



Commentaire

Décision n° 2018-764 QPC du 15 février 2019

M. Paulo M.

(Droit de communication aux agents des douanes des données de connexion)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 7 décembre 2018 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 3510 du 5 décembre 2018) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Paulo M., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du i du 1° de l'article 65 du code des douanes, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016.

Dans sa décision n° 2018-764 QPC du 15 février 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions contestées contraires à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Présentation des dispositions contestées

1. – Le droit de communication des agents des douanes

* Comme le rappellent Sébastien Jeannard et Éric Chevrier, le droit de communication reconnu aux douaniers a été conçu « *pour permettre à l'administration de collecter des documents détenus par les transporteurs de marchandises afin de s'assurer de la régularité et de la sincérité des informations fournies au moment de la déclaration. D'une manière générale, ce pouvoir d'investigation permet aux douaniers de prendre connaissance de tous les documents relatifs aux opérations qui intéressent leur service* »¹. Confié à l'administration des douanes par la loi de finances initiale pour 1896², il a été intégré au code des douanes

¹ Sébastien Jeannard et Éric Chevrier, Commentaire sous l'article 65 du code des douanes, Dalloz, 3^e éd., 2018.

² Article 17 de la loi de finances initiale pour 1896 du 28 décembre 1895.

de 1935³, avant que le code de 1948⁴ ne lui confère son assise actuelle avec l'article 65.

Sous le terme « droit », les agents des douanes se sont en réalité vus reconnaître un véritable pouvoir de réquisition, proche d'un pouvoir de police judiciaire⁵, au sens où il concourt à la découverte des infractions douanières, qui « *découle, dans des cas de plus en plus nombreux, de l'examen approfondi de multiples documents dont l'exploitation permet de mettre en lumière, tantôt qu'ils ont été falsifiés, tantôt qu'ils ne correspondent pas à la réalité des opérations auxquelles ils se rapportent. En dehors de ceux qui sont fournis par les opérateurs économiques eux-mêmes (déclarations en douane, certificats d'origine, factures, etc.) et qui sont, par définition, détenus par l'Administration, celle-ci souhaite avoir connaissance des conditions réelles dans lesquelles se sont effectués certains transferts suspects. Le droit douanier lui offre, comme c'est déjà le cas pour les administrations fiscales, un large droit de communication* »⁶.

* Le droit de communication prévu à l'article 65 du code des douanes est réservé à certain agents des douanes. Alors que l'exercice de ce droit était auparavant réservé aux agents ayant le grade d'inspecteur, d'officier ou de receveur, la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 l'a étendu aux agents ayant « *au moins le grade de contrôleur* » ainsi qu'aux agents de catégorie C « *lorsqu'ils agissent sur ordre écrit d'un agent des douanes ayant au moins le grade d'inspecteur* » (2° de l'article 65)⁷.

Les « documents de toute nature » objets du droit de communication sont « *l'ensemble des livres, registres, notes et pièces justificatives (comptabilité, registres, factures, correspondances, copies de lettres, etc.) relatives à l'activité professionnelle de l'entreprise* », quel qu'en soit le support, dématérialisé ou non⁸.

³ L'article 489 de l'ancien code des douanes reconnaissait aux agents des douanes un « *droit de recherche dans les écritures de certains commerçants et transporteurs* ».

⁴ Décret n° 48-1985 du 8 décembre 1948 portant refonte du code des douanes, annexé à la loi n° 48-1973 du 31 décembre 1948 portant fixation des maxima des dépenses publiques et évaluation des voies et moyens.

⁵ En ce sens, voir notamment les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale autorisant les services de police judiciaire à requérir des informations intéressant l'enquête.

⁶ Claude J. Berr, « Douanes », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz*, mai 2009, § 159.

⁷ Jusqu'à cette modification, les agents des douanes ayant le grade de contrôleur ne pouvaient agir que sur ordre écrit d'un agent ayant au moins le grade d'inspecteur. Depuis 2005, cette autorisation peut être donnée à des agents des douanes de catégorie C en vertu du 2° de l'article 65 du code des douanes.

⁸ En vertu du b du 4 de l'article 65 du code des douanes.

La finalité du droit de communication est large⁹ puisqu'il est susceptible d'être exercé par les agents des douanes compétents dans le cadre d'« *opérations intéressant leur service* ». Aucune exigence n'a été posée pour subordonner ce droit à l'existence de soupçons préalables à l'encontre de la personne ciblée ou d'un certain degré de gravité des infractions recherchées. Il est ainsi permis à l'administration des douanes de l'exercer à l'encontre de la personne faisant précisément l'objet de l'enquête douanière comme d'une personne non visée par une telle enquête.

Le domaine d'application du droit de communication a également été pensé largement, l'article 65 du code des douanes procédant à une énumération des personnes et des institutions auxquelles les agents peuvent adresser les demandes de communication : gares de chemin de fer, locaux des compagnies de navigation maritime, fluviale et aérienne, locaux des entreprises de transport routier, *etc.* La liste s'est progressivement allongée, comme on va le voir, s'agissant des opérateurs et prestataires de télécommunications (cf. *infra*, I.A.2.), mais la doctrine souligne le caractère superfétatoire¹⁰ de cette énumération dans la mesure où le 1^o du texte a toujours prévu, *in fine*, que le droit de communication pouvait s'exercer, « *en général, chez toutes les personnes physiques ou morales directement ou indirectement intéressées à des opérations régulières ou irrégulières relevant de la compétence du service des douanes* ».

La mise en œuvre du droit de communication tend à le rapprocher d'un pouvoir de visite et de saisie puisqu'il peut aussi bien s'exercer à distance (par correspondance, y compris par voie électronique) que sur place¹¹ et permet, le cas échéant, aux agents des douanes de procéder à la saisie ou à la copie des documents de toute nature propres à faciliter l'accomplissement de leur mission.

Cette faculté de saisie applicable dans le cadre des enquêtes dites légères ne saurait pour autant être assimilée à celle prévue dans le cadre des perquisitions douanières par l'article 64 du code des douanes. D'une part, contrairement à la saisie régie par ce dernier article qui peut porter sur des marchandises, celle prévue dans le cadre du droit de communication ne peut porter que sur des documents. D'autre part, la saisie faisant suite au droit de communication suppose que le document ait été

⁹ En ce sens, voir Claude J. Berr et Henri Trémeau, *Le droit douanier communautaire et national*, Economica, 7^e éd., 2006, p. 515, n° 943.

¹⁰ Claude J. Berr, *op. cit.*, § 161.

¹¹ Cette alternative a été expressément prévue lors de la modification de l'article 65 du code des douanes par l'article 21 de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016.

volontairement remis par son détenteur¹². Si tel n'est pas le cas, la saisie forcée s'apparente à une perquisition illégale, susceptible d'entraîner l'annulation du procès-verbal de saisie et de la procédure subséquente¹³.

Le caractère nécessairement volontaire de la remise des documents saisis appelle deux précisions.

Premièrement, ce caractère volontaire n'a pas besoin d'être constaté dans le procès-verbal de saisie pour que celui-ci soit valable¹⁴.

Deuxièmement, le défaut de communication de documents demandés par l'administration des douanes peut être sanctionné. D'une part, un tel refus forme, suivant l'article 413 *bis* du code des douanes, une contravention de cinquième classe passible « *d'un emprisonnement d'un mois et d'une amende de 90 euros à 450 euros* ». D'autre part et indépendamment de l'amende encourue, l'article 431 du code des douanes dispose que « *les contrevenants doivent être condamnés à représenter les livres, pièces ou documents non communiqués, sous une astreinte de 1,50 euro au minimum par chaque jour de retard* ».

2. – Le régime spécifique aux données de connexion

* La loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificative pour 2001 a élargi le droit de communication dont bénéficient les agents des douanes¹⁵, ceux du fisc¹⁶ et ceux de l'autorité des marchés financiers (AMF)¹⁷ aux données de connexion conservées par les opérateurs de télécommunications¹⁸ et les prestataires d'accès à internet – fournisseurs d'accès à internet et hébergeurs de contenu sur les réseaux de communications électroniques¹⁹.

Selon la secrétaire d'État au budget, devant l'Assemblée nationale, il s'agissait « *de confirmer, dans leur étendue et dans leurs limites actuelles, les pouvoirs légaux*

¹² Cass. crim., 15 octobre 1984, *Bull.crim.* n° 298 ; 24 janvier 2001, *inédit*, pourvoi n° 99-87685.

¹³ Cass. crim., 15 octobre 1984, préc.

¹⁴ Cass. crim., 24 janvier 2001, préc.

¹⁵ En vertu du i du 1° de l'article 65 du code des douanes.

¹⁶ Articles L. 83 et L. 96 G du livre des procédures fiscales.

¹⁷ Article L. 621-10 du code monétaire et financier.

¹⁸ L'expression désigne « *toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* » (15° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques).

¹⁹ Il s'agit des personnes visées au 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

d'accès conférés, pour les besoins de leurs missions, à la douane, à la direction générale des impôts et à la Commission des opérations de bourse à l'égard des informations conservées par les opérateurs de télécommunication. Un article de la loi sur la sécurité quotidienne avait pu créer un a contrario source de contentieux et d'imprécision. Il est donc proposé de le rectifier »²⁰. Le droit de communication des données de connexion a donc été conçu, à l'origine, comme un cas particulier du droit de communication général reconnu au bénéfice des enquêteurs des administrations et de l'autorité administrative indépendante précitées²¹.

* L'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), auquel renvoie la disposition contestée, impose aux opérateurs de communication électronique et notamment aux personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne d'effacer ou de rendre anonyme toute donnée relative à une communication dès que celle-ci est achevée.

Cependant, il apporte trois dérogations à cette règle. En premier lieu, il autorise les opérateurs à différer d'un an leur procédure d'effacement ou d'anonymisation des données de trafic, pour les besoins d'une enquête pénale ou de la lutte contre le téléchargement illégal (depuis 2009²²) ou pour la prévention de certains actes de piratages informatiques (depuis 2013²³). Cette autorisation a pour seul but de permettre la mise à disposition de ces données à l'autorité judiciaire, à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)²⁴ ou à l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI)²⁵.

²⁰ Compte-rendu des débats, *JOAN*, 2^e séance du 5 décembre 2001, p. 9030.

²¹ Le droit de communication des données de connexion a ensuite été étendu à d'autres autorités. L'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle confère un droit de communication des données de connexion aux agents publics assermentés habilités par le président de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI). La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 a également mis en place une procédure de réquisition administrative de données techniques de connexion. Cette procédure, qui a été jugée conforme à la Constitution (décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*), est assortie d'un certain nombre de garanties : limitation aux seules finalités énumérées à l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure (CSI) ; autorisation du Premier ministre, après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) ; mise en œuvre par des agents habilités ; contrôle de la CNCTR et du Conseil d'État ; limitation dans le temps des réquisitions ; restriction aux données de connexion, à l'exclusion du contenu des conversations ou de la correspondance ; durée de conservation limitée.

²² L'article L. 34-1 du CPCE vise les manquements à l'obligation faite au titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation sans autorisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin (article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle).

²³ Article 323-1 à 323-3-1 du code pénal.

²⁴ Article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle.

²⁵ Article L. 2321-1 du code de la défense.

En deuxième lieu, les opérateurs sont aussi autorisés à conserver, durant le temps nécessaire pour établir la facturation ou le paiement et jusqu'au moment où la facture ne peut plus être contestée, certaines données techniques déterminées par décret en Conseil d'État nécessaires à ces opérations.

Enfin, les données de localisation de l'utilisateur ou du terminal de communication, qui ne peuvent en principe, sauf dans les deux cas précédents, être conservées au-delà de l'opération de communication, peuvent l'être, par exception, et avec le consentement de l'abonné, notamment pour bénéficier d'autres services.

Ces dérogations à la règle de l'effacement sont elles-mêmes limitées par les catégories de données qui peuvent en bénéficier. En effet, le paragraphe VI de l'article L. 34-1 du CPCE dispose que les données ainsi temporairement conservées *« portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux »*. Il précise en outre qu'*« elles ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications »*.

En vertu du paragraphe II de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les fournisseurs d'accès internet et les hébergeurs de contenu sont par ailleurs autorisés à conserver *« les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires »*.

Le droit de communication prévu par les dispositions contestées peut porter sur ces catégories de données conservées, par exception, par ces différents opérateurs. Les données ainsi susceptibles d'être collectées sont donc les « métadonnées » de connexion, *i.e* celles qui portent la trace d'une connexion ou d'un appel téléphonique, à l'exclusion du contenu de cet appel ou de cette connexion. Il peut s'agir du numéro d'abonnement de l'émetteur de l'appel ou de son destinataire, de la date ou de la durée de la correspondance ou bien encore de la facture détaillée (« *fadette* ») du premier.

À l'origine, ces données n'incluaient pas la localisation de l'utilisateur ou du terminal de communication. Cette catégorie de « métadonnées », qui permet de savoir où se trouvait l'utilisateur lorsqu'il a utilisé le service de communication, a été ajoutée par l'article 10 (6°) de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications

électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

3. – La modification récente des dispositions contestées

Le législateur a tout récemment abrogé les dispositions de l'article 65 du code des douanes qui étaient contestées dans la présente décision et institué, en lieu et place de celles-ci, un nouvel article 65 *quinquies* encadrant plus strictement le droit de communication des données de connexion afin de tenir compte des décisions du Conseil constitutionnel n° 2015-715 DC du 5 août 2015²⁶ et n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017²⁷ qui avaient censuré des dispositions analogues relatives aux agents de l'Autorité de la concurrence et de l'AMF (cf. *infra*, partie II, C).

La loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude a ainsi aménagé le régime juridique de ce pouvoir spécifique de réquisition s'agissant non seulement des agents de l'AMF (article 13 de la loi) et de ceux du fisc (article 15), mais aussi de ceux de l'administration des douanes (article 14). L'amendement parlementaire à l'origine du nouvel article 65 *quinquies* du code des douanes a été expressément motivé par la volonté de « *définir dans le code des douanes le nouveau cadre juridique du recueil et de l'exploitation des données de connexion par les agents des douanes suite aux décisions du Conseil constitutionnel du 21 juillet 2017 et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 21 décembre 2016* »²⁸.

Le nouveau texte applicable au droit de communication spécifique aux données de connexion est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Il se distingue du droit général de communication par :

- sa finalité limitée à la constatation d'infractions douanières d'une particulière gravité, en l'occurrence les délits prévus aux articles 414, 415 et 459 du code des douanes (tels que la contrebande de produits stupéfiants ou d'armes, le délit de blanchiment douanier ou la violation d'un embargo financier) ;
- la nécessité pour les agents titulaires de ce droit, ayant au moins le grade de contrôleur des douanes, d'être spécialement habilités par le directeur de leur service d'affectation ;

²⁶ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 137.

²⁷ Décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, *M. Alexis K. et autre (Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion)*.

²⁸ Amendement n° 115 au projet de loi n° 1212 (Assemblée nationale – XV^e législature) de lutte contre la fraude, présenté par M. Giraud et Mme Cariou le 13 septembre 2018.

- l'exigence d'une autorisation préalable du procureur de la République, qui peut être donnée par tout moyen et est mentionnée ou versée au dossier de la procédure ;
- la rédaction d'un procès-verbal de constat relatant la mise en œuvre du droit de communication dont une copie sera transmise au magistrat ayant autorisé le recueil des données ainsi qu'aux opérateurs et prestataires sollicités ;
- la destruction des données obtenues à l'extinction de l'action pour l'application des sanctions fiscales.

B. – Origine de la QPC et question posée

M. Paulo M. a été renvoyé devant le tribunal correctionnel des chefs de travail dissimulé et blanchiment en bande organisée. À cette occasion, il a présenté dans un mémoire distinct la QPC suivante :

« Les dispositions de l'article 65 du code des douanes selon lesquelles "1° Les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur peuvent exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service quel qu'en soit le support ; [...] i) chez les opérateurs de télécommunications et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du 1 de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, pour les données conservées et traitées par ces derniers, dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications" portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus précisément au droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et ce dans la mesure notamment où le législateur n'a pas apporté de garanties suffisantes pour respecter ce droit au regard de l'article 34 de la Constitution ? ».

Par un jugement en date du 13 septembre 2018, le tribunal correctionnel a transmis la question à la Cour de cassation.

Par l'arrêt précité du 5 décembre 2018, la Cour de cassation a renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel après avoir estimé, tout d'abord, que les dispositions critiquées de l'article 65 du code des douanes, dans sa rédaction en vigueur au moment des faits, résultant de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016, étaient applicables à la procédure.

La chambre criminelle a ensuite considéré « *qu'à supposer qu'elles aient été déclarées conformes à la Constitution dans la décision n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012 portant sur des versions antérieures du texte non substantiellement modifié par les lois postérieures, les décisions n° 2015-715 DC du 5 août 2015 et n° 2017-646/647 du 21 juillet 2017 relatives au droit de communication des agents respectivement de l'Autorité de la concurrence et de l'Autorité des marchés financiers sont de nature à constituer un changement des circonstances* ».

Enfin, elle a estimé « *qu'en application des dispositions contestées, les agents des douanes disposent de la faculté d'obtenir la communication de données de connexion auprès d'opérateurs ou des prestataires relatives à des opérations intéressant leur service ; que le législateur a assorti cette procédure de garanties tenant à l'absence d'un pouvoir d'exécution forcée, d'un pouvoir général d'audition ou d'un pouvoir de perquisition, et à la possibilité de saisir les seuls éléments volontairement communiqués ; que, cependant, la question de savoir si ces garanties sont propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions est sérieuse* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Le requérant et les parties intervenantes reprochaient aux dispositions contestées de ne pas entourer l'exercice du droit de communication des données de connexion, qu'elles instaurent au profit des agents des douanes, de garanties suffisantes de nature à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et la prévention des atteintes à l'ordre public ainsi que la recherche des auteurs d'infractions.

A. – La recevabilité de la QPC

De jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel juge que « *Selon les dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 [portant loi organique sur le Conseil constitutionnel], le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil*

constitutionnel, sauf changement des circonstances »²⁹.

Le Conseil constitutionnel avait déjà été saisi des dispositions du i du 1° de l'article 65 du code des douanes, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, ainsi que dans sa rédaction modifiée par l'article 91 de cette même loi. Dans sa décision n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012³⁰, il avait déclaré ces dispositions conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de cette décision. Or, le Conseil a constaté que ces dispositions étaient identiques à celles contestées par le requérant dans la présente QPC (paragr. 4).

Toutefois, comme le Conseil constitutionnel l'a relevé dans la décision objet du présent commentaire, « *depuis cette déclaration de conformité* », il « *a jugé contraires au droit au respect de la vie privée, dans sa décision du 5 août 2015³¹ [...], des dispositions instaurant un droit de communication des données de connexion au profit des agents de l'Autorité de la concurrence analogue à celui prévu par les dispositions contestées* » (paragr. 5). Dès lors, il a considéré que cette décision constituait un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées (même paragr.).

B. – Le grief tiré de la méconnaissance du droit au respect de la vie privée

1. – La jurisprudence

* Après avoir estimé que les méconnaissances graves du droit au respect de la vie privée affectent la liberté individuelle³², le Conseil constitutionnel, à compter de 1999, a rattaché le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il a jugé que la liberté proclamée par cet article « *implique le respect de la vie privée* »³³.

²⁹ Voir en dernier lieu la décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II)*, paragr. 4.

³⁰ Décision n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012, *Société COVED SA (Droit de communication de l'administration des douanes)*.

³¹ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 précitée, cons. 137.

³² Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 44.

³³ Voir notamment les décisions n°s 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 45 ; 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 75 ; 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 21.

La notion de « vie privée » est entendue par le Conseil constitutionnel de façon classique : c'est la sphère d'intimité de chacun.

Le Conseil constitutionnel juge qu'il appartient au législateur d'assurer « *la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public* »³⁴.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit au respect de la vie privée est abondante. Depuis 2009³⁵, celui-ci a notamment eu l'occasion de confronter ce droit constitutionnel à des procédures de recueil de données de connexion. Les décisions correspondantes ont été présentées dans le commentaire de la décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, auquel il convient de renvoyer.

Deux décisions récentes relatives au droit de communication des données de connexion sont toutefois topiques et méritent d'être rappelées.

* Dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015³⁶, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur une procédure de communication des données de connexion conçue en faveur de l'autorité de la concurrence, sur l'exact modèle du dispositif prévu en faveur des agents des douanes et du fisc, ainsi que de l'AMF et l'HADOPI³⁷.

Le Conseil constitutionnel a jugé :

« Considérant que le 2° de l'article 216 permet à l'Autorité de la concurrence d'obtenir la communication de données de connexion ;

³⁴ Décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G. (Procédure de dessaisissement d'armes)*, cons. 3.

³⁵ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 26 à 31.

³⁶ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 134 à 138.

³⁷ En effet, comme l'indiquait le rapport de la commission spéciale de l'Assemblée nationale, dans son commentaire de l'article qui introduisait ce dispositif, « *Ces pouvoirs sont aujourd'hui reconnus à l'Autorité des marchés financiers, comme prévu à l'article L. 621-10 du code monétaire et financier, et à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, ainsi qu'en dispose l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'aux administrations fiscale et douanière, en application des articles L. 83 et L. 96 G du livre des procédures fiscales et de l'article 65 du code des douanes* » (Rapport [n° 2498 - XIV^e législature] de M. Richard Ferrand *et al.*, fait au nom de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner le projet de loi pour la croissance et l'activité, tome 2, commentaire de l'article 59 *ter*).

« Considérant que le 2° de l'article 216 insère, avant le dernier alinéa de l'article L. 450-3 du code de commerce, un nouvel alinéa permettant aux agents mentionnés à l'article L. 450-1 du même code de "se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et par les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et en obtenir la copie" ;

« Considérant que les députés requérants soutiennent que les dispositions contestées portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée dès lors, d'une part, que les agents de l'Autorité de la concurrence pourront obtenir des données de connexion pour les besoins d'une simple enquête et, d'autre part, que ces agents n'encourent aucune sanction en cas de divulgation des informations obtenues ; que, selon eux, en ne prévoyant pas l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser la communication des données, le législateur a également porté atteinte à la garantie des droits et à l'article 66 de la Constitution ;

« Considérant que la communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée ; que, si le législateur a réservé à des agents habilités et soumis au respect du secret professionnel le pouvoir d'obtenir ces données et ne leur a pas conféré un pouvoir d'exécution forcée, il n'a assorti la procédure prévue par le 2° de l'article 216 d'aucune autre garantie ; qu'en particulier, le fait que les opérateurs et prestataires ne sont pas tenus de communiquer les données de connexion de leurs clients ne saurait constituer une garantie pour ces derniers ; que, dans ces conditions, le législateur n'a pas assorti la procédure prévue par le 2° de l'article 216 de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions ;

« Considérant que le 2° de l'article 216 est contraire à la Constitution ».

Comme l'a souligné le commentaire de la décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017 (p. 14), la décision du 5 août 2015 constituait un revirement jurisprudentiel par rapport aux décisions plus anciennes précitées. Toutefois, elle s'inscrivait dans un mouvement jurisprudentiel plus large, ayant élevé les exigences en matière de protection de la vie privée et tiré les conséquences des évolutions techniques : même si les données de connexion n'incluent pas le contenu des conversations ou de la correspondance échangées, elles comportent en effet des informations de plus en plus précises, puisqu'elles permettent la localisation en

temps réel de l'utilisateur ou du terminal utilisé. En outre, les capacités de traitement des masses de données ainsi générées ont atteint un tel niveau qu'elles permettent d'en tirer des informations de plus en plus précises sur les personnes concernées par ces données.

* Dans sa décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017 relative au droit de communication des enquêteurs de l'AMF, le Conseil constitutionnel a confirmé cette évolution dans la conciliation qu'il opère entre le droit au respect de la vie privée et les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Après avoir rappelé que « *la communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée* », il a censuré la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 621-10 du CMF, considérant que « *si le législateur a réservé à des agents habilités et soumis au respect du secret professionnel le pouvoir d'obtenir ces données dans le cadre d'une enquête et ne leur a pas conféré un pouvoir d'exécution forcée, il n'a assorti la procédure prévue par les dispositions en cause d'aucune autre garantie. Dans ces conditions, le législateur n'a pas entouré la procédure prévue par les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions* »³⁸.

* Faisant application de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a censuré, en dernier lieu, les dispositions de la loi pour la confiance dans la vie publique qui visaient à permettre à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) d'exercer directement le droit de communication de certains documents ou renseignement reconnu par l'article L. 96 G du livre des procédures fiscales : « *La communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée des personnes faisant l'objet du contrôle. Faute d'avoir assorti la procédure prévue par les dispositions en cause de garanties suffisantes, le législateur a porté une atteinte disproportionnée à ce droit* » (décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017)³⁹.

³⁸ Décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017 précitée, paragr. 9.

³⁹ Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, paragr. 83.

* L'élévation du niveau d'exigence en matière d'accès aux données de connexion s'observe par ailleurs au niveau communautaire depuis l'arrêt *Tele2 Sverige AB* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 21 décembre 2016⁴⁰.

2. – L'application à l'espèce

La décision commentée a donné l'occasion au Conseil constitutionnel de reprendre et de confirmer le raisonnement qu'il suit depuis la décision précitée n° 2015-715 DC pour l'examen des dispositions législatives relatives au droit de communication des données de connexion prévu par le i du 1° de l'article 65 du code des douanes.

Après avoir rappelé sa formulation de principe sur la conciliation que doit opérer le législateur entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et le respect de la vie privée (paragr. 6), le Conseil constitutionnel a tout d'abord relevé que la « *communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée* » (paragr. 8).

Puis, il a procédé à l'examen des garanties offertes par les dispositions contestées.

Ainsi, il a jugé que « *si le législateur a réservé à certains agents des douanes soumis au respect du secret professionnel le pouvoir d'obtenir ces données dans le cadre d'opérations intéressant leur service et ne leur a pas conféré un pouvoir d'exécution forcée, il n'a assorti la procédure prévue par les dispositions en cause d'aucune autre garantie* » (même paragr.). Reproduisant la formulation qu'il avait employée dans ses précédentes décisions rendues au sujet de dispositions analogues concernant les agents de l'Autorité de la concurrence, de l'AMF et de la HATVP, le Conseil en a déduit que « *le législateur n'a pas entouré la procédure prévue par les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions* » (même paragr.).

Par suite, il a déclaré le i du 1° de l'article 65 du code des douanes contraire à la Constitution (paragr. 9).

Constatant que ces dispositions avaient déjà été abrogées par la loi du 23 octobre

⁴⁰ CJUE, *Tele2 Sverige AB*, 21 décembre 2016, C-203/15, § 97 à 125. Voir aussi, dans le même sens, CJUE, 2 octobre 2018, *Ministerio Fiscal*, aff. n° C-207/16, § 56-57.

2018 (paragr. 11), le Conseil constitutionnel n'a pas eu besoin de se prononcer sur les effets pour l'avenir de la déclaration d'inconstitutionnalité. En revanche, il a considéré que la remise en cause des mesures prises avant la date de sa décision en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution « *méconnaît les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et aurait ainsi des conséquences manifestement excessives* » (paragr. 12). Le Conseil a donc décidé que ces mesures ne pourraient être contestées dans les procédures en cours sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Cette solution est analogue à celle adoptée dans la décision n° 2017-646/647 QPC dans laquelle le Conseil constitutionnel avait, s'agissant de dispositions en vigueur, reporté les effets de sa censure sans assortir ce report d'une réserve transitoire.