

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX

RECOURS

POUR :

- 1- L'Association AIDES dont le siège est 14 rue Scandicci, 93508 PANTIN CEDEX
- 2- L'Association INTER-LGBT dont le siège est 5 rue Perrée, 75003 PARIS
- 3- L'Association IRIS (Imaginons un Réseau Internet Solidaire, dont le siège est 40 rue de la Justice 75020 PARIS
- 4- Le Collectif contre l'Homophobie et pour l'égalité des droits dont le siège est 9 rue Joachim Colbert, 34000 MONTPELLIER
- 5- La Confédération Française Démocratique du Travail dont le siège est 4 Boulevard de la Villette, 75955 PARIS CEDEX 19
- 6- La Confédération Générale du Travail dont le siège est 263, rue de Paris, 93516 MONTREUIL CEDEX
- 7- La Fédération Syndicale Unitaire dont le siège est 104 rue Romain Rolland, 93260 LES LILAS
- 8- La Ligue des Droits de l'Homme dont le siège est 138 rue Marcadet, 75018 PARIS
- 9- L'Union Syndicale Solidaires dont le siège est 144 Boulevard de la Villette, 75019 PARIS
- 10- Le Syndicat des Avocats de France dont le siège est 34 rue Saint-Lazare, 75009 PARIS
- 11- Le Syndicat de la Magistrature dont le siège est 12-14, rue Charles Fourier, 75013 PARIS

CONTRE :

1° le décret, non publié, portant création du traitement dénommé « CRISTINA ».

ET, en tant qu'il lui est connexe,

2° Le décret n° 2008-631 du 27 juin 2008 portant modification du décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 relatif aux fichiers gérés par les services des renseignements généraux et du décret n° 2007-914 du 15 mai 2007 pris pour l'application du I de l'article 30 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ;

Les associations requérantes défèrent les décisions attaquées à la censure du Conseil d'Etat et en requièrent l'annulation en tous les chefs qui leur font grief par les faits et moyens suivants.

FAITS

I/.

Dans le cadre de la réforme des services de renseignement, applicable à compter du 1^{er} juillet 2008, confiant à la direction centrale du renseignement intérieur (DCRI), d'une part, la mission de lutter contre toutes les activités susceptibles de constituer une atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, et à la direction centrale de la sécurité publique (DCSP), d'autre part, la mission d'information générale, qui était assurée jusqu'ici par la direction centrale des renseignements généraux (DCRG), il a été prévu de modifier la réglementation des fichiers gérés par les services des renseignements généraux et d'en instituer de nouveaux.

A ce titre, la CNIL a été saisie, par le Ministre chargé de l'intérieur, de deux dossiers relatifs à la mise en œuvre de deux traitements de données à

caractère personnel respectivement dénommés « EDVIGE » (Exploitation Documentaire et Valorisation de l'Information Générale) et « CRISTINA » (Centralisation du Renseignement Intérieur pour la Sécurité du Territoire et les Intérêts Nationaux).

Les dossiers transmis à la commission ont comporté également un projet de décret en Conseil d'Etat portant modification du décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 relatif aux fichiers gérés par les services des renseignements généraux et du décret n° 2007-914 du 15 mai 2007 pris pour l'application du 1 de l'article 30 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dont est issu le décret n° 2008-631.

Ce dernier décret prévoit, en son article 1^{er}, à titre transitoire, du 1^{er} juillet 2008 au 31 décembre 2009, que les données contenues dans les traitements régis par le décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 peuvent être transférées vers les traitements et fichiers, chacun pour ce qui relève de ses finalités, de la DCSP, de la DCRI et du service central des courses et des jeux de la police judiciaire.

En son article 2, il inscrit le décret portant création du traitement dénommé CRISTINA au nombre des fichiers listés non soumis à publication.

En son article 3, il abroge, à la date du 31 décembre 2009, le décret n° 91-1051 qui, prévoyait d'une part, que l'interdiction de mettre ou conserver en mémoire des données nominatives qui font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ainsi que les appartenances syndicales des personnes est applicable aux services des renseignements généraux, définissait strictement, d'autre part, les cas et les finalités dans lesquels il pouvait être dérogé à ce principe, fixait, enfin, des garanties de contrôle exercé par la CNIL, de mise à jour et d'apurement des données.

Le décret n° 2008-631 du 27 juin 2008 portant modification du décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 relatif aux fichiers gérés par les services des renseignements généraux et du décret n° 2007-914 du 15 mai 2007 pris pour l'application du I de l'article 30 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, et en tant qu'il lui est connexe, le décret non publié portant création du traitement dénommé CRISTINA, constituent les décisions attaquées.

DISCUSSION

Sur la recevabilité

II/.

Toute personne potentiellement visée par un traitement automatisé de données à caractère personnel justifie d'un intérêt à agir contre l'acte réglementaire qui l'institue (CE Sect. 5 juin 1987, Kabersely, p 205).

Les organisations requérantes, tant en ce que leurs dirigeants et militants sont potentiellement visés par les traitements litigieux, qu'en ce que le décret attaqué porte atteinte aux libertés qu'elles ont pour objet statutaire de défendre sont donc parfaitement recevables à contester le décret n° 2008-631 en ce qu'il élargit le champ des informations susceptibles d'être collectées, traitées et conservées dans les fichiers des renseignements généraux, ainsi que le décret non publié du même jour créant le décret CRISTINA.

Sur la légalité externe

III/.

En premier lieu, les décrets attaqués, qui ne sauraient être regardés comme ayant été régulièrement pris en Conseil d'Etat, sont entachés d'incompétence.

En cas de consultation obligatoire du Conseil d'Etat, le texte retenu par l'autorité administrative ne peut différer à la fois de la version initiale et de celle adoptée par le Conseil d'Etat (CE 2 mai 1990, Joannides et autres, p 107).

Or en l'espèce, il n'est pas justifié que les dispositions des décrets attaqués seraient conformes à la fois à celles figurant dans les projets soumis au Conseil d'Etat et à celles qui résultent des textes définitivement adoptés.

La nécessité d'un examen comparatif s'impose d'autant plus ici que les textes litigieux appellent un contrôle très strict au regard l'importance de leur impact sur la vie privée et les libertés individuelles ou publiques.

S'agissant du fichier CRISTINA, autorisé par un décret non publié (cf. art. 2 du décret n° 2008-631), compte-tenu du secret qui le caractérise, les associations requérantes étant pour cette raison dans l'ignorance de l'étendue du fichage qu'il recouvre, des finalités qu'il poursuit, de leur étendue, ainsi que de la nature des données ou catégories de données susceptibles d'être recherchées, collectées et enregistrées, elles s'en rapportent au contrôle contentieux qui devra s'exercer à ce titre dans l'intérêt de l'ensemble des requérantes et des personnes qu'ils représentent pour prévenir des risques d'arbitraire et des atteintes aux libertés d'autant plus sérieux qu'ils sont *a priori* occultes.

En l'état, à défaut de toute justification utile et contradictoire de la conformité des décrets litigieux aux projets soumis au Conseil d'Etat et aux versions retenues par lui, les décrets attaqués ne peuvent qu'être regardés comme entachés d'incompétence.

IV/.

En deuxième lieu, les décrets attaqués sont entachés d'illégalité, faute d'être assortis du contreseing des ministres concernés.

Aux termes de l'article 22 de la Constitution, « *les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution* », ce qui s'entend, en vertu d'une jurisprudence constante, des ministres compétents pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution de cet acte (CE Ass. 27 avril 1962, Sicard et autres, p 279).

Dès lors que le décret n° 2008-631 prévoit que figurent au nombre des destinataires des données, les fonctionnaires individuellement désignés et spécialement habilités appartenant au service central de la direction des courses et des jeux de la direction centrale de la police judiciaire, laquelle relève de l'autorité conjointe du Ministre de la justice, et qu'il modifie par ailleurs, en son article 1^{er}, l'article 5 du décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991, lequel comporte le contreseing du Ministre de la défense, il devait par conséquent être revêtu de la signature du Garde des sceaux, Ministre de la justice, ainsi que de celle du Ministre de la défense, comme l'exige également la règle du parallélisme des formes.

A défaut de tels contreseings, l'annulation de ce décret est donc encourue.

VI.

En troisième lieu, la création du traitement CRISTINA est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière.

1- En vertu des dispositions du II de l'article 26 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, tel que modifié par la loi du 6 août 2004, les traitements portant sur des données sensibles (mentionnées au I de l'article 8) mis en œuvre pour le compte de l'Etat et qui intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique, sont autorisés par décret en Conseil d'Etat, pris après avis motivé de la CNIL et publié concomitamment au décret autorisant le traitement.

Le III de l'article 26 de la loi du 6 juillet 1978 dispose que « *certaines traitements mentionnés au I et au II peuvent être dispensés, par décret en Conseil d'Etat, de la publication de l'acte réglementaire qui les autorise ; pour*

ces traitements, est publié, en même temps que le décret autorisant la dispense de publication de l'acte, le sens de l'avis émis par la commission ».

Dans sa délibération du n° 2008-174 du 16 juin 2008 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat portant création du fichier EDVIGE, la commission indique qu' « *elle a été saisie de deux dossiers de formalités préalables relatifs à la mise en œuvre de deux traitements de données à caractère personnel respectivement dénommés « EDVIGE » (Exploitation Documentaire et Valorisation de l'Information Générale) et « CRISTINA » (Centralisation du Renseignement Intérieur pour la Sécurité du Territoire et les Intérêts Nationaux) ».*

Or, s'agissant du fichier CRISTINA, les dispositions susvisées n'ont pas été respectées. En effet, certes, le journal officiel du 1^{er} juillet a-t-il mentionné une délibération n° 2008-177 du 16 juin 2008 portant avis sur le projet de décret portant création au profit de la direction centrale du renseignement intérieur d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé «CRISTINA», mais se contente de la mention « avis favorable avec réserves » sans que le sens et le contenu de ces réserves soient indiqués. Or, une telle mention, qui ne donne pas la portée de l'avis, ne peut être considérée comme satisfaisant aux prescriptions précitées, qui exigent que l'avis de la CNIL ou du moins son sens soient publiés simultanément avec le décret autorisant la dispense de publication de l'acte créant le traitement.

Cette carence entache donc d'illégalité externe le décret de création du traitement en cause.

1- C'est illégalement encore, au demeurant, que l'article 2 du décret n° 2008-631 a inscrit le décret portant création du traitement CRISTINA au nombre des fichiers listés non soumis à publication.

Ce faisant, en effet, ces dispositions ont porté une atteinte excessive tant au droit à l'information constitutionnellement garanti qu'au droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH).

Celles-ci s'avèrent de surcroît directement contraire à l'objectif d'accessibilité de la norme garanti sur le plan constitutionnel et aux exigences conventionnelles d'accessibilité et de prévisibilité (cf. infra § VI ET VII) par l'article 8 § 2 de la CEDH.

Les dispositions du décret n° 2008-631 encourent l'annulation de ce seul chef déjà.

2- De surcroît, les dispositions du III de l'article 26 de la loi du 6 juillet 1978, qui ont expressément limité à « *certaines traitements mentionnés au I et II* » l'éventualité d'une « *dispense de publication* », n'ont pas été respectées.

En effet, l'autorité réglementaire n'a pas été habilitée, par ces dispositions, à inscrire discrétionnairement tel fichier intéressant la sûreté ou la sécurité publique, en l'espèce CRISTINA, dans la liste de traitements soustraits à toute publication, et échappant par voie de conséquence aux pouvoirs de contrôle de la CNIL.

Si la garantie fondamentale que de tels fichiers soient créés par un acte réglementaire publié peut, en certains cas, être écartée, c'est aux conditions, strictement entendues, non seulement que les limites de l'habilitation législative soient respectées, que l'exception soit justifiée et que soit publiée une dispense motivée, conditions qui font ici défaut.

Formellement, en effet, au regard de la prééminence du droit et des exigences, garanties tant sur le plan constitutionnel que conventionnel, de transparence et d'accessibilité, il n'a pas été justifié de la nature des intérêts en cause, pas plus qu'il n'a été précisé en quoi une telle publication serait susceptible de nuire à de tels intérêts.

Force est de constater, par conséquent, que les dispositions de l'article 2 du décret n° 2008-631 ont excédé les limites de l'habilitation législative, que la condition tenant à la publication des motifs justifiant la dispense n'a pas été respectée, pas plus que l'exigence de publication du sens de l'avis émis par la commission.

L'illégalité est donc patente, ce qui emportera annulation des décrets attaqués.

Sur la légalité interne

Sur le décret non publié

VI.

Non publié, en vertu de l'article 2 du décret attaqué n° 2008-631, non soumis aux pouvoirs de contrôle mentionnés à l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, le décret de création du fichier litigieux, dont les caractéristiques ne sont pas connues, ne satisfait pas aux exigences de légalité fixées par l'article 8 § 2 de la CEDH.

Au regard d'une jurisprudence constante de la Cour, la condition posée par ce texte selon laquelle la mesure incriminée doit être « ***prévues par la loi*** » (« *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale (...)[ou] à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales (...)* ») impose non seulement que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause, ce qui s'entend de son caractère accessible et prévisible (voir, notamment, arrêt Rotaru c/ Roumanie, 4 mai 2000, req. n° 28341/95, § 52).

Dans l'arrêt précité, la Cour a estimé que l'exigence d'accessibilité de la loi, se trouvait remplie dès lors que la mesure en cause résultait d'une loi publiée au Journal officiel.

Elle a considéré dans l'affaire Leander c/ Suède du 26 mars 1987 (série

A n° 116, p 12 § 53.), concernant les fichiers secrets de la police suédoise, que ceux-ci trouvant leur base légale dans une ordonnance publiée, il était satisfait à l'exigence d'accessibilité.

Concernant l'exigence de prévisibilité, la Cour a souligné l'importance de ce concept en matière de surveillance secrète, en ces termes (arrêt Malone c. Royaume-Uni du 2 août 1984, série A n° 82, p. 32, § 67, repris dans l'arrêt Amann, [GC], n° 27798/95, § 65, CEDH 2000-II§ 56) :

« La loi doit être compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention (...). Il implique ainsi – et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 – que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (...). Or le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret (...).

(...) Puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la « loi » irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante – compte tenu du but légitime poursuivi – pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire. »

Selon la Cour, des garanties adéquates et suffisantes contre les abus doivent être prévues, car un système de surveillance secrète ou de mesures secrètes destinées à protéger la sécurité nationale « comporte le risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre » (arrêt Klass et autres, et autres c. Allemagne du 6 septembre 1978, série A n° 28, pp. 18-19 pp. 23-24, §§ 49-50).

Ainsi, pour que de telles mesures soient compatibles avec l'article 8 de la Convention, elles doivent contenir des garanties établies par la loi et qui sont applicables au contrôle des activités des services concernés.

Des procédures de contrôle doivent également être prévues, afin que soient respectées aussi fidèlement que possible les valeurs d'une société démocratique, en particulier la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention.

En l'espèce, il n'est pas satisfait à de telles exigences.

L'absence de publication du décret de création du fichier litigieux, qui a pour conséquence juridique de soustraire ce traitement au pouvoir de contrôle de la CNIL, affecte en effet l'accessibilité des normes en cause et leur prévisibilité, ce qui met en cause la « *qualité de la loi* »,

De ce seul chef déjà, l'article 8 § 2 de la Convention européenne se trouve donc méconnu.

Sur le décret n° 2008-631 du 27 juin 2008

VII/.

Le décret n° 2008-631 du 27 juin 2008, en ce qu'il abroge, à effet du 31 décembre 2009, le décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 - prévoyant d'une part, que l'interdiction de mettre ou conserver en mémoire des données nominatives qui font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ainsi que les appartenances syndicales des personnes est applicable aux services des renseignements généraux, définissant strictement, d'autre part, les cas et les finalités dans lesquels il pouvait être dérogé à ce principe, fixant, enfin, des garanties de contrôle exercé par la CNIL, de mise à jour et d'apurement des données - sans que des garanties minimales applicables aux fichiers gérés par les renseignements généraux ne soient prévues, ne permet pas de répondre aux exigences de prévisibilité de la loi posées par l'article 8 § 2 de la Convention.

Il a été rappelé (supra § VI) que, pour les mesures considérées soient compatibles avec l'article 8 de la Convention, elles doivent contenir des garanties établies par la loi et qui sont applicables au contrôle des activités des services concernés.

Des procédures de contrôle doivent donc exister, pour respecter aussi fidèlement que possible les valeurs d'une société démocratique, en particulier la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention.

En privant à effet du 31 décembre 2009, les fichiers des renseignements généraux des garanties réglementaires qui étaient prévues par le décret n° 91-1051 du 14 octobre 1991 - ce qui a notamment pour effet d'élargir le champ des informations susceptibles d'être collectées, traitées et conservées dans les fichiers des renseignements généraux - sans que ne soient prévues ni fixées avec précision les circonstances et les conditions d'une telle collecte et sans que de telles ingérences secrètes, virtuellement dangereuses, dans la vie privée ne soient assorties de garanties appropriées, l'exigence de prévisibilité de la loi fixée par l'article 8 § 2 de la CEDH se trouve donc méconnue.

A tous égards, donc l'annulation des décrets attaqués s'impose.

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

- **ANNULER** les décisions attaquées,

Avec toutes conséquences de droit.

PRODUCTIONS :

- Décret 2008-631 attaqué, mentionnant l'existence du décret non publié créant le fichier dénommé CRISTINA, également attaqué ;
- Délibérations et statuts des organisations requérantes.

**Société Civile Professionnelle
H. MASSE-DESSEN et G. THOUVENIN
Avocat au Conseil d'Etat**