



Paris le 24/06/2021

PROJET DE LOI RELATIF À LA PRÉVENTION D'ACTES DE TERRORISME ET AU RENSEIGNEMENT : OBSERVATIONS DU SAF

1. La pérennisation de la loi SILT et ses évolutions

Le Syndicat des avocats de France s'était opposé, aux côtés de nombres d'organisations et d'associations, à la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, dite loi SILT, adoptée définitivement le 30 octobre 2017 pour permettre au Gouvernement de l'époque de sortir d'un état d'urgence qui avait trop duré, sans perdre les mesures coercitives d'exception que ce régime exorbitant permettait de mobiliser.

L'étude d'impact qui avait précédé son adoption reconnaissait de manière implicite que le législateur intégrait au droit commun les outils de l'état d'urgence, en admettant que l'objectif de l'adoption du texte n'était autre que de permettre aux services de police et de renseignement de continuer à utiliser les techniques de « déstabilisation des réseaux terroristes ».

Le Sénat avait, à l'époque, tenu à soumettre l'exécution de ces dispositions à une information permanente du Parlement, à une évaluation annuelle et avait limité leur durée d'application au 31 décembre 2020, puis au 31 juillet 2021, « leur pérennisation étant subordonnée à l'appréciation de leur caractère nécessaire, adapté et proportionné ».

Près de quatre ans plus tard, alors que l'étude d'impact réalisée dans le cadre de l'examen du présent projet de loi ne rapporte la preuve d'aucune efficacité de ces mesures, le Gouvernement entend non seulement leur donner un caractère définitif, mais encore d'en adapter certaines disposition, pour ne pas dire les aggraver (comme par exemple la prolongation à deux années des MICAS, l'introduction d'une nouvelle interdiction de paraître dans un lieu déterminé se trouvant dans le périmètre autorisé par la MICAS à laquelle la personne se trouve déjà soumise, ou l'obligation de justifier d'un domicile comme nouvelle obligation des MICAS dont la violation pourrait entraîner une réincarcération pour le sortant de prison sans domicile fixe).

Les observations réalisées par le SAF dans le cadre de l'analyse du projet de loi de 2017 demeurent de pleine actualité (<http://lesaf.org/wp-content/uploads/2017/07/170727-SAF-Analyse-PJL-Securite.pdf>).

Le Syndicat des avocats de France ne saurait admettre que ces outils d'exception soient durablement intégrés au droit commun, au mépris des principes les plus élémentaires du droit pénal et de l'Etat de droit, qui imposent que la coercition soit réservée, dans une stricte interprétation de la loi, aux infractions et non aux intentions ou à un principe de précaution de nature à permettre toutes les restrictions de droits et de libertés, sans limite.

Le Syndicat des avocats de France continue de dénoncer le basculement d'une police judiciaire à une police administrative et l'impossible imbrication de mesures de contrôles administratives et judiciaires, les premières soumises à moins de garantie se révélant souvent plus contraignantes que les secondes.

Il sera utilement rappelé au soutien de cette position de principe que les quatre années écoulées et l'étude d'impact riche qui accompagne le présent texte n'ont pas permis de démontrer la moindre efficacité de ces mesures pourtant d'une exceptionnelle gravité : le Gouvernement continuant d'affirmer de manière incantatoire que ces mesures sont efficaces et proportionnées tout en reconnaissant par ailleurs que l'efficacité des mesures de prévention des actes de terrorisme dans l'espace public est invérifiable, et n'a pas empêché la commission d'un attentat dans une zone surveillée, que les mesures de contrôles opérées par le biais des MICAS entraînent paradoxalement une dissimulation que peine à contrer les services de renseignement, que les mesures de contrôles administratives des sortants de prison sont parfois de nature à entraver les prescriptions judiciaires pour les mêmes condamnés, entre autres.

Il est particulièrement préoccupant pour la démocratie que la pérennisation de mesures d'exception puissent s'organiser sans que la preuve de leur efficacité n'ait jamais été rapportée, et alors que les dérives concernant leur usage et le détournement à des fins étrangères à l'objet de leur conception est désormais reconnu par le Gouvernement lui-même.

2. L'introduction d'une mesure de sureté propre aux condamnés terroristes

La présente loi s'inscrit dans la volonté, maintes fois répétée par la Présidente de la commission des lois, d'introduire un nouveau mécanisme de contrôle des auteurs d'acte de terrorisme à l'issue de leur peine d'emprisonnement. Le mécanisme proposé correspond à la reprise, à la lumière de la censure du Conseil constitutionnel du 7 août 2020, de la mesure de sureté présentée et votée par le Parlement à l'été dernier.

2.1. La censure d'aout 2020.

En juillet 2020, la proposition de loi avait pour objet « *d'introduire [...] un régime ad hoc de sûreté [...] qui aurait vocation à s'appliquer aux personnes condamnées pour des faits de terrorisme et en passe d'être libérées lorsque les dispositifs existants s'avèrent insuffisants* ».

Le texte prévoyait que, aux seules fins de prévenir la récidive, les personnes condamnées pour une infraction terroriste (à l'exception de l'apologie) à une peine privative de liberté supérieure ou égale à cinq ans (ou trois ans en cas de récidive) et qui présenteraient au terme de leur peine « *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme* » pourraient être soumises à la nouvelle mesure de sûreté présentée.

La méconnaissance des interdictions ou obligations fixées faisait encourir une peine de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende : des obligations aussi diverses et contraignantes qu'établir sa résidence en un lieu déterminé, se présenter périodiquement aux services de police, se soumettre à un bracelet électronique mobile, répondre aux convocations du JAP ou du SPIP, recevoir les visites du SPIP, obtenir l'autorisation préalable du JAP pour tout déplacement à l'étranger, prévenir le SPIP de ses changements d'emploi ou de résidence ou de tout déplacement dont la durée excéderait quinze jours, rendre compte de son retour, exercer une activité professionnelle, suivre un enseignement ou une formation professionnelle, respecter les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative ou psychologique destinée à permettre sa réinsertion et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté (le cas échéant au sein d'un établissement d'accueil adapté dans lequel la personne est tenue de résider), interdiction de se livrer à l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, d'entrer en relation avec certaines personnes, de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés et de détenir ou porter une arme.

La mesure devait être prononcée, sur réquisition du parquet national antiterroriste (PNAT), par la juridiction régionale de la rétention de sûreté (JRRS) après un débat contradictoire et après examen, au moins trois mois avant la date de fin de peine, par le centre national d'évaluation (CNE) après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (CPMS).

La mesure était prononcée pour une durée d'un an, renouvelable jusqu'à cinq ans sur réquisition du parquet national antiterroriste et après avis systématique de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Lorsque les faits commis constituaient un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement, cette limite était portée à dix ans.

Chargé d'examiner la compatibilité de cette nouvelle mesure aux exigences constitutionnelles, le Conseil constitutionnel avait rappelé dans sa décision du 7 aout que l'objectif de lutte contre le terrorisme participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et avait jugé qu'il est loisible au législateur de prévoir, sous certaines conditions, des mesures de sûreté fondées sur la particulière dangerosité de l'auteur d'un acte terroriste visant à prévenir la récidive de telles infractions.

Il avait néanmoins censuré la quasi intégralité du texte au regard de ses précédentes jurisprudences. Le Syndicat des avocats de France, ainsi que l'ensemble des organisations de défense des droits fondamentaux et libertés publiques avaient pourtant alerté sur l'inconstitutionnalité de nombreuses dispositions (*cf contribution commune Syndicat de la magistrature & Syndicat des avocats de France devant le Conseil constitutionnel*).

2.1.1. Les exigences constitutionnelles dégagées à l'occasion de l'examen de la rétention de sûreté

En février 2008 (décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008) le Conseil avait examiné le nouveau mécanisme de la rétention de sûreté et, après avoir écarté la qualification de peine et l'application de l'article 8 de la DDHC, avait validé le dispositif sous certaines réserves en posant les bases de l'examen de toutes celles qui suivront :

« Considérant que la rétention de sûreté et la surveillance de sûreté doivent respecter le principe, résultant des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire; qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi ».

Il s'agit du triptyque toujours examiné.

En l'espèce la rétention de sûreté était **adaptée** en ce qu'elle prévoyait la prise en charge médicale, sociale et psychologique correspondante aux besoins d'un retenu « *souffrant d'un trouble grave de la personnalité* », avec pour objectif de diminuer la dangerosité de celui-ci et de permettre la fin de la mesure.

Le Conseil avait jugé la mesure **nécessaire** en ce qu'elle ne pouvait être prononcée qu'en l'absence d'autres solutions moins attentatoires à la liberté, à l'unique condition que la personne retenue ait pu, dans le temps de sa peine, bénéficier de l'aide et des soins adaptés à son état et que ces derniers n'ont pu produire les résultats suffisants pour atténuer sa dangerosité.

Enfin, le Conseil avait jugé la mesure **proportionnée** en ce qu'elle ne pouvait être ordonnée que par une juridiction indépendante après la tenue d'un débat contradictoire et pouvait être contestée, donc des conditions qui garantissait au condamné retenu le respect du droit à un

procès équitable. Il soulignait par ailleurs la faculté offerte aux magistrats de mettre fin à tout moment à la rétention.

Quant à la faculté de renouvellement illimité de la surveillance et de la rétention de sûreté, le Conseil l'avait validée au motif que chaque renouvellement devait être précédé d'une nouvelle évaluation pluridisciplinaire de la situation de la personne retenue (pour la rétention de sûreté) ou à une nouvelle expertise médicale (pour la surveillance de sûreté).

2.1.2. Les exigences constitutionnelles dégagées à l'occasion de l'examen des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS)

En février 2018 (décision n° 2017-691 QPC du 16 février 2018), le Conseil était saisi de la question de la conformité des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) aux exigences constitutionnelles, outil de contrôle validé aux motifs que la loi confiait au ministre de l'intérieur la charge de la preuve de la menace et de l'adhésion idéologique par ses relations ou communication et qu'elle avait ainsi suffisamment précisément défini les conditions de recours à la mesure.

Compte tenu du caractère attentatoire d'une assignation à résidence, il avait néanmoins émis une réserve, en prohibant tout renouvellement au-delà de douze mois. Les mêmes critères ont été examinés, et la même réserve émise, concernant les interdictions de contacts examinées par le Conseil en mars de la même année (décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018).

2.1.3. La décision du 7 août 2020 ou la censure d'une nouvelle mesure de sûreté

En l'espèce, si le Conseil constitutionnel a estimé qu'il était possible au législateur « *de prévoir des mesures de sûreté fondées sur la particulière dangerosité, évaluée à partir d'éléments objectifs, de l'auteur d'un acte terroriste et visant à prévenir la récurrence de telles infractions [...] c'est à la condition qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour prévenir la commission de ces actes et que les conditions de mise en œuvre de ces mesures et leur durée soient adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Le respect de cette exigence s'impose a fortiori lorsque la personne a déjà exécuté sa peine* » (§14).

Le Conseil constitutionnel reconnaît que les obligations et interdictions pouvant être imposées au titre de la mesure de sûreté contestée portent atteinte à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale et a mis en exergue, à titre d'exemple, les plus attentatoires d'entre elles (§15).

Le Conseil constitutionnel est, dans un premier temps, venu censurer la durée fixée par le texte, qui permettait un renouvellement jusqu'à cinq ou dix ans (si récurrence) et les modalités de

détermination de cette durée qui ne dépendait pas de la peine prononcée mais de la peine encourue pour l'infraction concernée.

Le Conseil constitutionnel est ensuite venu censurer les dispositions qui prévoyait que la mesure de sureté concernée pouvait s'appliquer aux personnes condamnées à des peines supérieures ou égales à cinq ans mais qui pouvaient être assorties d'un sursis ou d'un sursis mise à l'épreuve, à l'unique condition que la partie ferme excède un quantum de trois mois.

Le Conseil constitutionnel est enfin venu censurer le texte au motif qu'aucune disposition n'exigeait que la personne condamnée détenues ait été mise en mesure, pendant le temps de sa détention, de bénéficier de mesures de nature à favoriser sa réinsertion (§18), rappel quasi *in extenso* de la jurisprudence relative à la rétention de sureté.

En dernier lieu, le Conseil constitutionnel a sanctionné la faculté de renouvellement de la mesure sans qu'il ne soit jamais exigé que la dangerosité de la personne soit corroborée par des éléments nouveaux ou complémentaires.

2.2. La nouvelle mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion (MJPRTR)

Tirant les conséquences de la censure du Conseil constitutionnel, le Gouvernement présente une nouvelle mouture de cette mesure de sureté antiterroriste à laquelle il adjoint artificiellement l'idée de réinsertion sociale afin de convaincre le juge constitutionnel du bienfondé de son ambition.

2.2.1. Les conditions du prononcé

Si le législateur est à nouveau invité à se pencher sur le projet de création de cette mesure de sureté, c'est à l'aune des exigences dégagées par le Conseil constitutionnel et auxquelles le Gouvernement tente de répondre sans s'écarter de l'objet juridique initialement adopté.

2.2.1.1. Les conditions relatives à la peine

La mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion pourra être prononcée par le tribunal de l'application des peines à l'encontre des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement de cinq ans minimum (ou trois ans en cas de récidive), qui présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive

et une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme.

Comme dans la première version de 2020, le quantum de la peine prononcée reste le premier critère pour ordonner une MJPRTR : 5 ans d'emprisonnement, non assortis de sursis, ou 3 ans en cas de récidive.

Le projet de loi tient compte ici de la censure du Conseil constitutionnel qui avait relevé la disproportion manifeste d'une mesure susceptible d'être imposée à une personne qui pouvait être condamnée à une peine mixte, assortie d'un sursis simple (sans, donc, que la juridiction de jugement n'estime nécessaire d'assortir cette peine d'une mesure de type sursis probatoire) dès lors que la partie ferme était au moins de 3 mois.

Désormais, c'est bien le quantum de peine prononcé sans sursis (de toute nature) qui détermine l'applicabilité de la mesure de sûreté nouvelle formule.

2.2.1.2. Les acteurs de la décision

La version censurée par le Conseil constitutionnel avait initialement confié la décision de placement sous surveillance de sûreté antiterroriste à la juridiction régionale de la rétention de sûreté (JRRS), comme c'est le cas en matière de surveillance et rétention de sûreté (art. 706-52-13 et suivants, 723-37 et suivants, R53-8-40 du code de procédure pénale).

Le Gouvernement propose désormais, de façon paradoxale, qu'il appartienne au tribunal de l'application des peines compétent en matière antiterroriste de prononcer et suivre l'exécution de la mesure.

Après avoir obstinément refusé de voir la mesure de sûreté proposée qualifiée de « peine », c'est donc au tribunal de l'application des peines que le Gouvernement confie le prononcé de la mesure. On peine à admettre la contradiction manifeste entre la nature alléguée de la mesure de sûreté et la compétence de la juridiction d'application des peines alors qu'en application de l'article 712-1 CPP :

« Le juge de l'application des peines et le tribunal de l'application des peines constituent les juridictions de l'application des peines du premier degré qui sont chargées, dans les conditions prévues par la loi, de fixer les principales modalités de l'exécution des peines privatives de liberté ou de certaines peines restrictives de liberté, en orientant et en contrôlant les conditions de leur application. [...] »

Le Syndicat des avocats de France ne peut que constater qu'en proposant de soumettre le prononcé ou le contrôle de cette mesure, quelle qu'en soit l'appellation désormais, au tribunal de l'application des peines, le Gouvernement admet la nature de peine privative ou restrictive

de liberté de ladite mesure dont toutes les conséquences devront être tirées, en particulier s'agissant de la non rétroactivité d'une loi pénale plus sévère.

2.2.1.3. Les conditions tendant aux facultés de réinsertion

Considérant les motifs de la censure du Conseil constitutionnel, le Gouvernement propose désormais l'ajout, purement cosmétique, d'une opportune notion de réinsertion dans le nouvel article 706-25-16 du code de procédure pénale.

Le TAP ne pourra prononcer la mesure que s'il « est établi, à l'issue d'un réexamen de sa situation intervenant à la fin de l'exécution de sa peine, qu'elle présente une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme, faisant ainsi obstacle à sa réinsertion, le tribunal de l'application des peines de Paris peut, sur réquisitions du procureur de la République antiterroriste, ordonner, aux seules fins de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion, une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion. »

Confronté à une « particulière dangerosité [...] faisant obstacle à sa réinsertion », le tribunal de l'application des peines antiterroriste pourra, sur réquisition du parquet national antiterroriste « ordonner, aux seules fins de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion, une mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion. »

Ces ajouts répondent de manière formelle au considérant 18 de la décision du 7 août 2020. Cette exigence de vérifier que « la personne condamnée a été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de mesures de nature à favoriser sa réinsertion », apparaît comme l'équivalent social de l'exigence imposée par le Conseil constitutionnel en matière de soins préalable au prononcé d'une mesure de rétention de sûreté.

En 2008, le Conseil constitutionnel avait ainsi imposé que la juridiction régionale de la rétention de sûreté soit tenue de « vérifier que la personne condamnée a effectivement été en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre ».

Cette réserve s'était traduite par la rédaction d'une nouvelle version de l'article 706-53-15 du code de procédure pénale dont l'alinéa 3 prévoit désormais : « La juridiction régionale de la rétention de sûreté ne peut prononcer une rétention de sûreté qu'après avoir vérifié que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre ».

Cette exigence est d'autant plus importante que l'accès de la personne condamnée à une « prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle[s]

souffre[nt] » peut être contrôlé en présence d'un cadre médicosocial relativement objectif et défini.

Le Gouvernement a, dans le projet loi examiné, précisément omis de reproduire l'exigence d'effectivité de l'accès à des « mesures de nature à favoriser sa réinsertion ». Au même titre que le titre de la mesure comprend désormais une dimension de réinsertion sociale, le projet entend prendre acte de manière seulement cosmétique de la censure du Conseil constitutionnel sur ce point.

S'agissant de personnes condamnées pour terrorisme, dont certaines auront passé l'essentiel de l'exécution de leur peine à l'isolement, on a du mal à déterminer ce que seraient les « mesures de nature à favoriser [leur] réinsertion » qui auraient pu leur être proposées tant qu'elles disposeront en détention d'un régime d'incarcération spécifique.

2.2.2. La procédure d'examen de la dangerosité

L'article 706-25-17 CPP précise la procédure préalable à la décision du tribunal de l'application des peines antiterroriste et fixe un délai minimum de 3 mois avant la date de fin de peine pour que la situation de l'intéressé soit examinée et que la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté (CPMS) puisse demander le placement « *dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues aux fins notamment d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité.* »

Comme elle la fait en matière de rétention de sûreté et en l'absence de sanction du non-respect de ces délais, il y a tout lieu de craindre que la chambre criminelle de la Cour de cassation estime qu'il ne s'agit que de délais indicatifs sans conséquence sur la régularité de la procédure.

Le texte prévoit un passage préalable systématique au centre national d'évaluation et un avis préalable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté sur la pertinence de la mesure.

L'articulation entre le prononcé d'une mesure prétendument de sûreté et une juridiction de l'application des peines est si peu naturelle que le nouvel article 706-25-18 s'apparente à un parfait décalque des alinéas de l'article 706-53-15 du code de procédure pénale relatif au prononcé des mesures de rétention et surveillance de sûreté, et les modalités de modifications ou de mainlevées de la mesure sont renvoyée aux dispositions de l'article 706-53-17 du code de procédure pénale qui concerne précisément... la juridiction régionale de la rétention de sûreté (JRRS).

2.2.3. Le renouvellement de la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion (MJPRTR)

L'article 706-25-16 du code de procédure pénale prévoit que le renouvellement de la mesure ne pourra désormais excéder 5 ans et 3 ans pour les mineurs (soit des durées quasiment divisées par 2 par rapport à la version censurée), sans possibilité comme elle était initialement prévue de porter la durée de la mesure à 10 ans lorsque les faits ayant donné lieu à la condamnation étaient de nature criminelle ou punissables de 10 ans d'emprisonnement (ce qui concernait, rappelons-le, la quasi intégralité des infractions terroristes).

Afin de répondre à la censure du Conseil constitutionnel (§19), le Gouvernement entend désormais préciser que le renouvellement de la mesure devra se fonder sur l'existence d'éléments nouveaux ou complémentaires, réponse à nouveau formelle à la censure constitutionnelle et aligne le régime de cette mesure de sûreté sur celle des mesures de contrôle administratives que sont les MICAS.

Dans la version 2020, la mesure de surveillance de sûreté terroriste ne pouvait être ordonnée que si l'inscription au FIJAIT était insuffisante à prévenir la récidive (comme c'est le cas pour la surveillance ou rétention de sûreté de droit commun ou comme c'est le cas pour le prononcé de la surveillance judiciaire en matière d'infraction à caractère sexuel).

Il ne s'agissait que d'une exigence formelle qui ne fait jamais l'objet d'aucune vérification et figure systématiquement dans chaque décision des juridictions régionales de la rétention de sûreté ordonnant un placement sous surveillance. Le Gouvernement ne s'embrasse même plus d'une condition supplémentaire.

2.3.L'articulation MJPRTR et autres mesures de sûreté, de suivi ou de contrôle

Le PJJ prévoit l'application de cette nouvelle mesure de suivi aux personnes condamnées pour des faits terroristes qui ne font l'objet d'aucun autre suivi, en excluant explicitement les personnes faisant l'objet d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance de sûreté.

Art. 5 P JJL : IV. - La mesure prévue au I ne peut être ordonnée que si cette mesure apparaît strictement nécessaire pour prévenir la récidive et assurer la réinsertion. Elle n'est pas applicable si la personne a été condamnée à un suivi socio-judiciaire en application de l'article 421 8 du code pénal ou si elle fait l'objet d'une mesure de surveillance judiciaire prévue à l'article 723 29 du présent code, d'une mesure de surveillance de sûreté prévue à l'article 706 53 19 ou d'une rétention de sûreté prévue à l'article 706-53-13.

2.3.1. L'incompatibilité avec la surveillance judiciaire

S'agissant de la surveillance judiciaire, elle ne trouve à s'appliquer qu'aux personnes ayant bénéficié de réductions de peine (crédits ou réductions supplémentaires). Il sera utilement rappelé que depuis juillet 2016 les détenus condamnés pour des infractions terroristes ne

bénéficient plus des crédits de réductions de peine (pour des faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2016).

On comprend que l'objectif du projet de loi tel qu'adopté par l'Assemblée nationale en première lecture est de permettre le suivi de personnes condamnées pour des faits de terrorisme, privées par la loi du bénéfice des crédits de réduction de peine et donc peu ou pas éligible à la mesure de contrôle déjà existante que représente la surveillance judiciaire.

Le législateur a ainsi progressivement organisé l'échec de la réinsertion des personnes détenues et a créé les conditions d'un usage impossible des dispositifs existants. Il est donc le seul manifestement autorisé à se prévaloir de ses propres turpitudes, tout en se revendiquant d'une mesure de « réinsertion ».

2.3.2. L'incompatibilité avec le suivi socio judiciaire

S'agissant du suivi socio-judiciaire, il sera utilement rappelé que le caractère systématique et automatique de son prononcé dans la cadre d'une condamnation pour des faits terroristes est la seule et unique disposition non censurée du projet de loi censuré le 7 août 2020.

Cette peine complémentaire est désormais le principe en matière terroriste, sauf si la juridiction entend spécialement motivée la décision de l'écarter.

L'article 421-8 du code pénal dans sa version issue de la loi du 10 août 2020, en vigueur au 12 août 2020 dispose ainsi que : « Les personnes coupables des infractions définies aux articles 421-1 à 421-6 sont condamnées à un suivi socio-judiciaire selon les modalités prévues aux articles 131-36-1 à 131-36-13. Toutefois, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer cette peine, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. »

S'agissant d'une peine complémentaire, ce dispositif plus sévère ne trouvera à s'appliquer qu'à des faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2020.

Le suivi socio-judiciaire est néanmoins une peine complémentaire déjà systématiquement prononcée par les juridictions correctionnelles spécialisées en matière terroriste (16/33e chambre du TJ de PARIS et devant le pôle 2-3 de la Cour d'appel de Paris), et ce depuis plusieurs années.

2.3.3. Bilan du public cible de cette nouvelle mesure de sureté

Le nouveau dispositif instauré par le projet de loi présenté par le Gouvernement ne concernerait donc en réalité que la portion congrue d'individus en cours d'exécution de peine, condamnés pour des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 2016 mais antérieurs à

l'entrée en vigueur de la loi du 10 août 2020, et parmi eux seulement ceux qui n'ont pas vu leur condamnation assortie d'un suivi socio-judiciaire et n'ayant pas déjà été libérés.

L'étude d'impact précise à ce sujet que la nouvelle mesure pourrait ainsi concerner 163 personnes libérables entre 2020 et 2023, au plus, sans que les services du ministère ne soient en capacité de déterminer parmi ces 163 personnes combien sont par ailleurs condamnées à un suivi socio-judiciaire ou bénéficiaires d'autres mesures de suivi judiciaire qui devaient les exclure du champ d'application de la présente loi.

De ce nombre déjà relatif doivent être soustraits la vingtaine de condamnés qui seront arrivés au terme de leur peine avant l'entrée en vigueur du texte présenté par le Gouvernement ; texte qui sera donc débattu pour ne concerner en réalité moins de 150 personnes qui pourraient parfaitement faire par ailleurs l'objet d'un éventail de mesures de suivi et de contrôle déjà parfaitement établi en matière de lutte antiterroriste, qu'elles soient judiciaires ou administratives.

Ainsi, la même étude d'impact précise que près de 80% des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) sont ordonnées contre des condamnés sortant de prison.

3. Renseignement

Si pendant longtemps le renseignement s'exerçait hors de tout cadre juridique (hormis le contrôle ministériel s'agissant de la surveillance de police administrative), la loi adoptée le 24 juillet 2015 était venue donner un cadre légal aux pratiques existantes dans le contexte des attentats de janvier 2015.

Le présent projet de loi vient pérenniser les dispositifs existants qui ne peuvent être abordés qu'au regard des finalités définies par l'article L.811-3 du CSI qui permettent aux services de renseignement et de police d'user de ces dispositifs :

« Pour le seul exercice de leurs missions respectives, les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques mentionnées au titre V du présent livre pour le recueil des renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation suivants :

- 1° L'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ;*
- 2° Les intérêts majeurs de la politique étrangère, l'exécution des engagements européens et internationaux de la France et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ;*
- 3° Les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ;*
- 4° La prévention du terrorisme ;*
- 5° La prévention :*

- a) *Des atteintes à la forme républicaine des institutions ;*
- b) *Des actions tendant au maintien ou à la reconstitution de groupements dissous en application de l'article L212-1*
- c) *Des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique ;*
- 6° *La prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ;*
- 7° *La prévention de la prolifération des armes de destruction massive ».*

Face aux évolutions proposées, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) a rendu deux délibérations, les 7 et 14 avril 2021, faisant part d'un certain nombre d'inquiétudes auxquelles le Syndicat des avocats de France ne peut que se joindre.

3.1. Transmission de renseignements entre services (art. 7 du projet)

Cet article vise à préciser le cadre des échanges de renseignements et d'informations entre les services de renseignements et les autorités administratives.

Ainsi l'article L822-3 du code de la sécurité intérieure tel qu'issu de la loi du 24 juillet 2015 disposait : *« Les renseignements ne peuvent être collectés, transcrits ou extraits pour d'autres finalités que celles mentionnées à l'article L. 811-3. Ces opérations sont soumises au contrôle de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Les transcriptions ou les extractions doivent être détruites dès que leur conservation n'est plus indispensable à la poursuite de ces finalités. »*

L'article 7 susvisé introduit la notion de « transmission » des informations entre services. Il précise que ces dernières ne peuvent intervenir que si « la transmission est strictement nécessaire à l'exercice des missions du service destinataire ».

En outre, il introduit une la nécessité d'une autorisation préalable du Premier Ministre, après avis de la CNCTR lorsque les transmissions de renseignements bruts collectés poursuivent une finalité différente de celle qui en a justifié le recueil, ou dans l'hypothèse où *« les transmissions de renseignements collectés, extraits ou transcrits qui sont issus de la mise en œuvre d'une technique de recueil de renseignement à laquelle le service destinataire n'aurait pu recourir au titre de la finalité motivant la transmission. »*

Cet avis de la CNCTR ne lie pas le Premier Ministre ; la mission de contrôle ainsi confiée à la CNCTR ne peut être jugé effective.

Il sera utilement rappelé que six services de renseignement sont dédiés à la surveillance administrative, correspondant au « 1^{er} cercle », qui peuvent faire un usage large de différentes techniques, sous l'autorité du premier ministre et rattachés à des ministères (intérieur, finances, armées).

Le second cercle est constitué des services de police (DCSP, Gendarmerie, Préfet) qui ont des accès à certains outils et sont habilités selon leurs diverses finalités.

Ainsi la modification législative envisagée étend la possibilité pour des services de renseignements du second cercle d'obtenir la transmission d'informations obtenues par des services de renseignements du premier cercle par des techniques qu'ils n'auraient pas pu mettre en œuvre seuls.

La durée de conservation des données conserve pour point de départ le jour de leur collecte, peu importe les transmissions ultérieures.

Il modifie par ailleurs l'article L863-2 du code de la sécurité intérieure qui prévoyait que certaines autorités administratives¹ pouvaient transmettre aux services de renseignements au sens des articles L811-2 et L811-4 du code de la sécurité intérieure, de leur propre initiative ou à la requête de ces services « des informations utiles à l'accomplissement des missions de ces derniers ».

Le texte prévoit désormais que peuvent être transmises toutes informations : *« même couverte par un secret protégé par la loi, strictement nécessaire à l'accomplissement des missions de ce service et susceptible de concourir à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L. 811-3. »*

3.2. Conservation de données pour les travaux de recherche et développement (art. 8 du projet)

Il est adjoint à l'article L822-2 du code de la sécurité intérieure qui traite des durée de conservation des renseignements collectés par la mise en œuvre d'une technique de renseignement un troisième paragraphe visant à permettre aux services de renseignements : *« Aux seules fins de recherche et de développement en matière de capacités techniques de recueil et d'exploitation des renseignements et à l'exclusion de toute utilisation pour la surveillance des personnes concernées »*

Ces données pourront désormais être conservées pendant une durée de 5 ans, avec pour objectif *« d'acquérir des connaissances suffisantes pour développer, améliorer et valider les capacités techniques de recueil et d'exploitation »*.

¹ administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes gérant des régimes de protection sociale relevant du code de la sécurité sociale et du code rural ou mentionnés aux articles L. 223-16 et L. 351-21 du code du travail et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif ainsi que les commissions de coordination des actions de prévention des expulsions locatives prévues à l'article 7-2 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement.

Les renseignements conservés ne devront plus faire état des motifs, des finalités pour lesquels ils ont été collectés et ne permettant pas de rechercher l'identité des personnes concernées. Ces données seront conservées de manière à ce qu'elles ne soient accessibles qu'à des agents spécialement habilités et exclusivement affectés aux missions de recherche et développement, sur un système d'information dédié. Elles seront placées sous le contrôle de la CNCTR.

Le Syndicat des avocats de France ne peut que rejoindre les inquiétudes exprimées tant par la CNIL que par le Conseil d'Etat concernant l'encadrement pour le moins léger du régime de conservation de ces données et les conditions de leur stockage.

3.3. Harmonisation des durées d'autorisation pour les techniques de recueil et de captation de données informatiques (article 9 du projet)

L'article L. 853-2 du code de la sécurité intérieure opère une distinction entre la technique de recueil de données informatiques et celle de la captation de données informatiques.

La captation des données informatiques consiste en un dispositif technique permettant de capter en temps réel des flux de données émis ou reçus par des périphériques (écran, clavier, périphérique audiovisuel) ou des systèmes informatiques détenus par l'objectif.

Le recueil des données informatiques permet de collecter des données stockées dans un ou plusieurs systèmes informatiques utilisés par un objectif, le recueil étant opéré soit directement en accédant au support des données informatiques, soit à distances, au travers des réseaux

La disposition prévoit que la durée d'autorisation de recueil des données informatiques est portée de 30 à 60 jours renouvelable ce qui était d'ores et déjà le cas pour la captation des données.

L'harmonisation des deux régimes se fait à la hausse, en augmentant le temps pendant lequel l'exploitation de ces données pourra être pratiquée, alors que quelques considérations concernant le respect de la vie privée auraient dû imposer une harmonisation à la baisse.

3.4. Extension des possibilités de réquisition des opérateurs télécom pour la mise en œuvre des techniques de renseignement et des techniques spéciales d'enquête (article 10 du projet)

Les articles L. 871-3 et L. 871-6 du code de la sécurité intérieure prévoient les conditions dans lesquelles l'autorité administrative peut requérir le concours des opérateurs de communications électroniques et des fournisseurs d'accès à Internet afin qu'ils réalisent, sur leurs réseaux, des opérations matérielles nécessaires à la mise en œuvre des techniques de renseignement autorisées par la loi et des interceptions de correspondances ordonnées par l'autorité judiciaires dans le cadre de procédures pénales.

Cette modification a pour objectif d'une part de permettre à l'autorité administrative de pouvoir requérir l'assistance des opérateurs non seulement au visa des articles susvisés mais également dans le cadre des techniques spéciales d'enquête prévues par le code de procédure pénale d'autre part.

Cette modification doit permettre aux services de renseignement de disposer de l'autorisation pour installer chez les opérateurs, ou dans les infrastructures situées sur le territoire, des IMSI catcher dont le caractère particulièrement intrusif des récoltes qu'ils permettent rend particulièrement inquiétant leur usage hors d'un cadre judiciaire, dépourvu des garanties de contrôle et d'indépendance qu'assure en principe la présence d'un magistrat.

3.5. Expérimentation d'une technique d'interception des communications empruntant la voie satellitaire (article 11 du projet)

Il ressort de l'étude d'impact diligentée par le Conseil d'Etat que la mise en place de cette expérimentation répond à la crainte de l'échec des investigations et des surveillances à intervenir liée à la multiplication des communications satellitaires.

Le cadre juridique actuel rend difficile cette interception dans la mesure où rien ne peut contraindre un opérateur étranger à déférer à une réquisition de l'ARCEP, cela fait craindre un manquement à la confidentialité et une difficulté potentielle à intervenir pour disposer d'un identifiant précis dont l'interception pourra être demandé.

Cet article crée donc un dispositif expérimental applicable jusqu'au 31 juillet 2025.

Il est introduit un article L. 852-3 dans le code de la sécurité intérieure au terme duquel :

« I. Dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre et pour les seules finalités prévues aux 1°, 2°, 4° et 6° de l'article L. 811-3, peut être autorisée l'utilisation, par les services spécialisés de renseignement et les services mentionnés à l'article L. 811-4 désignés, au regard de leurs missions, par un décret en Conseil d'État pris après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, d'un appareil ou d'un dispositif technique mentionné au 1° de l'article 226-3 du code pénal afin d'intercepter des correspondances émises ou reçues par la voie satellitaire, lorsque cette interception ne peut être mise en œuvre sur le fondement du I de l'article L. 852-1 du présent code, pour des raisons techniques ou pour des motifs de confidentialité faisant obstacle au concours des opérateurs ou des personnes mentionnés à l'article L. 851-1. Les correspondances interceptées dans ce cadre sont détruites dès qu'il apparaît qu'elles sont sans lien avec la personne concernée par l'autorisation, et au plus tard au terme du délai prévu au 1° du I de l'article L. 822-2. »

L'autorisation est délivrée pour une durée de trente jours renouvelable.

Les données collectées doivent faire l'objet d'une centralisation immédiate dans les services du Premier ministre, lequel a également en charge les retranscriptions et d'extraction des communications. Le nombre d'autorisation d'interception en vigueur est arrêté par le Premier ministre après avis de la CNCTR.

Le Syndicat des avocats de France ne peut que s'inquiéter de l'introduction d'une expérimentation, peu encadrée à la lecture des avis de la CNIL, au regard du sort réserver aux précédentes expérimentations évoquées (ne serait-ce que dans ce seul projet de loi) prolongée ou pérennisée sans avoir jamais prouvé leur efficacité.

Il sera utilement rappelé, pour conclure, qu'il s'agit d'outil permettant une collecte massive et automatique de renseignements susceptible de concerner des personnes se trouvant à proximité d'une cible.

3.6. Pérennisation des dispositions relatives à l'algorithme (article 12 du projet)

Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 851-3 prévoit notamment la mise en place des *boîtes noires* en précisant que « *pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, il peut être imposé aux opérateurs et aux personnes mentionnés à l'article L, 851-1 la mise en œuvre sur leurs réseaux de traitements automatisés destinés, en fonction de paramètres précisés dans l'autorisation, à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste.* »

Ce texte permet ainsi, depuis 2015, une surveillance de masse, indifférenciée, sur internet, avec une collecte et une conservation massive de données.

La Cour de justice de l'Union européenne a rappelé, par un arrêt *La Quadrature du Net E.A.* du 6 octobre 2020², que la conservation des données de trafic web n'était possible que si elle était limitée dans le temps, s'il existait suffisamment d'éléments concrets relatifs à une menace grave, « *réelle et actuelle ou prévisible* » pour la sécurité nationale.

Dans sa décision en date du 21 avril 2021, (Ass., *French Data Network et autres*, n° 393099), l'assemblée du Conseil d'État a confirmé que l'article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure et les décrets pris pour son application ne méconnaissaient le droit de l'Union européenne sous la réserve de ce qu'ils permettent la mise en œuvre de traitements automatisés sans prévoir, avant l'identification des personnes dont les données sont susceptibles de révéler une menace à caractère terroriste, un contrôle préalable par une juridiction ou par une autorité administrative dotée d'un pouvoir contraignant³.

Dans le cadre de l'étude d'impact, le Conseil d'Etat considère qu'il ne s'agit pas d'une surveillance généralisée dans la mesure où « *le service demandeur conçoit ainsi l'algorithme*

² CJUE, Grande chambre, 6 octobre 2020, C-511/18 - *La Quadrature du Net contre Premier Ministre*

³ <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-04-21/393099>

en fonction du comportement qu'il sait ou suppose être celui des individus porteurs de la menace qu'il cherche à détecter. Ce comportement est modélisé informatiquement : cela signifie que le service définit des paramètres techniques caractérisant le comportement recherché et reposant sur la seule analyse des données de connexion ».

Le Syndicat des avocats de France ne peut que constater que cet article a pour vocation de pérenniser un outil permettant une surveillance généralisée mais ciblée des données de connexion ce qui ne peut manquer d'inquiéter à l'aune des évolutions potentielles afférentes à la notion de terrorisme.

Le projet de loi pérennise également les conditions de mises en œuvre de ces algorithmes :

- les paramètres de détection sont contrôlés par la CNCTR, autorité administrative indépendante
- l'autorisation est octroyée pour deux mois renouvelable sous réserve de la production d'un rapport démontrant la pertinence qualitative et quantitative de l'algorithme mis en place
- en cas d'alerte, le service de renseignement concerné est averti. Il doit former une nouvelle demande motivée pour que le Premier ministre permette, après avis de la CNCTR, que lui soit transmis l'identifiant technique lié à l'alerte.

Cette disposition prévoit également la destruction immédiate des données qui ne révéleraient pas une menace à caractère terroriste sans plus de précisions. Les autres données sont susceptibles d'être conservées pour une durée de 60 jours.

3.7. Dispositions relatives aux adresses complètes de ressources sur internet (URL) (articles 13 et 14)

Le projet de loi étend le champ de la technique prévue à l'article L. 851-3 du CSI aux adresses complètes de ressources utilisées sur Internet, soit les données de connexion produites par l'utilisation d'internet en l'espèce les adresses de ressources sur internet (URL).

Les algorithmes pourront donc concerner des « URL-données de connexion, mais aussi les adresses qui *« sont porteuses par nature des informations consultées »* (article 13 du projet).

L'article 14 du projet prévoit pour sa part l'extension du champ d'application des dispositions de l'article L.851-2 du code de la sécurité intérieure, prévoyant le recueil en temps réels des données, aux adresses complètes de ressources dites URL, en alignant les durée de conservation de ces données de connexion ou données mixtes, à 4 mois.

Le projet de loi prévoit que ces données ne puissent être recueillies que pour la prévention du terrorisme et uniquement à l'encontre de personnes identifiées et contre lesquelles il existe des

raisons sérieuses de penser qu'elles « sont susceptibles de fournir des informations » en relation avec la menace.

Or il convient de rappeler que dans sa délibération n° 1/2016 du 14 janvier 2016, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement a considéré que les adresses de ressources sur internet constituaient une catégorie de données mixte, ces adresses pouvant constituer de simples données de connexion comme des données de contenu lorsqu'elles « *sont porteuses par nature des informations consultées* » ».

Le Gouvernement procède ici à un élargissement du champ des données et informations qui pourront être récoltées en temps réel par des algorithmes qui ne concernaient jusqu'à présent que les seules données de trafic et connexion de téléphonie.

Le Syndicat des avocats de France ne peut que constater que ces dispositions ouvrent au renseignement l'accès à des outils plus intrusif et attentatoire pour la vie privée des individus, sans qu'un cadre protecteur ne soit parallèlement imposé.

Le Conseil constitutionnel⁴ avait justifié la constitutionnalité de l'article L851-1 du code de la sécurité intérieure lors de son examen par le fait que les données exploitées alors « *ne [pouvaient] en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications* ».

On ne peut que craindre que l'extension des données récoltées à des informations de contenu représente un risque tant d'atteinte à la vie privée que de mise en œuvre d'une société de surveillance généralisée.

3.8.Modalités de conservation des données de connexion en cas de menace grave, actuelle ou prévisible sur la sécurité nationale (article 15)

Cet article vise à préciser la durée de conservation et les informations stockées par les opérateurs en matière de métadonnées et de données de connexion et les conditions pour lesquelles ces éléments sont stockés et conservés.

A titre liminaire il faut rappeler que dans le domaine judiciaire près de deux millions de réquisitions portant sur ces données sont transmises par la PNIJ et 50.000 dans le cadre de procédures administratives de renseignements.

Cette disposition vise à compléter l'article L34-1 du code des postes et des télécommunications en imposant aux opérateurs :

- « 1° Pour les besoins des procédures pénales, de la prévention des menaces contre la sécurité publique et de la sauvegarde de la sécurité nationale, les informations relatives

⁴ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, ct 55

à l'identité civile de l'utilisateur, jusqu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la fin de validité de son contrat ;

- 2° Pour les mêmes finalités que celles énoncées au 1°, les autres informations fournies par l'utilisateur lors de la souscription d'un contrat ou de la création d'un compte ainsi que les informations relatives au paiement, jusqu'à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la fin de validité de son contrat ou de la clôture de son compte ;
- 3° Pour les besoins de la lutte contre la criminalité grave, de la prévention des menaces graves contre la sécurité publique et de la sauvegarde de la sécurité nationale, les données techniques permettant d'identifier la source de la connexion ou celles relatives aux équipements terminaux utilisés, jusqu'à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la connexion ou de l'utilisation des équipements terminaux »

Ainsi l'article L34-1 CPCE introduit une distinction conforme à l'arrêt de la CJUE susvisé⁵ entre les informations relatives à l'état civil, les informations relatives au paiement qui sont conservées pour les besoins des procédures pénales (sans distinction) et les données techniques dont font parties les adresses IP qui ne peuvent l'être que pour les besoins de la lutte contre la criminalité grave, notion à tout le moins imprécise.

Au sujet de ces nouvelles dispositions la CNIL regrettait dans son avis du 3 mai 2021 (n°2021-053) : « *d'avoir à se prononcer dans des conditions d'urgence extrême sur de telles évolutions, compte tenu des enjeux associés à la collecte généralisée et indifférenciée des données relatives aux communications électroniques et les impacts substantiels s'agissant de la vie privée des personnes concernées qui en résultent.* »

Sur les données conservées elle faisait les observations suivantes : « *La Commission relève que le renvoi aux données techniques permettant d'identifier l'utilisateur ou relatives aux équipements terminaux de connexion utilisés est particulièrement large. Si elle relève que l'adresse IP pourra notamment être conservée à ce titre, elle rappelle que seules les données nécessaires aux finalités poursuivies par une telle conservation devront être conservées par les opérateurs* ».

Le projet de loi prévoit par ailleurs une modification permettant « *pour des motifs tenant à la sauvegarde de la sécurité nationale, lorsqu'est constatée une menace grave, actuelle ou prévisible, contre cette dernière, le Premier ministre peut enjoindre aux opérateurs de communications électroniques de conserver, pour une durée d'un an, certaines catégories de données de trafic et de localisation* ».

L'injonction du Premier ministre, qui prend la forme d'un décret dont la durée d'application ne peut excéder un an, peut être renouvelée si les conditions prévues pour son édicton continuent d'être réunies.

⁵ CJUE, Grande chambre, 6 octobre 2020, C-511/18 - La Quadrature du Net contre Premier Ministre

Le Syndicat des avocats de France ne peut que déplorer que la durée de conservation soit particulièrement longue, sans contrôle de la CNCTR, et fondée sur des critères imprécis, concernant des infractions indéfinies (« criminalité grave »).

La compatibilité de ces dispositions avec l'arrêt susvisé de la Cour de Justice de l'Union Européenne pose question dans la mesure où il est prévu une conservation généralisée et indifférenciée, non seulement de l'identité des utilisateurs de métadonnées, mais également de leur adresses IP.

Cette modification législative se base en réalité sur les conclusions du Conseil d'Etat du 21 avril 2021 (French data Network et a., n° 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718).

Dans son arrêt me Conseil d'Etat considérait que « s'agissant de la lutte contre la criminalité et la prévention des menaces à l'ordre public, si la CJUE estime que ces objectifs ne sauraient justifier une conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, et ce, quel que soit le degré de gravité de cette criminalité ou de ces menaces et n'admet qu'une conservation ciblée de ces données pour la seule lutte et répression de la criminalité grave, une telle conservation ciblée, à supposer qu'elle soit techniquement réalisable, ferait obstacle à l'action des services d'enquête et serait contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi. »

En outre il concluait : « *tant que la France sera soumise à une menace grave actuelle ou prévisible sur sa sécurité nationale, le mécanisme de conservation rapide pourra s'appliquer aux données conservées à ce titre* », laissant au pouvoir judiciaire le soin d'en apprécier la proportionnalité.

C'est donc à l'aune de ces éléments que la modification législative a été imaginée.

Ainsi et bien qu'une limite de principe ait été introduite dans la loi, il y a fort à parier que le Premier ministre puisse annuellement venir établir que la situation justifie la conservation des données, l'actualisation de la gravité de la menace pesant sur la France, risque terroriste ou d'espionnage industriel, ne semblant pas être de nature à empêcher une conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion.

On ne peut que regretter, ainsi que le relève la CNIL que les autorités indépendantes soient écartées de la procédure d'injonction aux opérateurs. La CNIL indiquait ainsi sur les demandes du premier ministre : « *que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) est compétente s'agissant de la mise en œuvre de techniques de renseignement et constitue à ce titre un des maillons de la chaîne opérationnelle conduisant au recueil de renseignements. Dès lors, elle estime, dans la mesure où le principe même de la conservation de données de trafic et de localisation constitue une atteinte à la vie privée, que l'injonction du Premier ministre imposant aux opérateurs la conservation de ces données devrait être soumise pour avis à la CNCTR. La Commission relève qu'une telle modalité est*

notamment de nature à garantir un strict équilibre entre l'atteinte à la vie privée portée par cette collecte et la protection de la sécurité nationale. »

3.9. Procédure de contrôle préalable à la mise en œuvre des techniques de renseignement sur le territoire national (article 16 du projet)

L'article L. 821-1 du code de la sécurité intérieure prévoit pour l'heure que la mise en œuvre sur le territoire national d'une technique de recueil de renseignement est soumise à autorisation préalable du Premier ministre, délivrée après avis d'une autorité administrative indépendante, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR).

Le Président de la CNCTR doit statuer dans un délai de 24h à compter de sa saisine motivé par le ministre de tutelle du service requérant, à défaut de quoi son avis est réputé être rendu.

Dans trois cas particuliers, la demande est traitée par une formation collégiale (restreinte ou plénière) :

- lorsqu'elle soulève une question nouvelle ou sérieuse, ou si la validité de la demande n'est pas certaine (article L. 832-3) ;
- lorsqu'elle porte sur l'introduction dans un lieu privé (article L. 853-3) à usage d'habitation ou en vue de la mise en œuvre de la technique prévue au 1° du I de l'article L. 853-2 (recueil de données stockées dans un système informatique) ;
- lorsqu'elle concerne une personne exerçant une profession ou un mandat bénéficiant d'une protection particulière (parlementaire, magistrat, avocat, journaliste), ses véhicules, ses bureaux ou ses domiciles (article L. 821-7) ; dans ce cas, seule la formation plénière est compétente.

Dans ces cas de figure, l'avis de la commission est rendu dans un délai de 72 heures.

Une fois l'autorisation délivrée par le Premier ministre, la technique de renseignement concernée peut être immédiatement mise en œuvre par le service à l'origine de la demande.

Dans le cas où l'autorisation aurait été délivrée en dépit d'un avis défavorable de la CNCTR, elle indique les motifs pour lesquels cet avis n'a pas été suivi ; la commission peut alors, en application de l'article L. 833-8 du code de la sécurité intérieure, saisir la formation spécialisée du Conseil d'Etat afin que celle-ci en contrôle la légalité et, le cas échéant, en suspende l'exécution ou l'annule dans les conditions prévues par le code de justice administrative. Il sera précisé que ce recours n'est pas suspensif, sauf l'hypothèse où la mesure est visée à l'article L853-3 CSI soit l'introduction dans un lieu d'habitation.

L'arrêt de grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 6 octobre 2020 (La Quadrature du Net, C-511/18) et la décision d'assemblée du Conseil d'Etat en date du 21 avril 2021, qui en tire les conséquences (Ass., French Data Network et autres, n° 393099) ont rendu impératif le fait de revoir ce cadre procédural.

En effet la CJUE a estimé qu'était contraire au droit de l'Union européenne la possibilité de mettre en œuvre certaines techniques de renseignement sans contrôle préalable par une autorité administrative indépendante dotée d'un pouvoir d'avis conforme ou une juridiction, en dehors des cas d'urgence dûment justifiée.

L'article L821-1 CSI prévoit désormais un recours suspensif devant le Conseil d'Etat en cas d'avis négatif, lequel devra statuer dans un délai de 24h sauf en cas d'urgence dûment justifié. *« Lorsque l'autorisation est délivrée après un avis défavorable de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, le Conseil d'État est immédiatement saisi par le président de la commission ou, à défaut, par l'un des membres de la commission parmi ceux mentionnés aux 2° et 3° de l'article L. 831-1 du présent code. La formation spécialisée mentionnée à l'article L. 773-2 du code de justice administrative, le président de la formation restreinte mentionnée au même article L. 773-2 ou le membre qu'il délègue statue dans un délai de vingt-quatre heures à compter de cette saisine. La décision d'autorisation du Premier ministre ne peut être exécutée avant que le Conseil d'État ait statué, sauf en cas d'urgence dûment justifiée et si le Premier ministre a ordonné sa mise en œuvre immédiate ».*

Le projet de loi prévoit donc la suppression de la procédure d'urgence absolue prévue à l'article L. 821-5 du code de la sécurité intérieure, excluant toute possibilité de mettre en œuvre une technique de renseignement sans que l'avis de la CNCTR ait été préalablement sollicité.

Il prévoit également la faculté, pour le Premier ministre, en cas d'urgence dûment justifiée, la mise en œuvre immédiate de la technique qu'il a autorisée en dépit d'un avis défavorable de la CNCTR, sans attendre que le Conseil d'État se soit prononcé, cette faculté étant limitée à trois finalités (indépendance nationale, intégrité du territoire, défense nationale ; prévention du terrorisme ; prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions) pour les techniques, plus intrusives, prévues aux articles L. 853-1 à L. 853-3 (captation de paroles ou d'images, recueil ou captation de données informatiques ; introduction dans les lieux privés) voire à une seule (prévention du terrorisme) pour l'introduction dans un lieu privé à usage d'habitation.

En outre sont exclus du champ dérogatoire la mise en œuvre de la technique de l'algorithme, mais également si les mesures envisagées concernent l'une des personnes visées au premier alinéa de l'article L. 821-7, autrement dit un parlementaire, un magistrat, avocat et journaliste.

A ce sujet la CNIL dans son avis susvisé relève que *« le dispositif est inutilement complexe en ce qu'au lieu de prévoir un avis conforme de la CNCTR, il prévoit une saisine du Conseil d'Etat, par des membres de la CNCTR et non le Premier ministre, dans l'hypothèse où un avis défavorable serait rendu. [...] Elle recommande donc qu'il soit, sauf dans certains cas d'urgence, interdit au premier ministre d'autoriser la mise en œuvre d'une technique de renseignement après avis défavorable de la CNCTR. Il reviendrait alors au Premier ministre soit de renoncer à la mise en œuvre de la technique, soit de saisir lui-même le Conseil d'Etat. »*

Le Syndicat des avocats de France ne peut que regretter que le projet de loi maintienne la possibilité, dans certaines circonstances, pour le Premier ministre d'autoriser la mise en œuvre immédiate de technique de renseignement contre l'avis défavorable de la CNCTR et sans attendre que le Conseil d'Etat ait pu examiner la question de leur autorisation, et que le projet ne prévoit par ailleurs aucune limitation explicite à « l'urgence » qui permet d'user de ces exceptions, et aucun contrôle a posteriori de cette condition d'urgence.

3.10. Echanges d'informations entre les services judiciaires et les services de renseignement (article 17 du projet)

Le projet de loi crée un article 706-105-1 du code de procédure pénale visant à permettre au Procureur de la République de Paris de transmettre, dans les affaires de terrorisme, de cybercriminalité et de criminalité organisée d'une grande complexité, des éléments figurant dans les procédures judiciaires à des services de renseignements, par dérogation au secret de l'enquête ; en cas d'instruction judiciaire, le Procureur de la République ne peut assurer cette communication que sur avis favorable du juge d'instruction.

Le juge d'instruction peut procéder lui-même à cette communication dans les mêmes conditions et aux mêmes fins, après avoir recueilli l'avis du Procureur de la République.

Le projet de loi prévoit une limite salubre, en prohibant la communication des informations concernées aux services de renseignements étrangers ou à des organismes internationaux compétents dans le domaine du renseignement.

Pour la CNIL ces dispositions « *en ce qu'elles permettent la transmission de données à caractère personnel, doivent s'effectuer dans le respect des principes relatifs à la protection de ces données, et plus spécifiquement ceux relatifs à la proportionnalité et la licéité des traitements.* »

Elle observe que le périmètre infractionnel bien que circonscrit aux affaires d'une très grande complexité, semble néanmoins élargi du fait du nombre important d'infractions pénales auxquelles il est renvoyé.

Le Syndicat des avocats de France ne peut qu'alerter sur le champ très étendu des qualifications pénales concernées et sur l'impérieuse nécessité que l'autorité judiciaire demeure seul maître de l'opportunité de la transmission des informations sollicitées.

A ce titre, la CNIL estime d'ailleurs que le projet de loi devrait être précisé afin de mentionner expressément le caractère facultatif, pour les autorités judiciaires, de la transmission de telles données, en indiquant qu'il revient à l'autorité judiciaire d'apprécier si celle-ci est de nature à nuire à la bonne administration de la justice.

En deuxième lieu, le projet de loi prévoit que ces informations peuvent être transmises aux services de renseignement dits du premier et du second cercle, pour les seules missions relevant de la prévention de la criminalité et de la délinquance organisée. A cet égard, la CNIL s'interroge sur les raisons ayant conduit le ministère à étendre cette possibilité aux services dits du second cercle.

Le Syndicat des avocats de France partage cette interrogation et regrette l'absence de limitation du nombre de services de renseignement du second cercle concernés, et ce compte tenu de l'atteinte que de telles communications portent au secret de l'enquête, à la protection de la vie privée et à la présomption d'innocence.

Enfin, et pour conclure, le Syndicat des avocats de France ne peut que regretter l'absence manifeste, dans l'ensemble de ce projet de loi, de l'étude d'impact qui l'accompagne et des débats ayant eu cours devant l'assemblée nationale, de la moindre réflexion sur l'opportunité de ce cumul systématique, cette accumulation et cet empilement de mesures de renseignements, de mesures de contrôle administratives, des investigations judiciaires et des mesures de suivi, d'accompagnement et d'insertion judiciaire.



Estellia ARAEZ
Présidente du SAF



Amélie MORINEAU
Membre du bureau