

N° 394925
La Quadrature du Net

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 22 septembre 2021
Lecture du 14 octobre 2021

CONCLUSIONS

M. Arnaud SKZRYERBAK, rapporteur public

Vous pourrez aujourd'hui mettre un point final au contentieux engagé par les requérants contre les décrets d'application de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

Ce contentieux a pour l'essentiel été réglé par votre décision de chambres réunies de 2018¹ puis, à la suite du renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, par votre décision d'Assemblée du 21 avril dernier². Il vous faut à présent à achever l'examen du recours contre le décret n° 2015-1211 du 1er octobre 2015 relatif au contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'Etat.

Nous disons achever l'examen parce que votre décision de 2018 a déjà écarté une partie des moyens dirigés contre le décret, à savoir l'unique moyen de légalité externe ainsi que la contestation de dispositions législatives au regard de la Constitution, des articles 8 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique³.

Ne restent en discussion que les moyens tirés de la méconnaissance de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Une série de moyens porte sur le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données personnelles, garantis par les articles 7 et 8 de la Charte. Ils sont dirigés contre l'article L. 811-4 du code de la sécurité intérieure, relatif aux services de renseignement du « second cercle », et contre les articles L. 851-1 à L. 851-4 du même code,

¹ 26 juillet 2018, LQDN et autres, nos 394922 394925 397844 397851, aux tables

² 21 avril 2021, French Data Network et autres, nos 393099 et autres, au recueil

³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »)

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

relatifs aux techniques de renseignement. Mais le décret attaqué n'a pas été pris pour l'application de ces dispositions et celles-ci n'en constituent pas non plus la base légale. Conformément à votre décision d'Assemblée d'avril dernier, qui a repris les critères de la jurisprudence Coulibaly et Mas⁴, les requérants ne peuvent utilement soutenir que ces dispositions seraient contraires à la Charte.

Les griefs suivants sont tirés de la méconnaissance du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte. Ces griefs sont inopérants en tant qu'ils portent sur des litiges étrangers à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, conformément à l'article 51 de la même Charte. C'est le cas d'une partie des litiges auxquels s'applique le décret attaqué. Comme vous l'avez jugé dans votre décision de 2018, seules les techniques de renseignement qui imposent des obligations spécifiques aux fournisseurs de services de communications électroniques entrent dans le champ de la directive vie privée et communications électroniques du 12 juillet 2002. Et seule la collecte des données est concernée : les règles relatives à l'exploitation des données collectées auprès des opérateurs ne relèvent pas quant à elles de cette directive, ainsi que l'a jugé l'Assemblée⁵. De manière générale, les fichiers intéressant la sûreté de l'Etat ne sont pas dans le champ du droit de l'Union. Il résulte du a) du paragraphe 2 de l'article 2 du règlement général de protection des données, éclairé par son considérant 16 qui exclut de son champ « les activités relatives à la sécurité nationale », que ce règlement ne s'applique pas aux traitements réalisés par les services de renseignement dont les missions, a rappelé la décision d'Assemblée⁶, concourent toutes à la sécurité nationale. Enfin, la formation spécialisée a jugé⁷ que ces traitements ne relevaient pas non plus de la directive « police-justice » du 27 avril 2016⁸.

En résumé, la collecte de renseignements est parfois dans le champ du droit de l'Union européenne, lorsqu'elle implique une charge pour les opérateurs, en revanche les traitements de données des services de renseignement sont hors champ. Le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 47 de la Charte n'est donc opérant que pour le contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement. Il en résulte que les requérants ne peuvent utilement vous demander de confronter l'article L. 773-8 du code de justice administrative aux exigences de la Charte, puisque cet article régit le contentieux du droit d'accès indirect aux traitements de données intéressant la sûreté de l'Etat.

Deux autres griefs ont été tranchés par l'assemblée du contentieux.

⁴ 13 juin 2016, M. Coulibaly et M. Mas, n° 372721, aux tables

⁵ pt. 94 de la décision

⁶ pt. 67 et 69 de la décision

⁷ 12 juillet 2021, n° 426962, aux tables

⁸ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil

En premier lieu, les règles relatives à la collecte de données transmises par des services de renseignement étrangers ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union européenne⁹. Les requérants ne peuvent utilement se plaindre de l'impossibilité dans laquelle une personne se trouverait, selon eux, de saisir la formation spécialisée du Conseil d'Etat d'un recours critiquant la validité du recueil de renseignements auprès de services étrangers.

En second lieu, il en va de même pour la surveillance internationale, pour laquelle les requérants se plaignent de l'absence de tout recours¹⁰.

Un moyen porte également sur l'absence d'information des personnes ayant fait l'objet d'une technique de renseignement, sous l'angle de l'atteinte au droit au recours effectif. La décision d'assemblée a jugé que cette absence d'information ne méconnaissait pas le droit de l'Union européenne¹¹. Dans le cadre du présent recours, vous pourrez relever, plus radicalement, que le moyen vise des dispositions législatives qui ne constituent pas la base légale du décret attaqué et que ce dernier n'a pas été pris pour leur application.

Pour comprendre la portée des griefs restants, qui sont les plus délicats, il convient de revenir un instant sur l'office du Conseil d'Etat en matière de techniques de renseignement.

Saisie de conclusions tendant à ce qu'elle s'assure qu'aucune technique n'est irrégulièrement mise en œuvre à l'égard du requérant, la formation spécialisée vérifie si le requérant fait ou non l'objet d'une telle technique. Dans l'affirmative, elle apprécie si cette technique est mise en œuvre dans le respect des dispositions du code de la sécurité intérieure. Son appréciation porte notamment sur la compétence de l'autorité ayant décidé le recours à la technique de renseignement, sur la procédure suivie, sur le rattachement aux missions des services de renseignement, sur les menaces, risques et enjeux liées aux intérêts fondamentaux de la Nation qui ont justifié la mesure et sur la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée¹².

Lorsqu'il apparaît soit qu'aucune technique de renseignement n'est mise en œuvre à l'égard du requérant, soit que cette mise en œuvre n'est entachée d'aucune illégalité, la formation de jugement informe le requérant de l'accomplissement de ces vérifications et qu'aucune illégalité n'a été commise, sans autre précision¹³. Si une illégalité a été commise, la formation spécialisée en informe le requérant, sans faire état d'aucun élément protégé par le secret de la défense nationale¹⁴. En pareil cas, la formation spécialisée peut annuler l'autorisation de mise en œuvre de la technique et ordonner la destruction des données irrégulièrement collectés. Ces mesures correctrices restent soustraites au regard du requérant : seule l'administration et la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) en sont informées.

⁹ pt. 94 de la décision

¹⁰ pt. 95 de la décision

¹¹ pt. 91 de la décision

¹² Art. L. 801-1 CSI

¹³ art. L. 773-6 CJA

¹⁴ art. L. 773-7 CJA

L'article L. 773-3 du code de justice administrative pose le principe selon lequel, devant la formation spécialisée, les exigences de la contradiction sont adaptées à celles du secret de la défense nationale.

Sur le fondement de ces dispositions, l'article R. 773-20 du CJA, issu du décret attaqué, prévoit que les productions de l'administration et de la CNCTR sont communiquées au requérant, à l'exception des passages des mémoires et des pièces qui, soit comportent des informations protégées par le secret de la défense nationale, soit confirment ou infirment la mise en œuvre d'une technique de renseignement son égard. Le texte précise qu'il revient à l'administration d'indiquer quels sont les passages couverts par le secret de la défense nationale.

En pratique, le contradictoire devant la formation spécialisée se réduit à sa plus simple expression : tout ce que le demandeur reçoit, c'est un papier à en-tête rappelant les termes de sa demande.

Invoquant l'article 47 de la Charte, les requérants se plaignent de ce que l'administration puisse d'elle-même et sans contrôle du juge exclure certaines informations du débat contradictoire en les plaçant sous le sceau du secret de la défense nationale. Ils regrettent que cette atteinte au contradictoire ne soit pas contrebalancée par d'autres garanties, comme la représentation des justiciables par des avocats spéciaux habilités secret défense, à l'instar du droit britannique.

Comme vous l'avez relevé en 2018 pour écarter une argumentation proche fondée sur la convention européenne des droits de l'homme, les pouvoirs dont la formation spécialisée est investie pour instruire les requêtes, relever d'office toutes les illégalités qu'elle constate et enjoindre à l'administration de prendre toutes mesures utiles afin de remédier aux illégalités constatées garantissent certainement l'effectivité du contrôle juridictionnel qu'elle exerce sur le fond. L'habilitation des membres de la formation spécialisée au secret défense assure la plénitude de son contrôle de la régularité de la mise en œuvre des techniques de renseignement. La communication des requêtes à la CNCTR et la possibilité qui lui est reconnue de présenter des observations devant le Conseil d'Etat constitue aussi une garantie importante, expressément prise en compte par le Conseil constitutionnel pour juger qu'en adoptant l'article L. 773-3 du CJA, le législateur n'avait pas opéré une conciliation manifestement déséquilibrée entre, d'une part, le droit au procès équitable et le principe du contradictoire et, d'autre part, les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, dont participe le secret de la défense nationale¹⁵.

Le principe du caractère contradictoire de la procédure n'empêche nullement que le juge fonde sa décision sur des informations qui n'ont pas été communiquées au requérant lorsque les droits des tiers ou un intérêt public important s'opposent à cette communication. En ce sens, la Cour de justice estime que le juge, lorsqu'il saisit d'un recours portant sur un

¹⁵ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, pts. 83-87

marché public, doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués, tout en pouvant lui-même connaître de telles informations et les prendre en considération¹⁶.

En l'occurrence, on voit sans peine qu'il serait parfaitement incompatible avec la sûreté de l'Etat de fournir au requérant, en cours de procédure, des informations susceptibles de révéler si des données de connexion ont été recueillies par les services de renseignement. L'existence de la surveillance doit rester confidentielle, sous peine de permettre au requérant d'en tirer les conséquences, par exemple en changeant de téléphone ou d'identité d'emprunt ou en fuyant la France.

La contestation dont vous êtes saisis ne porte toutefois pas tant sur le principe selon lequel la formation spécialisée statue au vu d'éléments communiqués hors la procédure contradictoire que sur l'impossibilité dans laquelle elle est de contrôler le bien-fondé du refus de communiquer ces éléments et de remettre en cause, le cas échéant, les occultations pratiquées par l'administration. Les requérants se prévalent à cette fin d'un arrêt de la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne du 4 juin 2013, *ZZ c/ Secretary of state for the Home department* (C-300/11).

Dans cet arrêt, la Cour était interrogée sur l'interprétation de l'article 30 de la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004¹⁷ qui prévoit que, lorsqu'un citoyen de l'Union européenne fait l'objet d'une mesure restreignant sa liberté de circulation ou de séjour pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, les motifs précis et complets de cette mesure doivent être portés à sa connaissance, sauf si des raisons relevant de la sûreté de l'Etat s'y opposent.

La Cour y rappelle que l'article 47 de la Charte garantit le droit de toute personne de connaître les motifs d'une décision prise à son égard et fait en principe obstacle à ce que le juge fonde sa décision sur des faits ou documents dont les parties, ou l'une d'entre elles, n'ont pas pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont donc pas été en mesure de prendre position. Toutefois, elle admet que, dans des cas exceptionnels, une autorité nationale puisse s'opposer à la communication des motifs de sa décision en faisant valoir des considérations relatives à la sûreté de l'Etat.

La Cour indique que, dans ce cas, le contrôle du juge doit porter non seulement sur le bien-fondé de la mesure elle-même, ce qui implique qu'il ait lui-même accès à l'ensemble des éléments pertinents, mais aussi sur le bien-fondé du refus de communication des motifs de la décision et des preuves afférentes.

¹⁶ CJCE, 14 février 2008, *Varec c/ Belgique*, C-450/06

¹⁷ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres

La Cour précise qu'il incombe à l'administration d'établir que la communication de ces éléments compromettrait la sûreté de l'Etat et qu'il n'existe pas de présomption en faveur de l'existence et du bien-fondé des raisons invoquées par une autorité nationale. Si le juge conclut que la sûreté de l'Etat n'est pas en jeu, il doit donner la possibilité à l'administration de communiquer à l'intéressé les motifs et les éléments de preuve manquants. Si cette autorité n'autorise pas la communication de ceux-ci, le juge procède à l'examen de la légalité d'une telle décision sur la base des seuls motifs et éléments de preuve qui ont été communiqués. Si, en revanche, le juge conclut que la sûreté de l'Etat est en jeu, il convient à tout le moins que la substance des motifs soit communiquée au requérant, en tenant compte de la confidentialité nécessaire des éléments de preuve.

Ces principes de procédure ne sont pas propres à la mise en œuvre de la directive du 29 avril 2004. La Cour de justice les a repris à l'identique pour le contrôle juridictionnel des mesures de gel des avoirs en matière de prévention du terrorisme¹⁸. Ils figurent dans le nouveau règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne, dont l'article 105 porte sur le traitement des renseignements ou pièces touchant à la sûreté de l'Union ou à celle d'un ou de plusieurs de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales.

Le mode d'emploi donné par la Cour de justice dans l'arrêt ZZ nous semble donc avoir vocation à s'appliquer à chaque fois que le juge est amené à statuer au regard de pièces qui doivent rester confidentielles pour l'une des parties au litige.

Ce mode d'emploi ne vous est pas tout à fait étranger. L'article R. 412-2-1 du code de justice administrative fixe des règles similaires « lorsque la loi prévoit que la juridiction statue sans soumettre certaines pièces ou informations au débat contradictoire ». Dans cette hypothèse, si la juridiction estime que ces pièces ou informations ne se rattachent pas à la catégorie de celles qui peuvent être soustraites au contradictoire, elle les renvoie à la partie qui les a produites ou, si elle estime que ces pièces ou informations sont utiles à la solution du litige, elle peut l'inviter à les verser dans la procédure contradictoire. En cas de refus, elle en tire les conséquences en statuant sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire.

La formation spécialisée ne fait pas application de l'article R. 412-2-1 du CJA. Elle juge, à raison nous semble-t-il, que les modalités selon lesquelles le contradictoire est aménagé devant elle pour tenir compte des exigences du secret de la défense nationale sont exclusivement régies par les dispositions du livre VII du code de justice administrative¹⁹.

Sans doute n'est-il pas impossible de concevoir une forme de contrôle par la formation spécialisée du bien-fondé de la classification des éléments que l'administration entend soustraire au débat contradictoire. Vous avez déjà admis le principe d'un tel contrôle dans une décision du 20 février 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants*²⁰, confirmée par une décision *Charles* du 1^{er} octobre 2015²¹. Il est vrai que c'était dans des hypothèses où

¹⁸ 18 juillet 2013, *Commission e.a./ Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P

¹⁹ 16 juin 2021, n° 430061

²⁰ n° 350382, au recueil

la classification était opposée au juge alors qu'ici la formation spécialisée a connaissance des informations classifiées. Parce qu'elle a connaissance des informations classifiées, vous n'êtes pas stricto sensu dans le champ de la procédure de déclassification prévue à l'article L. 2312-4 du code de la défense, par laquelle le juge demande à l'administration compétente de saisir pour avis la Commission consultative du secret de la défense nationale. En effet, cette procédure a normalement pour objet de permettre au juge d'accéder à des informations pour lesquelles ce secret lui est opposé.

On pourrait néanmoins imaginer un contrôle des classifications abusives, limitées à l'erreur manifeste, qui ne conduirait pas la formation spécialisée à ordonner la déclassification, ce qui ne lui est pas possible, mais à écarter les éléments en cause de la procédure et à n'en pas tenir compte.

Il nous semble toutefois que vous ouvririez une fausse fenêtre, en même temps que vous placeriez la formation spécialisée dans une situation inconfortable, alors que l'efficacité de son intervention repose très largement sur la confiance nouée avec les services dans le cadre de la confidentialité partagée. Une fausse fenêtre, parce que tout élément susceptible de renseigner le requérant sur la mise en œuvre d'une technique à son égard doit rester confidentiel. A supposer que la formation spécialisée puisse contrôler le bien-fondé de la classification des informations que l'administration lui communique pour démontrer la régularité de la mesure de surveillance, nous ne voyons pas comment le versement au contradictoire des informations qui ne méritent pas la classification ne conduirait pas à révéler au requérant l'existence même de la mesure. L'autre branche de l'alternative consisterait pour la formation spécialisée à ne pas tenir compte de ces informations. Mais comme il s'agit par définition des informations les plus anodines, nous doutons que l'issue du litige s'en trouve changée.

On voit que le contentieux dont a à connaître la formation spécialisée ne se présente pas du tout de la même manière que les litiges sur lesquels la Cour de justice s'est prononcée. Il ne s'agit pas ici de contrôler la validité du refus de communication des motifs d'une décision attaquée, afin de pouvoir la critiquer utilement. L'objet même du litige devant la formation spécialisée consiste à déterminer si une personne a fait l'objet d'une technique de renseignement et, le cas échéant, si sa mise en œuvre a été régulière. Ce n'est que dans le cas où la formation spécialisée conclut à l'irrégularité de la mise en œuvre d'une technique que l'intéressé est susceptible d'en être informé. Mais il s'agit d'une information qui découle de la décision prise et qui ne saurait être délivrée en amont, au stade de la procédure contradictoire dont les requérants se plaignent.

Le contrôle juridictionnel de la mise en œuvre des techniques de renseignement repose donc essentiellement sur le juge lui-même qui, à défaut de contrôler la classification des informations qui lui sont communiquées, va s'assurer que ces informations établissent les risques liés aux intérêts fondamentaux de la Nation qui ont motivé la surveillance, ce qui n'est pas très éloigné.

²¹ n° 373019, aux tables

Au bénéfice de ces observations, nous vous invitons à écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

PCMNC au rejet de la requête.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.