Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale et plus particulièrement sur son article 20.

- SUR L'ARTICLE 20

Sur la forme

L'article 20 insère un chapitre VI au code de la sécurité intérieur. L'article 246-1 du code de la sécurité intérieur créé dans ce chapitre autorise le recueil des *« informations ou documents traités ou conservés par leurs réseaux ou services de communications électroniques, y compris les données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications »*.

Cet article visait initialement à *« répondre à la demande expresse et urgente de la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité de prévoir directement dans la loi ce moyen d'enquête essentiel à la lutte contre le terrorisme »*. L'article a été entièrement réécrit par amendement d'un rapporteur pour avis au Sénat, dans l'objectif d'élargir le champ d'action de l'article, initialement destiné à la lutte anti-terroriste. L'amendement adopté par le Sénat permet d'englober « *la recherche des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous* ». C'est donc un dispositif complet de recueil administratif des données techniques de connexion et de géolocalisation en temps réel qui a été adopté.

Dès lors, il n'y a plus de lien avec l'objectif du projet de loi *« relatif à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale »*, de dispositifs qui vise à élargir les possibilités de renseignements à d'autres objets que la sécurité nationale. Cet article, entièrement réécrit par amendement, nous apparaît être un cavalier législatif .

Sur l'intelligibilité de la loi

En plus de ses finalités, cet article 246-1 étend également très largement les possibilités des documents recueillis puisqu'elle vise non seulement les données techniques mais plus largement les *« informations ou documents traités ou conservés par leurs réseaux ou services de communications électroniques* ».

Le texte n'est pas clair et intelligible sur ce que recouvre l'expression *« informations ou documents traités ou conservés par leurs réseaux ou services de communications électroniques »*. Cette expression était présente l'article 22 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications

électroniques. Toutefois, cette loi a été adoptée à une époque où la numérisation des données était inexistante, et ces « informations et documents » étaient de fait très limitées. Aucun texte ne définit le sens et la portée actuelle de cette expression, qui peut largement dépasser le cadre de la géolocalisation. Cette formulation n'est pas claire, y compris pour des spécialistes.

Et ce d'autant que comme nous l'avons déjà précisé, avec cette loi, les finalités du contrôle dépasseront largement la lutte anti-terroriste, mais recouvriront désormais « « *la recherche des renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous* ».

L'élargissement des finalités données au contrôle par la loi, de même que l'extension, dans la pratiques, des données techniques concernées appellent une censure de votre haute juridiction au regard de l'incompétence négative dont a fait preuve le législateur *« d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 »* (2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13) et de *« l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi »* qui *« lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »* (2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 29).

L'article *L. 246-3* créé par le même article prévoit que *« pour les finalités énumérées à l'article L. 241-2, les informations ou documents mentionnés à l'article L. 246-1 peuvent être recueillis sur sollicitation du réseau et transmis en temps réel par les opérateurs aux agents mentionnés au I de l'article L. 246-2. »*. La notion de « *sollicitation du réseau* », n'a pas été mieux définie par le législateur et peut recouvrir des définitions très différentes.

Par ailleurs, le cadre proposé par cet article 20 est très éloigné de la demande de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui dans un arrêt Uzun c. Allemagne du 2 septembre 2010, qui concernant la géolocalisation, soulignait qu'*« eu égard au risque d'abus inhérent à tout système de surveillance secrète, de telles mesures doivent se fonder sur une loi particulièrement précise, en particulier compte tenu de ce que la technologie disponible devient de plus en plus sophistiquée »*. Elle précisait notamment que la loi devait *« définir la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception, les catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute, la durée maximale de l'exécution de la mesure, la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données recueillies, les précautions à prendre pour la communication des données à d'autres parties, et les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des enregistrements »*. Le cadre proposé par cet article 20 ne répond pas à ces exigences de précisions.

Sur l'atteinte au droit au respect de la vie privée et le manque d'encadrement des pouvoirs conférés

En l'absence d'une définition restrictive des « informations ou documents *« traités ou conservés par leurs réseaux ou services de communications électroniques »*, le dispositif proposé par l'article 20 revient à permettre, sans aucun contrôle préalable, un accès à tout documents et contenus stockés par un hébergeur sur ses serveurs, y compris les correspondances écrites et les appels téléphoniques par des logiciels de messagerie qui entrent dans le champ d'application en tant que fichiers textes ou documents sonores. Pour les requérants cette atteinte au *« droit au respect de la vie privée »* est en elle-même *« de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »* (94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. 3).

En outre, par son article L. 246-3, la loi prévoit que ces informations et documents *« peuvent être recueillis sur sollicitation du réseau et transmis en temps réel »*, ce qui revient à avoir un accès direct et permanent aux serveurs de l'hébergeur. Ainsi, il pourrait dorénavant être possible à aux agents habilités et pour les finalités visées, d'avoir accès – par exemple – à tous les documents stockés dans un service de « nuage » souscrit par un internaute déterminé. Par ces services, en voie de généralisation, un internaute peut stocker en temps réel tout ou partie des documents contenus dans son ordinateur.

Cet accès en temps réel sur le contenu d'un ordinateur personnel se ferait en l'absence des garanties offertes par la loi et le régime juridique des perquisitions et avec un champ très large d'action qui, comme nous l'avons déjà mentionné, va bien au-delà de la lutte contre le terrorisme. Or les communications stockées sur serveur sont présumées non lues et donc protégées par le droit pénal, et toute interception doit respecter le cadre dédié. Par ailleurs le secret des correspondances et le respect de la vie privée sont protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789,

La simple possibilité de géolocaliser en temps réel les terminaux mobiles des individus, est une atteinte grave à la vie privée des individus. Aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Comme vous avez pu l'indiquer, *« il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; que s'il peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ; »* (96-378 DC du 23 juillet 1996, cons. 27).

Or le législateur n'a pas prévu d'accès au juge. Sur le contrôle de ces interceptions et de cette géolocalisation, il ne permet à l'autorité administrative de proportionner les atteintes à la vie privée par rapport aux finalités, par ailleurs très larges, dès lors que ces finalités rentrent dans le champ prévu par la loi. Il ne permet pas d'établir liste précise de ce qui est visé par l'autorisation d'accès, qui serait proportionnel à la menace. Il n'a pas prévu non plus d'encadrer précisément l'accès aux documents. Il ne fixe ni délai pour la destruction d'informations non conformes, ni de délai pour la durée de conservation des documents, ni de garanties sur les conditions de conservations des documents recueillis. Ce délai ne saurait être fixé par décret en Conseil d'Etat, comme le prévoit pourtant le texte. Les garanties prévues par le législateur pour « *la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis* » sont donc largement insuffisantes.

Par ailleurs, le contrôle ne serait être exercé par une autorité administrative, ce que vous avait déjà pu établir (2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 16) : *« Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilitent la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ; ».*

Pour toutes ces raisons, les requérants considèrent le législateur est resté en deçà de sa compétence, alors que lui incombe *« d'exercer pleinement la compétence que lui confie la*

Constitution et, en particulier, son article 34 » (2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13). S'agissant de la préservation de l'ordre public dans le cadre de la police administrative, il lui appartient ainsi *« de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »* (2010-604 DC du 25 février 2010, cons. 22).

De plus, vous avez eu l'occasion de considérer qu'il ressortait de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen (*« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »*) qu'il ne devait pas être porté d' « atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » (99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 38).

Pour ces différentes raisons, il nous apparaît donc opportun de censurer cet article 20.