



Paris, le 20 octobre 2023

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, les membres du groupe Socialistes et apparentés de l'Assemblée nationale ont l'honneur de vous communiquer les présentes observations concernant certaines dispositions du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

Sur la possibilité d'activer à distance des appareils électroniques aux fins de captation de sons et d'images

Eu égard à leur rédaction, ces dispositions de l'article 3 du projet de loi laissent indéterminées les conditions de leur application et risquent de porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et tout particulièrement au droit au respect de la vie privée.

Leur champ d'application, tout d'abord, est incertain puisque les dispositions visées prévoient que la technique sera mise en œuvre « *lorsque la nature et la gravité des faits le justifient* ». Or, la liste des crimes et délits concernés incluant des incriminations d'une grande variété, il eut été nécessaire de disposer d'un critère objectif et rationnel permettant de d'orienter le choix des autorités d'application quant au choix des techniques de surveillance. En l'occurrence, les dispositions présentement critiquées, qui visent à permettre l'activation à distance des appareils électroniques aux fins de captation d'images et de sons, renvoient à un critère subjectif (la « *gravité des faits* ») sans même qu'il soit précisé que les incriminations concernées devront être au moins aussi graves que celles recherchées avec les techniques prévues par les articles 706-96 et 706-96-1 du code de procédure pénale. Au demeurant, l'intention du législateur concernant l'articulation entre ces nouvelles techniques et les anciennes n'a pas été explicitée et nul ne sait si les unes ont vocation à se substituer aux autres ou à être utilisées parallèlement. Si les nouvelles techniques étaient réservées aux infractions les plus graves, il est difficile de comprendre que les techniques classiques de sonorisation soient maintenues dans les autres cas alors qu'elles nécessitent une intervention sur le terrain et donc nécessairement une exposition au danger. La loi déferée demeure ainsi d'un flou assez remarquable à cet égard.

En outre, si le législateur a pris soin de prévoir qu'une telle mesure ne peut être mise en œuvre que sur décision du juge des libertés et de la détention, « *à la requête du procureur de la République* » ou sur décision du juge d'instruction « *après avis du procureur de la République* », il n'en demeure pas moins que la mesure concernera dans certains cas des personnes dont l'enquête révélera qu'elles n'ont finalement rien à se reprocher. Au demeurant et puisque la mesure a vocation à être mise en œuvre au stade de l'enquête, il en sera fait application dans des cas où il apparaîtra *a posteriori* que la qualification pénale retenue en amont était disproportionnée compte tenu des infractions réellement constatées. Ainsi, un nombre considérable d'applications de ce dispositif de captation d'images et de sons se fera sans que la gravité des faits ne le justifie effectivement.

De surcroît, les appareils électroniques concernés ne sont pas précisés par le législateur. Cette technique permettra de se connecter directement à la caméra vidéo et/ou au microphone intégré

aux téléphones portables, ordinateurs notamment... Cette indétermination des appareils potentiellement activés à distance soulève de sérieuses questions à l'ère des objets connectés, singulièrement concernant des appareils électroniques qui pourraient être inventés à l'avenir. Si l'on en reste aux appareils électroniques connus à ce jour, force est de constater que certains sont entrés au cœur de notre intimité, de notre vie familiale puisqu'ils nous accompagnent en tous lieux et à tout moment. À la différence des techniques de sonorisation de lieu ou de mise sur écoute des appareils téléphoniques, la technique ici prévue étend très considérablement la nature et le volume des données qui seront potentiellement collectées. L'atteinte à la vie privée susceptible d'en résulter est, à cet égard, sans comparaison avec les techniques qui ont cours aujourd'hui : il s'agira ici de capter l'intégralité des sons et des images de la vie des personnes visées.

En outre, cette atteinte grave portée au droit à la vie privée est d'autant plus sensible qu'en seront victimes les proches de la personne visée, les enfants de son entourage tout particulièrement. Par ailleurs, le texte déféré prévoit explicitement que l'activation à distance d'un appareil se fera « *sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur* », ce qui ouvre considérablement le champ d'application et le potentiel de cette nouvelle technique d'enquête. La notion de « *possesseur* » étant large, elle risque de donner lieu à des interprétations excédant l'intention du législateur et à autant de dérives.

Quant à la limitation des durées de mise en œuvre de cette technique, et compte tenu de l'intensité de l'intrusion qu'elle permet, elle est manifestement insuffisante : quinze jours renouvelable une fois dans le cadre de l'enquête décidée par le juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République ; deux mois dans le cadre de l'information décidée par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République sans que la durée totale des opérations ne puisse excéder six mois.

Enfin, la précision en vertu de laquelle n'entrent pas dans le champ du dispositif les appareils électroniques « *utilisés par un député, un sénateur, un magistrat, un avocat, un journaliste ou un médecin* » n'exclut aucunement les dérives puisque les mêmes personnes pourront subir une atteinte à leur vie privée du seul fait d'être présent dans un lieu déterminé et à un moment proche d'un appareil électronique qui a fait l'objet d'une activation à distance.

Quant aux précisions selon lesquelles ne pourront être transcrites « *à peine de nullité* » les données relatives aux échanges avec un avocat « *qui relèvent de l'exercice des droits de la défense et qui sont couvertes par le secret professionnel de la défense et du conseil* » ou encore celles « *relatives aux échanges avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* », elles sont l'aveu même par le législateur de l'impossibilité de limiter les captations de sons et d'images lorsque ces dernières constituent manifestement une menace pour notre État de droit. En effet, les sons et les images seront captés et enregistrés. La seule garantie ici énoncée consiste en la nullité de ces captations en cas de transcription. Nul ne peut garantir que ces données ne seront pas utilisées. Il en va de même de la disposition prévoyant la nullité des transcriptions des données collectées alors que l'appareil se trouvait dans un cabinet ou domicile d'un avocat, locaux d'une entreprise de presse et domicile d'un journaliste, cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier, locaux d'une juridiction ou domicile d'un magistrat.

L'ensemble de ces dispositions est manifestement contraire aux exigences que vous avez énoncées dans le cadre de votre décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Vous avez en effet considéré que le

législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de « *constater des crimes ou des délits d'une gravité et d'une complexité particulières* », « *dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire* » et à la condition que « *les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées* » (cons. 6).

En outre, en laissant indéterminés des critères et conditions de l'application de ces dispositions sans édicter de garanties permettant d'encadrer spécialement ces nouvelles techniques, le législateur a privé de garanties légales le droit au respect de la vie privée. En effet, le législateur a fait le choix de soumettre l'utilisation de ces nouvelles techniques aux garanties légales existantes pour les techniques de captation aujourd'hui autorisées. L'étude d'impact précise : « *les garanties encadrant le recours à ces techniques d'enquête, jugées satisfaisantes par le Conseil constitutionnel, restent inchangées et s'appliqueront lorsqu'elles seront mises en œuvre en ayant recours à l'activation à distance d'un appareil électronique.* ». Or s'il était loisible au législateur de prévoir la possibilité d'utiliser une telle technique, il aurait dû prévoir, compte tenu de la spécificité des atteintes à la vie privée qui en découlent, des garanties spécialement adaptées, notamment afin de garantir un usage pertinent et d'éviter toutes dérives.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous vous invitons à censurer les dispositions visant à créer les nouveaux articles 706-96-2 et 706-96-3 du code de procédure pénale.

Sur la possibilité d'activer à distance des appareils électroniques aux fins de géolocalisation

Le texte qui vous est déféré vise à permettre l'activation à distance des appareils électroniques aux fins de géolocalisation en temps réel des personnes suspectées d'avoir commis un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans de prison.

Si les dispositions critiquées précisent le champ d'application de cette technique, il est manifeste que celui-ci recouvre un nombre considérable d'infractions pénales, ce qui semble disproportionné puisqu'une telle mesure risque d'être appliquée de manière massive. Il est à cet égard remarquable que le Sénat ait limité en première lecture l'utilisation de cette technique aux seuls crimes et délits punis de 10 ans de prison, avant que l'Assemblée ne revienne à la version initiale de cette disposition.

En effet, l'atteinte à la vie privée demeure sérieuse puisqu'une telle mesure permet de retracer en temps réel les déplacements d'un individu, les lieux qu'il fréquente et donc sa vie et ses relations sociales.

Ainsi, l'ensemble de ces disposition apparaît contraire aux exigences constitutionnelles précédemment rappelées.

Sur les dispositions créant un tribunal des affaires économiques

L'article 6 du projet de loi étend à titre expérimental les compétences du tribunal de commerce aux contentieux agricoles et relatifs aux associations et fonds de dotation. Or si la loi a prévu la présence au sein des ces juridictions expérimentales d'un assesseur exploitant agricole, force

est de regretter que cette présence n'assure nullement un équilibre face à la représentation des entreprises. En outre et surtout, aucune représentation au sein de cette nouvelle juridiction n'est prévue pour le monde associatif alors que ces singularités justifiaient la présence d'assesseurs issus de ce milieu. Il en résulte une rupture d'égalité entre les justiciables et une privation de garanties légales de la liberté d'association, laquelle nécessite que les personnes morales l'exerçant puissent ester devant des juridictions judiciaires composées de magistrats professionnels.

Sur les dispositions introduites au Sénat concernant les « consultations juridiques rédigées par un juriste d'entreprise »

Introduites au Sénat par un amendement à l'article 19 du projet de loi, les dispositions relatives aux consultations juridiques rédigées par un juriste d'entreprise présentent toutes les caractéristiques d'un cavalier législatif. En effet, dans sa version initiale, l'article 19 ne concernait que la formation des avocats. Sans même évoquer le contenu de ces dispositions et l'affaiblissement qu'elles induisent dans la lutte contre la corruption, force est de constater qu'elles excèdent manifestement les limites fixées au droit d'amendement par l'article 45 de la Constitution. À ce titre, l'amendement en cause aurait dû être déclaré irrecevable au titre de l'alinéa 3 de l'article 44 du règlement du Sénat. Au regard de votre jurisprudence constante en la matière, vous ne manquerez pas de censurer de telles dispositions. Dans votre décision n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019 sur la loi d'orientation des mobilités, après avoir rappelé les termes de l'article 45, vous avez considéré qu'« *il appartient au Conseil constitutionnel de déclarer contraires à la Constitution les dispositions introduites en méconnaissance de cette règle de procédure. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel ne préjuge pas de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles* » (paragr. 55). Cette jurisprudence constante est au demeurant inspirée par le souci de « *la protection de la qualité de la loi et de la sincérité des débats parlementaires* »¹.

Ainsi, par les présentes observations, les députés du groupe Socialistes et apparentés demandent au Conseil constitutionnel de censurer les dispositions visées.

Députés signataires :

Boris VALLAUD, Joël AVIRAGNET, Christian BAPTISTE, Marie-Noëlle BATTISTEL, Mickaël BOULOUX, Philippe BRUN, Elie CALIFER, Alain DAVID, Arthur DELAPORTE, Stéphane DELAUTRETTE, Inaki ECHANIZ, Olivier FAURE, Guillaume GAROT, Jérôme GUEDJ, Johnny HAJJAR, Chantal JOURDAN, Marietta KARAMANLI, Fatiha KELOUA HACHI, Gérard LESEUL, Philippe NAILLET, Bertrand PETIT, Anna PIC, Christine PIRES BEAUNE, Dominique POTIER, Valérie RABAULT, Claudia ROUAUX, Isabelle SANTIAGO, Hervé SAULIGNAC, Mélanie THOMIN, Cécile UNTERMAIER, Roger VICOT, députés du Groupe Socialistes et apparentés.

¹ M. J. MAÏA, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII*, n°4, avril 2020.