

Paris, le 27 septembre 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-280

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 ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 8, 10 et 13 ;

Ayant pris connaissance de la requête *Association confraternelle de la presse judiciaire contre la France* (n° 49526/15) et des 11 autres requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme, communiquée au gouvernement le 26 avril 2017, portant sur loi relative au renseignement du 24 juillet 2015.

Autorisé à présenter une tierce-intervention dans la procédure,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Tierce-intervention du Défenseur des droits dans les affaires Association confraternelle de la presse judiciaire et autres contre la France (requête n° 49526/15)

La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a donné un cadre légal aux activités des services de renseignement. L'étude d'impact du projet de loi indiquait que « *la France demeure la seule démocratie occidentale à ne pas bénéficier d'un cadre juridique cohérent en la matière, laissant de ce fait les services de renseignement dans une incertitude juridique et créant les conditions d'une condamnation de la France par la CEDH* ». ¹ Cette loi permet également aux nombreux services de renseignement ² de recourir à un éventail de techniques de surveillance plus modernes et plus intrusives pour la vie privée des individus. Elle permet en effet le recours aux techniques telles que :

- Les accès administratifs aux données de connexion, en temps différé (art. L851-1 du code la sécurité intérieure [CSI]) et en temps réel (art. L851-2), le traitement des données de connexion par algorithme, plus connu sous le terme « boîtes noires » (art. L851-3), la géolocalisation en temps réel des équipements terminaux, d'une personne, d'un véhicule ou d'un objet (art. L851-4 et L851-5), l'utilisation des antennes relais, connues sous le terme « *IMS/I catchers* » en vue de capter les données de connexion (art. L851-6) ;
- Les interceptions de sécurité permettant d'accéder au contenu des correspondances émises par la voie des communications électroniques et aux données de connexion (art. L852-1) ;
- Le recueil et la captation de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel et d'images dans un lieu privé (art. L853-1), de données informatiques stockées dans un système informatique ou telles qu'elles s'affichent sur un écran (art. L853-2) ;
- La sonorisation de certains lieux et véhicules en introduisant dans un lieu privé une balise, un dispositif de captation de paroles ou d'images ou de données informatiques (art. L853-3).

Au titre de ses différentes missions et des pouvoirs qui lui sont conférés, le Défenseur des droits a adressé plusieurs avis au Parlement sur le projet de loi relatif au renseignement. ³ S'appuyant sur les jurisprudences de la Cour et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), il a formulé une série d'observations portant, d'une part, sur la qualité de la loi et son champ d'application, d'autre part, sur l'insuffisance de garanties, les modalités de contrôle de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) et la mise en œuvre du contrôle juridictionnel et son effectivité. Dans une lettre du 18 mai 2015, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, N. MUIŽNIEKS, a fait part des mêmes préoccupations au Sénat. ⁴

Les présentes requêtes portent sur la conformité de la loi relative au renseignement avec les articles 8, 10 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention), lesquels protègent le droit au respect de la vie privée et des correspondances, y compris la confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients, la liberté de la presse, ainsi que le secret des sources des journalistes et l'effectivité du régime de protection et des voies de recours.

Il n'est pas inutile de rappeler que dans le projet de loi initial relatif au renseignement, aucune disposition n'était prévue concernant les avocats et journalistes, ⁵ alors qu'ils bénéficient d'une protection renforcée tant en droit interne ⁶ qu'en droit européen. C'est ce que reprochait la CJUE à la Directive 2006/24/CE du 15 mars 2006 sur les communications électroniques, dans son arrêt du 8 avril 2014. Le texte ne prévoyait aucune exception quant à son champ d'application, de sorte qu'il s'appliquait même à des personnes dont les communications étaient soumises, selon les règles du droit national, au secret professionnel. ⁷

I. Avocats et journalistes, des professions protégées au regard des articles 8 et 10 de la Convention

¹ Etude d'impact du projet de loi, NOR : PRMX1504410L/Bleue-1.

² CNCTR, 1^{er} rapport d'activité 2015/2016, pp.32-37.

³ Défenseur des droits, Avis n° 15-04 et 15-09 des 2 et 29 avril 2015, n° 15-21 et 15-22 des 21 septembre et 7 octobre 2015.

⁴ Lettre du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe du 18 mai 2015 (en pièce jointe).

⁵ <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2669.asp>; CNIL, avis du 5 mars 2015.

⁶ Par exemple, voir l'article 100-5 du CPP alinéas 3 et 4 sur l'interdiction de la transcription des correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et des correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source. Voir également l'article 56-2 du CPP.

⁷ CJUE, *Digital Rights Ireland Ltd et autres (C-293/12, C-594/12)*, 8 avril 2014, § 58.

La jurisprudence de la Cour relative à protection de la liberté d'expression et la liberté de la presse est abondante. Cette liberté constitue, selon elle, l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière.⁸ La Cour rappelle régulièrement que la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse et que l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. Dès lors, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde », et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie.⁹

La Cour accorde également une protection renforcée aux avocats qui occupent une situation centrale dans l'administration de la justice et jouent un rôle clé pour assurer la confiance du public dans l'action des tribunaux.¹⁰ Cette protection doit s'accompagner de garanties indispensables à l'exercice de la profession d'avocat, telles que le bénéfice du principe de la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client et du secret professionnel, qui sont la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. La protection de ce secret est notamment le corollaire du droit qu'a le client d'un avocat de ne pas contribuer à sa propre incrimination. A titre d'exemple, dans *André et autre c. France*, la Cour rappelle que le droit interne peut prévoir des mesures telles que des perquisitions ou des visites domiciliaires visant des avocats ou encore des obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, cependant, celles-ci doivent être encadrées strictement par la loi et être assorties de garanties spéciales.¹¹

Eu égard à la protection renforcée dont bénéficient avocats et journalistes, les mesures de surveillance secrète susceptibles de porter atteinte au secret professionnel et aux sources des journalistes doivent être strictement encadrées par la loi et être nécessaires, proportionnées et entourées de garanties légales et procédurales spéciales, inscrites dans la loi, afin d'assurer, à tous les stades de la procédure, une protection effective de leurs droits.

II. Avocats et journalistes, des victimes potentielles de la loi relative au renseignement

Sur le fondement de l'article 34 de la Convention, la Cour n'autorise aucune possibilité d'*actio popularis*.¹² Cependant, dans les affaires où sont en cause des législations permettant la mise en œuvre de mesures de surveillance secrètes dont les individus n'ont – de toute évidence – pas connaissance, la Cour considère les requêtes recevables sous certaines conditions, et ce en vue de garantir l'effet utile de la Convention et une voie de recours devant la Cour. A titre d'exemple, dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne*, la Cour a estimé « *qu'un individu [peut], sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation en permettant, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées* ». ¹³

Dans le présent cas, la loi relative au renseignement permet la mise en œuvre de techniques de renseignement qui peuvent potentiellement concerner une masse importante d'individus, y compris avocats et journalistes, sans que ces derniers en soient informés ; la loi ne prévoit en effet aucune notification ultérieure de la mesure de surveillance, contrairement à d'autres législations en Europe.¹⁴

En effet, bien que l'article L821-7 du CSI prévoit expressément l'interdiction de recourir sur le territoire national à une technique de renseignement à l'égard d'un avocat ou d'un journaliste, à raison de l'exercice de son mandat ou de sa profession, la mise en œuvre d'une technique de surveillance, qu'elle vise un individu en particulier ou non, pourrait incidemment recueillir des renseignements concernant ces deux professions et couverts par le secret professionnel ou le secret des sources

⁸ Voir, entre autres, CEDH, *Fressoz et Roire c. France* [GC], no 29183/95, § 45 et *Dupuis c. France*, no 1914/02, § 33, 7 juin 2007.

⁹ Voir, parmi beaucoup d'autres, CEDH, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, no 51772/99, § 46, CEDH 2003-IV ; *Tillack c. Belgique*, no 20477/05, § 53, 27 novembre 2007.

¹⁰ CEDH, *Morice c. France*, no 29369/10, §132, CEDH 2015.

¹¹ CEDH, *André et autre c. France*, no 18603/03, 24 juillet 2008 ; *Michaud c. France*, no 12323/11, § 118.

¹² CEDH, *Aksu c. Turquie* [GC], nos 4149/04 et 41029/04, § 50, CEDH 2012 ; *Burden c. Royaume-Uni* [GC], no 13378/05, § 33, CEDH 2008 [GC].

¹³ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, §34, série A no 28.

¹⁴ Voir à cet égard FRA, Rapport, « *Surveillance by intelligence services : fundamental rights safeguards and remedies in the EU* », 2015, qui compte six Etats qui prévoient une notification de la mesure de surveillance.

journalistiques, eu égard à la nature des techniques de renseignement, à l'étendue du champ d'application de la loi et aux renseignements collectés. Les techniques telles que les boîtes noires ou les IMSI catchers peuvent également viser des individus de manière indifférenciée.¹⁵ L'article L855-1 du CSI permet également la surveillance en milieu pénitentiaire à l'encontre des personnes détenues, ce qui peut poser question au regard du secret des échanges entre avocats et clients. De même, la loi prévoit qu'en dehors de l'exercice de leur mandat ou de leur profession, avocats et journalistes sont susceptibles d'être surveillés.

III. Une ingérence certaine dans le droit au respect de la vie privée et des correspondances et la liberté d'expression

Nul ne contestera que l'ensemble des techniques de renseignement prévues par la loi relative au renseignement constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances, et dans le droit au secret des sources journalistiques, tels que protégés par les articles 8 et 10 de la Convention.¹⁶ En effet, la loi du 24 juillet 2015 a instauré un système de surveillance secrète dans le cadre duquel toute personne est susceptible de voir ses données interceptées.

IV. Une loi qui ne respecte pas les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité

Selon une jurisprudence constante de la Cour, une ingérence ne peut se justifier au regard des articles 8 et 10 que si elle est prévue par la loi, si elle poursuit un ou plusieurs des buts légitimes et si elle est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre ce ou ces buts.

L'absence de précision et de clarté de la loi

Dans l'arrêt *Roman Zakharov c. Russie* du 4 décembre 2015, la Grande chambre de la Cour rappelle que la mesure de surveillance doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit. Dès lors, la loi doit satisfaire à des exigences de qualité : elle doit être accessible mais également prévisible quant à ses effets.¹⁷ La jurisprudence de la Cour est certes moins exigeante en matière de prévisibilité concernant les mesures de surveillance secrète ; cependant, consciente des risques d'arbitraire de la part du pouvoir exécutif et du perfectionnement continu des techniques de surveillance, elle exige que les règles soient suffisamment claires et détaillées en la matière, afin, d'une part, - que chaque individu soit en mesure de savoir dans quelles circonstances et sous quelles conditions, la loi autorise les autorités à recourir aux mesures de surveillance secrète, d'autre part, - que le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif, son étendue et ses modalités d'exercice, et la mise en œuvre de la loi soient suffisamment précis et encadrés.¹⁸ Des garanties et des garde-fous suffisants et effectifs, propres à satisfaire aux exigences de prévisibilité, doivent exister. L'appréciation de cette question dépend de toutes les circonstances de la cause, notamment la nature, la portée et la durée des mesures, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, les exécuter et les contrôler, et le type de recours interne fourni.

La Cour rappelle que les procédures de déclenchement et de mise en œuvre des mesures de surveillance doivent être de nature à circonscrire l'ingérence à ce qui est nécessaire dans une société démocratique. A défaut, la protection des individus n'est pas adéquate au regard de la Convention.

Toujours dans l'affaire *Zakharov*, la Cour rappelle les garanties minimales contre les abus de pouvoir que la loi doit renfermer¹⁹ : - la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception, - la définition des catégories de personnes susceptibles d'être surveillées, - la fixation d'une limite à la durée d'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

¹⁵ Article L821-2 du CSI.

¹⁶ CEDH, *Roman Zakharov c. Russie* [GC], no 47143/06, §173 ; *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. et autres c. Pays-Bas*, no 39315/06, § 88, 22 novembre 2012.

¹⁷ *Zakharov* précité, § 228. Voir également, parmi d'autres, *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, série A no 176-A, APCE, Recommandation 1713, Le contrôle démocratique du secteur de la sécurité dans les Etats membres, 23 juin 2005 et Recommandation 2045, Les opérations de surveillance massive, 21 avril 2015.

¹⁸ *Zakharov* précité, § 229. *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), no 54934/00, § 93, CEDH 2006-XI.

¹⁹ *Zakharov* précité, § 231.

à d'autres parties, et - les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des enregistrements.

Comme indiqué plus haut, le droit national doit définir le champ d'application des mesures de surveillance secrètes en énonçant clairement la nature des infractions ou des différentes finalités susceptibles de donner lieu à une surveillance et en définissant les catégories de personnes susceptibles d'être surveillées.

La Cour doit être particulièrement attentive au fait que plusieurs des techniques de renseignement prévues par la loi relative au renseignement – telles que les « boîtes noires » ou les IMSI catchers - ne ciblent pas des individus identifiés comme une menace mais permettent de collecter massivement des renseignements, ce qui peut laisser craindre une surveillance générale ou exploratoire.²⁰

Dans le cas présent, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir de surveillance ne sont pas clairement définies par la loi.

L'article L811-3 du CSI permet le recours aux techniques de surveillance pour le recueil des renseignements relatifs à « *la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation* » dans pas moins de sept situations²¹. Bien que le Conseil constitutionnel ait jugé ces finalités suffisamment définies en droit interne²² et que celles-ci puissent constituer au regard de la Convention des objectifs légitimes, elles offrent aux services de renseignement un champ d'intervention très large en matière de police administrative, de préservation de l'ordre public et de prévention des infractions. Dans les affaires examinées par la Cour en la matière, les législations en cause ne semblent pas poursuivre autant de finalités.

Outre que le champ d'intervention des services de renseignement est extrêmement large, la loi ne donne aucune indication précise sur les circonstances dans lesquelles les mesures de surveillance peuvent être effectuées. A titre d'exemple, s'agissant des accès administratifs aux données de connexion : l'article L851-1 du CSI est muet à ce sujet et ne fait référence qu'à la personne désignée par le service ou l'abonné ; l'article L851-2 ne fait référence qu'à une « *personne préalablement identifiée susceptible d'être en lien avec une menace* » et ouvre dangereusement la possibilité de recourir, au titre de la prévention du terrorisme, au recueil en temps réel de données à l'égard de nombreuses personnes « *appartenant à son entourage lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles sont susceptibles de fournir des informations* », sans préciser ce que l'on entend par « *entourage* ». Le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition inconstitutionnelle, estimant que le législateur a permis que fasse l'objet de cette technique de renseignement un nombre élevé de personnes, sans que leur lien avec la menace soit nécessairement étroit.²³ Récemment, le gouvernement a souhaité remédier à cette inconstitutionnalité. Cependant, la modification de l'article proposée dans le projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, discuté actuellement devant le Parlement, ne répond pas aux exigences de la décision du Conseil constitutionnel. Elle ne se borne qu'à imposer un nombre maximal d'autorisations.²⁴

L'article L821-2 du CSI fixant les conditions de demande d'autorisation et du service compétent ne donne pas davantage d'indication sur les circonstances dans lesquelles les mesures de surveillance peuvent être effectuées, la demande ne devant préciser que la ou les techniques à mettre en œuvre, le service demandeur, la ou les finalités poursuivies, la ou les motifs des mesures, la durée de validité de l'autorisation et la ou les personnes, le ou les lieux ou véhicules concernés.

S'agissant des motifs des mesures, la loi ne donne aucune indication à cet égard. Or, dans l'affaire *Zakharov*, dans laquelle les mesures de surveillance secrètes pouvaient être mises en œuvre après réception d'informations sur des faits ou activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire ou

²⁰ Voir CEDH, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, no 37138/14, § 69, 12 janvier 2016 ; *Klass et autres*, précité, §51.

²¹ 1° L'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ; 2° Les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ; 3° Les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ; 4° La prévention du terrorisme ; 5° La prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions, des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous, des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique, 6° La prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ; 7° La prévention de la prolifération des armes de destruction massive.

²² Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015.

²³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-648 QPC du 4 août 2017. L'abrogation immédiate de la disposition litigieuse n'a pas été prononcée et a été reportée au 1^{er} novembre 2017.

²⁴ Article 8 du projet de loi : <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta-commission/r0164-a0.asp>.

écologique, la Cour a jugé que l'exigence de prévisibilité n'était pas respectée car la nature de ces faits ou de ces activités n'était définie nulle part dans le droit russe.²⁵ La Cour fera le même constat dans la présente affaire, d'autant que contrairement à l'affaire *Zakharov*, la loi française ne prévoit aucune autorisation judiciaire préalable (ce point sera discuté plus loin), une garantie contre l'arbitraire, pourtant essentielle aux yeux de la Cour.²⁶

Quant aux catégories de personnes susceptibles d'être mises sous surveillance, le même constat doit être effectué ; la loi est insuffisamment précise et ne contient pas d'éléments objectifs permettant de cibler ces personnes. Or, à cet égard, à l'instar de la CEDH, la jurisprudence de la CJUE est claire : elle prohibe toute surveillance de masse. Dans son arrêt du 8 avril 2014, la CJUE a censuré la Directive 2006/24/CE car elle concernait de manière globale l'ensemble des personnes faisant usage de services de communications électroniques, s'appliquant à des personnes pour lesquelles il n'existait aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement puisse avoir un lien avec des infractions graves.²⁷ Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt plus récent du 21 décembre 2016.²⁸ A cet égard, il est renvoyé aux articles L851-1 et suivants du CSI sur les techniques de renseignement et à l'article L821-2 qui pose les conditions de forme et de fond de la demande d'autorisation. Pourtant, cette exigence était rappelée dans un rapport de l'Assemblée nationale de 2013 sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement, qui soulignait que l'absence de cette garantie pouvait justifier une condamnation de la Cour de Strasbourg : « *La loi doit indiquer les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet de moyens spéciaux d'investigation ainsi que les cas dans lesquels la mise en œuvre de ces moyens est possible* ».²⁹

La loi relative au renseignement est également imprécise concernant le nombre de renouvellements des autorisations de surveillance. L'article L821-4 du CSI dispose que toute autorisation est renouvelable dans les mêmes conditions que celles prévues au chapitre I (art. L821-2), sans fixer toutefois de durée maximale pour l'ensemble des mesures renouvelées. On peut s'interroger sur la conformité de ces dispositions avec l'arrêt *Szabo et Vissy c. Hongrie*, dans lequel la Cour a relevé l'imprécision de dispositions qui sont semblables.³⁰

D'autres dispositions doivent appeler notre attention : alors que l'article L822-3 du CSI alinéa 1 interdit la collecte de renseignements, leur transcription ou leur extraction pour d'autres finalités que celles mentionnées à l'article L811-3, le législateur a manqué d'en prévoir la destruction immédiate ; il faudra attendre l'expiration de la durée de la mesure de surveillance fixée à l'article L822-2 pour que les renseignements soient détruits. Or, dans l'affaire *Zakharov*, la Cour déplorait l'absence d'obligation de détruire sur le champ des données n'ayant pas de rapport avec le but pour lequel elles avaient été recueillies.³¹ En outre, si l'article L822-3 alinéa 2 prévoit la destruction des transcriptions ou extractions lorsque leur conservation n'est plus indispensable à la poursuite des finalités, la loi reste muette s'agissant des renseignements bruts collectés.

Quant au régime de protection des avocats et aux journalistes prévu à l'article L821-7 du CSI, la loi n'est pas suffisamment claire concernant la distinction entre ce qui relève ou non « *de l'exercice de [leur] mandat ou de [leur] profession* ». Elle ne permet aucunement à ces professions protégées par la Convention de savoir dans quelles circonstances elles peuvent être mises sous surveillance. Bien qu'il y ait eu des discussions à cet égard lors de l'examen du projet de loi, les débats parlementaires ne nous éclairent pas. Quant au Conseil constitutionnel, il a validé ces dispositions comme étant conformes à la Constitution.

Les termes « *informations ou documents* » qui peuvent être collectés par les services de renseignement, contenus dans plusieurs articles du CSI, ne sont pas davantage définis par la loi. La loi prévoit de surcroît une liste non exhaustive de ce que ces termes peuvent recouvrir (voir notamment art. L851-1). Cela rend le champ d'application des mesures imprécis et potentiellement extensible.

²⁵ Arrêt précité, §§ 246-248. Voir également *Iordachi et autres c. Moldova*, no 25198/02, 10 février 2009, §46.

²⁶ Arrêt précité, § 249.

²⁷ CJUE, *Digital Rights Ireland Ltd* (C-293/12, C-594/12), 8 avril 2014, § 58.

²⁸ CJUE, *Tele2 Sverige AB* (C-203/15, C-698/15, 31 décembre 2016).

²⁹ Assemblée nationale, Commission des lois, Rapport d'information de mai 2013 sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement.

³⁰ *Szabó et Vissy*, précité, § 74.

³¹ *Zakharov*, précité, §255.

Par ailleurs, outre ce manque de précision, la loi ne contient aucune autre disposition permettant de garantir l'effectivité du régime de protection. Le dispositif prévu par la loi soulève plusieurs questions et incertitudes quant à sa mise en œuvre : que se passe-t-il lorsqu'une surveillance est opérée à l'égard d'un avocat ou d'un journaliste et qu'une partie des renseignements révèle des informations couvertes par le secret et est étrangère aux objectifs poursuivis ? *Quid* encore des mesures de surveillance qui ne sont pas des mesures ciblées telles que le recours aux « boîtes noires » ou « ISMI catchers » et qui révéleraient de manière incidente des renseignements sur les contenus des correspondances des journalistes (de leurs sources) et des avocats avec leurs clients, et leurs données de connexion ?

Aucune disposition dans la loi ne prévoit d'obligation de tri des renseignements et de destruction systématique. La loi ne prévoit pas davantage de règles de déontologie des services de renseignement³² en la matière, ni de sanctions.

A cet égard, les dispositions de l'article L822-3 du CSI s'avèrent insuffisantes dès lors qu'elles interdisent uniquement la collecte, la transcription et l'extraction de renseignements pour d'autres finalités que celles mentionnées à l'article L821-3. Dans *Kopp c. Suisse*, la Cour a estimé que « *même si la jurisprudence consacre le principe protégeant le secret professionnel de l'avocat, 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* ». ³³ Elle s'est dit en outre surprise de voir cette tâche confiée à un fonctionnaire appartenant à l'administration, sans contrôle par un magistrat indépendant. ³⁴ Dans la présente affaire, la Cour constatera que la loi présente les mêmes défaillances.

S'agissant de la protection des sources journalistiques, dans l'affaire *Sanoma Uitgevers B.V.*, la Cour demande à ce que le contrôle opéré par un organe distinct de l'exécutif et des autres parties intéressées, permette « *de contempler le tableau complet de la situation* » et d'examiner avant la remise des renseignements réclamés s'il existe un impératif d'intérêt public l'emportant sur le principe de protection des sources des journalistes et, dans le cas contraire, d'empêcher tout accès non indispensable aux informations susceptibles de conduire à la divulgation de l'identité des sources. ³⁵ La Cour ajoute qu'un contrôle indépendant pratiqué seulement après la remise d'éléments susceptibles de conduire à l'identification de sources est inapte à préserver l'essence même du droit à la confidentialité. ³⁶ On verra plus loin que le contrôle prévu par la loi de 2015 est inadéquat.

Comme on peut le constater ici, la loi relative au renseignement ne prévoit pas de garanties spéciales concernant les avocats et journalistes qui, pourtant, bénéficient d'une protection renforcée. Concernant les avocats susceptibles d'être surveillés, elle ne prévoit pas non plus l'information et/ou la consultation du bâtonnier concernant le respect du secret professionnel, ni au moment de la délivrance de l'autorisation, ni *a posteriori* ; une garantie pourtant importante aux yeux de la Cour. ³⁷ Lors des débats sur le projet de loi, des parlementaires s'en sont inquiétés, relevant qu'aucune des garanties minimales prévues dans le cadre d'une procédure judiciaire n'était ici reprise. ³⁸

Les insuffisances de la loi ne sont en outre aucunement compensées par un renforcement des garanties au niveau du mécanisme d'autorisation et de contrôle de la mise en œuvre des techniques de renseignement.

Un mécanisme d'autorisation et de contrôle insuffisant et inadéquat

Selon une jurisprudence constante de la Cour, pour déterminer si les procédures d'autorisation de mesures de surveillance secrète sont à même de garantir que la surveillance secrète n'est pas ordonnée au hasard, irrégulièrement ou sans examen approprié et convenable, la Cour prend en

³² Voir à cet égard l'affaire *Kennedy* précitée ; F. MOTHES « *La déontologie est-elle envisageable pour les services de renseignement ?* », *Après-Demain* 2016/1 ; voir également la recommandation de l'APCE de 2015 (précitée) invitant le Comité des Ministres à adopter un code européen d'éthique des services de renseignement.

³³ Voir également CEDH, *Iordachi et autres* précité, §§ 48,50.

³⁴ *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, §§ 73-74, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II.

³⁵ CEDH, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* [GC], no 38224/03, 14 septembre 2010, § 90.

³⁶ *Ibid.*, § 91.

³⁷ Voir, parmi d'autres, *André et autres*, précité, §43.

³⁸ Rapport de la Commission des Lois du Sénat (20 mai 2015), pp.210, 227.

compte un certain nombre de facteurs, notamment le service compétent pour autoriser la surveillance, la portée de l'examen qu'il effectue et le contenu de l'autorisation d'interception.³⁹

Sur le service désigné pour autoriser la surveillance, l'autorisation judiciaire préalable constitue, selon la Cour, une importante garantie contre la surveillance secrète arbitraire ou systématique.⁴⁰ Cependant, ainsi qu'elle l'a rappelé dans l'arrêt *Zakharov*, elle admet que la délivrance d'autorisations soit confiée à un organe autre qu'un juge, à condition que celui-ci soit suffisamment indépendant à l'égard de l'exécutif.⁴¹ Il est intéressant de constater que sur 28 Etats en Europe, la majorité prévoit une autorisation judiciaire préalable.⁴² Allant dans le même sens que la Cour, la jurisprudence de la CJUE, sur laquelle la Cour s'appuie souvent, a posé la règle selon laquelle, « *un contrôle préalable devrait être effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante, dont la décision vise à limiter l'accès aux données et leur utilisation à ce qui est strictement nécessaire aux fins d'atteindre l'objectif poursuivi et intervient à la suite d'une demande motivée (...)* ». ⁴³

Or, force est de constater que ce n'est pas le cas dans la présente affaire. Aux termes de l'article L821-1 du CSI, la mise en œuvre des techniques de renseignement est soumise à l'autorisation préalable du Premier ministre, délivrée après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR). Bien que la CNCTR soit une autorité administrative indépendante (L831-1 du CSI), la délivrance d'un avis préalable ne saurait constituer une garantie suffisante et répondre aux exigences de la jurisprudence de la Cour. En effet, son avis n'est ni systématique (notamment en cas d'urgence absolue)⁴⁴, ni contraignant. Selon les dispositions de l'article L821-3 du CSI, d'une part, l'avis de la CNCTR est « *réputé rendu* » en cas de dépassement du délai de 24 heures, d'autre part, quand bien même la Commission rendrait un avis défavorable, la loi autorise le Premier ministre à délivrer l'autorisation. L'avis de la Commission ne lie pas le Premier ministre.

Ce dispositif semble d'autant plus insuffisant en matière de protection des avocats et des journalistes. Si, comme le souligne le Conseil constitutionnel saisi de la constitutionnalité de l'article L821-7, celui-ci prévoit un examen systématique par la CNCTR siégeant en formation plénière d'une demande de mise en œuvre d'une technique de renseignement concernant un avocat ou un journaliste, leurs véhicules, ou leurs bureaux ou domiciles, laquelle ne peut intervenir à raison de l'exercice du mandat ou de la profession,⁴⁵ la loi ne lui confère, ici encore, aucun caractère contraignant. Le Premier ministre peut outrepasser cet avis et délivrer l'autorisation.

Or, eu égard à l'importance vitale pour la liberté de la presse de la protection des sources des journalistes et des informations susceptibles de conduire à leur identification, la Cour rappelle que toute atteinte au droit à la protection de pareilles sources doit être entourée de garanties procédurales, définies par la loi, en rapport avec l'importance du principe en jeu.⁴⁶ Une mesure de surveillance qui ciblerait ou non un journaliste et qui permettrait le recueil de renseignements révélant des sources journalistiques pourrait être problématique et avoir un impact préjudiciable sur ces dernières, dont l'identité pourrait être révélée, mais également sur le journaliste et le journal.

La portée des avis et des recommandations formulés par la CNCTR s'avère déterminante dans les présentes affaires. Si l'Etat dispose d'une marge d'appréciation quant au dispositif à adopter et peut écarter le contrôle préalable d'un juge judiciaire, encore faut-il que « *les procédures destinées au contrôle de l'adoption et de l'application des mesures restrictives [soient] aptes à limiter à ce qui est*

³⁹ *Zakharov*, précité, § 275.

⁴⁰ *Zakharov*, §§ 249,259. C'est également l'avis de plusieurs instances dont la Commission de Venise : « *Nonetheless, there is an obvious advantage of requiring prior judicial authorization for special investigative techniques, namely that the security agency has to go "outside of itself" and convince an independent person of the need for a particular measure. It subordinates security concerns to the law, and as such it serves to institutionalize respect for the law. If it works properly, judicial authorization will have a preventive effect, deterring unmeritorious applications and/or cutting down the duration of a special investigative measure. The Parliamentary Assembly has earlier expressed a clear preference for prior judicial authorization of special investigative measures (depending on the type of measures).* », Report on the Democratic oversight of the Security Services (Venise, 1-2 June 2007) (CDL-AD(2007)016-e).

⁴¹ *Zakharov*, § 258.

⁴² FRA, Rapport précité, p52.

⁴³ CJUE, *Digital Rights Ireland Ltd* (C-293/12, C-594/12), 8 avril 2014.

⁴⁴ L'article L821.5 dispose qu'en cas d'urgence absolue, l'autorisation peut être délivrée sans avis préalable de la CNCTR.

⁴⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015.

⁴⁶ CEDH, *Sanoma Uitgevers B.V.*, précité.

"nécessaire dans une société démocratique" l'"ingérence" résultant de la législation incriminée ». Il est intéressant de comparer le dispositif de la loi française à celui de la loi allemande dite « G10 », lequel n'a fait l'objet d'aucune censure par la Cour. La loi allemande prévoit un mécanisme d'autorisation et de contrôle contraignant et donc plus protecteur : alors que la CNCTR saisie de la demande d'autorisation ne peut rendre que des avis consultatifs et la demande de surveillance est en réalité autorisée par l'exécutif, la loi allemande subordonne le recours à une mesure de surveillance sollicitée à l'autorisation expresse de la Commission G10. En cas de refus de sa part, l'autorisation doit être aussitôt annulée.⁴⁷

Des procédures de contrôle a posteriori également insuffisantes pour « circonscrire l'ingérence à ce qui est nécessaire dans une société démocratique »

En outre, contrairement à la Commission G10,⁴⁸ la CNCTR ne dispose pas d'un pouvoir d'injonction. L'article L833-6 du CSI l'autorise à formuler une recommandation tendant à ce que la mise en œuvre d'une technique soit interrompue et les renseignements collectés détruits. Cependant, ce dispositif de contrôle a posteriori se révèle insuffisant et inefficace en matière de protection de la vie privée et des échanges, du secret professionnel et des sources journalistiques, pour les raisons suivantes :

- Si l'article L833-7 du CSI prévoit que le Premier ministre informe sans délai la commission des suites données à ses recommandations, il n'est pas tenu de les suivre et la mesure de surveillance jugée illégale par la Commission peut toujours avoir cours, voire être renouvelée ;
- Si l'article L833-8 du même code permet à la CNCTR de saisir le Conseil d'Etat d'un recours lorsque le Premier ministre ne donne pas suite à ses avis ou recommandations, celui-ci n'est pas systématique et cette faculté est laissée à la discrétion de la Commission ;
- Enfin, si le Conseil d'Etat est saisi d'un recours sur le fondement de l'article L841-1, celui-ci n'ayant pas d'effet suspensif, la mesure de surveillance jugée illégale par la Commission peut toujours avoir cours, voire être renouvelée durant la procédure.

Eu égard à l'absence de portée des avis et recommandations de la CNCTR et de l'insuffisance de garanties dans la loi, il sera dès lors impossible de faire obstacle à la révélation et à l'identification des sources de journalistes et de protéger le secret des échanges entre les avocats et leurs clients ou confrères.

La CNCTR dispose au regard de l'article L833-2 du CSI d'un accès permanent, complet et direct aux relevés de mise en œuvre, aux registres prévus par la loi, comme celui des IMSI catchers, aux renseignements collectés ainsi qu'aux transcriptions et extractions effectuées par les services bénéficiaires. Elle accède également dans les mêmes conditions aux dispositifs de traçabilité des renseignements collectés et aux locaux où ceux-ci sont collectés. Cependant, il ressort du rapport d'activité de la CNCTR que les moyens alloués à la mise en œuvre du contrôle sont limités et apparaissent sous-dimensionnés par rapport aux demandes émanant des services, notamment au regard des éléments objectifs de contexte pouvant expliquer un recours accru aux techniques de renseignement et de surveillance.⁴⁹ En outre, il semble que la Commission rencontre, dans les faits, des difficultés ; ce qui remet en question l'efficacité de son contrôle. Tant dans le rapport annuel de la CNCTR que lors de l'audition du Président de la Commission, F. DELON, devant le Parlement, il a été fait mention des difficultés de la CNCTR concernant la mise en œuvre des nouvelles techniques de renseignement, qui se caractérisent par une collecte décentralisée des renseignements, c'est-à-dire effectuée le plus souvent localement pour les services disposant d'administrations déconcentrées comme la DGSI ou la police et la gendarmerie nationales : le balisage, le recueil de données de connexion et les interceptions de sécurité par IMSI catchers, la captation de paroles prononcées à titre privé ou d'images dans un lieu privé, le recueil et la captation de données informatiques et l'introduction dans un lieu privé. Or, aujourd'hui, la centralisation des renseignements collectés par ces mesures et leur traçabilité n'existant pas, la CNCTR ne peut exercer le contrôle prévu par la loi. En 2016, F. DELON indiquait au Parlement : « Il faut avoir présent à l'esprit que nous ne pouvons pas contrôler a

⁴⁷ CEDH, *Klass*, précité, §§ 53-56; *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), no 54934/00, § 25, CEDH 2006-XI.

⁴⁸ CEDH, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. et autres*, § 98 : "In *Klass and Others*, this included a practice of seeking prior consent to surveillance measures of the G 10 Commission, an independent body chaired by a president who was qualified to hold judicial office and which moreover had the power to order the immediate termination of the measures in question (...)."

⁴⁹ CNCTR, 1^{er} rapport d'activité 2015/2016, pp. 59-60, 62-73, 80-83.

posteriori la mise en œuvre de toutes les techniques. Nous procédons par sondage, par échantillonnage. Pour tout contrôler, il faudrait des moyens considérables ». ⁵⁰

Par ailleurs, la loi prévoit que le Conseil d'Etat est compétent pour connaître, en premier et dernier ressort, des requêtes concernant la mise en œuvre des techniques de renseignement (art. 841-1 et s.) ⁵¹. Le gouvernement a fait le choix d'instaurer une voie de recours juridictionnel et d'écarter toute notification *a posteriori* de la mesure de surveillance ⁵². Il s'agit donc ici de s'interroger sur son effectivité au regard des exigences de l'article 13 de la Convention, combiné aux articles 8 et 10. ⁵³ Si l'effectivité d'un recours ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant, celui-ci doit néanmoins être « effectif » tant en droit qu'en pratique ⁵⁴; c'est-à-dire qu'il doit pouvoir empêcher la survenance de la violation alléguée, remédier à la situation incriminée, ou fournir à l'intéressé un redressement approprié pour toute violation s'étant déjà produite ⁵⁵. Dans le cadre de son contrôle, la Cour vérifiera notamment la jurisprudence nationale en la matière afin d'examiner l'effectivité du recours. ⁵⁶

Dans ses avis adressés au Parlement, le Défenseur des droits a estimé que ce dispositif de contrôle juridictionnel ne satisfait pas aux exigences de la Convention.

Il convient en effet de s'interroger sur la capacité qu'aura le potentiel requérant - soupçonnant d'être surveillé - d'exercer utilement ce recours - compte tenu de l'absence de notification et d'informations lui permettant de contester la légalité et la proportionnalité de la mesure. En effet, elles ne ressortiront même pas de la décision de la CNCTR, qui ne sera aucunement motivée (celle-ci se bornant à indiquer au réclamant qu'elle « *a procédé aux vérifications nécessaires, sans confirmer ni infirmer [sa] mise en œuvre* » (art. L833-4 du CSI). Par ailleurs, il n'y aura pas d'instruction écrite, de respect du principe du contradictoire ⁵⁷ et d'accès aux pièces du dossier pour le requérant. Dans l'étude d'impact du projet de loi relatif au renseignement, il est indiqué que le contentieux aura lieu sans décision, sans instruction écrite et contradictoire et que le requérant ne pourra pas soulever les moyens pertinents et devra se reposer sur le Conseil d'Etat qui « pourrait relever tout moyen d'office ». ⁵⁸ La CNCTR devant être saisie au préalable dans le cadre d'un recours individuel, il semble bien que la Commission jouera le rôle de filtrage des requêtes adressées au Conseil d'Etat.

Les pièces versées à la procédure seront à la disposition de la juridiction et de la partie adverse (administration) et de la Commission, si elle intervient. Or, le principe de l'égalité des armes garanti par l'article 6 de la Convention implique que la partie puisse présenter sa cause « *dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation défavorable par rapport à son adversaire* ».

Concernant l'étendue de la motivation des décisions, si la Cour semble admettre la politique de « non-confirmation et de non-dénégation » dans l'affaire *Kennedy*, elle relève cependant qu'elle est compensée par le fait que les plaignants obtenant gain de cause peuvent se voir communiquer des informations sur les constatations opérées dans leur affaire. ⁵⁹ Ce n'est pas le cas en l'espèce. ⁶⁰

En outre, en cas de constat d'illégalité de la mise en œuvre d'une technique de renseignement, l'annulation et la destruction des renseignements recueillis irrégulièrement ne sont qu'une faculté pour le juge. Se pose ici aussi la question de l'effectivité d'un tel recours qui est supposé - au regard de l'article 13 - mettre fin à la violation de la Convention (annulation de l'autorisation) et redresser la situation (destruction des données et indemnisation). Enfin, si la loi prévoit une possibilité

⁵⁰ Assemblée nationale, Rapport de la Commission d'enquête relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme depuis le 7 janvier 2015, Audition de F. DELON, 18 mai 2016. CNCTR, 1^{er} rapport d'activité 2015/2016, p.78.

⁵¹ Voir également les articles 773-1 et s. du code de justice administrative (CJA).

⁵² A cet égard, la Cour admet l'absence de notification *a posteriori* lorsqu'elle risquerait « *de compromettre le but à long terme qui motivait à l'origine la surveillance* », CEDH, *Zakharov*, §287.

⁵³ CEDH, (GC), *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, n°30210/96, CEDH 2000-XI.

⁵⁴ Voir notamment CEDH, *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, 28341/95, §67.

⁵⁵ CEDH, *Kudla c. Pologne*, précité, §§157-158

⁵⁶ CEDH, *Natsev c. Bulgarie*, no 27079/04, § 33, 16 octobre 2012.

⁵⁷ Article L773-3 du CJA : « *Les exigences de la contradiction mentionnées à l'article L. 5 du présent code sont adaptées à celles du secret de la défense nationale (...) La formation chargée de l'instruction entend les parties séparément lorsqu'est en cause le secret de la défense nationale* ».

⁵⁸ Etude d'impact, précitée, p.61.

⁵⁹ *Kennedy*, précité, § 189.

⁶⁰ Voir à cet égard les articles L773-1 et suivants du CJA. Voir également CEDH, *Regner c. République tchèque*, no 35289/11, §§ 158 et s., 26 novembre 2015.

d'indemnisation, le Défenseur des droits regrette qu'elle soit limitée aux seuls cas où elle aura été préalablement demandée (art. 773-7 du CJA). On peut en effet se demander comment un individu - soupçonnant d'être surveillé mais étant censé ne rien connaître de la technique de renseignement mise en œuvre et de son étendue – peut utilement et justement évaluer l'indemnisation du préjudice à laquelle il peut prétendre.

L'examen de la Cour pourrait également porter sur les dispositions relatives à la surveillance des communications électroniques internationales (art. 854-1 à 854-9 du CSI) qui font l'objet d'un régime dérogatoire⁶¹. La loi ne prévoit ni la délivrance d'un avis préalable de la CNCTR, ni de recours individuel devant le Conseil d'Etat.⁶² En outre, le régime de protection des avocats et des journalistes prévu à l'article L821-7 du CSI ne s'applique qu'aux personnes qui exercent en France.

Enfin, la Cour devrait également s'interroger sur l'effectivité du contrôle interne des activités des services de renseignement, qui doit être complémentaire aux contrôles externes.⁶³ Le Commissaire aux droits de l'homme le rappelait en 2015.⁶⁴

A la lumière de ce qui précède et des exigences posées par la Convention, la Cour devra examiner si la loi relative au renseignement respecte le principe de légalité et comporte suffisamment de garanties légales et procédurales, afin de protéger efficacement les individus, en particulier les avocats et les journalistes, des risques d'arbitraire et d'abus de la part de l'exécutif, lequel dispose aujourd'hui de techniques de surveillance très intrusives et susceptibles de s'appliquer dans de nombreuses situations et de concerner une masse d'individus, qui ne présentent pas nécessairement un lien avec la finalité poursuivie. La Cour pourra également s'interroger sur la conformité de certaines dispositions de la loi relative au renseignement (voir notamment art. L851-1 du CSI) avec l'arrêt « *Tele 2 Sverige* » de la CJUE du 21 décembre 2016,⁶⁵ où elle rappelle que les Etats membres ne peuvent imposer une obligation générale et indifférenciée de conservation de données relatives au trafic et de données de localisation aux fournisseurs de services de communications électroniques. Cette conservation de données, à titre préventif, n'est autorisée que si elle est ciblée, si elle poursuit le seul objectif de lutte contre la criminalité grave, et si elle respecte certaines conditions – qui font d'ailleurs écho à la jurisprudence de la Cour - : limiter la conservation au strict nécessaire concernant les catégories de données à conserver, les moyens de communication visés, les personnes concernées ainsi que la durée de conservation retenue, encadrer l'accès des autorités nationales aux données, en le soumettant notamment à un contrôle préalable par une autorité indépendante. Il est intéressant de relever qu'en mars dernier, la Délégation parlementaire au renseignement indiquait que l'arrêt de la CJUE introduisait des incertitudes nouvelles dans l'application de la loi relative au renseignement.⁶⁶

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

⁶¹ Article L854-1 du CSI.

⁶² Article L854-9 du CSI.

⁶³ FRA, Rapport, « *Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU* », pp.30-32.

⁶⁴ Commissaire aux droits de l'homme, La surveillance démocratique et effective des services de sécurité nationale, CommDH/IssuePaper(2015)2.

⁶⁵ CJUE, *Tele 2 Sverige*, C-203/15 et C-698/15.

⁶⁶ Rapport relatif à l'activité de la Délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2016.