

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REFERE SUSPENSION

(art. L. 521-1 du code de justice administrative)

- POUR :**
- 1/ La Quadrature du net, dont le siège social est situé au 60 rue des Orteaux à PARIS (75020), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège dûment habilité à agir en justice**
 - 2/ French Data Network, dont le siège social est situé au 16 rue de Cachy à AMIENS (80090) prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège dûment habilité à agir en justice**
 - 3/ La Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, dont le siège social est situé au 16 rue de Cachy à AMIENS (80090) prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège dûment habilité à agir en justice**

SCP SPINOSI & SUREAU

- CONTRE :** Un décret non publié d'avril 2008 relatif aux activités de surveillance internationale par les services de renseignement

Les associations La Quadrature du net, French Data Network et Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, exposantes, entendent déférer le décret susvisé au juge des référés du Conseil d'Etat, afin d'obtenir la suspension de ses effets, dans le cadre du recours en excès de pouvoir également introduit à son encontre. (Prod. 1).

FAITS

I. Le 1^{er} juillet 2015, le magazine hebdomadaire *L'Obs* a révélé dans un article intitulé « *Comment la France écoute (aussi) le monde* » (Prod. 2) l'existence d'un projet initié par la Direction générale de la sécurité extérieure (DGSE) aux fins de surveillance des communications internationales qui transitent par fibres optiques via des câbles sous-marins.

L'article a notamment révélé l'adoption en avril 2008 d'un décret en Conseil d'Etat signé par le Premier ministre mais non publié et gardé secret aux fins de prévoir les modalités d'une telle surveillance internationale :

« *Un casse-tête juridique* »

C'est parti. Dans le plus grand secret, Sarkozy donne, en janvier 2008, son feu vert au premier plan d'interception des câbles sous-marins en France. Durée : cinq ans, de 2008 à 2013. Budget d'investissement : 700 millions d'euros. Embauches : 600 personnes.

Le président pose une condition : les services du Premier ministre doivent trouver une astuce pour "couvrir" légalement l'opération. Pas question, dit-il, de passer par le Parlement. Légiférer sur ce sujet reviendrait à avouer au monde que la France a l'intention de mettre les câbles sur écoute ! Personne ne doit savoir, seulement les espions et une poignée de hauts fonctionnaires. On décide que le Premier ministre prendra un décret en Conseil d'Etat (c'est-à-dire après avis de cette instance administrative suprême) dont le contenu et même l'existence resteront secrets.

Pour Matignon, le casse-tête juridique est le suivant. A la suite de l'affaire des écoutes de l'Elysée, une loi de 1991 a encadré les interceptions non judiciaires en France. Mais elle a exclu de son champ l'espionnage des "transmissions empruntant la voie hertzienne" – et donc celles qui passent par les satellites. A l'époque, la majorité (socialiste) a voté cette disposition sans en comprendre l'objectif caché : par ce tour de passe-passe, la DGSE était autorisée à développer, hors de tout contrôle, son parc d'antennes paraboliques.

Mais cette échappatoire ne s'applique pas aux câbles. D'après la loi de 1991, une autorité indépendante, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), doit vérifier chaque interception de communication non hertzienne réalisée en France. La DGSE résiste. Un officiel explique :

"Dans une seule fibre optique passent simultanément des millions de communications. Les faire viser une par une aurait bloqué tout le système."

On a bien pensé à espionner à l'abri de cette législation, dans les eaux internationales.

"Mais on s'est vite rendu compte qu'il était impossible de poser une bretelle au fond de la mer, dit un homme de l'art. On ne sait 'brancher' que sur terre. "

La DGSE et la CNCIS s'accordent

Après plusieurs semaines de négociation, le président de la CNCIS, Jean-Louis Dewost, et le patron de la DGSE, Pierre Brochand, s'accordent, en secret, sur des règles spécifiques. Les voici, pour la première fois.

Premier principe : pour les câbles, la CNCIS ne sera pas consultée écoute par écoute – seulement pays par pays. L'actuel patron de la commission, Jean-Claude (sic) Delarue, refuse de confirmer publiquement cette procédure classée "secret-défense". D'après nos informations, il a, ces dernières années, donné son feu vert pour l'interception du trafic câble en provenance d'une quarantaine de pays. Ceux du Maghreb : Algérie, Maroc ou Tunisie ; du Moyen-Orient : Iran, Irak, Syrie ou Arabie saoudite ; d'une grande partie de l'Afrique subsaharienne ; et puis, bien sûr, les grands : Russie, Chine, Inde, Etats-Unis aussi... Un haut responsable confie : "Sauf cas particulier, la DGSE ne demande pas d'espionner le trafic qui arrive du Japon, du Sud-Est asiatique ou d'Amérique latine."

Autre règle : la CNCIS peut limiter le champ des interceptions à certains thèmes, tels le terrorisme, la prolifération nucléaire ou les grands contrats. "Elle a toujours refusé les demandes d'écoutes destinées à l'espionnage économique ou politique d'un pays de l'Union européenne",

affirme un ancien responsable de la DGSE. Le service passe-t-il parfois outre, sans le dire ? Impossible de vérifier. "A la différence de la NSA, nous n'écoutons pas Angela Merkel, assure la même source. Mais si le président de la République ou le Premier ministre nous l'ordonnaient, nous le ferions quoi qu'en dise la commission de contrôle."

Dernier point de l'accord entre la DGSE et la CNCIS : "Si, par le hasard des routes internet, on tombe sur un échange entre des interlocuteurs ayant des identifiants (numéro de téléphone, adresse IP...) français, cette communication est automatiquement rejetée du système. Si l'un d'eux seulement est dans ce cas et s'il intéresse les services, la DGSI prend le relais de l'écoute après autorisation de Matignon et de la CNCIS", assure un officiel. Là encore, impossible de savoir si cette clause est respectée, ni même si la commission de contrôle est capable de vérifier qu'elle l'est. Quoi qu'il en soit, ces dispositions secrètes sont, comme l'a demandé Nicolas Sarkozy, reprises, en avril 2008, dans un décret non publié pris en Conseil d'Etat. » (Prod. 2)

Depuis l'adoption de ce décret non publié – et en particulier à compter de la « mise en service à Marseille le 1^{er} novembre 2008 [...] de la première station clandestine d'interception » (Prod. 2) – et jusqu'à ce jour encore, les communications internationales sont surveillées de façon massive et continue.

II. Sans nul doute conscient de l'insuffisance manifeste de l'encadrement légal d'un tel dispositif de surveillance, le Gouvernement a décidé de prévoir au sein du projet de loi relatif au renseignement présenté devant l'Assemblée Nationale le 19 mars 2015 un chapitre IV consacré aux « mesures de surveillance internationale ».

II-1 En effet, ainsi que l'avait reconnu le directeur général de la Sécurité intérieure, Bernard Bajolet, devant la Commission de la Défense de l'Assemblée Nationale le 24 mars 2015 :

« C'est grâce à la jurisprudence, que l'on peut qualifier de créative, de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) que nous avons pu combler le fossé qui s'est progressivement élargi entre les dispositions légales et l'évolution des techniques. Nous travaillons sur la base de cette jurisprudence. C'est certes un cadre légal mais, dans le

système français où la jurisprudence n'a pas la même force que dans les pays anglo-saxons, ***une telle base juridique est malgré tout assez fragile.*** Nous sentions bien la nécessité de consolider ce cadre, surtout depuis l'affaire Snowden. *Ce projet de loi est donc indispensable.* » (Commission de la défense nationale et des forces armées, Compte rendu n° 47 de l'audition de Bernard Bajolet le 24 mars 2015, p. 2)

II-2 A l'issue de l'examen parlementaire de ce projet de loi, définitivement voté le 24 juin 2015, les dispositions du chapitre IV étaient ainsi libellées :

« Chapitre IV

Des mesures de surveillance internationale

Art. L. 854-1. – I. – Le Premier ministre ou l'une des personnes déléguées mentionnées à l'article L. 821-4 peut autoriser, aux seules fins de protection des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L. 811-3, la surveillance des communications qui sont émises ou reçues à l'étranger. Les mesures prises à ce titre sont exclusivement régies par le présent article.

Les autorisations de surveillance des communications concernées et les autorisations d'exploitation ultérieure des correspondances désignent les systèmes de communication, les zones géographiques, les organisations ou les personnes ou groupes de personnes objets de la surveillance, la ou les finalités justifiant cette surveillance ainsi que le ou les services spécialisés de renseignement qui en sont chargés.

Elles sont délivrées sur demande motivée des ministres mentionnés au premier alinéa de l'article L. 821-2 et ont une durée de quatre mois renouvelable.

Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, définit les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés, ainsi que les conditions de traçabilité et de contrôle par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la mise en œuvre des mesures de surveillance. Ces renseignements ne

peuvent être collectés, transcrits ou extraits pour d'autres finalités que celles mentionnées à l'article L. 811-3.

Un décret en Conseil d'État **non publié**, pris après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement et porté à la connaissance de la délégation parlementaire au renseignement, précise, en tant que de besoin, les modalités de mise en œuvre de la surveillance des communications prévue au présent I.

II. – Lorsque les correspondances interceptées renvoient à des numéros d'abonnement ou à des identifiants techniques rattachables au territoire national ou à des personnes qui faisaient l'objet d'une autorisation d'interception de sécurité en application de l'article L. 852-1 à la date à laquelle elles ont quitté le territoire national, celles-ci sont exploitées dans les conditions prévues au même article L. 852-1 et conservées et détruites dans les conditions prévues aux articles L. 822-2 à L. 822-4, sous le contrôle de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Le délai de conservation des correspondances court, toutefois, à compter de leur première exploitation. Les données de connexion associées à ces correspondances sont conservées et détruites dans les conditions prévues aux mêmes articles L. 822-2 à L. 822-4.

III. – De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de recueil de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement s'assure que les mesures mises en œuvre au titre du présent article respectent les conditions fixées au même article, par les décrets pris pour son application et par les décisions d'autorisation du Premier ministre ou de ses délégués. Elle notifie à l'auteur de la réclamation qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires, sans confirmer ni infirmer leur mise en œuvre.

Lorsqu'elle constate un manquement au II du présent article, la commission adresse au Premier ministre une recommandation tendant à ce que le manquement cesse et que les renseignements collectés soient, le cas échéant, détruits. Lorsque le Premier ministre ne donne pas suite, la commission peut, dans les conditions prévues à l'article L. 833-8 du présent code, saisir le Conseil d'État statuant dans les conditions prévues au chapitre III bis du titre VII du livre VII du code de justice administrative afin qu'il se prononce sur le respect du présent article.

La commission fait rapport au Premier ministre du contrôle qu'elle exerce sur l'application du présent article, en tant que de besoin, et au moins une fois par semestre. Le Premier ministre apporte une réponse motivée dans les quinze jours aux recommandations et aux observations que peut contenir ce rapport. »

Il y a lieu de relever qu'aux termes des alinéas 4 et 5 de l'article L. 854-1 I du code de la sécurité intérieure, l'adoption de deux décrets en Conseil d'Etat était prévue, dont l'un n'avait pas vocation à être publié.

II-3 Le 25 juin 2015, le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi relative au renseignement par le président du Sénat, le Président de la République et par soixante députés sur le fondement des dispositions de l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution.

Entre autres intervenants, les associations exposantes ont déposé un mémoire en *amicus curiae* devant le Conseil constitutionnel aux fins d'attirer son attention sur l'inconstitutionnalité de nombreuses dispositions de la loi (Prod. 3), notamment celles relatives aux mesures de surveillance internationale (v. pages 69 à 81).

Or, par une décision du 23 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure prévues à l'article 6 de la loi relative au renseignement et relatives à « *la surveillance des communications émises ou reçues à l'étranger* ».

Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil constitutionnel a jugé que :

« En ne définissant dans la loi ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni celles du contrôle par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la légalité des autorisations délivrées en application de ce même article et de leurs conditions de mise en œuvre, le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, par suite, les dispositions du paragraphe I de l'article L. 854-1, qui méconnaissent l'article 34 de la Constitution, doivent être déclarés

contraires à la Constitution » (Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78).

III. Dès lors, à ce jour encore, le décret non publié adopté en avril 2008 relatif au dispositif de surveillance des communications internationales encadré par n'est prévu par aucune disposition légale et *a fortiori* n'est pas davantage encadré par des garanties légales suffisantes.

C'est le décret dont la suspension est sollicitée.

DISCUSSION

Sur la recevabilité

IV. A titre liminaire, il importe de souligner que les associations exposantes sont bien recevables à solliciter la suspension de l'exécution du décret contesté.

En ce qui concerne les délais

V. En premier lieu, et en droit, en l'absence de texte législatif particulier, les décrets en Conseil d'Etat peuvent faire l'objet d'un recours dans le délai de droit commun prévu à l'article R. 421-1 du code de justice administrative :

« Sauf en matière de travaux publics, la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée ».

Conformément à l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, les décrets font l'objet d'une publication au Journal officiel de la République française.

Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, il en résulte que le délai de recours contentieux contre un tel acte réglementaire ne commence à courir que s'il a été régulièrement procédé à leur publication :

« En vertu du décret du 5 novembre 1870 les lois et les décrets ne deviennent obligatoires que par l'effet de leur publication au Journal officiel ; qu'en ce qui concerne les décrets, entre lesquels le décret du 5 novembre 1870 ne fait aucune distinction selon leur objet ou leur champ d'application territorial, c'est cette publication qui, sauf circonstances exceptionnelles, fait courir le délai de recours contentieux » (CE, Ass., 12 avril 1972, n° 82.681).

Partant, en l'absence de publication d'un décret au Journal officiel de la République française, celui-ci peut faire l'objet d'un recours à tout moment.

VI. A cet égard, et encore en droit, il convient de préciser qu'à la différence des actes individuels, la connaissance acquise d'un acte réglementaire, notamment par voie de notification, est sans incidence et ne fait pas courir le délai de recours contentieux.

Ainsi, dans un arrêt en date du 19 février 1993, le Conseil d'Etat a jugé que :

« La note de service attaquée qui fixe les critères d'attribution de l'échelon exceptionnel du grade de colonel en décidant que cet échelon serait, à partir de 1987, attribué uniquement en fonction de l'ancienneté dans le grade présente un caractère réglementaire ; que, par suite, le délai de recours à son encontre ne courait qu'à compter de sa publication ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'une telle publication ait eu lieu ; qu'ainsi, et nonobstant la circonstance que M. X... ait reçu notification de cette note plus de deux mois avant l'introduction de sa requête, les conclusions de l'intéressé tendant à son annulation n'étaient pas tardives » (CE, 19 février 1993, n° 106.792 ; cf. aussi CE, Ass., 12 avril 1972, n° 82.681).

Dès lors, un acte réglementaire non publié peut faire l'objet d'un recours contentieux même au-delà du délai de deux mois à compter du jour où le requérant a eu connaissance de son existence.

VII. Or, en l'espèce, le décret en Conseil d'Etat d'avril 2008 relatif aux activités de surveillance internationale par les services de renseignement n'a fait l'objet d'aucune publication au Journal officiel de la République française.

En outre, la révélation de son existence, le 1^{er} juillet 2015, par le magazine hebdomadaire *L'Obs* (Prod. 2) est sans incidence sur le délai de recours contentieux.

Il en résulte nécessairement que les associations exposantes ne sont pas forcloses à agir contre le décret litigieux.

En ce qui concerne l'intérêt à agir des associations requérantes

VIII. En second lieu, les associations exposantes disposent bien d'un intérêt à agir contre le décret contesté.

VIII-1 Premièrement, s'agissant de l'intérêt à agir de l'association La Quadrature du Net et de la capacité à agir de son président, il convient de préciser que, selon l'article 3 de ses statuts (Prod. 4), La Quadrature du net, association constituée conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901, a pour objet :

« - de mener une réflexion, des études, analyses, actions pour la défense des libertés individuelles sur internet et pour permettre aux citoyens de tirer tous les bénéfices de leur développement ;

- d'encourager l'autonomie des usagers et leur prise de contrôle sur les données les concernant ;

- de représenter ses membres dans ses relations : avec d'autres associations ou groupements similaires ou complémentaires, des entreprises, les pouvoirs publics et les instances communautaires et internationales, et dans ce cadre, d'être habilitée à traiter, notamment, d'aspects sociaux et réglementaires ou autres au nom de ses membres ;

- l'étude et la défense des intérêts sociaux, culturels, d'innovation et de développement humain des citoyens. Pour atteindre ce but, elle jouit de la capacité intégrale reconnue par la loi aux Associations et du pouvoir d'ester en justice »

L'objet général de la Quadrature du Net est donc la défense des droits fondamentaux dans l'environnement numérique, et notamment la liberté d'expression, la liberté de communication ainsi que le droit au respect de la vie privée.

À ce titre, l'association intervient dans les débats français et européens relatifs à ces enjeux, notamment en développant des analyses

juridiques, en proposant et en évaluant des amendements au cours des procédures législatives.

Dès 2008 et 2009, l'association s'était illustrée en s'opposant à loi HADOPI, en particulier au regard de la défense d'une protection judiciaire des droits fondamentaux sur Internet. Au niveau européen, elle est intervenue au sujet du projet de règlement relatif à la protection des données personnelles. L'association est aussi intervenue auprès du Conseil constitutionnel aux fins de déposer un mémoire en *amicus curiae* au sujet des mesures de blocage administratif de sites prévues à l'article 4 de la loi LOPPSI2 (v. Cons. constit. Déc. n°2011-625 DC du 10 mars 2011).

En outre, elle participe à l'Observatoire des Libertés Numériques et a encore été auditionnée par le Conseil d'État le 28 janvier 2014 en vue de l'élaboration de son étude annuelle pour l'année 2014 intitulée « *Le numérique et les droits fondamentaux* ».

Partant, c'est non seulement en conformité avec ses statuts, mais aussi en pleine cohérence avec ses activités, que la Quadrature du net initie la présent recours contre le décret litigieux, dès lors que celui-ci affecte gravement les droits et libertés ainsi défendus par l'association en prévoyant un dispositif de surveillance massive des communications de ressortissants étrangers mais aussi français.

VIII-2 Deuxièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de FDN, il convient de préciser que, selon l'article 2 de ses statuts (Prod. 6), cette association constituée conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901, a pour but :

« *La promotion, l'utilisation et le développement des réseaux Internet et Usenet dans le respect de leur éthique en favorisant en particulier les utilisations à des fins de recherche ou d'éducation sans volonté commerciale* »

La FDN existe et exerce son activité depuis 1992, ce qui en fait le plus ancien fournisseur d'accès à Internet encore en activité. Elle regroupe 450 adhérents et est administrée de manière entièrement bénévole. Elle ne fournit d'accès à Internet qu'à ses membres.

En l'occurrence, en tant que fournisseur d'accès à Internet, elle dispose d'un intérêt à agir contre le décret contesté en ce qu'il met en œuvre des mesures attentatoires aux droits et libertés fondamentaux, notamment au droit au respect de la vie privée, notamment lors de l'utilisation d'Internet par ses abonnés.

En outre, à de très nombreuses reprises, l'intérêt à agir de la FDN a été reconnu pour contester des dispositions réglementaires relatives aux données à caractère personnel (CE, 26 décembre 2013, n° 349.171 et CE, 19 octobre 2011, n° 339.279, s'agissant du décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé "Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet") ou encore concernant la procédure devant la commission de protection des droits de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) (CE, 14 septembre 2010, n°342.406 et CE, 19 octobre 2011, n° 342.405).

VIII-3 Troisièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, il convient de préciser que, selon l'article 2 de ses statuts (Prod. 8), cette association constituée conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901 a pour objet :

« - d'assurer la promotion et la défense du réseau Internet, dans le respect de son éthique, et tel que définit par la Charte respectée par ses membres, et en particulier sa neutralité, son ouverture, et la liberté d'expression en ligne;

- de représenter ses membres, y compris en justice le cas échéant, pour défendre les objectifs définis dans la Charte, ses objectifs propres, ou ceux définis par les statuts des associations membres;

- d'informer les autorités et le grand public sur ce qu'est Internet, son mode de fonctionnement, et les enjeux de son développement »

Les associations membres de la Fédération FDN sont toutes signataires d'une charte par laquelle elles prennent des engagements éthiques et techniques (Prod. 9). Parmi ces engagements, l'obligation

de ne pas porter atteinte aux données transportées pour les abonnés sur le réseau Internet revêt une place tout à fait primordiale.

En effet, parmi les obligations imposées à ses adhérents, la Charte énonce notamment :

« Le fournisseur s'interdit de porter atteinte, en quoi que ce soit, aux données transportées pour les abonnés, sans l'accord de l'abonné concerné. En particulier il s'interdit de modifier les contenus des messages échangés, en dehors des modifications strictement nécessaires au bon fonctionnement d'Internet (aucune modification en dehors des en-têtes protocolaires nécessaires pour le routage) »

La Fédération FDN regroupe vingt-huit fournisseurs d'accès à Internet associatifs, vingt-sept sont des associations de droit français (loi de 1901 ou droit spécifique d'Alsace Moselle), la vingt-huitième étant une association de droit belge. Toutes ces associations sont gérées de manière bénévole et représentent, toutes ensemble, près de 2000 adhérents. FDN est une des associations membres, et fondatrice, de la Fédération FDN.

Par conséquent, l'intérêt à agir de la Fédération FDN est double.

D'une part, en tant que représentant de vingt-huit opérateurs, tous déclarés auprès du régulateur national, presque tous de droit français, et concernés par le décret attaqué qui porte atteinte à l'intégrité du réseau Internet et aux données des abonnés.

D'autre part, en tant que représentant, au travers de ses membres, de l'ensemble des abonnés et adhérents de ses associations membres, concernés par la conservation des données de connexion, dans la mesure où le décret représente une intrusion dans leur vie privée, et par les accès de l'administration à ces données.

VIII-4 Enfin, il convient de rappeler que les trois associations exposantes ont initié un recours en annulation contre le décret n° 2014-1576 du 24 décembre 2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion (n° 388.134). Dans ce cadre, les associations ont déposé une question prioritaire de constitutionnalité qui a depuis

été examinée par le Conseil constitutionnel (Cons. constit. Déc. n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015).

En outre, les associations sont intervenues auprès du Conseil constitutionnel aux fins de déposer un mémoire en *amicus curiae* au sujet de la loi relative au renseignement (v. Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015).

VIII-5 Il résulte de tout ce qui précède que l'intérêt à agir des associations La Quadrature du net, French Data Network et Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs ne saurait faire l'objet du moindre doute.

Sur l'absence de communicabilité du décret contesté

IX. A titre liminaire encore, il importe de souligner qu'il ne saurait être reproché aux associations exposantes de ne pas avoir produit le décret attaqué au soutien du présent recours, compte tenu de la nature secrète de l'acte réglementaire ainsi contesté et de son absence de caractère communicable.

IX-1 En effet, en droit, il résulte d'un principe général du droit que :

« **Sauf lorsqu'elle justifie, sous le contrôle du juge, de circonstances particulières y faisant obstacle, l'autorité administrative est tenue de publier dans un délai raisonnable les règlements qu'elle édicte** » (CE, 12 décembre 2003, n° 243.430).

En outre, et toujours en droit, si les dispositions de l'article 2 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 consacrent l'existence d'une obligation pour l'administration de communiquer les documents administratifs qu'elle détient, l'article 6 de la même loi prévoit que certain documents ne sont pas communicables.

Parmi ces derniers figurent :

« 2° *Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte* :

a) *Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;*

b) *Au secret de la défense nationale ;*

c) *A la conduite de la politique extérieure de la France ;*

d) *A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes »*

IX-2 Or, en l'espèce, il convient de rappeler que si le contenu exact du décret demeure secret, les motifs et les conditions même de son édicition – tels que relatés dans l'article de l'hebdomadaire *L'Obs* – révèlent amplement que ce décret touche « *à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes* », voire « *au secret de la défense nationale* » ou même « *à la conduite de la politique extérieure de la France* ».

L'ensemble de la procédure a été classée « *secret défense* » et, selon les révélations de l'article de l'hebdomadaire *L'Obs*, l'une des raisons justifiant un tel dispositif réside notamment dans la lutte contre le terrorisme.

Dès lors, il serait pour le moins paradoxal de conditionner la recevabilité du présent recours à la production du décret contesté, alors qu'une demande de communication auprès de son auteur resterait nécessairement vaine.

En tout état de cause, et à titre subsidiaire, il n'est guère contestable que le décret litigieux est susceptible de relever de l'exception prévue à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, de sorte que les associations exposantes ne sont absolument pas en mesure d'en obtenir communication.

Dans ces conditions, sauf à méconnaître radicalement les exigences du droit à un recours effectif, la requête initiée par les associations exposantes ne saurait être déclarée irrecevable au seul motif qu'ils n'ont pas produit l'acte contesté alors qu'ils ne peuvent en disposer.

IX-3 A cet égard, les associations exposantes entendent indiquer que seul le juge administratif saisi d'un recours contre ce décret est en mesure d'en solliciter avec succès la communication.

IX-3.1 Ainsi, il convient de rappeler qu'en 2009, à l'occasion d'un recours initié contre le décret portant création, au profit de la direction centrale du renseignement intérieur, du traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé CRISTINA, le Conseil d'Etat a usé de ses pouvoirs d'instruction pour obtenir communication de ce décret non publié.

Pourtant, en application du III de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ce décret avait bien été dispensé de publication par l'article 2 du décret n° 2008-631 du 27 juin 2008.

Toutefois, le Conseil d'Etat a jugé que :

*« Si le caractère contradictoire de la procédure fait obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle puisse être rendue sur la base de pièces dont une des parties n'aurait pu prendre connaissance, il en va nécessairement autrement, afin d'assurer l'effectivité du droit au recours, lorsque, comme en l'espèce, l'acte attaqué n'est pas publié en application de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; que si un tel défaut de publication **interdit la communication de l'acte litigieux aux parties autres que celle qui le détient**, dès lors qu'une telle communication priverait d'effet la dispense de publication de l'acte attaqué, **il ne peut, en revanche, empêcher sa communication au juge** lorsque celle-ci est la seule voie lui permettant d'apprécier le bien-fondé d'un moyen »* (CE, 31 juillet 2009, n° 320.196).

Ainsi, s'agissant du fichier CRISTINA, le Conseil d'Etat a considéré que :

« Le bien-fondé du moyen tiré de ce que le décret non publié autorisant le traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé CRISTINA ne serait conforme ni au projet de décret soumis par le Gouvernement au Conseil d'Etat, ni à la minute de la section

*du Conseil d'Etat qui l'a examiné, ne peut être apprécié qu'au vu de la copie de l'acte attaqué ; que celui-ci n'ayant pas été publié en application de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, il y a lieu, **avant dire droit**, tous droits et moyens des parties demeurant réservés, d'ordonner un **supplément d'instruction** tendant à la production du texte soumis au Conseil d'Etat, de la minute de la section du Conseil d'Etat qui l'a examiné et **du décret adopté**, sans que communication des pièces produites par le ministre en réponse à cette demande soit faite aux requérants » (Ibid.).*

IX-3.2 Or, en l'espèce, il ne saurait être contesté que la communication du décret non publié d'avril 2008 au juge des référés du Conseil d'Etat « *est la seule voie lui permettant d'apprécier le bien-fondé d'un moyen* » propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du décret justifiant sa suspension au titre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Certes, les associations exposantes entendent démontrer qu'indépendamment même de son contenu, le décret attaqué est manifestement illégal compte tenu de l'absence de toute base légale susceptible d'en justifier l'existence.

Toutefois, le juge des référés ne saurait se prononcer ainsi sans avoir préalablement vérifié l'existence même de ce décret.

IX-3.3 Dès lors, les associations exposantes invitent le juge des référés du Conseil d'Etat à ordonner, avant dire droit, un supplément d'instruction tendant à la production, par le Premier ministre, du décret d'avril 2008 relatif aux activités de surveillance internationale par les services de renseignement.

Sur l'urgence

X. En droit, l'urgence justifie que la suspension d'un acte administratif soit prononcée lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre

(CE, Sect., 19 janv. 2001, n° 228.815, publié au recueil Lebon) – étant rappelé que l’urgence s’apprécie objectivement et compte tenu de l’ensemble des circonstances de chaque espèce (CE, Sect., 28 févr. 2001, n°s 229.562, 229.563 et 229.721, publié au recueil).

Autrement dit, la condition d’urgence est remplie notamment lorsque :

- D’une part, les conséquences qu’entraîne l’exécution de la l’acte réglementaire litigieux sont graves et immédiates pour l’intérêt public et/ou pour l’intérêt défendu par les requérants (CE, Sect., 19 janv. 2001, n° 228.815, publié au recueil Lebon) ;
- D’autre part, les effets de l’acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence objective et globale justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l’exécution de la décision soit suspendue (CE, Sect., 28 févr. 2001, n°s 229.562, 229.563 et 229.721, publié au recueil ; CE, 13 novembre 2002, n°248310).

Outre les effets, la durée et le champ d’application de la décision, le juge des référés peut tenir compte de la convergence des intérêts propres du requérant avec les intérêts publics en cause, tels l’existence de risques pour la santé publique, pour caractériser une situation d’urgence (CE, 2 juillet 2008, n° 310.548).

Par ailleurs, la circonstance que la décision litigieuse est d’ores et déjà mise en œuvre à la date de la demande de suspension ne fait pas obstacle à ce que la condition d’urgence définie à l’article L.521-1 du code de justice administrative soit satisfaite (CE, 30 octobre 2001, n° 239.253).

Enfin, ce n’est que si un long délai de plusieurs mois s’est écoulé entre le moment où les requérants ont pris connaissance de l’acte litigieux ou ont initié leur recours au principal et celui où ils ont sollicité la suspension de son exécution que les juges concluent à l’absence d’urgence pour ce seul motif (pour une requête en référé initiée plus de six mois après la décision, v. CE, 19 décembre 2002, n° 252.553 ; CE, 17 juin 2011, n°343486 ; CE, 13 février 2015, n° 386.667 ; pour une requête en référé suspension initiée cinq à sept mois après le recours au fond, v. CE, 9 décembre 2002, n° 252.233 – plus de six

mois – ; CE, 11 mai 2005, n° 279.834 – plus de cinq mois – ; CE, 6 novembre 2003, n° 261.518 – plus de sept mois).

En tout état de cause, pour apprécier si le référé suspension a été initié dans un délai raisonnable, il est tenu compte des diligences du requérant ainsi que de la date à laquelle il a eu connaissance de la décision contestée.

Ainsi, et entre autres exemples, a été jugé raisonnable un délai de plus d'un mois écoulé entre la publication au journal officiel d'un décret et le référé suspension, alors même que les requérants avaient eu connaissance du projet de décret plus de neuf mois auparavant :

« Considérant qu'il convient de relever à titre liminaire, que s'il appartient au juge des référés, pour l'appréciation de la condition d'urgence, de rapprocher d'une part les motifs invoqués par les requérants pour soutenir qu'il est satisfait à cette condition et, d'autre part, la diligence avec laquelle ils ont, par ailleurs, présenté des conclusions d'annulation, il ne saurait être déduit de la circonstance relevée par le garde des sceaux, ministre de la justice, selon laquelle les requêtes en annulation et aux fins de suspension ont été introduites un peu plus d'un mois après la publication du décret contesté un quelconque défaut de diligence de la part des requérants et ceci alors même que le projet dont est issu le décret a été portée à la connaissance de la profession dès mars 2005 » (CE, 26 janvier 2006, n° 288.461).

XI. En l'espèce, l'urgence à suspendre le décret non publié est manifeste compte tenu non seulement des circonstances particulières dans lesquelles l'existence de ce décret a été révélée mais aussi eu égard à l'atteinte grave et immédiate qu'il porte aux intérêts défendus par les associations requérantes et à un intérêt public.

XI-1 D'une part, il y a lieu de rappeler que l'existence même du décret litigieux a été dissimulée aux regards du public depuis plus de sept années.

Ce n'est qu'à la faveur d'un article de presse en date du 1^{er} juillet 2015, soit donc il y a moins de deux mois, que celui-ci a été subitement révélé.

Auparavant, les associations exposantes n'en avaient pas eu connaissance et ne le pouvaient d'ailleurs, compte tenu du secret dans lequel a été maintenu cet acte depuis son adoption en avril 2008.

En outre, depuis la date de cette révélation, le Gouvernement s'est totalemment abstenu de confirmer ou d'infirmier officiellement son existence.

A ce jour encore, les associations exposantes ne sont d'ailleurs toujours pas en mesure de connaître avec précision la teneur des dispositions de ce décret.

Par ailleurs, pour apprécier la célérité avec laquelle les associations ont initié la présente demande de suspension, il convient de rappeler qu'au jour de la révélation de l'existence du décret, celui-ci avait vocation à disparaître ou, à tout le moins, bénéficier enfin d'un fondement légal, compte tenu du vote de la loi relative au renseignement.

Alors soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, ce texte avait en effet vocation à encadrer les mesures de surveillance internationale. En particulier, les nouvelles dispositions de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure issues de la loi relative au renseignement prévoyaient en son alinéa 5 l'existence d'« *un décret en Conseil d'Etat non publié* » destiné à préciser « *en tant que de besoin, les modalités de mise en œuvre de la surveillance des communications* » émises ou reçues à l'étranger.

Mais dans sa décision rendue le 23 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a censuré ces dernières dispositions et a donc fait resurgir, avec plus d'acuité encore, les interrogations quant à l'existence d'un tel décret secret.

Ces seules circonstances suffisent à caractériser la condition d'urgence requise à l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Mais il y a plus.

XI-2 En effet, et d'autre part, eu égard à son objet, il est manifeste que l'acte réglementaire litigieux porte une atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par les associations requérantes ainsi qu'à un intérêt public.

Il apparaît que le décret contesté permet la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance particulièrement massif et intrusif au sein des communications internationales sans aucun fondement, ni encadrement légal.

Plus précisément encore, ce dispositif permet l'interception de toute communication émises ou reçues à l'étranger, ce qui inclut également nombre de communications avec la France ou encore celles réalisées uniquement entre des interlocuteurs situés en France mais qui transitent hors des frontières nationales (cf. à ce sujet l'*amicus curiae* des associations exposantes dans le cadre de l'examen de la loi relative au renseignement – Prod. 3 pages 67 à 81).

Ainsi, en vertu de ce dispositif, les agences de renseignement françaises peuvent, à l'instar de leurs homologues anglo-saxonnes, intercepter massivement les flux internationaux, pour ensuite stocker, traiter et analyser ces données sur le territoire national, notamment dans les locaux franciliens de la DGSE.

En effet, comme il était précisé dans l'article de l'hebdomadaire *L'Obs* (Prod.2), l'essentiel des communications internationales qui sont concernées par ce décret, puisque « *90% des échanges mondiaux ne passent plus par des satellites mais par des câbles sous-marins de fibre optique, tirés entre les continents* », et en raison « *de la situation géographique exceptionnelle* » de la France, « *via l'Atlantique et la Méditerranée, une vingtaine de câbles hautement stratégiques* » arrivant sur les côtes françaises.

Il en résulte que le décret d'avril 2008 relatif aux activités de surveillance internationale par les services de renseignement porte au respect du droit de la vie privée, qui relève tant de l'intérêt public que des intérêts défendus par les associations requérantes, une atteinte grave et immédiate.

La gravité de cette atteinte est d'autant plus manifeste depuis la décision n° 2015-713 DC en date du 23 juillet 2015 par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure contraires à la Constitution.

Ce faisant, le Conseil a explicitement jugé que c'est au législateur qu'il revient de « détermin[er] les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » au sujet d'un tel dispositif de surveillance internationale. En particulier, sauf à méconnaître les exigences constitutionnelles, il convient de « défini[r] dans la loi [...] les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés » dans le cadre de cette surveillance internationale ainsi que « celles du contrôle [...] de la légalité des autorisations délivrées [à ce titre] et de leurs conditions de mise en œuvre » (Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78).

Or, à ce jour, puisqu'un tel dispositif de surveillance internationale n'est régi que par un simple décret et non par des dispositions légales, il ne saurait être contesté que cet acte litigieux porte une atteinte grave et immédiate aux intérêts défendus par les associations requérantes ainsi qu'à l'intérêt public.

A ce titre également, l'urgence à suspendre au plus vite l'exécution du décret litigieux est indéniablement caractérisée.

Sur l'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du décret

XII. En droit, l'article 34 de la Constitution dispose notamment que :

« *La loi fixe les règles concernant :*

- *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

Par ailleurs, aux termes des dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de 1789 :

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi »

Autrement dit, la Constitution dispose que **seule la loi** peut définir les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent jouir des libertés publiques, parmi lesquelles figurent indubitablement le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits (v. Cons. Constit., Déc. n°99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 45).

En ce sens, il importe que le législateur « ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles » telles que le droit au respect de la vie privée (Cons. Constit., Déc. n°s 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 7 et 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 12).

XIII. En outre, et toujours en droit, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et » ;

A ce titre, et selon une jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme considère que :

*« Les termes « prévue par la loi » signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. **La loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible**, c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. Pour que l'on puisse la juger conforme à ces exigences, elle doit fournir une*

protection adéquate contre l'arbitraire et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes » (Cour EDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, Req. n° 30562/04, § 95).

Au surplus, toujours sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne, la Cour de Strasbourg rappelle avec constance que :

« L'existence de règles claires et détaillées en matière d'interception de conversations téléphoniques apparaît donc indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner (*Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998, § 72, *Recueil 1998-II*, et *Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998, § 46, *Recueil 1998-V*). La loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes (*Malone, ibidem, Kopp, précité, § 64, Huvig, précité, § 29, et Valenzuela Contreras, ibidem*). »

En outre, puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ou à un juge ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (voir, parmi d'autres, *Malone, précité, § 68 ; Leander, précité, § 51 ; et Huvig, précité, § 29*). » (Cour EDH, 3^e Sect. Dec. 29 juin 2006, *Weber et Saravia*, Req. n° 54934/00, § 93-94).

XIV. Or, par contraste avec de telles exigences, il est manifeste que le décret litigieux méconnaît directement le droit au respect de la vie privée et, en tout état de cause, est radicalement privé de toute base légale.

Et ce, à au moins trois titres.

En ce qui concerne l'absence de toute publication du décret attaquée

XV. Il résulte des exigences constitutionnelles et conventionnelles précitées qu'un décret relatif à la surveillance et à l'interception des communications ne saurait demeurer secret et être dispensé de publication, sauf à méconnaître frontalement le droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 de la Convention.

XV-1 A cet égard, il convient de souligner que dans un arrêt récent, la Cour européenne a précisément jugé qu'« *en matière d'interception et d'analyse des communications à destination ou en provenance de l'étranger* » :

« *La procédure applicable à des opérations telles que l'examen, l'utilisation et la conservation de données interceptées doit être décrite de telle manière que le public puisse en prendre connaissance et la contrôler* » (Cour EDH, 4^e Sect. 1^{er} juillet 2008, *Liberty et a. c. Royaume-Uni*, Req. n° 58243/00, § 67).

Dans cette affaire, la Cour a ainsi constaté une violation de l'article 8 de la Convention aux motifs qu'au sein du droit britannique :

« *Au rebours de ce qu'exige la jurisprudence de la Cour, aucune précision sur la procédure applicable à l'examen, la diffusion, la conservation et la destruction des données interceptées **n'y figurait sous une forme accessible au public**. Il s'ensuit que l'ingérence dans les droits des requérantes tels que garantis par l'article 8 n'était pas prévue par la loi* » (Ibid., § 69).

En somme, si la juridiction européenne tolère que des mesures particulières de surveillance secrète des communications aient lieu sans que les personnes concernées n'en soient spécifiquement averties, c'est à la condition que les règles générales qui encadrent ce dispositif soit portées à la connaissance du public.

XV-2 Or, en l'occurrence, le décret litigieux a trait lui-aussi à la surveillance et à l'interception des communications. A ce titre, il est donc nécessairement la source d'ingérences graves au sein du droit au respect de la vie privée.

Pourtant, à ce jour encore, ce décret n'a fait l'objet d'aucune publication.

Son contenu et son existence même demeurent secrets, ce qui fait obstacle à toute protection adéquate contre l'arbitraire.

De ce chef déjà, la suspension du décret contesté s'impose donc.

En ce qui concerne l'absence de toute autorisation légale dispensant le décret de l'obligation de publication

XVI. A titre subsidiaire, s'il était admis que le décret attaqué puisse être dispensé de l'obligation de publication au Journal officiel prévue par l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, *quod non*, une telle dispense devrait à tout le moins être explicitement autorisée par le législateur en particulier lorsque l'acte réglementaire affecte le droit au respect de la vie privée.

XVI-1 Il en est ainsi des dispositions de l'article 26 III de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, lesquelles prévoient une procédure dérogatoire permettant de dispenser de publication l'acte réglementaire qui autorise la création de fichiers de traitement de données à caractère personnel :

« I. - Sont autorisés par arrêté du ou des ministres compétents, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'Etat et :

1° Qui intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique ;

2° Ou qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté.

L'avis de la commission est publié avec l'arrêté autorisant le traitement.

II. - *Ceux de ces traitements qui portent sur des données mentionnées au I de l'article 8 sont autorisés par décret en Conseil d'Etat pris après avis motivé et publié de la commission ; cet avis est publié avec le décret autorisant le traitement.*

III. - *Certains traitements mentionnés au I et au II peuvent être dispensés, par décret en Conseil d'Etat, de la publication de l'acte réglementaire qui les autorise ; pour ces traitements, est publié, en même temps que le décret autorisant la dispense de publication de l'acte, le sens de l'avis émis par la commission »*

XVI-2 A l'occasion du recours relatif au fichier CRISTINA, le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs assuré du respect des conditions ainsi prévues par la loi du 6 janvier 1978.

Dans son arrêt du 16 avril 2010, la Conseil d'Etat a lui-même vérifié, après s'être fait communiquer le décret non publié par une décision avant dire droit (CE, 31 juillet 2009, n° 320.196), que le fichier concerné relevait bien de la « *dispens[e] de publication [de] certains des traitements qui intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique* » aux motifs que :

« Il résulte du supplément d'instruction auquel il a été procédé en application de la décision du Conseil d'Etat du 31 juillet 2009, et de l'examen auquel s'est livré le Conseil d'Etat du décret portant création du traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « CRISTINA », que ce traitement, créé au profit de la direction centrale du renseignement intérieur, d'une part, doit être regardé comme intéressant la sûreté de l'Etat et, d'autre part, comporte des données pertinentes au regard des finalités poursuivies » (CE, 16 avril 2010, n° 320.196).

Plus explicitement encore, au visa de l'article 8 de la Convention européenne, le Conseil d'Etat a jugé que la dispense de publication du décret ne portait atteinte ni au principe de sécurité juridique, ni même au droit au respect de la vie privée, aux motifs que :

« Cette dispense de publication a été prévue par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et réservée aux seuls fichiers intéressant la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique ; [...] ; qu'en application de la loi du 6 janvier 1978, la création et la mise en œuvre de tels traitements sont assorties, en premier lieu, de garanties procédurales précisément définies, au nombre desquelles figurent la publication de la décision décidant de ne pas publier les dispositions litigieuses, permettant ainsi l'exercice d'un recours, les avis préalables obligatoires de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, dont le sens est publié au Journal officiel de la République française, l'avis préalable des formations administratives du Conseil d'Etat, et l'exercice du droit d'accès aux données enregistrées dans de tels traitements conformément aux dispositions précitées de l'article 41 de la loi du 6 janvier 1978 ; que la création et la mise en œuvre de tels traitements sont également assorties, en second lieu, de la garantie que constitue le pouvoir conféré au juge administratif, saisi d'un litige portant sur la légalité d'un décret non publié en application de l'article 26 de la loi du 6 janvier 1978, d'obtenir, dans le cadre de l'instruction du litige, communication de ce décret et, en tant que de besoin, des documents préparatoires correspondants, sans que communication des pièces produites par le ministre en réponse à cette demande soit faite aux requérants, afin d'apprécier la légalité des dispositions non publiées au regard, notamment, des exigences de la loi du 6 janvier 1978 ».

En définitive, l'exigence d'une autorisation légale à toute dispense de publication d'un décret est autant liée à l'exigence d'encadrement par le législateur du pouvoir réglementaire, qu'à la nécessité d'information des administrés quant à l'existence même d'un tel décret, notamment aux fins d'exercice du droit au recours effectif.

XVII. Or, en l'espèce, il est manifeste qu'aucune disposition légale ne dispensait expressément le décret litigieux de toute publication.

XVII-1 D'abord, il convient de noter qu'une telle absence est pleinement confirmée par le souhait du gouvernement et du législateur d'insérer au sein de la loi relative au renseignement une telle dispense légale explicite aux termes de l'alinéa 5 de l'article L. 854-1 I du code de la sécurité intérieure.

La censure de ces dispositions légales par le Conseil constitutionnel a donc fait persister cette absence.

XVII-2 Ensuite, une telle lacune ne saurait être compensée par aucun autre fondement légal.

En effet, compte tenu de son objet – relatif à la surveillance massive des communications internationales et non à un simple traitement de données à caractère personnel –, ce décret ne saurait relever des dispositions de l'article 26 III de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

En tout état de cause, la procédure dérogatoire prévue par ce dernier texte n'a aucunement été respectée, faute de publication d'un autre décret autorisant la dispense de publication du décret litigieux.

L'exigence d'une base légale à cette dispense ne saurait davantage être satisfaite par le seul principe général du droit obligeant l'administration à publier dans un délai raisonnable les règlements qu'elle édicte, sauf lorsqu'elle justifie de circonstances particulières y faisant obstacle (CE, 12 décembre 2003, n°243.430).

Car outre que ce principe ne peut prétendre répondre à l'exigence de fondement légal au sens de l'article 34 de la Constitution, il ne dispense pas de toute publication mais permet, tout au plus, son report dans le temps.

XVIII. Dans ces conditions, il est manifeste que l'absence de toute dispense légale à la publication du décret litigieux est de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à sa légalité, ce qui suffit à justifier la suspension de son exécution.

Mais il y a bien plus encore.

En ce qui concerne l'absence de toute base légale ainsi que de tout encadrement par des garanties légales suffisante du dispositif de surveillance internationale

XIX. Il convient de rappeler qu'à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi relative au renseignement, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution les dispositions de l'article L. 854-1 du code de la sécurité intérieure, lesquelles étaient relatives aux mesures de surveillance internationales.

Pour parvenir à cette conclusion dans sa décision n° 2015-713 DC en date du 23 juillet 2015, le Conseil constitutionnel a jugé que :

*« En ne **définissant dans la loi** ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni celles du contrôle par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la légalité des autorisations délivrées en application de ce même article et de leurs conditions de mise en œuvre, le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, par suite, les dispositions du paragraphe I de l'article L. 854-1, qui méconnaissent l'article 34 de la Constitution, doivent être déclarés contraires à la Constitution »* (Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78).

Aux termes de cette récente décision du Conseil constitutionnel, il apparaît donc clairement que les exigences constitutionnelles requièrent non seulement qu'un dispositif de surveillance internationale soit **prévu par la loi**, mais qu'au surplus, ces dispositions légales prévoient **elles-mêmes** des **garanties suffisantes** concernant l'encadrement d'un tel dispositif et le contrôle de sa mise en œuvre.

XX. Or, nul ne saurait contester que depuis plus de sept années et encore à ce jour, le dispositif de surveillance internationale est uniquement prévu par des dispositions réglementaires, en l'occurrence le seul décret litigieux.

Ainsi, ce dispositif ne repose sur strictement aucun fondement légal, au mépris total des exigences constitutionnelles.

En outre, à supposer même – pour les seuls besoins de la discussion – qu’un quelconque fondement légal puisse être identifié, celui-ci ne saurait en tout état de cause comporter des garanties légales suffisantes pour encadrer le dispositif de surveillance.

En particulier, faute de tout encadrement légal, il est manifeste que « ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés » dans le cadre de ce dispositif prévu par le décret litigieux, « ni celles du contrôle » par une quelconque autorité indépendante – telle l’actuelle Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité ou encore la future Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement – n’ont été prévues et « défini[es] dans la loi » (cf. Cons. constit. Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78).

XXI. Radicalement contraire aux exigences constitutionnelles, une telle carence est d’autant plus flagrante qu’une fois encore, le dispositif litigieux porte une atteinte d’une ampleur considérable au droit au respect de la vie privée.

XXI-1 En effet, et d’une part, d’après les révélations de l’hebdomadaire *L’Obs*, le décret permet une surveillance permanente et indiscriminée de systèmes de communication, de zones géographiques entières, ainsi que de toute organisation ou encore de personnes ou groupes de personnes.

Cette surveillance emporterait l’interception massive par les agences françaises de renseignement de flux internationaux de communications en provenance ou à destination de l’étranger, puis leur stockage, traitement et analyse sur le territoire national, notamment dans les locaux franciliens de la DGSE.

Ce dispositif concernerait toute communication émise ou reçue en France, mais également celles émises et reçues en France mais transitant hors des frontières nationales, lorsque ces opérations de surveillance ont lieu à l’intérieur des frontières nationales

En outre, la conservation de ces données n'est encadrée par aucun dispositif légal, de sorte que les données ainsi recueillies pourraient être conservées indéfiniment.

XXI-2 D'autre part, si – selon les informations de l'hebdomadaire *L'Obs* – « le président de la CNCIS, Jean-Louis Dewost, et le patron de la DGSE, Pierre Brochand, s'accordent, en secret, sur des règles spécifiques » concernant les modalités de mise en œuvre d'un tel dispositif, celles-ci sont parfaitement insuffisantes.

Outre qu'elles ne sont aucunement prévues par la loi et relèvent d'un simple « accord » au demeurant secret dont le respect effectif ne saurait donc être garanti, elles apparaissent en tout état de cause tout à fait résiduelles dans la mesure, notamment, où « *pour les câbles, la CNCIS ne sera pas consultée écoute par écoute – seulement pays par pays* » (Prod. 2).

Il est également probable qu'à l'instar de ce que suggéraient les dispositions de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement censurées par le Conseil constitutionnel, l'accord secret et le décret non publié encadrent de façon encore plus lacunaire deux autres catégories d'opérations de surveillance « internationale », à savoir :

- La surveillance de toute communication émise *et* reçue à l'étranger même lorsqu'elle est conduite sur le territoire national (même si elle concerne, par exemple, des expatriés français) ;
- La surveillance de toute communication (qu'elle soit émise ou reçue en France, voire émise *et* reçue en France mais transitant hors des frontières nationales) dès lors que ces opérations ont lieu hors des frontières nationales (v. pages 69 et suivantes de *l'amicus curiae* – Prod. 3).

XXII. A tous égards, donc, l'absence de toute base légale ainsi que de tout encadrement par des garanties légales suffisante du dispositif de surveillance internationale est nécessairement de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à sa légalité.

De ce chef également, la suspension du décret litigieux est certaine.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations exposantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **SUSPENDRE** l'exécution du décret en Conseil d'Etat non publié d'avril 2008 relatif aux activités de surveillance internationale par les services de renseignement ;

- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Productions :

1. Recours au fond
2. Article de presse de l'hebdomadaire *L'Obs* du 1^{er} juillet 2015
3. *Amicus curiae* transmise au Conseil constitutionnel le 25 juin 2015 par les associations exposantes dans le cadre des saisines visant la « *loi relative au renseignement* ».
4. Statuts de l'association La Quadrature du Net
5. Extrait du compte rendu de la réunion du bureau de la Quadrature du Net du 20 août 2015 donnant pouvoir au président.
6. Statuts de l'association French Data Network
7. Extrait du compte rendu de la réunion du bureau de FDN du 27 août 2015 donnant pouvoir au président
8. Statuts de la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, dite Fédération FDN
9. Charte de la fédération FDN
10. Compte rendu de la réunion du bureau de la Fédération FDN du 26 août 2015 donnant pouvoir au président.