

Conseil d'État
Section du contentieux
Requête n° 404012

Mémoire en défense

pour : le Premier ministre
contre : Mme Sophia In't Veld

Le Conseil d'État a communiqué au Premier ministre la requête et le mémoire ampliatif adressés par Mme Sophia In't Veld à la formation spécialisée du Conseil d'État (enregistrés respectivement les 8 septembre et 14 novembre 2016) par lesquels elle doit être regardée comme demandant, en application de l'article L. 854-9 du code de la sécurité intérieure (CSI), à ce qu'il soit procédé à des vérifications sur la surveillance dont ses communications internationales auraient pu faire l'objet.

J'ai l'honneur de vous faire connaître les observations que cette requête appelle de la part du Premier ministre.

I. FAITS

Par lettre du 2 mai 2016, Mme In't Veld a saisi la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) en application de l'article L. 854-9 du CSI.

Elle a saisi le Conseil d'État d'une requête enregistrée le 8 septembre 2016 sous le numéro 404012, en demandant la vérification d'éventuelles mesures de surveillance de ses communications internationales depuis 2008. Elle indique n'avoir reçu aucune réponse à sa demande adressée à la CNCTR, en dépit d'une demande de renseignements complémentaires à laquelle elle aurait répondu le 30 juin 2016. Elle présente par ailleurs cette même requête comme dirigée contre deux décisions implicites de la CNCTR portant refus de lui notifier une réponse à sa demande et refus de saisir le Conseil d'État sur le fondement de l'alinéa 5 de l'article L. 854-9 du CSI.

Elle a ensuite produit un mémoire ampliatif enregistré le 14 novembre 2016, dont il ressort qu'elle a bien été destinataire d'un courrier du Président de la CNCTR daté du 13 septembre 2016, dans lequel il est fait état de la réalisation du contrôle prévu à l'article L. 854-9 du CSI. La requérante regarde ce courrier comme un document confirmant la décision de ne pas saisir le Conseil d'État. Bien que développant une argumentation relative à l'ouverture du recours pour excès de pouvoir, elle maintient ses conclusions tendant à la réalisation du contrôle prévu à l'article L. 854-9 du CSI, en proposant à votre Haute juridiction de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), relatives à la conformité des articles L. 854-1 et suivants du CSI à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle demande également le versement de la somme de 512 euros au titre des frais exposés non compris dans les dépens.

Pour justifier sa demande de vérification, Mme In't Veld, députée européenne, soutient que ses communications personnelles ont pu faire l'objet d'une interception, en particulier à l'occasion de ses séjours fréquents en France lors de ses déplacements au siège du Parlement européen à

Strasbourg, et que son usage de moyens de cryptologie et ses prises de position contre plusieurs projets qu'il juge prioritaires auraient attiré l'attention du gouvernement français.

II. OBJET DU LITIGE

Les conclusions de la requête de Mme In't Veld méritent tout d'abord d'être circonscrites.

Mme In't Veld présente sa requête comme dirigée contre deux décisions implicites de la CNCTR, refusant, d'une part, de lui notifier une réponse à sa demande, et d'autre part, de saisir le Conseil d'État sur le fondement de l'alinéa 5 de l'article L. 854-9 du CSI. Elle développe ensuite, dans son mémoire ampliatif, une argumentation relative à l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre une décision d'autorisation de mise en œuvre d'une technique de renseignement du chapitre IV du titre V du livre VIII du CSI.

Néanmoins, Mme In't Veld conclut à ce que le Conseil d'État procède aux vérifications prévues à l'article L. 854-9 du CSI (page 11 de sa requête et 14 de son mémoire ampliatif), sans demander l'annulation d'une quelconque décision. Au regard de ses conclusions, la demande doit donc être regardée comme tendant à la mise en œuvre du contrôle prévu à l'article L. 854-9 du CSI.

En tout état de cause, à supposer même que la demande puisse être regardée comme tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de décisions administratives, de telles conclusions seraient irrecevables dans le cadre d'un contentieux relatif à l'application des dispositions du chapitre IV du titre V du livre VIII du CSI. Le législateur a en effet soumis les mesures de surveillance internationale prévues au chapitre IV du titre V du livre VIII du CSI à un régime contentieux spécial et exclusif de tout autre recours, conciliant l'exercice du contrôle du Conseil d'État et la protection du secret de la défense nationale. Dans ce cadre, il a réservé la faculté de saisir la formation spécialisée du Conseil d'État dans ce domaine au président ou à au moins trois membres de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. C'est ce qui ressort clairement des dispositions de l'article L. 854-9 du CSI, que la décision n° 2015-722 DC du 26 novembre 2015 du Conseil constitutionnel (cons. 18) a validé en considérant que « la personne faisant l'objet d'une mesure de surveillance internationale ne peut saisir un juge pour contester la régularité de cette mesure » et « qu'en prévoyant que la commission peut former un recours à l'encontre d'une mesure de surveillance internationale, le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre le droit à un recours juridictionnel effectif et le secret de la défense nationale ».

Au regard des règles ainsi posées, c'est en vain que la requérante prétend attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir la décision de la CNCTR de ne pas saisir le Conseil d'État en application de l'article L. 854-9 du CSI. En effet, un recours dirigé contre une décision de la CNCTR de ne pas former de recours sur le fondement de l'article L. 854-9 du CSI n'échappe pas à la règle d'irrecevabilité posée par le législateur, sauf à vider de sa substance la disposition réservant à la commission la faculté de déclencher un contrôle juridictionnel sur la mise en œuvre des mesures de surveillance des communications électroniques internationales.

C'est également en vain que la requérante se fonde sur l'article L. 801-1 du CSI pour prétendre qu'il y aurait lieu de distinguer le contentieux de la mise en œuvre des mesures de surveillance internationale, dont l'initiative est réservée à la CNCTR, du contentieux de l'autorisation de ces mesures, qui serait ouvert à tout justiciable.

D'une part, le champ d'application de cet article, tel qu'il est défini par son deuxième alinéa, ne couvre pas le chapitre IV du titre V du livre VIII relatif aux mesures de surveillance internationale.

D'autre part et en tout état de cause, l'article L. 801-1 n'a ni pour objet ni pour effet d'ouvrir des voies de recours complémentaires à celles prévues respectivement à l'article L. 841-1, pour ce qui

est des techniques de renseignement mises en œuvre sur le territoire national, et à l'article L. 854-9, pour ce qui est de la surveillance des communications électroniques internationales.

Quel que soit le fondement d'un recours porté devant elle, l'office de la formation spécialisée, en tant qu'elle est chargée de vérifier la « mise en œuvre régulière » d'une mesure de surveillance, ne se limite pas à contrôler que ces techniques de renseignement sont mises en œuvre dans le respect du cadre légal et des décisions du Premier ministre ou de ses délégués les autorisant ; il inclut également le contrôle de la légalité des autorisations de mise en œuvre délivrées par le Premier ministre ou par ses délégués.

Mais les recours ouverts par le livre VIII du CSI étant entièrement régis par les articles L. 841-1 et L. 854-9, c'est au regard de ces seuls articles que s'apprécie la recevabilité des requêtes adressées à la formation spécialisée.

Pour l'ensemble de ces motifs, la demande de Mme In't Veld ne peut qu'être regardée comme tendant exclusivement à la mise en œuvre du contrôle prévu à l'article L. 854-9 du CSI.

III. IRRECEVABILITÉ DE LA REQUÊTE

III.1. En application de l'article L. 854-9 du CSI, et ainsi que le précise l'article R. 773-34-1 du code de justice administrative (CJA), seuls le président de la CNCTR ou trois de ses membres peuvent saisir le Conseil d'État de requêtes dirigées contre les mesures de surveillance des communications électroniques internationales prévues par la loi du 30 novembre 2015, et ce dans le mois suivant la connaissance de la décision du Premier ministre sur une recommandation que la CNCTR lui aurait préalablement adressée.

Si des personnes souhaitant vérifier qu'aucune mesure de surveillance de leurs communications électroniques internationales n'est irrégulièrement mise en œuvre à leur égard peuvent saisir la CNCTR, ce que la requérante a d'ailleurs fait, elles ne sont pas recevables à saisir le Conseil d'État d'une requête relative à la mise en œuvre d'une mesure de surveillance des communications électroniques internationales..

En effet, l'article L. 841-1 du code de la sécurité intérieure énonce que c'est « *sous réserve des dispositions particulières prévues à l'article L. 854-9* » que le Conseil d'État peut être saisi par toute personne souhaitant vérifier qu'aucune technique de renseignement n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard. Or l'article L. 854-9 dispose en son pénultième alinéa, s'agissant des mesures de surveillance des communications électroniques internationales, que le Conseil d'État ne peut être saisi que par le président de la CNCTR ou par au moins trois membres de la Commission.

Il suit de là que seuls des membres de la CNCTR peuvent valablement saisir le Conseil d'État d'un tel recours. Aucune autre disposition du CSI ou d'un autre texte n'autorise une personne à saisir directement le Conseil d'État pour qu'il soit procédé aux vérifications prévues à l'article L. 854-9 du CSI.

Le Conseil d'État a déjà retenu l'irrecevabilité d'une requête présentée par un requérant aux fins de réalisation des vérifications prévues à l'article L. 854-9 du CSI (Mme B...A..., 19 octobre 2016, n° 397623).

En outre, les conclusions de la requérante tendant à ce que le Conseil d'État procède à une vérification sur la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 ne sont pas recevables. La solution retenue par le Conseil d'État, s'agissant des vérifications prévues à l'article L. 841-1 du CSI (M. A...D..., 19 octobre 2016, n° 396958), est pleinement transposable aux vérifications prévues à l'article L. 854-9 du CSI. Les conclusions, en tant qu'elles tendent à ce que le Conseil d'État procède à des vérifications concernant la période du 1^{er} novembre

2008 au 2 décembre 2015 ne peuvent qu'être rejetées. La requête n° 404012 de Mme In't Veld est donc irrecevable.

III.2. Par ailleurs, aucun des moyens invoqués par la requérante n'est de nature à remettre en cause une telle irrecevabilité.

Ni la Constitution, ni la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni le droit de l'Union européenne n'impose de considérer, comme le soutient la requérante, que « la voie du recours pour excès de pouvoir doit nécessairement être ouverte à l'encontre d'une décision d'autorisation de surveillance ».

S'agissant de la Constitution, il suffit de rappeler que le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'article L. 854-9 du CSI qui prévoit que seule la CNCTR peut former un recours contre une mesure de surveillance internationale. Par sa décision n° 2015-722 DC précitée, le Conseil constitutionnel a expressément considéré, au soutien de cette déclaration de conformité, que « la personne faisant l'objet d'une mesure de surveillance internationale ne peut saisir un juge pour contester la régularité de cette mesure », et « qu'en prévoyant que la commission peut former un recours à l'encontre d'une mesure de surveillance internationale, le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre le droit à un recours juridictionnel effectif et le secret de la défense nationale » (cons. 18).

S'agissant du droit à un recours effectif devant une « instance nationale » garanti par l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que « l'« instance » dont parle l'article 13 peut ne pas être forcément, dans tous les cas, une institution judiciaire au sens strict » (arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, § 67).

Comme l'a rappelé la Cour dans son arrêt de grande chambre du 4 décembre 2015, rendu dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie* (n° 47143/06), « s'il est en principe souhaitable que la fonction de contrôle soit confiée à un juge, le contrôle par un organe non judiciaire peut passer pour compatible avec la Convention dès lors que cet organe est indépendant des autorités qui procèdent à la surveillance et est investi de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent » (§275).

En l'occurrence, le contrôle est assuré à la fois par la CNCTR, autorité administrative indépendante qui peut être saisie par tout intéressé, et par le Conseil d'État, qui peut être saisi par la CNCTR si le Premier ministre ne donne pas une suite satisfaisante à ses recommandations.

Ainsi, au même titre que la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement, celle du 30 novembre 2015 confie à la CNCTR, organe de contrôle ayant le statut d'autorité administrative indépendante et disposant des garanties liées à ce statut comme des moyens nécessaires à la réalisation des missions qui lui sont confiées, la supervision des activités de surveillance des communications électroniques internationales mises en œuvre dans le cadre de la législation nationale. Les dispositions de l'article L. 832-1 du CSI font en effet obstacle à ce que ses membres reçoivent des instructions dans l'exercice de leurs fonctions de la part de toute autorité. L'article L. 854-9 du CSI, qui régit de façon spéciale les pouvoirs de contrôle de la commission sur la surveillance des communications électroniques internationales, prévoit que celle-ci dispose d'un accès permanent, complet et direct aux dispositifs de traçabilité des interceptions et exploitations de communications, aux renseignements collectés, aux extractions et transcriptions mais aussi aux relevés obligatoirement effectués sur ces opérations d'extraction et de transcription ainsi que sur celles de destruction des renseignements. La commission vérifie ainsi que les communications concernées sont interceptées, conservées et exploitées conformément aux dispositions des articles L. 854-1 à

L. 854-8 du CSI. Enfin l'introduction dans la loi d'un délit d'entrave à l'action de la commission contribue à l'effectivité d'un tel dispositif.

En outre, le quatrième alinéa de l'article L. 854-9 prévoit que la commission peut être amenée, de sa propre initiative ou à la suite d'une réclamation, à effectuer un contrôle de la mise en œuvre des techniques et s'assure ainsi de sa régularité. Elle notifie ensuite à l'auteur de la réclamation qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires, la circonstance qu'elle ne confirme, ni n'infirme leur mise en œuvre étant justifiée par la nécessité de ne pas compromettre la finalité du dispositif de surveillance.

La commission peut enfin, en cas de manquement aux règles du chapitre IV, adresser des recommandations au Premier ministre afin de faire cesser celui-ci. S'il ne donne pas suite à ces recommandations ou que ces suites sont estimées insuffisantes, la commission ou au moins trois de ses membres peuvent saisir le Conseil d'État d'un recours conformément à l'article L. 854-9 du CSI. Aux termes de l'article L. 773-7 du code de justice administrative, ce recours, s'il est fondé, peut conduire à l'annulation de l'autorisation et au prononcé d'une injonction à la destruction des renseignements irrégulièrement collectés. À cet égard, la loi prévoit l'information de l'intéressé qu'une mesure de surveillance a été mise en œuvre à son égard dès lors qu'une illégalité a été constatée lors des opérations de vérification. Cette information constitue en outre une garantie supplémentaire pour l'intéressé.

Le droit ainsi reconnu à toute personne de saisir une autorité indépendante qui dispose de tous les moyens d'investigation nécessaires pour apprécier le sérieux de la demande et qui peut décider de saisir le juge lorsqu'il n'est pas donné suite à ses recommandations permet d'assurer la garantie des droits dans le respect du secret de la défense nationale.

Il pourra également être souligné que, contrairement aux circonstances de fait et de droit relevées par la CEDH à l'appui des arrêts rendus dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie* (précité), ou dans l'affaire *Szabo and Vissy c. Hungary*, 12 janvier 2016, n° 37138/14, et dans lesquelles la Cour avait conclu à la violation de l'article 8 de la Convention :

- la possibilité de contester la mise en œuvre de techniques de renseignement concernant la surveillance des communications internationales, par voie de réclamation, par toute personne soupçonnant d'en faire l'objet, est effective ;
- le dispositif de réclamation devant la CNCTR prévu par les dispositions de l'article L. 854-9 du CSI n'impose pas à la personne souhaitant vérifier qu'aucune mesure de surveillance n'est irrégulièrement mise en œuvre à son égard d'apporter la preuve de cette mise en œuvre ni même de faire état d'informations factuelles à l'origine des soupçons ;
- si la CNCTR ne dispose pas directement du pouvoir de faire cesser ou rectifier les techniques irrégulièrement mises en œuvre, elle peut, lorsque le Premier ministre l'informe, ainsi qu'il en a l'obligation, qu'il ne donnera pas suite à ses recommandations, saisir le Conseil d'État qui peut, en cas d'illégalité, enjoindre l'autorité administrative de mettre fin à cette mise en œuvre ;
- les activités de la CNCTR sont transparentes : la CNCTR établit annuellement, en application de l'article L. 833-9 du code de la sécurité intérieure, un bilan de son activité, dans lequel elle fait état du nombre de demandes dont elle a été saisie, d'avis rendus, de réclamations formées devant elle, d'observations et de recommandations adressées au Premier ministre et des suites réservées à celles-ci puis, en dernier lieu, du nombre de recours dont elle a été saisie.

Dans son avis rendu en assemblée générale le 15 octobre 2015 sur une proposition de loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales, similaire à celle qui a finalement été adoptée et codifiée au livre VIII du CSI, le Conseil d'État a ainsi considéré que le dispositif législatif, même s'il exclut le recours direct au juge contre les mesures prises au titre de

l'article L. 854-1 du CSI, par les dispositifs qu'il instaure, « ne méconnaît pas non plus le droit à un recours effectif reconnu par l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

S'agissant enfin de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il est à remarquer que la législation sur les mesures de surveillance internationale, qui relève de la défense et de la sûreté de l'État et ne régit pas l'activité des fournisseurs de services de communications électroniques, ne met pas en œuvre le droit de l'Union européenne. Or l'article 51 de la Charte précise que : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

Il suit de là que la requérante ne saurait en tout état de cause utilement se prévaloir du droit de l'Union européenne pour remettre en cause l'irrecevabilité de sa requête.

Il en résulte que la Charte n'est pas invocable dans le présent litige. En tout état de cause, pour les motifs déjà exposés, la législation française offre un recours effectif compatible avec les exigences de la Charte en permettant à toute personne d'accéder au juge par l'intermédiaire de la CNCTR.

La demande de Mme In't Veld ne saurait par conséquent qu'être rejetée comme irrecevable.

Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, le Premier ministre demande au Conseil d'État de rejeter la requête de Mme In't Veld, en toutes ses conclusions, y compris celles relatives au paiement d'une somme de 512 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.


Pour le Premier ministre, en délégation,
le directeur du groupe parlementaire interministériel de contrôle
Pascal CHAUVÉ