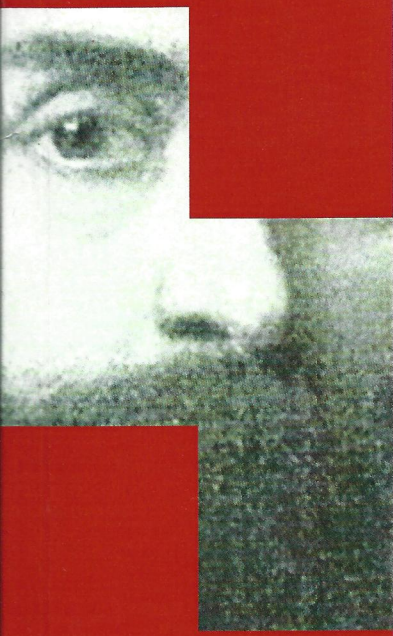




Sous la direction scientifique
de Katarzyna BLAY-GRABARCZYK
et Laure MILANO

Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux



Institut Universitaire Varenne
Collection Colloques & Essais



© Collection « Colloques & Essais »
éditée par l'Institut Universitaire Varenne
Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS
Diffusion : L.G.D.J - lextensio éditions

Illustration (vignette) : Alexandre Varenne (1870-1947),
homme politique et journaliste, fondateur du journal *La Montagne*

Illustration de couverture :
© TAMAM

ISSN 2269-0719
ISBN 978-2-37032-128-2
Dépôt légal : quatrième trimestre 2017

*Sous la direction scientifique
de Katarzyna BLAY-GRABARCZYK
et Laure MILANO*

LE NOUVEAU CADRE LÉGISLATIF
DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME
À L'ÉPREUVE DES DROITS FONDAMENTAUX



2 0 1 7

La captation des données

Estelle DE MARCO

91

La notion de captation de données informatiques a été introduite dans le Code de procédure pénale (CPP) par la loi n° 2011-267¹, et celle de captation d'images et de données informatiques a été introduite dans le Code de la sécurité intérieure (CSI) par la loi n° 2015-912². La notion de captation, du latin « *captatio* » dérivé de « *captare* » et signifiant « *tenter de s'emparer* »³ ou « *chercher à obtenir* »⁴, impliquant une absence d'accès direct à l'objet désiré et donc généralement l'usage de « *moyens artificieux* »⁵ voire de ruse⁶, était déjà connue du droit, principalement en matière de successions et de libéralités⁷. Appliquée à la notion de donnée, synonyme dans notre contexte de renseignement ou d'information⁸, la captation couvre donc

¹ Art. L. 706-102-1 s.

² Art. L. 853-1 s.

³ Larousse, « captation », <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/captation/13011?q=captation#12850>, 2017.

⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert, dictionnaire de la langue française*, Éd. Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 340 (« capter »).

⁵ Larousse, « capter », <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/capter/13014>, 2017.

⁶ La ruse est impliquée par la notion de « *s'attirer les bonnes grâces d'une personne* » dans la définition juridique de la captation : G. CORNU (dir.) - Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige », 2005, 7^e éd., p. 131.

⁷ *Ibid.*, p. 131 (« capté » et « captation »).

⁸ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.* (n. 4), p. 759 ; Larousse, *Donnée*, onglet synonymes, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/donn%C3%A9e/26436/synonyme>, 2017.

l'ensemble des actions visant à tenter d'obtenir une information par l'usage d'une ruse ou d'un artifice⁹, et s'étend par conséquent bien au-delà de la seule collecte de données informatiques, couvrant l'accès à des données de trafic et de connexion¹⁰ y compris en temps réel¹¹, la préservation et l'accès aux informations consultées¹², la géolocalisation en temps réel¹³, l'écoute de la voix à distance¹⁴, l'interception de correspondances¹⁵, l'accès aux communications électroniques stockées par usage d'un identifiant informatique¹⁶, le recueil direct de données dans un système informatique par « *la mise en œuvre d'un dispositif technique de proximité (IMSI-catcher)* »^{17/18}, ainsi que la surveillance des connexions¹⁹.

Si de telles mesures semblent présenter un intérêt voire, pour certaines, se révéler indispensables à la prévention et à la répression des actes de terrorisme, elles constituent des limitations de libertés²⁰ et il est donc crucial que leur définition et leur mise en œuvre soient respectueuses des principes de protection des droits fondamentaux, afin que les lois qui les prévoient servent la démocratie²¹ sans présenter le risque de « *saper [...] [cette dernière] au motif de la défendre* »²².

Le vérifier implique de confronter plus précisément les possibilités de captation de données actuellement en vigueur et leur récente évolution, en matière de prévention et de répression des actes de terrorisme, aux principes de protection des droits fondamentaux, que nous entendrons dans la

9 Ainsi que le note la CourEDH, ch., 24 avril 1990, *Huvig c/ France*, req. n° 11105/84, § 18 et 33, les écoutes ne doivent s'accompagner en France d'« *aucun artifice ou stratagème* ». Cette exclusion consiste toutefois « *non pas dans le simple recours aux écoutes, mais en une 'ruse active', un 'piège', une 'provocation'* [...] ».

10 Art. L. 851-1s. CSI ; 60-1, 77-1-1 et 99-3 CPP.

11 Art. L. 851-2 CSI et (sur les données de localisation des équipements terminaux) L. 851-4 CSI.

12 Art. 60-2, 77-1-2 et 99-4 CPP.

13 Art. L. 851-5 CSI et 230-32 CPP.

14 Art. L. 853-1 CSI et 706-96 s. CPP.

15 Art. L. 852-1 et L. 821-1 s. CSI ; art. 100 s. et 706-95 s. CPP.

16 Art. R. 851-9 CSI ; art. 706-95-1 et 706-95-2 CPP.

17 CNIL, *Délibération n°2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, <https://www.cnil.fr/fr/tag/renseignement>, p. 10.

18 Art. L. 851-6 CSI ; 706-95-4 et 706-95-5 CPP.

19 Art. L. 851-3 CSI.

20 En matière de vie privée, voir p. ex. CourEDH, Gr. ch., 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, req. n° 28341/95, § 46 ; CJUE, Gr. ch., 8 avril 2014, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, § 33.

21 Sur les relations entre la démocratie et la protection des droits de l'homme, voir E. DE MARCO, « Chapitre 6 - Le filtrage d'Internet et la loi », in C. CALLANAN et al., *Filtrage d'Internet - Équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique*, octobre 2009, trad. française E. DE MARCO et F. NGUYEN, <http://juriscom.net/2010/05/rapport-filtrage-dinternet-equilibrer-les-reponses-a-la-cybercriminalite-dans-une-societe-democratique/>, 11 mai 2010, sect. 6.3.

22 CourEDH, plén., 6 septembre 1978, req. n° 5029/71, *Klass et autres c/ Allemagne*, § 49.

conception « positiviste »²³ proposée par le Professeur Louis Favoreu²⁴, et que nous analyserons donc principalement à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), celle-ci présentant l'intérêt d'être d'application directe, les droits qu'elle garantit ayant au surplus le même sens et la même portée que ceux protégés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁵. Tenant l'étendue des mesures de captation à considérer et les limites que la présente étude doit nécessairement connaître, nous nous efforcerons de mettre en lumière les principales difficultés que pose ce nouveau cadre permettant la captation de données sur le terrain de la protection des droits fondamentaux conditionnels²⁶, sans prétendre à l'exhaustivité et sans étendre notre analyse à d'autres droits fondamentaux potentiellement impactés tels que le droit à un procès équitable²⁷.

En conséquence, nous nous proposons de confronter les dispositions permettant la captation de données aux fins de prévention et de répression des actes de terrorisme au principe de base légale (I), puis à l'exigence de nécessité dans une société démocratique (II).

I. LA BASE LÉGALE DES MESURES DE CAPTATION DE DONNÉES

Le principe de base légale renvoie, selon la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), aux indispensables qualités que doit revêtir la loi

23. G. CORNU (dir.), *op. cit.* (n. 6), p. 411 (« droits fondamentaux »).

24. « Les droits et libertés fondamentaux sont, en premier lieu, protégés contre le pouvoir exécutif mais aussi contre le pouvoir législatif[...]. En deuxième lieu, [ils] [...] sont garantis en vertu non seulement de la loi mais surtout de la Constitution ou des textes internationaux ou supranationaux. En troisième lieu, la protection des droits fondamentaux nécessite [...] qu'en soient chargés, non plus les juges ordinaires, mais aussi les juges constitutionnels et même les juges internationaux » : L. FAVOREU, « Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, colloque international de l'île Maurice, 29 septembre-1^{er} octobre 1993, AUPELF/UREF, 1994, p. 48.

25. Art. 52, 3 de la Charte, qui ne fait pas obstacle, selon ses termes, « à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

26. F. SUDRE, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2005, 11^e éd., p. 44-45.

27. Pourraient notamment être mis à mal le principe d'égalité des armes (CourEDH, ch., *Foucher c/ France*, 18 mars 1997, req. n° 22209/93, § 34) et le droit de ne pas concourir à sa propre incrimination (CourEDH, Gr. ch., 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni*, req. n° 15809/02 et 25624/02, § 45 s.). Voir p. ex. M. TOUILLIER, « La volonté des enquêteurs de 'tout voir et tout savoir' en garde à vue à l'épreuve des droits fondamentaux du suspect », *La revue des droits de l'Homme*, <https://revdh.revues.org/1091#tocto3n1>, mai 2015.

limitative de libertés²⁸. Le respect de ce principe est une condition de la sécurité juridique²⁹, laquelle conditionne « *la justice [...] [et] le progrès* »³⁰ et est « *l'un des fondements de l'État de droit* »³¹. En effet, si les principes de sécurité juridique et de base légale ne se juxtaposent pas parfaitement³², ils visent un même objectif : celui de permettre au citoyen de déterminer et de comprendre, sans effort insurmontable, les règles applicables à un cas donné afin de pouvoir réguler sa conduite en conséquence³³. Dans cet objectif, les mesures de captation de données doivent être prévues par une loi claire et précise (A), une telle base légale devant encore être accessible et stable (B).

A. L'exigence d'une loi claire et précise

Les mesures de captation de données doivent être prévues par la loi. Cette loi qui, en droit français, relève principalement de la compétence du législateur (1) est soumise à un impératif de clarté et de précision (2).

1. La compétence du législateur

La notion de loi est entendue par la CourEDH « *dans son acception 'matérielle'* »³⁴, et inclut dès lors « *les textes de rang infralégislatif* »³⁵, et, parfois, la jurisprudence³⁶. Toutefois, ce principe doit être conjugué avec l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, aux termes duquel il appartient au législateur de fixer, notamment, les règles concernant la procédure pénale et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

²⁸ CourEDH, plén., 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, § 49.

²⁹ Sur la définition de la sécurité juridique, voir CE, « Sécurité juridique et complexité du droit », in *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, Éd. du Conseil d'État, « Études et documents du Conseil d'État », p. 281.

³⁰ J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, 1998, 9^e éd., p. 193-194.

³¹ Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 281.

³² Service de la documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, Bureau du droit européen, *Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique en droit européen*, https://www.courdecassation.fr/IMG///Principes_confiance_legitime_securite_juridique_droit_europeen.pdf, 27 octobre 2015, p. 2.

³³ CourEDH, 26 avril 1979, *op. cit.* (n. 28), § 49 ; Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 281.

³⁴ CourEDH, ch., 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, req. n° 11801/85, § 29. Voir également F. SUDRE, art. cit. (n. 26), p. 43 ; R. KOERING-JOULIN, *D.*, 90, chron. p. 187.

³⁵ CourEDH, 24 avril 1990, *op. cit.* (n. 34), § 29.

³⁶ *Ibid.*

Pourtant, malgré des décisions en sens contraire du Conseil constitutionnel³⁷, il semble que le législateur ait confié au pouvoir réglementaire le soin de déterminer certaines mesures de captation qui auraient dû relever de sa compétence propre.

Un exemple assez flagrant nous paraît être celui de la détermination des données pouvant être recueillies par l'autorité judiciaire ou les services de renseignement, confiée au pouvoir réglementaire par l'article L. 851-1 du CSI. Suite à cette liberté laissée par le législateur, trois textes règlementaires sont venus préciser (et augmenter) les données devant être conservées par les intermédiaires techniques, les deux premiers étant applicables à la prévention et à la répression du terrorisme³⁸, le troisième à sa seule prévention³⁹. Bien que ces données ne puissent « *en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit* »⁴⁰, nombre d'entre elles permettent en pratique d'identifier le contenu consulté⁴¹ voire d'obtenir des informations sur le contenu d'une correspondance⁴². Surtout, le décret n° 2011-219 permet la conservation du « *mot de passe ainsi que [...] [des] données permettant de le vérifier ou de le modifier* »⁴³, dans la mesure où ces informations sont habituellement collectées⁴⁴, de telles données permettant en pratique d'accéder à des correspondances⁴⁵. Cette possibilité laissée au pouvoir réglementaire comme à l'autorité judiciaire, vivement critiquée⁴⁶, n'a fait l'objet d'aucune interdiction formelle jusqu'en 2015 et 2016⁴⁷. Depuis lors, l'utilisation de ces informations pour accéder à des correspondances et à des communications stockées doit être soumise à la procédure qui régit la captation de données informatiques (en matière

37 CC, Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, Loi relative au renseignement ; Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres*.

38 Décret n° 2006-358 (art. R. 10-12 et R. 10-13 CPCE), décret n° 2011-219.

39 Décret n° 2016-67 - art. R. 851-5 CSI).

40 Art. L. 34-1, VI, al. 2 CPCE.

41 P. ex. l'« *identifiant attribué par le système d'information au contenu, objet de l'opération* » (décret 2011-219, art. 1, 2 b) et les « *données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs* » (art. R. 10-13 CPCE).

42 « *Les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication* », requises par l'article R. 10-13, figurant dans l'en-tête de l'e-mail avec son objet.

43 Art. 1, 3, g du décret.

44 Art. 1, 4, al. 6 du décret.

45 Sur la notion de correspondances, voir E. DE MARCO, *L'anonymat sur Internet et le droit*, thèse, Montpellier 1, 2005, ANRT (ISBN : 978-2-7295-6899-3 ; Ref. : 05MON10067), n° 67 s., p. 628 s. ; V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, PU d'Aix-Marseille, 1999, not. p. 47, 48, 218.

46 Conseil national du numérique, *Avis n° 6 du Conseil national du numérique relatif à la partie réglementaire de la transposition de la révision du Paquet Télécom*, https://cnnumerique.fr/wp-content/uploads/2012/06/2011-11-21_AvisCNNum_06_PaquetTel.rtf, 21 novembre 2011, p. 3 ; E. DE MARCO, *op. cit.* (n. 45), n° 850.

47 Loi n° 2015-912, décret n° 2016-67 et loi n° 2016-731 créant les articles L. 851-7 CSI (principe de protection des correspondances), R. 851-9 CSI ainsi que 706-95-1 et 706-95-2 CPP.

administrative) ou l'interception de correspondance (en matière administrative et, concernant les infractions graves⁴⁸, judiciaire – la procédure restant moins protectrice puisque, notamment, les données peuvent être copiées sur tout support sans devoir faire l'objet de scellés). Par ailleurs, cette possibilité pratique ne fait l'objet d'aucune disposition légale destinée à garantir spécifiquement ces informations particulièrement sensibles d'un détournement d'usage.

Cet exemple de ce qui nous paraît être une méconnaissance de sa compétence par le législateur montre en outre nettement les risques liés à un manque de précision de la loi quant aux garanties à mettre en œuvre.

2. Un impératif de clarté et de précision

La loi ainsi définie, afin d'être « compatible avec le principe de la prééminence du droit »⁴⁹, doit définir « l'étendue et les modalités d'exercice [du pouvoir de surveillance] avec une netteté suffisante »⁵⁰. Ce principe, applicable en matière d'interception de communications par l'autorité judiciaire⁵¹ comme par les services de renseignement⁵², est un impératif de sécurité juridique⁵³ et est transposable aux mesures de captation de données de manière plus générale puisqu'elle concerne toute mémorisation d'informations relatives à la vie privée par la puissance publique⁵⁴, particulièrement dans le cadre « de méthodes de surveillance résultant en la collecte de données massives »⁵⁵.

La définition claire et précise⁵⁶ de l'étendue et des modalités du pouvoir limitatif de droits, également requise par le Conseil constitutionnel⁵⁷, implique en premier lieu l'exclusion de toute « ambiguïté et [...] incertitude »⁵⁸ dans l'énoncé de la loi. En second lieu, elle implique « l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus »⁵⁹.

⁴⁸ Aucune interdiction d'utilisation n'étant associée à l'obtention de ces données sur le fondement des articles 60-2, 77-1-2 et 99-4 du CPP.

⁴⁹ CourEDH, 3^e sect. 12 mai 2000, *Khan c/ Royaume-Uni*, req. n° 35394/97, § 26.

⁵⁰ *Ibid.* ; CourEDH, 4^e sect., 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c/ Hongrie*, req. n° 37138/14, § 65.

⁵¹ Voir p. ex., CourEDH, 12 mai 2000, *op. cit.* (n. 49), § 22 s.

⁵² Voir p. ex., CourEDH, plén., 2 août 1984, *Malone c/ Royaume-Uni*, req. n° 8691/79, § 67.

⁵³ CourEDH, 28 mars 2000, ch., *Baranowski c/ Pologne*, req. n° 28358/95, § 52 ; Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 281.

⁵⁴ CourEDH, Gr. ch., 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, req. n° 28341/95, § 45 s.

⁵⁵ CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 50), § 68.

⁵⁶ CourEDH, ch., 24 avril 1990, *Huvig c/ France*, req. n° 11105/84, § 32 (« règles claires et détaillées »).

⁵⁷ Le Conseil constitutionnel déduit le principe de clarté de la loi de l'article 34 de la Constitution. Ex. CC, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale, cons. 9.

⁵⁸ CourEDH, plén., 2 août 1984, *op. cit.* (n. 52), § 79 ; CC, Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, cons. 29.

⁵⁹ CourEDH, plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c/ Allemagne*, req. n° 5029/71, § 50 ; CC, Décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, *Société Wesgate Charters Ltd*, cons. 8.

Sur ces deux terrains, le nouveau cadre juridique de la captation de données présente de nombreuses faiblesses.

Parmi les exemples d'ambiguïté et d'incertitude, parfois alliés à une faiblesse très nette de garanties, peuvent être citées à nouveau les données devant être conservées par les intermédiaires techniques puis recueillies pour les besoins de la prévention et de la répression du terrorisme. En effet, les décrets intervenus sur la question fournissent trois listes distinctes de données exprimées en des termes semi-techniques qui ne permettent ni d'identifier très exactement les informations concernées, ni de reconnaître les données communes à ces trois textes. Un autre exemple est celui de l'article L. 851-3 du CSI prévoyant la possibilité de détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste, par des traitements automatisés mis en œuvre « *en fonction de paramètres précisés dans l'autorisation* », qui « *utilisent exclusivement les informations ou documents mentionnés à l'article L. 851-1* » (cet article renvoyant aux données de trafic précisées par les décrets déjà mentionnés), « *sans recueillir d'autres données que celles qui répondent à leur paramètres de conception* ». La notion de « *données répondant aux paramètres de conception* » des « *documents et informations* » précisés par décret ne permet pas de connaître avec précision les données susceptibles d'être surveillées, sauf à être informé de ces paramètres, qui varient sans doute selon les opérateurs et qui n'offrent aucune garantie de conception se réduisant au strict nécessaire pour les besoins du transport des communications électroniques.

Sur le strict terrain de l'absence de garanties, il peut tout d'abord être constaté qu'en matière de captations administratives ne sont précisés ni « *le genre d'informations pouvant être consignées* »⁶⁰, ni l'usage qui peut en être fait⁶¹. Ce même usage ne fait au demeurant pas l'objet d'une traçabilité, pourtant prévue concernant la demande, l'autorisation et l'exécution de la mesure de captation⁶². Par ailleurs, une obscurité pèse sur la question de savoir si les mesures de captation sont renouvelables une seule ou plusieurs fois⁶³, tandis que les dispositions permettant la plupart de ces mesures sont silencieuses sur « *les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet des mesures de surveillance* »⁶⁴, ou sur les liens devant exister entre ces personnes et la prévention de menaces terroristes⁶⁵, permettant ainsi, en pratique, « *d'ouvrir la voie à une*

⁶⁰ CourEDH, 4 mai 2000, *op. cit.* (n. 54), § 57.

⁶¹ *Ibid.*, § 57.

⁶² Art. L. 821-4, L. 822-1 CSI.

⁶³ Art. L. 821-4, L. 854-2, L. 853-3, L. 852-1 CSI. Une telle obscurité étant susceptible d'abus selon CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 50), § 74.

⁶⁴ CourEDH, 4 mai 2000, *op. cit.* (n. 54), § 57. En matière de surveillance des communications internationales (art. L. 854-2 CSI), les catégories de personnes susceptibles d'être concernées ne doivent pas même être précisées dans la décision d'autorisation.

⁶⁵ Tel que l'exige CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 50), § 67. Ceci, hormis l'article L. 851-2 et l'article L. 852-1, ce dernier ne permettant toutefois que d'élargir l'interception aux personnes

surveillance illimitée d'un large nombre de citoyens »⁶⁶. En rapport, la manière dont la stricte proportionnalité des mesures de captation sera analysée et démontrée⁶⁷ n'est pas non plus précisée. Concernant la protection spécifique due à certaines personnes à raison de leur profession⁶⁸, la manière et les conditions dans lesquelles s'opèrera le tri entre les informations relevant de leur mandat et les autres ne sont pas évoquées⁶⁹. En matière de surveillance des connexions, les paramètres utilisés ne seront précisés que dans une base textuelle non accessible⁷⁰.

Au terme de cette courte analyse, il est patent que la loi comme ses décrets d'application ne précisent pas un certain nombre de garanties qui sont pourtant tout autant indispensables à l'objectif de prévisibilité que le sont les principes d'accessibilité et de stabilité de la loi.

B. Les principes d'accessibilité et de stabilité de la loi

La base légale prévoyant des mesures de captation doit être accessible (1) et stable (2).

1. Un impératif d'accessibilité

Le droit interne, en plus d'être clair et précis, doit être accessible. Cela suppose en premier lieu que la ou les bases légales justifiant l'ingérence soient facilement accessibles aux personnes concernées⁷¹. Cela suppose en second lieu que les dispositions qui permettent l'ingérence soient intelligibles « à la lumière du corpus juridique dans lequel elles sont appelées à s'insérer »⁷², l'ensemble de ce corpus juridique devant donc être cohérent⁷³, afin de satisfaire

appartenant à l'entourage de la personne concernée, sans déterminer les critères auxquels doit répondre cette dernière personne.

⁶⁶ Traduit de l'anglais, CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 50), § 67.

⁶⁷ Tel que l'exige CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 50), § 71.

⁶⁸ Art. L. 821-7 CSI.

⁶⁹ Tel que l'exige p. ex. CourEDH, ch., 25 mars 1998, *Kopp c/Suisse*, 13/1997/797/1000, § 73. Voir aussi Vincent NIORE, *Projet de loi relatif au renseignement : un texte mortifère*, Dalloz actualité, Le droit en débats, http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/projet-de-loi-relatif-au-renseignement-un-texte-mortifere#.WML5q_I80uE, éd. du 15 mars 2017.

⁷⁰ Art. L. 851-3 CSI.

⁷¹ Ex. CourEDH, ch., 24 avril 1990, *Huvig c/ France*, req. n° 11105/84, § 33.

⁷² Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 282.

⁷³ *Ibid.*, p. 282 et 288. Les principes de cohérence et d'intelligibilité des textes dans leur ensemble sont le plus souvent implicites dans la jurisprudence de la CourEDH (p. ex., CourEDH, plén., 2 août 1984, *op. cit.* [n. 52], § 66). Voir toutefois CourEDH, ch., 16 décembre 1992, *op. cit.*, § 34 ; CourEDH, Gr. ch., 15 octobre 2015, *Perinçek c/ Suisse*, req. n° 27510/08, § 134.

pleinement l'objectif de prévisibilité⁷⁴. Autrement dit, l'accès « *physique* »⁷⁵ doit s'accompagner d'un accès « *intellectuel* »⁷⁶ à la norme.

Sur ce point, les mesures de captation prévues par le droit français sont globalement⁷⁷ accessibles, au-delà de la question de l'extrême complexité de la loi due à l'existence de nombreux décrets d'application et de renvois entre dispositions, qui n'est pas particulièrement propre à la matière ici étudiée⁷⁸.

En revanche, l'accessibilité de ces dispositions paraît beaucoup plus relative lorsqu'elles sont prises toutes ensembles (pouvoirs de l'autorité judiciaire et pouvoirs de l'administration confondus) et qu'elles sont lues à la lumière des autres dispositions de droit interne. En premier lieu, certaines dispositions autorisant la captation de données permettent de contourner la procédure qui préside la mise en œuvre (et qui garantit les droits du citoyen dans le cadre) d'autres mesures préexistantes de recherche de la preuve⁷⁹. En second lieu, l'« *empilement* »⁸⁰ de textes sans réflexion d'ensemble sur la procédure pénale et la procédure de prévention du terrorisme crée des incohérences et illisibilités⁸¹. Notamment, dans certaines situations, certaines mesures de captation de données peuvent être prises par l'administration et par le juge de l'ordre judiciaire, alors que la première doit intervenir en prévention et la seconde, en répression⁸². Par ailleurs, le ministère public reçoit – sous la supervision du juge des libertés – certaines compétences que n'avait jusqu'à une période récente que le juge d'instruction, alors que le statut du Parquet reste beaucoup moins protecteur des libertés que ne l'est celui du juge de l'ordre judiciaire⁸³. Enfin, l'autorité judiciaire paraît de plus en plus

⁷⁴ CourEDH, ch., 24 avril 1990, *op. cit.* (n. 71), § 26.

⁷⁵ P. BEAUVAIS, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », in ERPC, *Archives de politique criminelle*, Éd. A. Pedone, 2007/1 (n° 29), p. 4.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Quelques bémols peuvent être apportés à ce constat. Par exemple, la décision d'autorisation de la mesure, qui comprend pourtant de nombreuses informations obligatoires telles que la finalité de la mesure, est inaccessible.

⁷⁸ Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 233 s.

⁷⁹ Ex. de l'élargissement de la captation judiciaire de données informatiques aux données stockées, devenant en certaines circonstances une alternative à la perquisition : USM, *Observations de l'USM sur le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, https://www.union-syndicale-magistrats.org/web2/themes/fr/userfiles/fichier/reserves/rapports/2016/reforme_penale10fev16.pdf, 10 février 2016, p. 18.

⁸⁰ Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 273.

⁸¹ USM, *op. cit.* (n. 79), p. 3.

⁸² Par exemple concernant les personnes revenant d'un théâtre d'opération de groupements terroristes : USM, *op. cit.* (n. 79), p. 7.

⁸³ Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/54700/484379/version/1/file/391004%20EXTRAIT%20AG%20AVIS.pdf>, 28 janvier 2016, n° 9 ; USM, *op. cit.* (n. 79), p. 2.

contournée dans son rôle de gardienne des libertés individuelles⁸⁴, le juge administratif s'étant notamment vu dévolu le contentieux des mesures de captation administrative, alors que cette même juridiction ne présente pas totalement les mêmes garanties en termes de protection des libertés⁸⁵ et restreint la notion de liberté individuelle à celle de liberté physique⁸⁶.

2. Un impératif de stabilité

Une loi « *raisonnablement* »⁸⁷ prévisible doit encore être une loi stable⁸⁸, principe également rattaché à l'exigence de sécurité juridique⁸⁹. Le principe de stabilité favorise par ailleurs la confiance du public dans le système juridique, confiance qui se trouve être l'une des « *composantes fondamentales de l'État de droit* »⁹⁰. Le principe de stabilité implique notamment l'absence de variations imprévisibles⁹¹ et, potentiellement, de variations trop fréquentes⁹².

Pourtant, et bien que cette situation soit partagée avec d'autres domaines du droit⁹³, des textes relatifs à la prévention et à la répression des infractions graves telles que le terrorisme se succèdent de manière rapprochée depuis plusieurs décennies. Sur Légifrance, une consultation du CSI et du CPP fait apparaître respectivement six et onze versions « à venir » d'ici février 2020. Ceci, sans compter le nombre de décrets d'application associés, qui parfois ne sont adoptés que bien plus tard, laissant ainsi planer le doute sur la situation juridique. Une telle situation ne paraît pas des plus stables, nuisant

⁸⁴ Art. 66 de la Constitution ; CourEDH, *Szabó et Vissy c/ Hongrie*, *op. cit.* (n. 50), § 77.

⁸⁵ USM, *op. cit.* (n. 79), p. 5-7 ; P.-M. MEERINGEN, *Libertés publiques : la dangereuse ascension du Conseil d'État*, Contrepoints, <https://www.contrepoints.org/2016/01/06/234783-libertes-publiques-la-dangereuse-ascension-duconseil-detat>, 6 janvier 2016 ; F. SUREAU, « Les fossoyeurs », *La semaine juridique*, éd. générale, n° 6, 8 février 2016, p. 253, <http://serviceinf2.lexisnexus.fr/unerevues/pdf/une/sjg1606.pdf>.

⁸⁶ USM, *op. cit.* (n. 79), p. 5-7, et B. LOUVEL, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/gardienne_liberte_33544.html, 2 février 2016.

⁸⁷ Voir p. ex., CourEDH, 15 octobre 2015, *op. cit.* (n. 73), § 134.

⁸⁸ Voir p. ex., CourEDH, 1^{re} sect., 30 juillet 2015 (définitif : 30/10/2015), *Ferreira Santos Pardal c/ Portugal*, req. n° 30123/10, § 42, f.

⁸⁹ *Ibid.* ; Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 281.

⁹⁰ CourEDH, 30 juillet 2015, *op. cit.* (n. 88), § 42 f (à propos de la confiance du citoyen dans le système judiciaire, eu égard à la stabilité des décisions de justice).

⁹¹ CourEDH, 30 juillet 2015, *op. cit.* (n. 88), § 43-49 ; Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 281.

⁹² Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 281. Voir aussi CourEDH, ch., 16 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle c/ France*, req. n° 12964/87, § 33 ; P. BEAUVAIS, art. cit. (n. 75), p. 13 s.) ; D. J. M. SOÛLAS de RUSSEL, P. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, 2003, vol. 55, n° 1, p. 90, à propos de CourEDH, plén., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74.

⁹³ Conseil d'État, *op. cit.* (n. 29), p. 254.

ainsi à une prévisibilité déjà mise à mal par un accroissement sans précédent des possibilités légales de surveillance des citoyens alors qu'une décroissance aurait dû être une conséquence logique de la déclaration de non-conformité à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de la Directive n° 2006/24/CE relative à la conservation des données⁹⁴, dont les anomalies étaient déjà soulevées en 2004⁹⁵.

Une telle instabilité, alliée à l'obscurité de certaines mesures de captation de données et à la relative intelligibilité du système juridique ainsi créé, semble bien être porteuse d'insécurité juridique, laquelle semble encore amplifiée par une incertitude sur la nécessité de ces mesures et leur apparente disproportion.

II. L'EXIGENCE DE NÉCESSITÉ DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

En 1999, les Professeurs Jacques Robert et Jean Duffar dénonçaient un « système répressif [méconnaissant] gravement les droits de l'Homme en limitant, voire en supprimant, certaines des garanties indispensables à une bonne administration de la justice »⁹⁶. Depuis cette date, les possibilités de recherche de la preuve n'ont cessé de s'étendre, de même que les pouvoirs des services de renseignement.

Il est pourtant d'une extrême importance, pour la sauvegarde de l'État de droit, que les mesures destinées à prévenir ou à rechercher les auteurs d'infractions, en particulier des faits de terrorisme, restent nécessaires (A) et proportionnées à l'objectif poursuivi (B).

A. L'exigence de nécessité des mesures

Le principe de nécessité implique de démontrer⁹⁷ de manière pertinente et suffisante⁹⁸ qu'il est nécessaire de recourir à la mesure limitative de droit

⁹⁴ CJUE, gr.ch., 8 avril 2014, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*

⁹⁵ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 9/2004* (WP. 99), 9 nov. 2004.

⁹⁶ Jacques ROBERT et Jean DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. Montchrestien, 7^e éd., 1999, p. 197. Voir aussi Pierre M. MARTIN, « L'honneur des juges britanniques, Chambre des Lords, 16 décembre 2004 », D. 2005, n° 16, chron. p. 1055, qui, citant une décision de la Chambre des Lords, rappelle que « la peur est le pire ennemi de la démocratie », les mesures adoptées en matière de lutte contre le terrorisme devant être en adéquation avec la menace (cit. p. 1057).

⁹⁷ Voir p. ex. CourEDH, gr. ch., 30 juin 2015, *Khoroshenko c/ Russie*, req. n°41418/04, §118.

⁹⁸ Voir p.ex. CourEDH, plén., 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, req. n°6538/74, §65.

« *eu égard aux faits et circonstances de la cause précise* »⁹⁹. Cela implique l'existence d'un besoin social impérieux (1) et d'une mesure efficace (2) apportée en réponse.

1. *L'exigence de besoin social impérieux*

Un besoin d'un certain niveau « *de gravité, d'urgence ou d'immédiateté* »¹⁰⁰ doit être identifié au sein de la sphère plus générale du but légitime poursuivi¹⁰¹, constituant ainsi le motif, la finalité spécifique de la mesure limitative de droit. Il doit être démontré que l'absence de prise en compte de ce besoin conduirait à des « *conséquences préjudiciables pour la collectivité ou une partie de la collectivité* », en tenant compte des avis spécifiques ou oppositions éventuelles à cet égard¹⁰².

Dans le cadre des mesures de captation administrative de données, trois articles du CSI font appel au principe de nécessité. L'article L. 801-1 exige que toute mesure de captation réponde à un cas de « *nécessité d'intérêt public* » prévu par la loi, tandis que deux dispositions imposent la nécessité de la mesure qu'elles prévoient¹⁰³. Ces mentions n'offrent toutefois pas plus de détails sur la manière dont le besoin de la mesure sera documenté, créant le risque de déclarations de pure forme. Leur présence dans seules deux dispositions spécifiques laisse par ailleurs présumer une moindre importance du principe dans le cadre des autres mesures.

2. *Un impératif d'efficacité*

Une fois le besoin de la mesure limitative de droit démontré, la preuve de l'efficacité de cette mesure doit elle-même être apportée, les « *mesures qui pourraient s'avérer utiles [ou appropriées]¹⁰⁴ pour faire respecter la loi [n'étant] pas toutes souhaitables [...] dans une société démocratique* »¹⁰⁵. Cela implique d'expliquer et de démontrer les « *raisons pour lesquelles les mesures existantes ne*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Avis 01/2014 (WP 211), 27 février 2014, §3.14. Voir également CourEDH, Gr. ch., 30 juin 2015, *op. cit.* (n. 97), § 120.

¹⁰¹ CourEDH, 26 avril 1979, *op. cit.* (n. 98), § 65 ; Groupe de travail « Article 29 », *op. cit.* (n. 100), § 3.13.

¹⁰² Groupe de travail « Article 29 », *op. cit.* (n. 100), § 3.19. Sur l'exigence de documenter la nécessité de la mesure, voir également CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 50).

¹⁰³ Art. L. 822-2 (conservation plus longue de certains documents) et L. 821-7 (transcriptions relatives à un parlementaire, magistrat, avocat ou journaliste).

¹⁰⁴ CourEDH, 6 septembre 1978 *op. cit.* (n. 59), § 49.

¹⁰⁵ Groupe de travail « Article 29 », Avis 9/2004 (WP 99), 9 novembre 2004, p. 4.

suffisent plus à répondre au besoin » et la manière dont les nouvelles mesures vont pallier cette difficulté¹⁰⁶.

L'utilité de mesures de captation de données dans un objectif de lutte contre le terrorisme n'est pas en question. En revanche, la manière dont chacune de ces mesures va satisfaire des besoins spécifiques n'a pas été démontrée¹⁰⁷ et n'a pas à l'être, sauf en cas de demande de renouvellement¹⁰⁸. L'étude d'impact relative au projet de loi sur le renseignement, notamment, conclut assez légèrement à la nécessité de ces mesures en raison « *des progrès techniques réalisés en matière d'espionnage* » et du « *développement du terrorisme en Europe* »¹⁰⁹, sans expliquer en quoi chacune des mesures proposées répond à un besoin particulier et lui répond plus efficacement que des mesures alternatives moins intrusives ou que les mesures préexistantes dont la création avait déjà suscité des interrogations sur ce même terrain¹¹⁰.

Il ne semble donc pas que la nécessité des mesures de captation actuellement disponibles aux fins de lutte contre le terrorisme n'ait été démontrée, à tout le moins pour nombre d'entre elles, étant par ailleurs noté que la lutte contre le terrorisme n'est que l'une des finalités possibles de leur mise en œuvre, parmi d'autres finalités potentiellement susceptibles de larges interprétations¹¹¹, ce qui étend leur champ d'application à un nombre important de personnes et de situations. La proportionnalité de ces mesures, outre la question de leur nécessité, est donc également en question.

106 Groupe de travail « Article 29 », Avis 01/2014, *op. cit.* (n. 100), § 3.26 ; CourEDH, 5^e sect., 2 septembre 2010, *Uzun c/ Allemagne*, req. n° 35623/05.

107 Voir not. Conseil d'État, 3 février 2016, avis consultatif, *Loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale*, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Loi-renforçant-la-lutte-contre-le-crime-organisé-et-son-financement-l-efficacité-et-les-garanties-de-la-procedure-penale>.

108 Art. L. 821-2 CSI.

109 Projet de loi relatif au renseignement, étude d'impact, 18 mars 2015, p. 23.

110 Groupe de travail « Article 29 », Avis 9/2004, (WP. 99), *op. cit.* (n. 105), p. 4 ; Contrôleur européen de la protection des données, *Avis sur le projet de directive relative à la conservation des données dans le cadre de la fourniture de services de communication électronique au public et amendant la directive 2002/58/CE, (COM (2005) 438 final)*, 26 septembre 2005, in Rapport annuel 2005, p. 41.

111 Articles L. 801-1 et L. 811-3 CSI. Ce dernier inclut par exemple l'exécution des engagements européens et internationaux de la France ou ses intérêts économiques. Voir p. ex. Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique (CRPDLAN), Recommandation sur le projet de loi relatif au renseignement, <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/autres-commissions/numerique/a-la-une/recommandation-sur-le-projet-de-loi-relatif-au-renseignement>, n° 3.

B. L'exigence de proportionnalité des mesures de captation

La proportionnalité d'une mesure limitative de liberté implique que cette mesure soit strictement proportionnée à l'objectif poursuivi (1) et entourée de garanties appropriées (2).

1. Un impératif de stricte proportionnalité au but poursuivi

La limitation d'un droit fondamental conditionnel « *par une mesure de surveillance secrète* » doit être « *strictement nécessaire, de manière générale, à la sauvegarde des institutions démocratiques, ainsi que strictement nécessaire, de manière plus particulière, à l'obtention de renseignements vitaux dans le cadre d'une opération individuelle* »¹¹². Ce principe implique une évaluation effective de la stricte nécessité de la mesure eu égard à son contexte¹¹³, ainsi que dans sa nature¹¹⁴ et dans son étendue¹¹⁵, par exemple en termes de personnes et de lieux concernés¹¹⁶. Ce principe implique également un contrôle indépendant évitant toute liberté d'interprétation de termes généraux inscrits dans la loi. En principe, ce contrôle doit être effectué par l'autorité judiciaire avant l'exécution de la mesure, un contrôle d'une autre nature n'étant admis que par exception, si l'autorité qui en a la charge présente les mêmes garanties d'indépendance et d'expertise, des contrôles *a posteriori* n'étant pas admis en toute matière¹¹⁷ puisque la confidentialité ne peut pas être restaurée une fois détruite¹¹⁸.

Sur le terrain des mesures de captation de données, prises dans leur ensemble, il n'a pas été démontré que leur ampleur actuelle était justifiée, ni par l'objectif de lutte contre le terrorisme, ni par les finalités plus spécifiques pouvant être poursuivies au sein de cette catégorie générale, ni dans les autres objectifs autorisant leur mise en œuvre. Cette ampleur est pourtant extrême, et n'a cessé de croître au fil des années¹¹⁹. Nombre de ces mesures,

112 CourEDH, 4^e sect., 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c/ Hongrie*, req. n° 37138/14, § 73.

113 Voir p. ex., CourEDH, ch., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, req. n° 19983/92.

114 Voir p. ex., CourEDH, Gr. ch., 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 17488/90, § 42.

115 Voir p. ex., CourEDH, 5^e sect., 19 mai 2016, *D.L. c/ Bulgarie*, req. n° 7472/14, § 105.

116 CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 112), § 73 et 75-77.

117 CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 112), § 73 et 75-77 (surveillance des médias) ; CourEDH, ch., 25 mars 1998, *Kopp c/ Suisse*, 13/1997/797/1000, § 73 (surveillance des avocats).

118 CourEDH, 12 janvier 2016, *op. cit.* (n. 112), § 73 et 75-77.

119 Par exemple, la captation de données informatiques a été introduite dans le CPP par la loi n° 2011-267 (art. 36), puis élargie aux interceptions de correspondances par la loi n° 2014-1353 (art. 21), puis rendue applicable à un plus grand nombre d'infractions par la loi n° 2015-993 (art. 11), avant d'être étendue aux données stockées ainsi qu'aux enquêtes préliminaires et de flagrance (loi n° 2016-731, art. 5). De nombreuses mesures de captation de données ont connu une évolution

et particulièrement en matière administrative, sont aujourd'hui susceptibles de concerner toute personne¹²⁰ ainsi que l'ensemble de sa vie électronique, sans que celle-ci n'ait un quelconque lien avec un fait terroriste et sans que les avocats et journalistes ne semblent protégés selon les termes rappelés en introduction¹²¹. L'étude d'impact relative au projet de loi sur le renseignement¹²², notamment, ne se concentre que sur les garanties devant être apportées¹²³, tout en citant l'obligation de dresser séparément procès-verbal des éventuels faits nouveaux et de les signaler au Parquet¹²⁴. Pourtant, cette obligation qu'a tout fonctionnaire de signaler au Parquet les crimes et délits dont il acquiert connaissance dans l'exercice de ses fonctions, prévue à l'article 40 du CPP et explicitement applicable dans le cadre des mesures de captation de données¹²⁵, nous semble constituer un pas de plus dans la disproportion¹²⁶. En effet, ces mesures de captation, du fait de leur caractère fortement intrusif, devraient être circonscrites aux opérations strictement nécessaires à la poursuite d'une finalité spécifique, sans détournement de finalité possible. Permettre et, pire, obliger que dans ce contexte toute nouvelle découverte soit sujette à dénonciation, consiste à organiser une surveillance pouvant alimenter toute finalité répressive. Pourtant, l'impératif de confidentialité des données qui n'auraient pas dû être découvertes si une finalité spécifique et conventionnellement poursuivie n'avait pas conduit à leur révélation est bien prévu dans d'autres domaines du droit¹²⁷.

Dans ces conditions, l'exigence de proportionnalité impose plus que jamais la mise en œuvre de garanties appropriées.

de même nature. Un autre exemple intéressant est élargissement possible des interceptions de sécurité (qui ont perdu leur caractère exceptionnel en 2015) aux « *personnes appartenant à l'entourage d'une personne concernée par l'autorisation* » (loi n° 2015-912, art. 5). Par ailleurs, ces interceptions entraînent depuis cette même loi un accès automatique à certaines données de trafic (regretté par la CNIL, *Délibération n°2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, p. 5), à savoir les données « associées » à l'exécution de l'interception (depuis la loi n° 2016-987, art. 17), et non plus les seules données « nécessaires » à cette exécution.

120 Plusieurs dispositions permettent de capter des données relatives à l'entourage de la personne concernée (art. L. 852-1 ; art. L. 851-2 CSI). Par ailleurs, l'utilisation d'un *IMSI-catcher* permet potentiellement d'écouter l'ensemble des personnes qui sont dans l'entourage de la personne surveillée (art. L. 851-6 CSI).

121 Il n'existe pas de contrôle préalable liant le pouvoir exécutif (art. L. 821-4 CSI), la CNCTR ne semblant pas présenter toutes les garanties du juge de l'ordre judiciaire, particulièrement en termes d'indépendance financière et en termes de compétence pour juger de la conventionnalité d'une limitation de liberté. Voir p. ex., CRPDLAN, *op. cit.* (n. 111), n° 5 ; USM, *op. cit.* (n. 79), p. 2 et 19.

122 Projet de loi relatif au renseignement, étude d'impact, 18 mars 2015, p. 23.

123 Cf. *infra*, notre 2).

124 Projet de loi relatif au renseignement, étude d'impact, *op. cit.* (n. 125), p. 17.

125 Voir p. ex. art. L. 822-3 CSI ; 230-37 et 706-95-3 CPP.

126 Estelle DE MARCO, *op. cit.* (n. 45), n° 837.

127 Ex. de l'accès des administrateurs réseaux aux contenus personnels des salariés : CA Paris, 11^e ch., 17 décembre 2001, *Françoise V. et a. c/ Ministère public et a.*

2. L'exigence de garanties appropriées

Afin de pallier d'éventuelles faiblesses des tests de nécessité et de proportionnalité, notamment lorsque la technologie ne permet pas de limiter le pouvoir de captation, et afin de rendre possible¹²⁸ l'observation pratique de ces palliatifs, des garanties appropriées, c'est-à-dire adéquates et effectives¹²⁹, doivent être prévues. Ces garanties peuvent notamment être d'ordre organisationnel¹³⁰ et technique¹³¹.

Si les lois organisant la captation de données ont effectivement prévu de nombreuses garanties¹³², ces dernières ne paraissent pas toujours suffisantes, ainsi que nous l'avons déjà analysé au sujet de la relative précision qu'offrent ces lois. En complément de nos précédents constats, nous pouvons par exemple souligner qu'en matière de captation administrative le pouvoir exécutif n'est pas lié par la décision de la Commission de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)¹³³, le juge (administratif) n'intervenant éventuellement¹³⁴ qu'*a posteriori*, l'ensemble ne semblant donc pas constituer un contrôle « efficace »¹³⁵. Par ailleurs, plusieurs garanties ont reculé avec le temps¹³⁶, sans que la nécessité de ce recul n'ait été, non plus, démontrée¹³⁷. En outre, la procédure de captation administrative offre moins de garanties que la captation judiciaire¹³⁸, sans que cette situation n'ait été particulièrement justifiée¹³⁹.

128 Ex. CourEDH, 13 juin 1979, *op. cit.* (n. 92), § 31.

129 CourEDH, 6 septembre 1978, *op. cit.* (n. 59), § 50 s.

130 Voir p. ex., Groupe de travail « Article 29 », Avis 01/2014, *op. cit.* (n. 100), 3.26 ; CourEDH, 4^e sect., 18 mai 2010, *Kennedy c/ Royaume-Uni* ; CourEDH, 2^e sect., 24 septembre 2002 (final 24 décembre 2002), *M.G. c/ Royaume-Uni*, req. n° 39393/98 ; CourEDH, 6 septembre 1978 *op. cit.* (n. 59), § 56.

131 CourEDH, 18 mai 2010, *op. cit.* (n. 130) ; CourEDH, 4^e sect., 27 octobre 2015, *R. E. c/ Royaume-Uni*, req. n° 62498/11 ; CourEDH, Gr. ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c/ Russie*, req. n° 47143/06.

132 Pour un aperçu, outre nos précédents développements, voir p. ex., CNIL, Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement, p. 3 s.

133 La condition d'« autorisation (quasi) judiciaire » requis par la CourEDH (traduit de l'anglais, CourEDH, 4^e sect., 12 janvier 2016, *Szabó et Vissy c/ Hongrie*, req. n° 37138/14, §77) semblant donc faire défaut.

134 Un recours sera en pratique très difficile à mettre en œuvre. Voir p. ex., USM, *op. cit.* (n. 79), p. 6 ; CRPDLAN, *op. cit.* (n. 111), n° 6 et 7.

135 CourEDH, Gr. ch., 4 mai 2000, *Rotaru c/ Roumanie*, req. n° 28341/95, § 59.

136 Les délais de conservation des données captées, notamment, a été allongé. Par ailleurs, le droit de communication a reculé, la CNCTR ne pouvant confirmer l'existence d'une mesure (art. L. 833-4 et L. 841-1 CSI) : CNIL, *op. cit.* (n. 132).

137 Voir p. ex., CNIL, *op. cit.* (n. 132), p. 6.

138 Voir par ex., USM, *op. cit.* (n. 79), p. 6 (recours effectif) ; CNIL, *op. cit.* (n. 132), p. 12 (recul du droit d'accès) ; CRPDLAN, *op. cit.* (n. 111), n° 4 § 9-13 (surveillance des communications électroniques) et n°14s (localisation en temps réel).

139 Rex. CNIL, *op. cit.* (n. 132), p. 7, 10-11.

Cette analyse partielle des mesures de captation de données mises à la disposition de l'administration et du juge met en exergue le caractère extrêmement intrusif des mesures de prévention et de répression du terrorisme, et, plus généralement, des infractions graves et des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, ainsi que le renforcement constant de cette intrusion dans les libertés, sans que celle-ci ne soit accompagnée de toutes les garanties appropriées. Ceci, à tel point qu'aujourd'hui les citoyens doivent réguler leur conduite en ayant à l'esprit que, quoi qu'ils fassent ou disent, leurs communications peuvent être surveillées, sans, en matière de sécurité intérieure, qu'ils ne disposent de moyens sérieux de s'en assurer et de le contester. Dans ce contexte, il peut être pertinent de se demander si nous n'assistons pas à l'extinction, en pratique, du droit à la vie privée électronique à l'égard de l'administration, extinction pourtant prohibée par la CourEDH¹⁴⁰ et la CJUE¹⁴¹ et nous autorisant à questionner la « maturité démocratique »¹⁴² de notre société, si l'on considère que la manière dont cette société assure la protection du secret permet de mesurer et de savoir « si elle a admis la primauté de l'homme ou si elle exige sa soumission »¹⁴³.

140 CourEDH, ch., 25 août 1998, *Hertel c/ Suisse*, 59/1997/843/1049. Jeremy MCBRIDE, « Proportionality and the European Convention on Human Rights », in E. ELLIS (éd.), *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 197 p., 1999, p. 24-25.

141 CJUE, Gr. ch., 8 avril 2014, aff. jointes C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, § 40.

142 Michel BENICHO, « Le résistible déclin du secret », *LPA*, 20 juin 2001, n° 122, p. 3 et s.

143 *Ibid.* Sur les critiques de la « transparence », voir également J. RIBS, Ouverture de la manifestation de « Droit et démocratie » sur le thème d'« Internet et les libertés », *LPA*, n°224, 10 novembre 1999, p. 2 et not. p. 3 : « c'est donc un défi singulier pour la démocratie, pour la protection de la liberté individuelle et de la vie privée qui constituent des principes essentiels pour notre conception même de la démocratie » ; E. IZRAELEWICZ, « La dictature de la transparence », *Revue des deux mondes*, février 2001, p. 62.