

Paris, le 07 juillet 2017

Avis du Défenseur des droits n°17-05

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Emet l'avis ci-joint sur le projet de loi n°587 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

| 1

Principes sur lesquels se fonde l'avis du Défenseur des droits

1. Par le texte soumis à votre examen, le Gouvernement souhaite intégrer dans le droit commun certaines mesures octroyant aux autorités administratives des pouvoirs étendus en matière de lutte contre le terrorisme.

Ce projet de loi a été élaboré à la suite des cinq prorogations de l'état d'urgence instauré en France depuis le 14 novembre 2015, à la suite des attentats terroristes commis sur le sol national, dans un contexte où la menace d'actes de terrorisme est toujours d'actualité.

Il entend donner aux autorités administratives des pouvoirs élargis pour prévenir les atteintes à l'ordre et à la sécurité publics dans le cadre de la prévention d'actes de terrorisme. Il entend également modifier des dispositions législatives concernant des techniques de renseignement et les contrôles dans les zones frontalières, et transposer en droit interne la directive UE 2016/681 du 26 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers.

*

2. A titre liminaire, le Défenseur des droits tient à souligner l'importance primordiale qu'il attache aux objectifs de protection du droit à la vie des populations et de prévention des attentats et des actes violents perpétrés sur le territoire.
3. De plus, face aux attentats, chaque Etat a le devoir d'accompagner les victimes et de contribuer à la réparation de leurs préjudices. En ce sens, le Défenseur des droits a mené un travail de fond sur la nécessité d'améliorer la prise en charge des préjudices subis par les victimes des actes de terrorisme. Il a adressé des recommandations au Gouvernement en ce sens cette semaine.

La lutte contre le terrorisme est d'abord une lutte menée par les services de l'Etat pour protéger un modèle de société fondé sur l'Etat de droit et les droits fondamentaux.

4. Le Défenseur des droits souhaite cependant émettre certaines réserves quant aux propositions soumises au Parlement dans le cadre de ce projet de loi.
5. Comme le Conseil Constitutionnel l'a rappelé, la France dispose d'une législation pénale extrêmement développée en la matière, les gouvernements successifs ayant souhaité adapter la réponse pénale à l'évolution de la menace terroriste.

Aujourd'hui, en souhaitant intégrer dans le droit commun de la lutte contre le terrorisme des dispositions qui ont, jusqu'à ce jour, relevé d'un droit d'exception, le Gouvernement prend le risque de remettre en cause, d'une part, l'équilibre qui fonde le droit pénal entre exigences de sécurité et protection des droits et libertés, et d'autre part, l'équilibre entre rôle de l'autorité administrative et rôle de l'autorité judiciaire.

6. Depuis 2015, au titre de la « prévention du terrorisme », le Parlement a adopté de nombreux textes en vue d'élargir la portée des dispositions conférant de larges pouvoirs à l'autorité administrative, lui permettant de prendre des mesures restrictives des droits et

libertés dans le cadre du droit commun, qui figurent en particulier dans le code de la sécurité intérieure. Pourtant, il convient de souligner, que ce code ne contient aucune définition juridique précise du « terrorisme »¹ et que le présent texte ne se réfère pas davantage aux dispositions du code pénal qui prévoient et répriment les actes de terrorisme dans ses articles 421-1 et suivants.

Ce choix annonce un risque d'élargissement des pouvoirs de l'administration en la matière et un glissement certain vers une logique de suspicion et de précaution dans notre société.

La présence de rares garanties dans le projet de loi ne permet pas de rétablir ce déséquilibre opéré entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire et ne saurait prémunir d'un usage abusif des pouvoirs ainsi conférés à l'administration.

7. En rupture avec les raisonnements juridiques habituels qui font normalement prévaloir le principe de légalité des délits et des peines – c'est-à-dire une définition préalable, claire et prévisible des comportements répréhensibles –, le principe de sécurité juridique – soit une stabilité et une prévisibilité des dispositions juridiques- et la « conception française de la séparation des pouvoirs »² pour prévenir et empêcher les passages à l'acte terroriste-, ces évolutions législatives risquent d'affaiblir de manière durable notre Etat de droit et les principes fondamentaux de notre démocratie.
8. La référence à une notion trop vague d'« actes de terrorisme », sans autre précision, comme déclencheur de ce régime dérogatoire pourrait inciter demain les autorités à s'affranchir des exigences procédurales habituelles. Le dispositif législatif examiné doit prévoir les mécanismes qui permettent de protéger les personnes visées contre les abus auxquels pourrait donner lieu à un usage extensif de ces dispositions nouvelles.
9. Le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence adopté par le Sénat et actuellement devant l'Assemblée nationale a pour but de le prolonger jusqu'au 1^{er} novembre 2017. Au terme de cette période, la France devrait notifier au Secrétaire général du Conseil de l'Europe la date à laquelle les autorités françaises ne seront plus en mesure de se prévaloir de la possibilité de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le fondement de son article 15.
10. Aussi, ce projet de loi doit-il être également examiné au regard de sa conformité avec les exigences de toutes les dispositions de la Convention européenne puisque demain, dans le cadre d'un recours contentieux, le requérant pourra invoquer des moyens tirés de la violation de ses stipulations. Or, l'insertion dans le droit commun de mesures restrictives de libertés comparables à celles instituées par la loi relative à l'état d'urgence, et ce en l'absence d'une situation de « guerre » ou de « danger public menaçant la vie de la nation », pourrait se révéler contraire à certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

On relèvera également certains risques de discordance avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de liberté d'aller et venir entre les Etats membres.

¹ Ajout de trois chapitres au livre II et amendements de certains articles du livre III au code de la sécurité intérieure. Amendement de l'article 78-2 du code de procédure pénale concernant les contrôles transfrontaliers.

² Selon le considérant 15 de la décision du Conseil constitutionnel, décision du 23 janvier 1987, n°86-224, DC.

11. En dehors de l'état d'urgence, le législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution et selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel en matière de terrorisme, se doit d'encadrer suffisamment les conditions de mise en œuvre et de contrôle juridictionnel de telles mesures administratives restrictives de droits et libertés. Cette exigence apparaît d'autant plus impérieuse que les dispositifs envisagés ne relèvent pas du champ d'application des règles de la procédure pénale.

L'ensemble de ces dispositions appelle de la part du Défenseur des droits les observations suivantes.

*

I. Instauration d'un périmètre de protection (article 1er)

12. L'article 1^{er} du projet de loi confère à l'autorité administrative la possibilité d'instaurer un périmètre de protection au sein duquel l'accès à la circulation des personnes est réglementé afin d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement soumis à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature ou de l'ampleur de sa fréquentation³.

-L'absence de conditions d'interprétation stricte des motifs d'instauration

13. La formulation créant le périmètre de protection prévue à l'article L. 226-1 du code de la sécurité intérieure qui conditionne la création d'une zone de protection à un « *risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature ou de l'ampleur de sa fréquentation* » ne permet pas à elle seule de cantonner strictement la zone de protection à son unique finalité, à savoir la prévention du terrorisme. Pour limiter l'impact de ce dispositif restreignant la liberté d'aller et venir et des libertés collectives comme la liberté d'association et la liberté d'expression, il apparaîtrait essentiel de prévoir une obligation de motiver en droit et en fait l'existence d'un risque circonstancié, réel et sérieux ainsi que le lien direct entre la mesure envisagée et le risque de passage à l'acte terroriste. Il est à noter que les zones de protection autorisées par la loi de 1955 ont pu être utilisées à des fins de simple maintien de l'ordre sans lien établi entre la mesure envisagée et le risque identifié de passage à l'acte terroriste, notamment, à titre d'exemple, à l'occasion de manifestations locales sur le plateau de Palaiseau pendant la COP 21 et du démantèlement du camp de la Lande à proximité de Calais. En outre, le projet de loi ne limite pas la zone de protection sur un plan spatial et temporel.

³ Article L.226-1 du code de la sécurité intérieure.

-L'absence de contrôle en temps réel du dispositif

14. Il serait pertinent de disposer d'une voie de recours de type référé d'heure à heure ou d'un contrôle préalable par un juge doté d'un pouvoir d'annulation et de réformation pour contrôler ce dispositif et le cas échéant en permettre l'adaptation pour garantir une stricte proportionnalité des restrictions mises en œuvre.

-Absence de limite de durée du périmètre de protection

15. Le projet n'impose pas, contrairement à la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, une condition de durée limitée à 24 heures du dispositif. Le texte exige simplement que sa durée soit « *proportionnée aux nécessités que font apparaître les circonstances* ». Le Défenseur des droits considère que la loi doit prévoir une limitation dans le temps de ce dispositif attentatoire à la liberté d'aller et venir et au droit au respect de la vie privée, en termes de segments et de reconduction.

-L'encadrement insuffisant des palpations de sécurité dans l'espace public

16. A l'intérieur de ce périmètre de protection, le texte instaure la possibilité de procéder à des palpations de sécurité. Les palpations ne sont pas limitées à l'accès au site et peuvent avoir lieu dans la zone de protection qui n'est pas limitée géographiquement et qui peuvent être mises en œuvre par les agents de police municipale.
17. Les dispositions concernant les palpations de sécurité étaient absentes des prérogatives données aux autorités administratives dans le cadre de l'état d'urgence. Dès lors, à cet égard, les dispositions du projet de loi ont une portée plus large que celles prévues dans la loi de 1955.

Par ailleurs, le texte n'exige pas dans le cadre de palpations de sécurité que le consentement de la personne, après une information précise sur les raisons du dispositif, soit donné ou que la palpation soit faite par des personnes de même sexe.

18. Il serait pertinent de limiter *a minima* les palpations de sécurité à l'occasion de l'accès des personnes à la zone de protection, étant précisé que des fouilles sont prévues par l'article 76 du code de procédure pénale.

-L'absence de renonciation éclairée et dénuée d'équivoque lors des fouilles et des inspections visuelles de bagage

19. Le préfet ou le représentant du préfet dans le département pourront ordonner l'instauration dans ces zones, de fouilles de véhicules et d'inspections visuelles de bagages avec le consentement préalable des personnes. Ces mesures de sécurité sont reconnues comme ayant vocation à permettre aux autorités de restreindre la liberté d'aller

| 5

et venir et le droit au respect de la vie privée. Or, les conditions du recueil du consentement des personnes concernées ne sont pas formalisées et les garanties de mise en œuvre de ces dispositions ne sont pas détaillées dans le projet de loi.

20. A titre d'exemple, il n'est pas précisé comment les personnes concernées seront informées de l'existence de ce dispositif, afin de les mettre en mesure de consentir à une restriction de leurs droits en toute connaissance de cause. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)⁴, le consentement doit être apprécié comme une renonciation à des droits fondamentaux, en l'espèce le respect de la vie privée et la liberté d'aller et venir. La renonciation licite à des droits fondamentaux doit être prévue par la loi, opérée en toute connaissance de cause et sans contrainte. En ce sens, en l'état du projet de loi, les conditions de mise en œuvre de ce procédé de police administrative ne sont pas suffisamment précises pour garantir aux intéressés la possibilité de donner un consentement libre et éclairé à la restriction de leurs droits. Il apparaît nécessaire de prévoir une obligation légale d'information du public concerné et que soient déterminés *a minima* la durée et les lieux ou catégories de lieux dans lesquels les contrôles peuvent être effectués.

-L'absence de cadre visant à prévenir les pratiques discriminatoires

21. Outre le fait que cette disposition restreint la liberté d'aller et venir des personnes sur la voie publique, dans les faits, le texte ne prévoit pas un cadre strict pour limiter la portée de ces contrôles. Il existe alors un risque de pratiques discriminatoires.

La question du motif des palpations de sécurité, des visites de véhicules et de fouille de bagages soulève la difficile question de l'objectivation du choix de la personne contrôlée dans le cadre de ces opérations alors même que ces mesures peuvent être pratiquées sur toute personne indépendamment de son comportement.

Dans l'affaire *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*⁵, la CEDH a condamné le Royaume-Uni après avoir déclaré contraire à l'article 8 de la Convention, la loi autorisant les officiers de police judiciaire à procéder à des fouilles aux fins de prévention d'actes terroristes. Ce texte conférait aux agents des pouvoirs discrétionnaires trop larges et peu encadrés. Ainsi, les fouilles étaient motivées par « *le pressentiment* » ou « *l'intuition professionnelle* » des policiers.

En ce sens, l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution adoptée le 18 décembre 2008, a réaffirmé que « *les mesures antiterroristes doivent être appliquées en tenant pleinement compte des droits fondamentaux de tous, y compris pour des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses ou linguistiques et être exemptes de toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine raciale* » et demandait aux Etats « *de ne pas établir aucun profil sur la base de stéréotypes liés à des formes de discriminations prohibées par le droit international, y compris des considérations d'ordre racial, ethniques ou religieux* ».

⁴ CEDH, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, requête n°6878/75; 7238/75, 23 janvier 1981.

⁵ CEDH, *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, requête n°4158/05, 12 janvier 2010

22. En l'état, le projet de loi n'apporte pas de garanties suffisantes quant au respect du droit à la liberté d'aller et de venir par les autorités administratives. Il apparaît nécessaire de mentionner que l'arrêté prescrivant les opérations prévues à l'article L.226-1 devra détailler, pour chaque périmètre de protection, un dispositif de supervision des opérations pour éviter les contrôles discriminatoires.

II. La fermeture des lieux de culte (article 2)

23. L'article 2 du projet de loi permet au préfet de police à Paris ou au représentant de l'Etat dans le département, aux fins d'assurer la prévention des actes de terrorisme, d'ordonner la fermeture d'un lieu de culte dans lequel les propos qui y sont tenus, les idées ou les théories qui y sont diffusées ou les activités qui s'y déroulent provoquent à la commission d'actes de terrorisme en France ou à l'étranger, incitant à la violence, ou font l'apologie de tels actes⁶.

-Une restriction générale à la liberté de culte

A cet égard, il convient de rappeler que le Conseil d'Etat a indiqué que la fermeture d'un lieu de culte est susceptible de porter atteinte à la liberté de culte, liberté fondamentale qui a pour composant le droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public et de la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte⁷.

Alors que dans le cadre de l'état d'urgence, seul le ministre de l'Intérieur est compétent pour décider de la fermeture des lieux de culte, le projet de loi ouvre cette possibilité au préfet de police à Paris ou au représentant de l'Etat dans le département.

24. Cet élargissement des organes pouvant prendre une telle mesure risque d'augmenter la fréquence de la fermeture de lieux de culte alors même qu'il n'existe pas de contrôle juridictionnel préalable.

De plus, le champ d'application de cette mesure est ici plus large que dans la loi sur l'état d'urgence et dépasse l'objectif premier poursuivi, la prévention et la lutte contre le terrorisme, en ajoutant l'incitation à la violence.

En effet, la fermeture peut être justifiée, par la tenue d'activités ou des propos incitant à la commission d'actes de terrorisme et à la violence, mais également par la constatation par les autorités administratives de la diffusion de « théories » ou « d'idées » incitant à la commission de tels actes.

En comparaison, la loi sur l'état d'urgence exigeait que des propos soient tenus pour procéder à la fermeture et ne donnait pas la possibilité de fermeture simplement sur la base de la diffusion de « théories » ou de simples « idées ».

⁶ Article L.227-1 du code de la sécurité intérieure.

⁷ CE, décision du 25 février 2016, n°397153, à propos de la mosquée de Lagny-sur-Marne.

-Des critères imprécis difficiles à établir et à contrôler

25. Le Défenseur des droits s'interroge sur les moyens de preuve que pourraient utiliser les autorités administratives pour justifier de la diffusion d'idées et de théories au sein d'un lieu de culte si aucun propos appuyant cette doctrine n'est exprimé.
26. En ce sens, le Conseil d'Etat a rappelé dans son avis sur le présent projet de loi que s'il apparaît que les mesures de fermeture administratives temporaires des lieux de culte sont appropriées pour prévenir de la commission d'actions violentes, « *il relève que de telles mesures peuvent, en l'état du droit, être prises par les autorités compétentes au titre de leur pouvoir de police administrative générale, sous réserve que les faits de l'espèce soient suffisamment caractérisés (Conseil d'Etat, 19 mai 1933, Sieur Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers)* ».

Force est de constater que la diffusion de théories ou d'idées ne pourrait permettre de caractériser suffisamment les faits.

En mettant en place un régime juridique fondé sur la diffusion des idées ou théories, en l'absence de tout acte matériel, le texte semble s'affranchir du droit commun de la preuve.

27. Aussi, les restrictions à la liberté de culte pourraient être disproportionnées. Le Défenseur recommande donc la mise en place d'un contrôle juridictionnel préalable incluant un examen de la proportionnalité de la mesure.

III. Les dispositions concernant les mesures individuelles de surveillance (article 3)

28. L'article 3 du projet de loi régit les surveillances individuelles. Il permet au ministre de l'Intérieur de prescrire des mesures individuelles de surveillance à l'encontre d'un individu à l'égard duquel il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public, aux fins de prévenir des actes de terrorisme⁸.
29. Peuvent ainsi être ordonnées les mesures suivantes : l'interdiction de se déplacer à l'extérieur d'un périmètre géographique déterminé, l'obligation de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, l'obligation de déclarer son lieu d'habitation ou le placement sous surveillance électronique mobile. La commission des lois du Sénat a réintégré après réécriture une disposition visant l'interdiction de séjour qui avait fait l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel⁹.
30. L'article 5-3 de la loi relative à l'état d'urgence, qui prévoit l'interdiction de séjour, n'a pas été modifié depuis sa rédaction en 1955. En visant « toute personne » qui chercherait à « entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics », le législateur

⁸ Article L.228-1 du code de la sécurité intérieure.

⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

autorise selon le Conseil constitutionnel une mesure « sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public ». Le Conseil constitutionnel avait prescrit un cadre légal avec un périmètre resserré de l'article 5-3. L'amendement déposé par le gouvernement ne semble pas pleinement reprendre cette interprétation à son compte.

-Des critères imprécis contraires aux principes de légalité et de sécurité juridique

31. En recourant aux termes de l'article L.228-1 du code de la sécurité intérieure, notamment à la notion de « *raisons sérieuses* » plutôt qu'à des éléments matériels caractérisant des faits, les catégories identifiées juridiquement et le mode de preuve proposé ne permettent pas à chaque particulier de savoir de façon prévisible quels sont les comportements visés, ce qui est contraire au principe de légalité.
32. Le Défenseur des droits s'interroge ainsi sur les conséquences que pourrait avoir sur les droits fondamentaux des personnes le fait de rentrer dans une logique de suspicion pour mettre en place une mesure restrictive de liberté, alors même que l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme permettant des restrictions à ces libertés ne s'applique plus.

-Une généralisation excessive de mesures exceptionnelles de police administrative

33. Le Défenseur des droits s'interroge sur la constitutionnalité de la généralisation des mesures de police administrative de surveillance dans le droit commun. A l'occasion de l'examen de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, le Conseil constitutionnel avait ainsi rappelé à propos de l'assignation à résidence, que la constitutionnalité d'une telle mesure est dans son principe conditionnée à sa durée, à ses conditions d'application et aux obligations complémentaires, dont elle peut être assortie. Elles « *doivent ainsi être justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à l'état d'urgence* »¹⁰.
34. Il est à noter que l'étude d'impact du projet de loi ne prend pas en considération les exigences du droit de l'Union européenne qui garantit la liberté de circulation et de séjour des ressortissants de l'Union européenne¹¹. Les mesures administratives restreignent également les libertés économiques des ressortissants européens comme le droit d'établissement et la liberté de circulation. L'impact des mesures individuelles sur le droit de l'Union européenne apparaît nullement pris en considération par le législateur.

¹⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-527 QPC, considérant 11.

¹¹ CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, n° 36/75 ; CJCE, 27 octobre 1977, Bouchereau, n° 30/77 ; CJCE, 14 mars 2000, Église de scientologie, n° C-54/99 ; CJCE, 14 octobre 2004, Omega, n° C-36/02 ; CJUE, GC, 22 mai 2012, P.I c/ Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid.

-L'absence de lien apparent entre les mesures individuelles et la menace

35. Le projet de loi n'exige pas que soit rapportée la preuve d'un lien entre la nature du comportement et la nature de la menace actuelle pour la sécurité et l'ordre publics susceptibles de justifier une mesure individuelle de surveillance. Dans le cadre de l'état d'urgence, ce lien n'était pas exigé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il apparaît néanmoins essentiel de le rétablir dans le présent projet de loi. Cette condition a vocation à prohiber l'utilisation de mesures individuelles de surveillance pour des motifs étrangers au risque de la commission d'actions terroristes en lien avec des circonstances précises de la menace terroriste actuelle. Il est important de cantonner l'utilisation des mesures à des situations qui correspondent à des comportements en lien avec des actions terroristes précises et circonstanciées pour éviter une utilisation abusive de ces dispositifs.

-Le manque de discernement dans le choix des personnes ciblées

36. Le champ d'application concernant la catégorie des personnes visées est élargi par rapport à la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, la disposition ne concernant pas simplement les individus à l'encontre desquels existent des raisons sérieuses de penser que leur comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public, mais aussi les individus qui entrent en relation de manière habituelle avec des personnes ou des organisations incitant, facilitant ou participant à des actes de terrorisme, ou qui soutiennent ou adhèrent à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme en France ou à l'étranger ou faisant l'apologie de tels actes.

Du fait de critères légaux moins précis, il y a lieu de s'interroger sur un éventuel élargissement du recours à des mesures de police administratives à l'égard d'autres catégories de personnes.

En ce qui concerne le placement sous surveillance électronique mobile, la loi de 1955 prévoit qu'un individu peut faire l'objet d'une telle mesure lorsqu'il a été condamné à une peine d'emprisonnement à la suite de la commission d'un crime qualifié d'acte de terrorisme ou d'un délit recevant la même qualification et puni de 10 ans d'emprisonnement, et qu'il a fini l'exécution de sa peine depuis moins de huit ans. Cette condition qui apporte des garanties complémentaires n'est pas reprise dans le présent projet de loi.

37. Dès lors, le Défenseur des droits s'inquiète de voir qu'à plusieurs reprises, le projet de loi semble moins respectueux des libertés individuelles que ne l'était celui sur l'état d'urgence et constate des disproportions entre les exigences de sécurité et la protection des droits et libertés.

-L'absence de prise en compte de circonstances tenant à la vie privée familiale, professionnelle et sociale

38. Dans son avis n° 390867 rendu le 17 décembre 2016, le Conseil d'Etat précise qu'une assignation à résidence qui se bornerait, pour les personnes radicalisées et présentant des indices de dangerosité, à restreindre leur liberté de circulation avec des modalités d'exécution laissant à l'intéressé une liberté de mouvement conciliable avec une vie familiale et professionnelle normale, pourrait, le cas échéant, être envisagée dans un cadre administratif. Elle devrait être prévue par la loi et comporter un degré de contrainte inférieur aux mesures prévues par l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

Or, le texte proposé ne semble pas prévoir des modalités permettant de prendre en compte les circonstances tenant à la vie privée familiale et sociale des personnes, notamment sur le volet professionnel permettant d'assurer un maintien d'un certain degré de normalité à leur vie familiale et professionnelle. Il en est ainsi dans l'amendement du gouvernement portant sur l'interdiction de séjour qui prévoit que « *L'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique, qui ne peut inclure le domicile de la personne intéressée* ». Par conséquent, le Défenseur des droits recommande que soient intégrées les circonstances tenant à la vie privée familiale, professionnelle et sociale.

IV. Les dispositions concernant les visites et les saisies (article 4)

39. L'article 4 du projet de loi étend aux autorités administratives la possibilité d'ordonner des visites de tout lieu au sein duquel il existe des raisons sérieuses de penser qu'il est fréquenté par une personne répondant aux mêmes critères que ceux de l'article précédent, toujours aux fins de prévenir des actes de terrorisme.

- La légalisation de mesures potentiellement attentatoires à l'inviolabilité du domicile et au droit de propriété

40. Désormais, l'autorité administrative peut, de jour comme de nuit, procéder à des visites de domiciles dès lors qu'elle justifie de l'urgence et de la nécessité de l'opération.

Cette disposition est donc potentiellement attentatoire au droit au respect de la vie privée et familiale tel que définie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Est également prévue la possibilité pour l'officier de police judiciaire d'effectuer des saisies de données contenues dans tout système informatique de la personne concernée ainsi que la retenue administrative de la personne perquisitionnée.

Ces mesures reprennent le dispositif de l'article 11 de la loi de 1955 tel que modifié par la loi du 28 février 2017 (saisie informatique, exploitation des données après saisine du juge). Néanmoins, leur champ d'application est plus large, concernant notamment la catégorie des personnes visées.

De plus, une mesure est ajoutée à celles qui sont prévues par la loi sur l'état d'urgence, à savoir la possibilité pour les officiers de police judiciaire d'effectuer des saisies autres qu'informatiques.

- Les conditions relatives aux heures de perquisitions, à la nature des saisies, au respect du secret professionnel et des droits de la défense, à la présence des enfants

41. La perquisition est une mesure d'enquête visant à rechercher des éléments de preuve d'une infraction au domicile d'une personne. Il peut s'agir de documents papiers, d'objets ou de données informatiques. La perquisition peut intervenir dans plusieurs cadres.

Dans le cadre d'une enquête préliminaire, la perquisition n'est pas coercitive. Il faut donc le consentement de la personne perquisitionnée avant toute intervention. Aujourd'hui, il est toutefois possible de passer outre ce consentement, après autorisation du juge des libertés et de la détention, en matière de terrorisme, de trafic de stupéfiants ou plus largement de criminalité organisée.

Dans le cadre d'une enquête de flagrance, la perquisition peut se faire sans l'accord de la personne visée.

Dans le cadre de l'instruction par une commission rogatoire, l'officier de police judiciaire intervient alors à la demande du juge d'instruction. Il est chargé d'effectuer toutes les mesures utiles à la manifestation de la vérité. Le consentement de l'intéressé n'est pas obligatoire. Le juge d'instruction peut procéder lui-même à la perquisition. Il informera le procureur de la République qui a la faculté de l'accompagner.

La perquisition effectuée par un officier de police judiciaire ne peut débuter qu'entre 6 heures et 21 heures. Elle peut toutefois se poursuivre la nuit. Au cours de la perquisition, il peut être procédé à des saisies de tous les éléments qui se révèlent utiles à la manifestation de la vérité au regard de l'infraction visée et à leur mise sous scellé.

42. La visite prévue à l'article L.229-1 déroge aux dispositions du code de procédure pénale sans toutefois disposer de garanties suffisantes en termes d'information des personnels et de contrôle des mesures. Il existe en droit français des perquisitions administratives qui, bien qu'exceptionnelles, demeurent encadrées et dont les saisies répondent à une finalité coercitive ou préventive précise et font l'objet d'un contrôle administratif et juridictionnel renforcé. A titre d'exemple, l'article L.2336-4 du code de la défense qui soumet à autorisation du juge des libertés et de la détention de perquisition le domicile du détenteur d'armes de 6 h à 21 h pour les saisir si le comportement ou l'état de santé d'une personne détentrice d'armes et de munitions présente un danger grave pour elle-même ou pour autrui. La demande d'autorisation comporte toutes les informations en leur possession de nature à justifier cette saisie, afin de permettre au juge des libertés et de la détention de vérifier que cette demande est fondée¹².

¹² Conseil constitutionnel Décision n° 2011-209 QPC.

43. Le Défenseur des droits constate que le projet de texte n'apporte pas des garanties suffisantes quant à l'objectif poursuivi et aux conditions d'exécution. Les attributions de l'officier de police judiciaire ne font pas d'objet de précision, comme c'est le cas pour les mesures appliquées à la perquisition judiciaire prévue à l'article 56 du code de procédure pénale et modifiée par la loi du 3 juin 2016 prescrivant que ce dernier prend toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense. La retenue des personnes pendant le temps de la perquisition est conditionnée à l'autorisation du procureur de la République sans que soit mentionné les droits des personnes et les conditions de leur information. Concernant les saisies administratives, le Conseil d'Etat, dans son avis du 8 décembre 2016¹³, avait conditionné la faculté de procéder à des saisies administratives à l'existence de l'état d'urgence.
44. Le texte du projet de loi, qui reprend les dispositifs de la loi de 1955, ne prévoit pas les modalités précises d'intervention et n'assigne pas clairement des objectifs aux saisies, notamment en cas de constatation d'une infraction pénale. La rédaction de l'article L. 229-5 I n'assortit pas à cette possibilité des garanties appropriées. Le texte prévoit seulement la remise aux personnes perquisitionnées d'un relevé des objets et documents saisis et ne fixe pas les modalités de leur éventuelle restitution, conformément à l'avis du Conseil d'Etat du 17 novembre 2015¹⁴.

- Un contrôle juridictionnel limité aux visites domiciliaires et aux saisies

45. Le Défenseur des droits reconnaît la pertinence de l'intervention du juge des libertés et de la détention dans la procédure, bien qu'il regrette que l'ensemble des mesures précédemment citées dans le présent projet de loi ne soient pas soumises également à autorisation préalable d'un juge de l'ordre judiciaire, gardien des libertés individuelles, tel que l'impose l'article 66 de la Constitution française.

Il en va ainsi des mesures administratives tendant à la création d'une zone de protection, de la fermeture de lieux de culte, de la restriction d'aller et venir dans la commune avec des obligations de pointage au commissariat, de la surveillance par bracelet électronique, de la remise des identifiants informatiques ainsi que de l'obligation de déclaration du changement d'adresse, dont les éléments factuels devraient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel permettant de vérifier la réalité des informations et des risques encourus, et de préciser la stricte proportionnalité de la mesure en contrôlant la durée, les modalités et l'éventuel renouvellement¹⁵.

46. Concernant les visites domiciliaires et les saisies, le texte mentionne des pouvoirs de contrôle de l'exécution de la mesure notamment en permettant de diligenter par une commission rogatoire un juge des libertés et de la détention au niveau local pour vérifier les conditions d'exécution. Toutefois, le projet de loi ne précise pas en amont les conditions de fond et de forme de la demande d'autorisation produite par l'administration

¹³ Conseil d'Etat, Avis de l'Assemblée générale, Section de l'intérieur, 8 décembre 2016 n°392427, point 3

¹⁴ Conseil d'Etat, Avis de l'Assemblée générale, Section de l'intérieur, 17 décembre 2015 Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme, point 13 concernant les saisies administratives.

¹⁵ Conseil d'Etat, Avis de l'Assemblée générale, Section de l'intérieur, 17 décembre 2015 Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme, point 15 concernant les mesures de surveillance électronique mobile.

en vue de réaliser une visite ou une saisie pour permettre un contrôle effectif de ses modalités d'exécution et de leur proportionnalité.

- Un contrôle juridictionnel aux contours imprécis

47. Le Défenseur des droits relève le manque de clarté et de prévisibilité des dispositions du projet de loi, notamment du fait de l'importance des mesures d'application prévues dans le texte, qui renvoie à un décret en Conseil des ministres, à quatre décrets en Conseil d'Etat, à un décret simple et un arrêté ministériel.

Sur le plan constitutionnel, il est permis de se demander si le législateur exerce ici pleinement sa compétence telle que prévue par l'article 34 de la Constitution. En présence de telles mesures restrictives de droits et libertés, le Parlement n'a-t-il pas le devoir de prévoir, de manière claire et précise, leur champ d'application et de limiter la marge de manœuvre du pouvoir réglementaire qui, en la matière, ne dispose pas d'une compétence naturelle ?

48. En dehors de l'état d'urgence, le législateur conformément à l'article 34 de la Constitution et en application de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel en matière de terrorisme se doit d'encadrer suffisamment les conditions dans lesquelles le juge des libertés et de la détention peut faire usage de la faculté que lui reconnaît la loi de contrôler et d'autoriser des mesures susceptibles de restreindre les droits fondamentaux¹⁶.

Pour éviter tout risque d'incompétence négative, il serait important que le texte prévoit plus précisément l'encadrement des autorités administratives dans le cadre de la procédure de visite des lieux et de saisies effectuées par les autorités administratives, leur intervention étant intimement liée à la lutte contre le terrorisme.

- Les améliorations nécessaires du contrôle juridictionnel

49. Le Défenseur des droits rappelle les recommandations du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, qui préconise de prendre des mesures de perquisition et de surveillance aussi peu intrusives que possible et d'assortir ces nouveaux pouvoirs des garanties et des limites adéquates, de contrôles et d'autorisations effectifs, ainsi que de comptes rendus et de révisions réguliers.

Le rapport annuel 2017 du Conseil d'Etat rappelle l'utilité d'un contrôle juridictionnel concernant les mesures de perquisitions administratives. Il mentionne que le juge administratif a annulé environ 50% des décisions des perquisitions administratives dont la légalité a été contestée. Sur les 4500 perquisitions administratives effectuées depuis le début de l'état d'urgence, la moitié

¹⁶ Conseil constitutionnel, Décision n°2011-223 QPC.

des perquisitions contestées devant les tribunaux administratifs, soit une centaine, ont été annulées.

50. Il est regrettable que l'étude d'impact du projet de loi ne soit pas plus précise que le projet de loi concernant l'étendue du contrôle juridictionnel des visites et des saisies des objets, documents, ou données numériques ainsi que sur les formes de l'autorisation.

Le projet de loi indique que la forme de l'autorisation sollicitée par l'administration prévoirait l'adresse du ou des lieux dont la visite et la saisie est autorisée, les noms et qualités des agents autorisés à y procéder, l'identité de l'officier de police judiciaire présent ainsi que la mention de la faculté d'être assisté d'un avocat et des voies de recours. Cependant, il ne prévoit pas que les conditions d'exécution y soient précisées.

51. Il serait essentiel de prévoir pour chacune des mesures administratives envisagées dans le projet de loi, et pas seulement les perquisitions, les conditions de régularité de la saisine du juge par l'administration, et l'étendue du contrôle juridictionnel. Pour améliorer les conditions du contrôle juridictionnel, le projet de loi pourrait intégrer les précisions suivantes :

- La forme *stricto sensu* de la saisine du juge par l'administration,
- Les pièces justificatives utiles et les exigences de motivation de la demande d'acte administratif,
- La preuve de la notification initiale des droits, le cas échéant,
- La preuve du lien entre la mesure individuelle et la menace terroriste,
- La condition d'urgence et la preuve d'une menace d'une particulière gravité à l'ordre public,
- La preuve de l'impossibilité de recourir à une mesure moins restrictive de liberté,
- La motivation relative aux modalités d'exécution de l'intervention,
- La compatibilité de la mesure avec le respect de la vie privée, familiale et professionnelle et avec l'état de santé de la personne,
- La compatibilité avec la protection du patrimoine de la personne,
- Les modalités procédurales de mise en œuvre du contradictoire sur les preuves issues du renseignement,
- Les pouvoirs d'instruction du juge pour solliciter à bref délai des éléments complémentaires y compris des éléments relevant du secret défense,
- La compétence d'annulation et de réformation de l'ensemble des actes administratifs faisant grief, notamment les actes subséquents et toutes les mesures de prise de possession,
- La compétence pleine et entière du juge pour contrôler la proportionnalité de la mesure administrative,

- La présence du procureur de la République à l'audience pour améliorer l'articulation avec l'action publique,

52. En cas de renouvellement, l'administration devrait démontrer l'urgence absolue et la preuve d'une menace d'une particulière gravité à l'ordre public ainsi que, le cas échéant, des éléments nouveaux tels les changements de circonstances de fait et de droit dans la situation de l'intéressé.

- La nécessaire articulation du contrôle juridictionnel avec le secret défense

53. Le législateur doit assurer la conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre le droit à un procès équitable et le secret de la défense nationale, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-722 DC du 26 novembre 2015.

Le Défenseur des droits s'interroge sur la portée du contrôle juridictionnel et de l'autorisation donnée par le juge des libertés et de la détention au regard d'éventuelles informations classées secret défense qui pourraient être avancées par l'autorité administrative pour justifier de la perquisition.

54. En effet, l'article L.811-3 du code de la sécurité intérieure dispose que les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques de renseignements en matière de prévention de terrorisme. Les renseignements recueillis par ces services sont classés secret défense au sens de l'article 413-9 du code pénal.

55. Au regard du droit positif, une seule autorité est aujourd'hui compétente pour veiller à la légalité des opérations des services de renseignements. En effet, la loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a créé la Commission nationale de contrôle de techniques de renseignements qui veille à ce que les techniques de ces services soient mises en œuvre sur le territoire national conformément aux dispositions légales.

La loi n'indique donc pas quel organe pourra assurer le rôle de la Commission nationale de contrôle de techniques de renseignements dans le cadre d'une perquisition menée par les autorités administratives.

Par ailleurs, le texte doit préciser la faculté pour le juge judiciaire compétent d'accéder à des informations classées secret défense. A défaut, il sera contraint de donner son autorisation à la perquisition ou aux autres mesures administratives de surveillance sans connaître le fond du dossier, notamment les modalités de recueil de la preuve.

56. Le Conseil constitutionnel a considéré comme une méconnaissance à l'article 16 de la Déclaration de 1789, la situation dans laquelle l'accès d'un juge aux éléments de preuve classés secret défense était conditionné à une décision administrative de déclassification même temporaire sans qu'aucun contrôle juridictionnel ne puisse s'exercer sur la décision refusant au magistrat d'accéder à ces lieux¹⁷.

¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-192 QPC §38

57. Le Défenseur des droits souligne l'importance de donner au juge des libertés et de la détention compétent des attributions en matière de contrôle des techniques de renseignement comme c'est la pratique dans d'autres démocraties disposant de services de renseignement du niveau équivalent¹⁸ et ainsi que l'a proposé le Conseil d'Etat à propos de la surveillance électronique mobile par bracelet électronique¹⁹. Si tel est le cas, il devra soumettre le juge compétent à la publication d'un rapport semestriel d'activité dont les éléments classifiés resteront soumis au secret défense.

-La nécessaire articulation du contrôle juridictionnel et des droits de la défense

58. Par ailleurs, considérant le fait que les perquisitions administratives telles que prévues par le projet de loi sont effectuées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la présence d'éventuelles informations classées secret défense pose une difficulté concernant le respect du principe du contradictoire et plus largement le droit pour toute personne à un procès équitable tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰.

En effet, la personne impliquée dans l'enquête ne pourra pas avoir accès aux informations justifiant la visite de son domicile et ne disposera donc d'aucun élément permettant de se défendre devant les juridictions administratives.

V. Mesures venant modifier les dispositions relatives aux traitements automatisés de données recueillies à l'occasion des déplacements internationaux (articles 5 et 6)

59. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, les articles 5 et 6 transposent en droit interne la directive UE 2016/681 du 26 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR « passenger name record ») pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, et pérennisent le système de suivi des données des passagers des voyageurs aériens (« le système API²¹-PNR »), « permettant aux services de sécurité et de renseignement de les utiliser pour diverses finalités, notamment la prévention et la détention des infractions terroristes ».

¹⁸ Étude de l'Agence européenne des droits fondamentaux sur le cadre juridique des États membres en matière de surveillance remise au Parlement Européen en novembre 2015

¹⁹ Conseil d'Etat, Avis de l'Assemblée générale, Section de l'intérieur, 17 décembre 2015, Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme : Point 15 « le recours à cette mesure serait subordonné à une procédure d'autorisation et de contrôle permettant de vérifier la réalité de la dangerosité et les risques encourus, procédure qui pourrait s'inspirer de celle prévue par le code de la sécurité intérieure pour les techniques de renseignement et comportant des garanties comparables en matière de contrôle administratif et juridictionnel des autorisations ainsi données ; la durée de la mesure et son éventuel renouvellement seraient fixés dans les mêmes conditions »

²⁰ CEDH, *Edwards c. Royaume-Uni*, arrêt du 16 décembre 1992, § 36.

²¹ Advanced passenger information.

60. L'article 6 vient modifier l'article L232-7 du CSI, lequel dispose que « *pour les besoins de la prévention et de la constatation des actes de terrorisme, des infractions mentionnées à l'article 695-23 du code de procédure pénale et des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, du rassemblement des preuves de ces infractions et de ces atteintes ainsi que de la recherche de leurs auteurs, le ministre de l'intérieur, le ministre de la défense, le ministre chargé des transports et le ministre chargé des douanes sont autorisés à mettre en œuvre un traitement automatisé de données.* » En application de cet article et des articles R232-12 et suivants, les transporteurs aériens sont tenus de transmettre aux autorités les données PNR et API de l'ensemble des vols extra et intra-européens ainsi que les vols en provenance et à destination de l'outre-mer. Ainsi que l'a indiqué la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), ce traitement permet de vérifier si une personne ou, le cas échéant, un objet, n'est pas recherché et de déterminer si un passager, compte tenu de ses habitudes de voyage, présente un risque particulier au regard des finalités poursuivies.²²
61. Dans un avis du 24 septembre 2015 où il émettait plusieurs réserves sur la proposition de directive précitée, le Contrôleur européen de la protection des données relevait que le système PNR de l'UE tel que proposé couvrirait au moins tous les vols en provenance et à destination de l'UE, ce qui concernerait plus de 300 millions de passagers non soupçonnés susceptibles d'être visés par la directive.²³ Ainsi, met-on en place aujourd'hui à l'échelle de l'Union européenne, des fichiers nationaux de collecte systématique et généralisée de données personnelles de passagers, susceptibles d'être partagés avec les Etats membres et des Etats tiers. La légitimité de l'objectif de ces fichiers, à savoir la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, dans ce contexte sécuritaire difficile, n'est pas ici remise en cause, mais on doit reconnaître que ce fichage constitue une ingérence grave et d'une grande ampleur dans le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles, tel que protégé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (articles 7 et 8) et la Convention européenne des droits de l'homme (article 8).²⁴ Il doit dès lors être strictement encadré par la loi, répondre aux principes de légalité, nécessité et proportionnalité et prévoir suffisamment de garanties.
62. Si à travers ses différentes dispositions, la directive tente de trouver un point d'équilibre entre la protection de ces droits et les nécessités d'assurer la sécurité des personnes, il est permis de douter de la conformité de certaines d'entre elles avec la Charte des droits fondamentaux, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui interdit toute conservation généralisée et indifférenciée de données personnelles, qui demande à ce que les dispositions soient libellées de manière claire et précise et que soit assurée une « pondération équilibrée » entre, d'une part, l'objectif de

²² CNIL, Délibération n° 2015-230 du 9 juillet 2015.

²³ EDPS, Avis 5/2015, 2^{ème} avis sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière.

²⁴ Voir également, à cet égard, les conclusions de l'Avocat général MENGOZZI de la CJUE du 8 septembre 2016 sur le projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement de données PNR, similaire à la directive, Avis 1/15, §§ 169-176 (« *Il n'en demeure pas moins que l'ingérence que comporte l'accord envisagé est d'une ampleur certaine et d'une gravité non négligeable. En effet, d'une part, elle concerne, de manière systématique, tous les passagers empruntant les liaisons aériennes entre le Canada et l'Union, c'est-à-dire plusieurs dizaines de millions de personnes par an* »).

lutte contre le terrorisme et, d'autre part, celui de la protection des données à caractère personnel dans le respect de la vie privée des personnes concernées.²⁵

63. A cet égard, il est intéressant de noter qu'il existe un projet d'accord entre le Canada et l'UE sur le transfert et le traitement de données PNR, dont le dispositif est similaire à la directive UE 2016/681 du 26 avril 2016, pour lequel le Parlement européen a demandé un avis à la CJUE sur sa compatibilité avec le droit de l'UE et en particulier la Charte des droits fondamentaux. Ainsi que le souligne le Contrôleur européen de la protection des données, l'avis que la Cour rendra prochainement pourrait avoir une incidence importante sur la validité de la directive. Le contrôleur avait demandé, sans succès, au législateur européen d'attendre cet avis.²⁶ Le 8 septembre dernier, l'Avocat général de la Cour, P. MENGOZZI, a rendu ses conclusions, dans lesquelles il émet plusieurs réserves quant à la compatibilité de l'accord avec la Charte.²⁷
64. Revenant sur le projet de loi, l'article 6 étend le champ d'application de l'article L232-7 pour y intégrer les 26 infractions mentionnées à l'annexe II de la directive UE 2016/681 du 27 avril 2016.²⁸ On peut regretter ici que l'article se contente de renvoyer à l'annexe de la directive ; pour davantage de prévisibilité et d'accessibilité, la liste des infractions devrait apparaître dans la loi.
65. L'article vient également élargir les entités ayant l'obligation de transmettre aux autorités les données relatives aux passagers enregistrées dans leurs systèmes de réservation afin d'y ajouter les agences de voyage : outre les transporteurs aériens et les opérateurs de voyage ou de séjour, les agences de voyage sont désormais concernées. Bien que la directive précitée ne vise que les transporteurs, dans son considérant 33, elle permet en effet aux Etats de prévoir un système de collecte et de traitement des données PNR auprès d'opérateurs économiques autres que les transporteurs, tels que des agences ou des organisateurs de voyages qui fournissent des services liés aux voyages, y compris la réservation de vols, pour lesquels ils recueillent et traitent les données PNR, ou de transporteurs autres que ceux que la présente directive mentionne, sous réserve que ce droit national respecte le droit de l'Union.
66. Le Défenseur des droits regrette en outre que le projet de loi n'opère pas de transposition complète et conforme de la directive.

²⁵ Voir à cet égard les conclusions de l'avocat général MENGOZZI dans la demande d'avis (1/15) adressée à la CJUE concernant l'accord entre l'Union européenne et le Canada concernant sur le transfert et le traitement des données PNR. Dans ses conclusions (§§ 217, 219), il dit éprouver des doutes sérieux quant au caractère suffisamment clair et précis du libellé de certaines catégories de données PNR figurant à l'annexe de l'accord envisagé - que l'on retrouve dans la directive 2016/681 et dans les dispositions nationales -, telles que « Informations «grands voyageurs» » et « Remarques générales », et recommande que les catégories soient rédigées de manière plus concise et précise, sans qu'aucune marge d'appréciation puisse être laissée soit aux transporteurs aériens, soit aux autorités canadiennes compétentes quant à la portée concrète de ces catégories, en vue d'assurer la sécurité juridique des personnes dont les données à caractère personnel sont transférées.

²⁶ EDPS, Avis 5/2015, 2^{ème} avis précité.

²⁷ Conclusions de l'Avocat général MENGOZZI de la CJUE du 8 septembre 2016 sur le projet d'accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement de données PNR, avis 1/15, 8 septembre 2016.

²⁸ Directive qui doit être transposée au plus tard le 25 mai 2018, article 18.

67. L'article L232-7 autorise le recueil des données PNR pour d'autres finalités que celles prévues par la directive précitée, à savoir « *les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation* ». Or, ainsi que le relève le Conseil d'Etat, dans son avis du 15 juin 2017, l'article 1 de la directive précitée dispose que les données PNR recueillies ne peuvent être traitées qu'à des fins de prévention et de détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité.²⁹ Dès lors, le dispositif prévu par cette directive, transposé en droit interne, ne saurait servir à d'autres finalités que celles-ci. Dans l'arrêt *Tele2 Sverige AB* du 21 décembre 2016 relatif à la directive 2002/58 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, la CJUE rappelle que lorsque les objectifs poursuivis par les mesures législatives dérogeant au principe de confidentialité des communications sont énumérés de manière exhaustive dans la directive – comme c'est le cas en l'espèce – les Etats ne sauraient adopter ces mesures à d'autres fins.³⁰
68. L'article R232-16 du CSI devrait également être modifié pour tenir compte des dispositions de l'article 12 de la directive relative à la période de conservation et dépersonnalisation des données, lesquelles posent : un délai de 6 mois aux termes duquel les données PNR doivent être dépersonnalisées (alors que l'article R232-16 du CSI prévoit actuellement un délai de 2 ans) ; ainsi que les conditions dans lesquelles la communication des données peut quand même se faire aux termes de ce délai : - l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle est nécessaire aux finalités visées par la directive (l'article 6 al.2 point b), - l'accord d'une autorité judiciaire ou d'une autorité nationale compétente en vertu du droit national, en vue de vérifier si les conditions sont remplies, et - l'information du délégué à la protection des données de l'Unité d'information passagers qui pourra procéder à un examen *ex post*.
69. En outre, l'article 5 de la directive impose la nomination d'un délégué à la protection des données au sein de l'Unité d'information passagers chargée de contrôler le traitement des données PNR et de mettre en œuvre les garanties pertinentes. En cas de traitement illicite de certaines données, il peut en effet renvoyer l'affaire à l'autorité de contrôle nationale, la CNIL en France.³¹ Or, le projet de loi ne semble pas le prévoir.
70. Afin d'effectuer une transposition complète de la directive, les dispositions législatives et réglementaires devraient également être modifiées pour intégrer certaines exigences posées par la directive, tendant à assurer l'équilibre entre, d'une part, l'objectif de lutte contre le terrorisme et les autres formes graves de criminalité et, d'autre part, celui de la protection des données à caractère personnel dans le respect de la vie privée des personnes concernées :

²⁹ CE, Avis sur un projet de loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, n° 393348, 15 juin 2017.

³⁰ CJUE, *Tele2 Sverige AB contre Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department contre Tom Watson e.a.*, C-203/15, 21 décembre 2016, § 90.

³¹ Directive UE 2016/681, art. 6, al.7.

71. Les données PNR transférées par les transporteurs aériens recueillies par l'UIP doivent être celles énumérées à l'annexe I de la directive et lorsque d'autres données sont reçues par l'UIP, celle-ci doit les effacer immédiatement et de façon définitive dès leur réception.³² Par ailleurs, cette liste de données à transmettre à l'UIP ne devrait pas être fondée sur l'origine raciale ou ethnique d'une personne, ses opinions politiques ou toute autre opinion, sa religion ou ses convictions, son appartenance à un syndicat, sa santé, sa vie sexuelle ou son orientation sexuelle.
72. Les missions et les responsabilités de l'UIP devraient être précisées et encadrées dans la loi : organiser une traçabilité de l'ensemble des opérations (collecte des données, traitement, consultations, demandes formulées, transferts et effacement) par la tenue de registres, ainsi que l'accès de ces informations à l'autorité nationale de contrôle ; mettre en œuvre des mesures et des procédures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau élevé de sécurité adapté aux risques présentés par le traitement et à la nature des données PNR ; lorsqu'une atteinte aux données à caractère personnel est susceptible d'entraîner un risque élevé pour la protection des données à caractère personnel ou d'affecter négativement la vie privée de la personne concernée, saisir sans délai l'autorité de contrôle et informer la personne concernée.³³
73. Le traitement des données PNR doit rester limité à ce qui est nécessaire et être proportionné aux objectifs de sécurité spécifiques poursuivis par la directive.³⁴
74. Les données PNR doivent être effacées de manière définitive à l'issue de la période de conservation et un contrôle doit être opéré afin de veiller à ce que les données PNR soient effacées de manière définitive.³⁵
75. Les demandes des autorités nationales adressées à l'UIP devront être motivées et fondées sur des motifs suffisants, et poursuivre les finalités fixées par la directive, et l'UIP devra veiller à ces demandes remplissent ces conditions.³⁶
76. Les critères d'évaluation des passagers à prendre en compte par l'UIP lors du traitement des données PNR ne font l'objet d'aucune définition dans la directive et font craindre un glissement vers l'usage de techniques de police prédictive et de profilage. Dès lors, ces dispositions doivent faire l'objet d'une vigilance particulière. La directive exige que ces critères soient préétablis, ne soient en aucun cas être fondés sur des critères discriminatoires,³⁷ soient limités aux infractions terroristes et autres formes graves de criminalité, ciblés, proportionnés et spécifiques, et mis en œuvre de façon non discriminatoire. Ils doivent en outre être réexaminés à intervalles réguliers par les UIP.³⁸ A cet égard, la CJUE rappelle que la réglementation nationale permettant la conservation de données personnelles doit être fondée sur des éléments objectifs permettant de viser un public dont les données sont susceptibles de révéler un lien avec des actes terroristes et actes de criminalité grave.³⁹ Les conclusions de l'avocat général MENGOZZI sur l'accord entre l'UE et le Canada relatif au transfert et au traitement des données PNR sont

³² Directive précitée, art. 6, al. 1 ; voir également L232-7 et R232-14 du CSI.

³³ Directive précitée, art. 13, al. 5 à 8, art. 8.

³⁴ Directive précitée, cons. 7, 11.

³⁵ Directive précitée, art. 12, al. 4.

³⁶ Directive précitée art. 6, al. 2, b).

³⁷ Fondés sur l'origine raciale ou ethnique d'une personne, ses opinions politiques, sa religion ou ses convictions philosophiques, son appartenance à un syndicat, son état de santé, sa vie sexuelle ou son orientation sexuelle.

³⁸ Directive précitée, art. 6, al. 3, b), al. 4)

³⁹ CJUE, *Tele2 Sverige AB*, précité, § 111.

intéressantes : selon lui, « la confrontation des données PNR avec ces scénarii ou ces critères d'évaluation préétablis étant susceptibles de conduire, comme l'ont admis certaines parties intéressées, à identifier des « cibles » faussement positives, l'accord envisagé devrait contenir un certain nombre de principes et de règles explicites en ce qui concerne tant les scénarii ou les critères d'évaluation préétablis que les bases de données à l'égard desquels les données PNR sont confrontées ». Dès lors, ajoute-t-il, « l'encadrement et la détermination précis des scénarii et des critères d'évaluation préétablis doivent [donc] pouvoir permettre, dans une large mesure, d'aboutir à des résultats ciblant des individus à l'égard desquels pourraient peser un « soupçon raisonnable » de participation à des infractions terroristes (...) » et les critères d'évaluation devraient faire l'objet d'un contrôle de la part de l'autorité publique indépendante.⁴⁰

77. Les autorités ne peuvent prendre aucune décision produisant des effets préjudiciables à une personne ou l'affectant de manière significative sur la seule base du traitement de données PNR. La directive ajoute que toute concordance positive obtenue à la suite du traitement automatisé doit être réexaminée individuellement par des moyens non automatisés.⁴¹
78. Le résultat du traitement des données PNR ne devrait en aucun cas être utilisé par les Etats comme motif pour se soustraire à leurs obligations internationales au titre de la convention de 1951 relative au statut des réfugiés, ni être invoqué pour refuser aux demandeurs d'asile des voies sûres et effectives d'entrée légales sur le territoire de l'Union afin d'y exercer leur droit à la protection internationale.
79. Des mesures doivent être prises afin que la protection des données personnelles soit garantie et que les droits des passagers soient respectés (droits d'être informés sur le dispositif de collecte et de traitement des données PNR, d'accès, de rectification, d'effacement et de limitation, ainsi que le droit à réparation et le droit à un recours juridictionnel).
80. Les autorités doivent adopter les mesures visant à encadrer l'échange d'informations entre Etats membres, les conditions d'accès aux données PNR par Europol et le transfert de données vers des Etats tiers, selon les conditions prévues aux articles 9, 10 et 11 de la directive.
81. Enfin, le Défenseur des droits recommande que la CNIL soit consultée sur l'ensemble de ces dispositions.⁴²

⁴⁰ §§ 255-256, 260.

⁴¹ Directive précitée, art. 6, al.5 ; art. 7, al. 6.

⁴² Directive précitée, art. 15.

VI. Techniques de renseignements et services pouvant les utiliser (articles 8 et 9)

82. Les articles 8 et 9 instaurent un nouveau régime légal de surveillance des communications hertziennes. Cela fait suite à la censure du Conseil constitutionnel de l'article L811-5 du code de la sécurité intérieure, qui prévoyait un régime dérogatoire à la surveillance et au contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne (notamment l'absence d'autorisation préalable du Premier ministre, délivrée après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), l'absence de voies de recours et d'encadrement des mesures).⁴³ Le Conseil constitutionnel a en effet estimé que faute de garanties appropriées, les dispositions contestées portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

Le Défenseur des droits constate que la CNCTR a été consultée sur le projet de loi et qu'elle a rendu un avis le 9 juin dernier.⁴⁴

83. Dans l'étude d'impact du projet de loi, le gouvernement opère une distinction entre deux catégories de mesures d'interception et d'exploitation des communications hertziennes entraînant l'application d'un régime juridique différent : celles concernant les communications échangées au sein d'un réseau réservé à l'usage d'un groupe fermé d'utilisateurs et celles concernant des communications échangées hors de ces « réseaux privés ».⁴⁵

84. La première catégorie étant susceptible de porter atteinte au respect de la vie privée et au secret de la correspondance, le projet de loi prévoit de le soumettre au régime de droit commun (dispositions du Livre VIII du code de la sécurité intérieure) ; ainsi, le nouvel article L852-2 du CSI crée une nouvelle technique de renseignement pour l'interception et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne et n'impliquant pas l'intervention d'un opérateur de communications électroniques, lorsque ce réseau est conçu pour une utilisation privative par une personne ou un groupe fermé d'utilisateurs. A la demande de la CNCTR, le projet de loi a modifié la rédaction de l'article pour mieux définir les réseaux de communications concernés.⁴⁶ On constate cependant que la finalité poursuivie par ce type de surveillance n'apparaît pas dans le texte, elle pourrait donc être mise en œuvre pour la poursuite des sept finalités fixées à l'article L811-3 du CSI.

85. L'article 8 du projet de loi indique en outre que lorsque l'identité de la personne visée n'est pas connue, la demande écrite et motivée requise à l'article L821-2 du CSI devra préciser les éléments nécessaires à l'identification du réseau concerné. Cependant, dans ce cas, la mesure de surveillance ne cible pas un ou des individus, mais vise un réseau utilisé potentiellement par plusieurs personnes non identifiées qui pourraient être sans aucune

⁴³ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-590 QPC.

⁴⁴ Délibération n° 4/2017 du 9 juin 2017.

⁴⁵ Etude d'impact, pp 74-75.

⁴⁶ Délibération précitée.

relation avec la finalité poursuivie. La loi pourrait ainsi autoriser une surveillance exploratoire, générale et indifférenciée, ce qui serait contraire au droit européen.⁴⁷

86. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler la position de la CEDH : bien qu'elle admette la nécessité d'adopter des dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète face à la menace terroriste, elle rappelle néanmoins que les Etats contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée : « *Consciente du danger, inhérent à pareille loi, de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, [la Cour] affirme que [les Etats] ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée.* » Quel que soit le système de surveillance retenu, il doit répondre aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et présenter des garanties adéquates et suffisantes contre les abus.⁴⁸
87. S'il faut saluer l'adoption de ce nouvel article soumettant cette surveillance au régime de droit commun, le Défenseur tient néanmoins à réitérer les réserves qu'il avait formulées lors de l'examen du projet de loi relatif au renseignement : le manque de clarté de certaines dispositions et de précision concernant les catégories de personnes visées, la pluralité des finalités permettant de mettre en œuvre les mesures de surveillance et la multiplication des services pouvant avoir recours aux techniques de renseignement, la durée parfois longue de conservation des données, le caractère seulement consultatif et non systématique de l'avis préalable de la CNCTR, les insuffisances de moyens de la Commission permettant d'assurer un contrôle *a posteriori* efficace⁴⁹ et du contrôle juridictionnel.⁵⁰
88. Quant à la seconde catégorie concernant les communications échangées hors de ces « réseaux privés », le projet de loi indique qu'elle relèverait de « l'exception hertzienne » et ferait l'objet d'un régime dérogatoire⁵¹ comme les mesures de surveillance des communications électroniques internationales. Un nouveau chapitre serait créé au sein du titre V du Livre VIII, intitulé « *Des mesures de surveillance de certaines communications hertziennes* ». Le nouvel article L854-9-1 dispose que les services de renseignement mentionnés aux articles L811-2 et L811-4 sont autorisés, aux seules fins de la défense et de la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation mentionnés à l'article L811-3, à procéder à l'interception et à l'exploitation des communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne et n'impliquant pas l'intervention d'un opérateur de communications électroniques lorsque cette interception et cette exploitation n'entrent dans le champ d'application d'aucune des techniques de renseignement prévues aux chapitres Ier à IV. A cet égard, la CNCTR considère que ces interceptions résiduelles ne pourront concerner que « *les communications par réseaux hertziens ouverts, c'est-à-dire écoutables par toute personne à la seule condition de*

⁴⁷ Voir, parmi d'autres, CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 51, série A no 28 ; *Szabó et Vissy c. Hongrie*, no 37138/14, 12 janvier 2016 ; *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, série A no 176-A, § 35 ; CJUE, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres (C-293/12)* et *Kärntner Landesregierung et autres (C-594/12)*, 8 avril 2014.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Voir notamment les recommandations de la CNCTR concernant la nécessité de centraliser les renseignements collectés au plus vite afin de permettre à la Commission de disposer de l'accès permanent, complet et direct aux renseignements collectés et de contrôler effectivement la mise en œuvre des nouvelles techniques de renseignement (balisage, recueil de données de connexion par IMSI catchers (...)), CNCTR, 1^{er} rapport d'activité 2015/2016.

⁵⁰ Voir Avis du Défenseur des droits 15-09 et 15-04.

⁵¹ Article L854-9-1 al. 1 : « Ces mesures de surveillance sont exclusivement régies par le présent chapitre. »

régler un appareil de réception sur la fréquence utilisée » : des fréquences pour radioamateurs ou pour talkie-walkie analogiques et des communications internationales à longue distance.⁵²

89. A l'instar de la Commission, le Défenseur des droits relève que la durée de conservation des données - 6 années ou 8 années si les renseignements sont chiffrés - apparaît excessive, et estime que les recommandations de la CNCTR devraient être suivies : que la durée soit abaissée à 4 années et que le délai court à compter du recueil des communications.⁵³
90. Enfin, le Défenseur des droits regrette que la mise en œuvre d'une telle surveillance ne soit soumise à aucune autorisation spécifique préalable du Premier ministre, ni aucun avis de la CNCTR,⁵⁴ et que le contrôle opéré par celle-ci, défini à l'article L854-9-3, soit si réduit. A titre d'exemple, alors que le régime dérogatoire des mesures de surveillance des communications électroniques internationales le prévoit,⁵⁵ ici, lorsque la CNCTR constate un manquement à la loi, elle n'a pas la possibilité d'adresser au Premier ministre une recommandation tendant à ce que le manquement cesse et que les renseignements collectés soient, le cas échéant, détruits, et de saisir le Conseil d'Etat, lorsque le Premier ministre ne donne pas suite à cette recommandation ou que les suites qui y sont données sont estimées insuffisantes.⁵⁶
91. Enfin, l'article 9 vient élargir le nombre des services pouvant avoir recours à des mesures de surveillance. Il autorise en effet les militaires des unités des armées chargées des missions de défense militaire et d'action en mer à mettre en œuvre les mesures de surveillance prévues à l'article L854-9-1 précité, pour le seul exercice de ces missions. Le Défenseur des droits est d'avis que soit suivie la recommandation de la CNCTR tendant à ce que la loi prévoit que ces mesures ne soient mises en œuvre que par des militaires individuellement désignés et habilités, afin de garantir la traçabilité des mesures.

⁵² Délibération de la CNCTR précitée.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Dans sa décision du 21 octobre 2016 (2016-590 QPC), le Conseil constitutionnel critiquait l'absence de condition, ni fond ni de procédure préalable au recours à ces mesures de surveillance et de contrôle.

⁵⁵ L854-1 et suivants du CSI.

⁵⁶ Article L854-9 du CSI.

VII. Contrôles dans les zones frontalières (article 10)

92. L'article 10 vient modifier l'article 78-2 du code de procédure pénale alinéa 9 relatif aux contrôles d'identité aux zones frontalières pour y prévoir la possibilité d'effectuer des contrôles « *aux abords des gares* » ferroviaires ou routières. Il élargit donc son champ d'application, mais sans limiter son périmètre géographique. Outre l'imprécision des termes, le projet de loi autorise désormais que ces contrôles soient effectués pendant une durée de 12 heures consécutives dans un même lieu, alors que durée initiale ne devait pas excéder 6 heures consécutives. Les mêmes modifications sont apportées à l'article 67 *quater* du code des douanes qui permet aux agents des douanes de procéder à des contrôles d'identité pour la prévention et la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontalière. Ainsi qu'il l'a déjà rapporté, le Défenseur des droits craint qu'en l'absence d'encadrement strict des conditions de mise en œuvre des contrôles d'identité et de garanties, de tels contrôles soient effectués de manière discriminatoire et/ou en vue de contrôler la régularité du séjour des personnes contrôlées.⁵⁷

⁵⁷ Voir à cet égard Défenseur des droits, Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité, 2012, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000561.pdf>; Avis du Défenseur des droits n°16-12 du 10 mai 2016 sur la proposition de loi n° 257 visant à lutter contre les contrôles d'identité abusifs ; voir également Cour de cassation, Civ., arrêts du 9 novembre 2016 (15-24212, 15-25873, 25-25874,...) ; Défenseur des droits, Décision 2016-132.