

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR
DES DROITS**



Paris, le 7 octobre 2015

Avis du Défenseur des droits n° 15-22

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Le Défenseur des droits émet l'avis ci-joint concernant la proposition de loi n°6 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales, adoptée par l'Assemblée nationale le 1^{er} octobre 2015.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Le Constituant a confié au Défenseur des droits la mission générale « *de veiller au respect des droits et libertés par les administrations de l'État* » (article 71-1 de la Constitution) et, plus particulièrement, « *de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République* » (4° de l'article 4 de la loi organique n° 20111-333 du 29 mars 2011).

Eu égard à l'objet de sa mission, le Défenseur des droits a précédemment émis deux avis sur le projet de loi relatif au renseignement.¹ Il y a formulé une série d'observations portant, d'une part, sur le champ d'application de la loi, d'autre part, sur les modalités du contrôle opéré par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, et enfin sur la mise en œuvre du contrôle juridictionnel.

Saisi par le Président de la République, le président du Sénat et plus de soixante députés, le 23 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution certaines dispositions de la loi relative au renseignement, dont celles de l'article L.854-1 du code de la sécurité intérieure sur les mesures de surveillance internationale.²

Le Conseil constitutionnel a estimé qu'en ne définissant dans la loi ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni les conditions de traçabilité et de contrôle par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) de la légalité des autorisations délivrées et de leurs conditions de mise en œuvre, le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.³

La proposition de loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales, enregistrée le 9 septembre 2015 à l'Assemblée nationale, a pour objet de corriger les dispositions censurées par le Conseil constitutionnel et de compléter le dispositif de surveillance mis en place par la loi du 24 juillet 2015.⁴ Celle-ci a été adoptée par l'Assemblée nationale, le 1^{er} octobre dernier.

S'il faut saluer des améliorations rédactionnelles apportées à la proposition de loi par l'Assemblée nationale, venant préciser certaines dispositions sur les exigences à respecter lors de la mise en œuvre de mesures de surveillance et ce, afin de permettre à la CNCTR d'exercer son contrôle, le Défenseur des droits souhaite, par le présent avis, appeler l'attention de la Commission de lois et de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, sur des dispositions qui devraient prévoir davantage de garanties à la sauvegarde du droit au respect de la vie privée des individus, lequel est protégé tant en droit interne qu'en droit international, notamment par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« Convention européenne des droits de l'homme »).

Des finalités poursuivies toujours aussi larges

Aux termes du nouvel article L. 854-1, peut être autorisée, aux seules fins de la défense et de la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L.811-3 du code de la sécurité intérieure, la surveillance des communications qui sont émises ou reçues à l'étranger. Les finalités qui peuvent être poursuivies par les mesures de surveillance

¹ Avis n° 15-04 et 15-09 rendus respectivement le 2 avril 2015 et le 29 avril 2015.

² Conseil Constitutionnel, déc. n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015.

³ Cons.77-79.

⁴ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

internationale sont identiques à celles qui peuvent justifier les mesures de surveillance nationale.

Ainsi que le Défenseur des droits le soulignait dans ses deux avis sur la loi relative au renseignement, les finalités poursuivies sont très larges, permettant ainsi aux services de renseignement de disposer d'un périmètre d'intervention extrêmement vaste.

En conséquence, le législateur devra s'assurer que les atteintes à la vie privée que constituent les mesures de surveillance soient contrebalancées par un renforcement des garanties prévues par la proposition de loi. A cet égard, il y a lieu de rappeler, en la matière, les obligations des Etats, y compris la France, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme :

« (...) La Cour souligne néanmoins que les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée. (...) Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. »⁵

Des atteintes au droit au respect de la vie privée qui doivent nécessairement être contrebalancées par un renforcement des garanties

Si l'exposé des motifs de la proposition de loi précise que les garanties prévues pour chaque niveau d'autorisation de surveillance sont proportionnées à la teneur de l'atteinte à la vie privée que ces autorisations représentent, le Défenseur des droits estime qu'il serait utile de rappeler ce principe de proportionnalité dans l'article L.851-4, lequel régit exclusivement les mesures de surveillance internationale, et d'y insérer les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L.801-1 du code de la sécurité intérieure qui ne s'applique pas au chapitre IV du titre V sur les mesures de surveillance internationale.⁶ Or, ces dispositions contiennent des garanties dans la délivrance de l'autorisation et de la mise en œuvre de la mesure de surveillance (notamment le respect des principes de légalité et de proportionnalité).

Le Défenseur des droits constate que le texte prévoit que la CNCTR reçoit communication de toutes les autorisations émises par le Premier ministre et ses délégués, qu'elle dispose d'un accès « *permanent, complet et direct* » aux dispositifs de traçabilité aux renseignements collectés - sur lesquels elle émettra, au préalable, un avis - aux transcriptions et extractions réalisées, ainsi qu'aux relevés. La Commission pourra également, de sa propre initiative ou sur réclamation d'une personne, vérifier qu'aucune mesure de surveillance n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard, puis saisir le Conseil d'Etat si le Premier ministre ne donne pas suite à ses recommandations ou si les suites qui y sont données sont insuffisantes.

⁵ Voir, par exemple, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, §§ 49-55, série A no 28. Voir également, CJUE, arrêt *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres (C-293/12)* et *Kärntner Landesregierung et autres (C-594/12)*, 8 avril 2014, § 54.

⁶ L'alinéa 2 dispose que « L'autorisation et la mise en œuvre sur le territoire national des techniques de recueil de renseignement mentionnées aux chapitres Ier 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 même 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 mentionnés à l'article L. 811-3 ; « 5° Les atteintes qu'elles portent au respect de la vie privée sont proportionnées aux motifs invoqués. »

Comme dans ses précédents avis, le Défenseur des droits regrette que la CNCTR n'effectue qu'un contrôle *a posteriori* de la mise en œuvre des mesures de surveillance. En l'état actuel du texte, la Commission ne peut émettre d'avis préalable sur la demande d'autorisation de mise en œuvre de la mesure de surveillance, alors que le texte prévoit la possibilité pour le Premier ministre d'autoriser une exploitation indifférenciée des données de connexion par des traitements automatisés, ainsi qu'une exploitation des communications ou données de connexion sur des zones géographiques, des organisations ou des personnes ou groupes de personnes.⁷

La mise en place d'un contrôle effectif *a priori* de la CNCTR constituerait indéniablement une garantie supplémentaire, permettant d'écarter, en amont, la mise en œuvre de toute atteinte qui serait disproportionnée au droit au respect de la vie privée ainsi que tout risque d'abus de la part de l'exécutif.

La proposition de loi prévoit que les personnes mentionnées à l'article L.821-7 du code de la sécurité intérieure (parlementaire, magistrat, avocat ou journaliste) ne peuvent faire l'objet d'une surveillance individuelle de leurs communications à raison de l'exercice de leur mandat ou de leur profession. S'il faut saluer l'adoption d'une telle disposition visant à protéger ces professions, le Défenseur des droits estime qu'il serait utile de renforcer ces garanties, notamment :

- en insérant les garanties prévues par l'article L.821-7. Celui-ci prévoit en effet que lorsqu'une demande de mesure de surveillance concerne une de ces personnes ou ses véhicules, ses bureaux ou ses domiciles, l'avis de la CNCTR est examiné en formation plénière. Il prévoit également que la commission est informée des modalités d'exécution des autorisations délivrées et que les transcriptions des renseignements collectés en application de cet article sont transmises à la commission, qui veille au caractère nécessaire et proportionné des atteintes, le cas échéant, portées aux garanties attachées à l'exercice de ces activités professionnelles ou mandats.
- en prévoyant l'intervention de la CNCTR lorsque les services de renseignement doivent déterminer si l'une des professions écoutées relève du régime protecteur prévu à l'article L.854-1 III.
- en garantissant cette protection à ces professions, quelle que soit leur nationalité et leur localisation géographique.

L'alinéa V de l'article L.854-1 prévoit un régime de durée de conservation des données différencié selon la nature des renseignements collectés. La durée peut varier entre 1 an et 6 ans. L'exposé des motifs de la proposition de loi précise que les durées de conservation prévues sont supérieures au droit commun. Outre que la proposition de loi prévoit des dérogations pour prolonger la durée de conservation des données, il y a lieu de se demander si ces durées ne sont pas excessives au regard de la finalité poursuivie par la mesure et des exigences posées par la jurisprudence européenne. A cet égard, il convient de rappeler que la simple mémorisation des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸ et que la durée de conservation des données ne doit pas excéder celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. Le contrôle de la CNCTR sur la conservation des données devrait dès lors être renforcé et toute prolongation de conservation des données devrait être soumise à l'avis de la CNCTR.

⁷ Alinéas 10 et 11 de la proposition de loi.

⁸ Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et Principe 7 de la Recommandation n° R(87) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police ; CEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008.



Dans le cadre de ses différentes missions, en application de l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits peut, de sa propre initiative, à la demande d'une partie ou à la diligence de la juridiction concernée présenter des observations ou être entendu.

La présente proposition de loi ne saurait remettre en cause ou entraver ces prérogatives.

Concernant leur mise en œuvre, aucun principe de droit ne vient s'opposer à ce qu'à titre individuel, le Défenseur des droits lui-même ou certains de ces agents expressément identifiés, soient habilités au secret de la défense nationale, à l'instar des membres du Conseil d'Etat qui seront expressément désignées pour connaître de ces contentieux.