

Le rôle politique du Conseil d'État : l'exemple de la conservation des données de connexion

Bastien LE QUERREC, membre de La Quadrature du Net

Je vais vous parler aujourd'hui d'une affaire emblématique de l'association La Quadrature du Net dont le suis membre et au nom de laquelle j'interviens ce matin. Certain-es d'entre vous en ont sûrement entendu parler puisqu'elle dépasse très largement le champ du droit du numérique, et les intervenant-es de la première table sont déjà revenu-es dessus : il s'agit de la question de la conservation des données de connexion. Une donnée de connexion – ou *métadonnée*, ou *donnée informant sur une donnée* – est un type de donnée relative à ce qui entoure une communication : il s'agit en quelque sorte de l'enveloppe dans laquelle vous insérez votre correspondance. Qui appelle qui, à quelle heure, depuis quelle antenne téléphonique, depuis quelle adresse IP, etc., sont des données de connexion : si leur exploitation ne concerne pas *stricto sensu* le contenu de la correspondance mais ce qui l'entoure¹, elle permet de tirer des conclusions très précises sur l'intimité des personnes.

La genèse du contentieux sur les données de connexion

La Quadrature du Net est une association de défense des libertés à l'ère du numérique. Depuis 2008, elle œuvre à la défense et la promotion de droits fondamentaux comme le droit à la vie privée, le droit au chiffrement des communications, le droit au libre partage et au libre accès à la culture, etc. Alors qu'en 2008 l'activité de La Quadrature était centrée sur les droits *sur Internet*, nous défendons aujourd'hui les droits *à l'ère du numérique*, c'est-à-dire bien au-delà d'Internet, une évolution inévitable en raison de l'importance du numérique au quotidien.

Cette extension des activités de La Quadrature s'est principalement opérée entre les années 2013 et 2015. Durant cette période, de nombreux textes législatifs ont accentué le contrôle sécuritaire de l'État sur la société. Il s'agit notamment de la loi Renseignement de 2015², qui crée les fameuses « boîtes noires »³, ces sondes algorithmiques qui permettent de surveiller administrativement tout un réseau de communication de manière massive et automatisée, par l'accès en temps réel aux données de connexion. En réalité, cette loi Renseignement n'est que la continuité directe de la réforme de 2013⁴ du code de la sécurité intérieure qui créait déjà de nouvelles techniques de renseignement relatives à l'accès aux données de connexion.

¹Le Conseil constitutionnel n'admet toujours pas que l'exploitation des données de connexion soit une atteinte au secret des correspondances. S'il l'a auparavant écarté explicitement (Cons. Const., 4 août 2017, *La Quadrature du Net et autres [Accès administratif en temps réel aux données de connexion]*, n° 2017-648 QPC, pt. 6), il se contente aujourd'hui de relever que la conservation ou l'accès aux données de connexion portent atteinte au droit à la vie privée mais en restant muet sur la question du secret des correspondances (V., not., Cons. Const., 25 février 2022, *M. Habib A. et autre [Conservation des données de connexion pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales]*, n° 2021-976/977 QPC, affaire dans laquelle La Quadrature du Net, partie intervenante, invitait le Conseil à constater l'atteinte au secret des correspondances).

²Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

³Article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure.

⁴Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019.

C'est à cette période, fin 2014 et début 2015, et autour de la question du renseignement, que l'idée d'une activité contentieuse se développe. En partie inspirée du GISTI⁵, elle part du sentiment de lassitude face à un plaidoyer politique très souvent inefficace – surtout en France. Un acteur naturel émerge dans l'esprit des militant-es face à un législateur et un exécutif sourds : le juge.

Le contentieux fait alors son apparition à La Quadrature pendant les débats sur le projet de loi de 2015 sur le Renseignement, à travers la création d'un groupe nommé les « Exégètes amateurs ». Le nom est une référence directe au terme employé par le rapporteur du projet de loi Jean-Jacques Urvoas pour disqualifier les opposant-es au texte : « *aux exégètes amateurs qui comblent leurs lacunes par des préjugés et à ceux de mauvaise foi pour qui le soupçon tient lieu de raisonnement, il faut opposer une analyse dépassionnée du droit* »⁶. Les Exégètes amateurs rassemblaient alors juristes et informaticien-nes de trois associations : La Quadrature du Net, French Data Network et la Fédération FDN (Fédération des Fournisseurs d'Accès Internet Associatifs)⁷. En 2015, un sujet qui deviendra ensuite emblématique se présente : le renseignement et la conservation des données de connexion.

C'est ainsi qu'un des premiers dossiers contentieux traité par La Quadrature du Net fut celui de la lutte contre l'obligation de conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion. Cette obligation, datant de 2001⁸, impose, aujourd'hui encore, aux opérateurs de communications et aux hébergeurs de conserver pendant un an les données de connexion de leurs abonné-es et utilisateur-rices. L'objectif est de permettre un accès différé double – judiciaire ou administratif – à ces données de connexion.

Faire appliquer une jurisprudence européenne constante

Une série de recours contre les mesures réglementaires régissant l'obligation de conservation des données de connexion pour les opérateurs⁹ et les hébergeurs¹⁰, ainsi que contre les décrets de la loi Renseignement, est introduite devant le Conseil d'État en 2015 et 2016. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne venait, en grande chambre, d'annuler dans son arrêt *DRI* une directive européenne qui imposait une telle obligation de conservation généralisée et indifférenciée aux opérateurs¹¹, jugeant que l'atteinte portée par cette directive au droit à la vie privée, à la protection des données personnelles et à la liberté d'expression était disproportionnée : devant le Conseil d'État, l'idée était alors de faire constater cette même disproportion pour le droit français.

Fin 2016, une nouvelle affaire venait condamner ce genre d'obligation de conservation des données de connexion, puisque l'arrêt *Tele2* de la CJUE¹² tirait les conséquences de *DRI* en appliquant à une législation nationale le principe d'interdiction d'une obligation de conservation généralisée et

⁵Danièle Lochak, « Les usages militants du droit », *La Revue des Droits de l'Homme*, CTAD-CREDOF (Centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux), 2016.

⁶Jean-Jacques Urvoas, Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif au renseignement, Assemblée nationale, 2 avril 2015, p. 42.

⁷Si aujourd'hui ce groupe des Exégètes amateurs n'existe plus, les trois associations continuent leurs activités contentieuses à divers degrés.

⁸Article 29 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne créant l'article L. 32-3-1 du code des postes et télécommunications, aujourd'hui article L. 34-1 du code des postes et de communications électroniques.

⁹Article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques, pris en application de l'article L. 34-1 du même code.

¹⁰Décret n° 2011-219 du 25 février 2011.

¹¹CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, aff. C-293/12 et C-594/12.

¹²CJUE, gr. ch., 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, aff. C-203/15 et C-698/15.

indifférenciée des données de connexion. Les hésitations quant à la portée de *DR1*¹³ étant résolues, le Conseil d'État n'avait plus qu'à continuer l'œuvre européenne en faisant droit aux recours des associations requérantes.

Pourtant, rien ne bouge : si ce n'est une transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁴, le dossier n'avance pas et le sentiment que le Conseil d'État tente de gagner du temps commence à émerger. Une QPC dirigée contre l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques est envisagée mais l'idée sera finalement abandonnée tant la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de renseignement et d'État d'urgence nous paraissait défavorable. Finalement, mi-2018, le Conseil d'État décide, à la surprise générale, de renvoyer plusieurs questions préjudicielles à la CJUE plutôt que de juger l'affaire au fond. Les questions préjudicielles ne sont pas rédigées de façon anodine : le Conseil d'État demande à la CJUE de revenir sur sa jurisprudence, l'« *obligation de conservation généralisée et indifférenciée* » pouvant, d'après la juridiction, « *être regardée, dans un contexte marqué par des menaces graves et persistantes pour la sécurité nationale, et en particulier par le risque terroriste, comme une ingérence justifiée par le droit à la sûreté* »¹⁵.

Le débat se rejoue donc devant la CJUE mais celle-ci maintient sa jurisprudence dans sa décision du 6 octobre 2020¹⁶. Elle rappelle que les États membres ne peuvent, en principe, imposer une conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, même si elle crée immédiatement une exception en cas de « *menace grave pour la sécurité nationale qui s'avère réelle et actuelle ou prévisible* ». La Quadrature du Net voyait déjà dans cette exception (ainsi que celle relative à la « *sauvegarde de la sécurité nationale, de la lutte contre la criminalité grave et de la prévention des menaces graves contre la sécurité publique* »¹⁷) un problème et une possibilité pour le gouvernement d'éviter de devoir se conformer au droit européen¹⁸.

Une défaite inattendue devant le Conseil d'État

La décision de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État¹⁹ faisant suite à l'arrêt de la CJUE reste toutefois, aujourd'hui encore, difficile à encaisser au sein de La Quadrature. Le contrôle de l'*ultra vires*, comme le demandait le Premier ministre inspiré du précédent allemand²⁰, est évité. La communication du Conseil d'État est d'ailleurs axée sur ce point : en conférence de presse, son vice-président vantait le mérite du Conseil d'État d'avoir su concilier les exigences du droit européen avec celles constitutionnelles.

En réalité, derrière l'artifice de la communication, l'arrêt de la CJUE étant déjà une conciliation entre le respect des droits fondamentaux et l'objectif de protection de l'ordre public, le Conseil d'État « concilie une conciliation », c'est-à-dire qu'il refait le débat, qu'il rejuge ce qui a été tranché par la CJUE mais

¹³Laurent Cytermann, Jacky Richard, « Numérique : il faut repenser la protection des droits fondamentaux », AJDA 2014. 1684.

¹⁴CE, 22 juillet 2016, n^{os} 394922, 394925, 397844, 397851 ; Cons. const., 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne]*, n^o 2016-590 QPC.

¹⁵CE, 26 juillet 2018, *French Data Network et autres*, n^o 393099 ; CE, 26 juillet 2018, *La Quadrature du Net et autres*, n^{os} 394922, 394925, 397844, 397851.

¹⁶CJUE, gr. ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e. a.*, aff. C-511/18, C-512/18 et C-520/18.

¹⁷Marie-Christine de Montecler, « Protection des données : la CJUE infléchit sa jurisprudence », AJDA 2020. 1880 ; Julie Teysse, « L'évolution de la doctrine des rapports de systèmes du Conseil d'État », Rev. UE, 2021, p. 620.

¹⁸La Quadrature du Net, « Surveillance : une défaite victorieuse », 6 octobre 2020.

¹⁹CE, ass., 21 avril 2021, *French Data Network et autres*, n^{os} 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718.

²⁰BVerfG, 5 mai 2020, *Dr. Weiss*, 2 BvR 859/15.

avec une solution opposée à celle européenne. Il voyait dans la décision de la CJUE qu'il devait appliquer une barrière aux intérêts des services de renseignement français ainsi qu'à la police et le rapporteur public ne s'en cachait pas : début 2021, après avoir fait le tour des services de renseignement français, il déclarait dans ses conclusions que le renvoi préjudiciel de 2018 « *visa[i]t à faire réexaminer l'arrêt Télé2* ». Également, à propos de la notion de « menace grave » permettant de déroger à l'interdiction d'une conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, le rapporteur public posait les termes du débat comme la nécessité d'« *arbitrer entre deux lectures radicalement différentes de l'arrêt de la Cour* », entre d'un côté une menace grave encadrée par un état d'urgence pour La Quadrature et de l'autre une menace diffuse mais permanente pour le gouvernement. La réponse du rapporteur public est dénuée d'ambiguïté puisqu'après avoir faussement posé les termes du débat, il explique que cet arbitrage ne peut en réalité avoir lieu : « *La seule lecture de l'arrêt qui soit conforme aux exigences constitutionnelles invoquées est celle du Gouvernement.* » Enfin, Serge Lasvignes, actuel président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), conseiller d'État et ancien secrétaire général du gouvernement, estimait devant la Commission des Lois du Sénat que « *le Conseil d'État s'est efforcé de neutraliser cette jurisprudence, pour que les services français puissent continuer à fonctionner.* »²¹

Des solutions insatisfaisantes

Affaire bloquée pendant plusieurs années alors que la jurisprudence européenne est claire et confirmée, rédaction orientée des questions préjudicielles, communication à outrance pour tenter de masquer la réalité de l'affaire, refus d'admettre que le débat est clos et que la CJUE a donné tort aux États membres, leurs polices et leurs services de renseignement : autant d'éléments qui tendent à montrer que le Conseil d'État joue un rôle qui dépasse le domaine du droit et qui nous paraît être empreint de considérations politiques. Par son action, il a ainsi réussi à effacer une victoire, celle de l'arrêt d'octobre 2020 de la CJUE qui, logiquement, devait condamner le droit français sur la conservation des données de connexion.

Cette affaire des données de connexion pose de nombreuses questions au sein de La Quadrature et de son groupe contentieux. Comment agir face à un Conseil d'État aussi politique ? Même si c'est la plus marquante, l'affaire des données de connexion n'est pas la seule dans laquelle le Conseil d'État endosse un rôle politique : La Quadrature du Net fait le même reproche en matière de fichiers ou en matière de crise sanitaire²².

Le Conseil constitutionnel n'est pas non plus une solution. Premièrement, sa composition est encore plus teintée de considérations politiques. Deuxièmement, à propos des données de connexion, la portée de sa décision de février dernier²³ est très incertaine. Certes, il a censuré les dispositions de l'ancienne version de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, mais ces dispositions ne sont plus applicables aujourd'hui et le Conseil constitutionnel a fermé au requérant la possibilité de se prévaloir de cette inconstitutionnalité pour son affaire au fond²⁴ : cette décision est donc

²¹Audition de M. Serge Lasvignes, candidat présenté par le Président de la République aux fonctions de président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, Commission des Lois, Sénat, 22 septembre 2021.

²²La Quadrature du Net, « Passe sanitaire : le Conseil d'État valide la violation de la loi », 6 juillet 2021, à propos de CE, ord., 6 juillet 2021, n° 453505.

²³Cons. const., 25 février 2022, *M. Habib A. et autre [Conservation des données de connexion pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales]*, n° 2021-976/977 QPC.

²⁴*Ibid.*, point 17.

dénuée de tout effet concret et il ne serait pas surprenant qu'elle ne soit pas réitérée si une QPC sur la version actuelle de l'article L. 34-1 était transmise. Troisièmement, le Conseil d'État demeure seul maître de la transmission ou non d'une QPC²⁵.

La CJUE reste néanmoins une voie qu'il est nécessaire d'explorer à court terme. Certes, le Conseil d'État peut s'opposer à la transmission d'une question préjudicielle de la même manière qu'il peut s'opposer à une QPC, mais le risque d'une sanction de la France par la CJUE²⁶ ou la CEDH²⁷ est fort et potentiellement dissuasif si les motivations du Conseil d'État sont trop politiques. Surtout, la CJUE peut également être saisie par la Commission dans le cadre d'une procédure pour manquement de l'article 258 TFUE. Or, toujours en matière de données de connexion, la CJUE maintient aujourd'hui toujours son cap puisqu'elle a confirmé très récemment qu'une obligation de conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion reste contraire au droit de l'UE²⁸ et que l'interprétation française de la « menace grave » est profondément erronée²⁹. Une procédure en manquement devant la Commission pourrait donc bien donner les effets attendus, mais encore faut-il qu'elle soit saisie. Là aussi, le verrou de la Commission, favorable à un abandon de la jurisprudence de la CJUE, risque d'empêcher toute saisine de la CJUE pour manquement.

Au-delà de la question des données de connexion, comment faire du contentieux aujourd'hui en France face à un Conseil d'État politique ? Nous n'avons pas la solution et les quelques pistes explorables nous semblent compliquées. Cela ne signifie pas que La Quadrature du Net va abandonner son activité contentieuse, mais que cette question béante est à résoudre avant de pouvoir envisager à nouveau sereinement ce mode d'action.

²⁵CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, n^{os} 320667, 320737, 320747, 320753, 320778, 321580, 322679, 323926, 323927, 324143, AJDA 2010. 812.

²⁶CJUE, 4 octobre 2018, aff. C-416/17, *Commission c. France*, AJDA 2018. 1933.

²⁷CEDH, 13 février 2020, *Sanofi Pasteur c. France*, req. 25137/16.

²⁸CJUE, 5 avril 2022, *Commissioner of An Garda Síochána e. a.*, aff. C-140/20, AJDA 2022. 718.

²⁹*Ibid.*, §. 60 et suivants.