxquelles des avocats participent, et d'ordonner la destruction permanente<sup>22</sup> de l'écoute, la réception, l'enregistrement, le contrôle ou la transcription desdites communications.

La CNCTR n'est pas une juridiction mais une autorité administrative indépendante et parmi les membres la composant aucun n'est avocat.

Elle ne dispose d'aucun moyen juridique de contrainte envers les services habilités à recourir aux techniques de renseignement, seuls des avis ou des recommandations peuvent être formulées, que ne lie ni le 1<sup>er</sup> Ministre ni le Conseil d'Etat.

Moins d'une dizaine de délibérations ont été rendues depuis qu'elle opère et en une année d'existence plus de 48.000 avis ont été donnés concernant les accès aux données de connexion en temps différé et 8500 interceptions de sécurité.

Près de 20% des interceptions de sécurité pour d'autres motifs ne sont pas liées à la prévention du terrorisme ou à la prévention de la criminalité ou de la délinquance organisée.

Il n'en demeure pas moins que les exigences conventionnelles ne sont pas adéquates, que ce soit la possibilité effective de contester les mesures d'interception ou de disposer de voies de recours efficaces une fois que l'existence des mesures de surveillance a été révélée.

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 Convention.

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,

En effet, si la jurisprudence européenne n'exclue 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 encadrer précisément l'usage et la portée, ce qui n'est pas le cas.

Dès lors, la portée et l'effectivité de l'encadrement légal des dispositifs de surveillance n'est pas conforme aux exigences conventionnelles.

« ...Il est aussi grave d'être soumis contre son gré aux écoutes que de ne pouvoir faire cesser celles-ci quand elles sont illicites ou injustifiées à l'exemple du personnage d'Orwell, placé à son domicile sous la surveillance d'une caméra de télévision sans jamais pouvoir interrompre le circuit de celle-ci. »<sup>23</sup>

<sup>22</sup> CEDH Kennedy c Royaume Uni (26839/05) 2010, § 168

<sup>23</sup> Opinion dissidente sous l'arrêt CEDH Malone c Royaume Uni 2 Août 1984 n° 8691/79