

Alexis Fitzjean Ó Cobhthaigh

Avocat au Barreau de Paris

5, rue Daunou, 75002 Paris

afoc.avocat@gmail.com

Conseil constitutionnel

N° 2017-696 QPC

Intervention volontaire

À l'appui de la question transmise par arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2018

Tendant à faire constater qu'en édictant les dispositions de l'article 434-15-2 du code pénal le législateur a porté atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et plus précisément disposant, d'une part, qu'est puni de trois ans d'emprisonnement et de 270 000 € d'amende le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre, sur les réquisitions de ces autorités délivrées en application des titres II et III du livre Ier du code de procédure pénale et, d'autre part, que si le refus est opposé alors que la remise ou la mise en œuvre de la convention aurait permis d'éviter la commission d'un crime ou d'un délit ou d'en limiter les effets, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 450 000 € d'amende.

PRODUITE POUR

La Quadrature du Net

Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont le siège social est situé au 60 rue des Orteaux à Paris (75020), enregistrée en préfecture de police de Paris sous le numéro W751218406, prise en la personne de son président M. Benjamin BAYART, dûment habilité à agir en justice ;

Tél. : 06 60 24 24 94

Mail : contact@laquadrature.net

TABLE DES MATIÈRES

Faits	3
Discussion	4
1 Sur la recevabilité de la présente intervention	4
2 Sur l'inconstitutionnalité de la disposition contestée	5
2.1 Éléments de droit international, de droit européen et de droit de l'Union européenne	5
2.2 Éléments de droit comparé	6
2.3 Jurisprudence du Conseil constitutionnel	7
2.4 Sur les risques en matière de cybersécurité	8
Productions au soutien de la requête	11

FAITS

- 1 Par un arrêt n° 3478 du 10 janvier 2018 (pourvoi n° 17-90.019), la chambre criminelle de la Cour de cassation a renvoyé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) devant le Conseil constitutionnel, qui concerne la conformité de l'article 434-15-2 du code pénal aux droits et libertés que la Constitution garantit.
- 2 Cet article dispose que :

“Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 270 000 € d'amende le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre, sur les réquisitions de ces autorités délivrées en application des titres II et III du livre Ier du code de procédure pénale. Si le refus est opposé alors que la remise ou la mise en œuvre de la convention aurait permis d'éviter la commission d'un crime ou d'un délit ou d'en limiter les effets, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 450 000 € d'amende.”
- 3 Cette affaire a été enregistrée le 12 janvier 2018 par le greffe du Conseil constitutionnel, sous le n° 2017-696 QPC.
- 4 C'est l'instance à laquelle l'association “La Quadrature du Net”, exposante, entend intervenir.

DISCUSSION

1. Sur la recevabilité de la présente intervention

- 5 D'emblée, il convient de souligner que l'association exposante est bien recevable à intervenir.
- 6 D'après les termes de l'alinéa 2 de l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité :

« Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1er et **mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel**, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1er. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission. »

- 7 Or, le site du Conseil constitutionnel fixe ce délai au 5 février 2018 à midi.
- 8 Sur le plan matériel, l'exposante dispose également d'un intérêt spécial.
- 9 **En l'espèce**, l'article 3 des statuts de la Quadrature du Net (prod. n° 1) souligne que :

« L'association a pour objet désintéressé et non lucratif :

– l'éducation et la formation sur les moyens d'assurer la défense des droits et libertés fondamentaux dans l'espace numérique, la compréhension du fonctionnement d'internet et de l'écosystème numérique, les moyens de permettre à chacun de tirer tous les bénéfices de leur développement pour des usages démocratiques, éducatifs et culturels, notamment par la contribution aux communs et le partage des connaissances et de la culture ; – les réflexions, études, analyses et actions contribuant à l'objectif défini à l'alinéa précédent ; – l'encouragement de l'autonomie

des usagers et leur prise de contrôle sur les données les concernant et les dispositifs techniques dont ils font usage ou qu'ils rencontrent dans leurs pratiques et leur environnement ; – l'aide au développement et à l'utilisation de nouvelles technologies ainsi que la mise en place, la gestion d'applications contribuant à la réalisation des objectifs listés précédemment ; – l'étude et la défense des intérêts sociaux, culturels, d'innovation et de développement humain des citoyens. Pour atteindre ce but, elle jouit de la capacité intégrale reconnue par la loi aux Associations et du pouvoir d'ester en justice ; [...] ».

- 10 En outre, la Quadrature du Net défend le recours au chiffrement, comme outil technique de préservation et de défense de la vie privée, depuis de nombreuses années.
- 11 A ce titre, l'exposante a participé à de nombreuses conférences afin de sensibiliser à l'existence de liens forts entre droits de l'Homme et chiffrement notamment dans le cadre de l'ONU.¹
- 12 Plus récemment, dans le cadre de sa participation à l'Observatoire des libertés et du numérique, elle a exprimé publiquement, et à de nombreuses reprises, son fort attachement au chiffrement et son souhait de lutter contre toute limitation du droit d'y recourir.²
- 13 Dès lors, la disposition litigieuse affecte directement les droits et libertés défendus par l'exposante.
- 14 **En conclusion**, l'objet statutaire de l'association exposante ainsi que les positions publiques qu'elle a adopté et les actions qu'elle a entreprises depuis plusieurs années en ce sens illustrent l'existence d'un intérêt spécial justifiant son intervention à la présente question prioritaire de constitutionnalité.

2. Sur l'inconstitutionnalité de la disposition contestée

2.1. Éléments de droit international, de droit européen et de droit de l'Union européenne

- 15 Le droit de se taire, ou droit de garder le silence, constitue la traduction principale du droit de ne pas s'incriminer.
- 16 Au niveau des engagements internationaux de la France, l'article 14.3, g) du pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que toute personne accusée d'une infraction pénale a le droit de « ne pas être forcée à témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».
- 17 Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme juge, dans sa

1. <https://www.laquadrature.net/fr/chiffrement-ONU>

2. <https://www.laquadrature.net/fr/oln-positionnement-chiffrement>

jurisprudence, que le droit de se taire est garanti par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- 18 Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, de manière constante, le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination (cf. Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, req. n° 10588/83 ; Cour EDH, 8 février 1996, *John Murray c/Royaume-Uni*, req. n° 18731/91 ; Cour EDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, req. n° 19187/91 ; Cour EDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*, req. n° 1466/07).
- 19 De la même manière, l'article 3 de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012, prévoit que « les suspects ou les personnes poursuivies reçoivent rapidement des informations concernant (...) e) le droit de garder le silence ».
- 20 En outre, la directive 2016/343, parue au Journal officiel de l'Union européenne du 11 mars 2016 dont la transposition doit être effectuée avant le 1er avril 2018 renforce également certains aspects de la présomption d'innocence dans le cadre des procédures pénales. Cette directive, prévoit en son article 7 un « *droit de garder le silence et (...) de ne pas s'incriminer soi-même* ». Aux termes de cet article :

« 1. Les États membres veillent à ce que les suspects et les personnes poursuivies aient le droit de garder le silence en ce qui concerne l'infraction pénale qu'ils sont soupçonnés d'avoir commise ou au titre de laquelle ils sont poursuivis (...).

3. L'exercice du droit de ne pas s'incriminer soi-même n'empêche pas les autorités compétentes de recueillir les preuves qui peuvent être obtenues légalement au moyen de pouvoirs de contrainte licites et qui existent indépendamment de la volonté des suspects ou des personnes poursuivies. (...)

5. L'exercice par les suspects et les personnes poursuivies du droit de garder le silence et du droit de ne pas s'incriminer soi-même ne saurait être retenu contre eux, ni considéré comme une preuve qu'ils ont commis l'infraction pénale concernée ».

2.2. Éléments de droit comparé

- 21 De son côté, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a déduit du 5ème amendement de la Constitution nationale, le principe selon lequel nul ne doit être contraint de témoigner contre lui-même au cours d'une procédure criminelle et le droit de se taire (cf. *Escobedo v. Illinois*, (378 U.S. 478 - 1964 ; *Miranda v. Arizona*, (384 U.S. 436 - 1996) ce qui a donné ce que l'on dénomme la "*Miranda rule*".
- 22 L'article 136 du code de procédure pénale allemand (*Strafprozessordnung*) prévoit également un droit similaire.

2.3. Jurisprudence du Conseil constitutionnel

2.3.1. En ce qui concerne le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer

- 23 **En droit**, le Conseil constitutionnel estime que le principe selon lequel nul n'est tenu de contribuer à sa propre accusation découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 (cf. CC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, décision n° 2004-492 DC, cons. 110 ; CC, 16 septembre 2010, *Fichier empreintes génétiques*, décision n° 2010-23, cons. 17 ; CC, 27 janvier 2012, *Société Coved SA [Droit de communication de l'administration des douanes]*, décision n° 2011-214 QPC, cons. 7 ; CC, 26 septembre 2014, *Association France Nature Environnement [Transaction pénale sur l'action publique en matière environnementale]*, cons. 15).
- 24 Dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, concernant la *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, le Conseil constitutionnel, après avoir jugé que “*nul n'est tenu de s'accuser*”, a précisé que la reconnaissance, par une personne, de sa propre culpabilité, ne peut être conforme à la Constitution **que dans la mesure où elle est librement reconnue**.
- 25 Le “commentaire autorisé” de cette décision, publié sur le site internet du Conseil constitutionnel, indique que, pour être conforme à la Constitution, la reconnaissance par une personne de sa propre culpabilité doit être exprimée “*volontairement, consciemment et librement, c'est-à-dire en dehors de tout “chantage”, de tout “marchandage”, de tout malentendu et de toute contrainte*”.
- 26 Dans sa décision du 4 novembre 2016 (cf. CC, 4 novembre 2016, *Absence de nullité en cas d'audition réalisée sous serment au cours d'une garde à vue*, décision n°2016-594 QPC, cons. 5), le Conseil constitutionnel a précisé que du principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, “*découle le droit de se taire*”. Il a donc expressément affirmé le caractère constitutionnel du droit de se taire dans le cadre d'une procédure pénale.

2.3.2. En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée, le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable

- 27 Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement qu'au nombre des droits et libertés constitutionnellement garantis figurent le droit au respect de la vie privée, le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable, protégés par les articles 2, 4, 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (cf. not. CC, 24 juillet 2015, *Associations “French Data Network”, “La Quadrature du Net” et “Fédération des fournisseurs d'accès à internet associatifs”*, décision n° 2015-478 QPC, cons. 16, *in media res*).
- 28 Le droit à la vie privée et au secret des correspondances est, en particulier,

rattaché à l'article 2 de la Déclaration de 1789 (cf. CC, 21 octobre 2016, *Associations "La Quadrature du Net" et autres*, décision n° 2016-590 QPC, cons. 3).

2.4. Sur les risques en matière de cybersécurité

29 Dans un article publié sur son site internet, la CNIL considère que :

« (...) **un défaut de chiffrement fait peser plusieurs risques substantiels sur la cybersécurité, qui est vecteur de confiance pour les utilisateurs, particuliers ou professionnels, et d'innovation pour les industriels. Un défaut de chiffrement peut en effet mettre en péril la sécurité des individus.** On peut citer notamment l'expérience malheureuse d'une autorité publique américaine, l'OPM (Office of Personal Management), qui s'est vue dérober 22 millions de fiches concernant les employés fédéraux américains. Parmi ces fiches, les formulaires SF86 comportaient les données privées des personnes relevant de la sécurité nationale.

Il ne s'agit là que d'un exemple parmi d'autres. Dans un contexte de cybercriminalité grandissante, qui touche tous les secteurs d'activité, tous les publics (entreprises, autorités) et tous les domaines de la vie quotidienne des particuliers (données bancaires, données de santé, téléphonie, etc.), il ne peut être envisagé d'affaiblir la sécurité des solutions informatiques aujourd'hui déployées, sans que cela devienne préjudiciable au patrimoine informationnel des entreprises et à la protection de la vie privée des individus. Les « Backdoors » créeraient ainsi **un risque collectif tendant à affaiblir le niveau de sécurité des personnes physiques comme morales face à l'ampleur du phénomène cybercriminel**, alors même que la protection des systèmes d'information des entreprises et des États devient de plus en plus impérieuse, au vu des graves préjudices que peuvent causer les atteintes à ces systèmes, du point de vue économique, politique ou de la sécurité publique.

Face aux attaques des États ou du crime organisé, les « Backdoors » et « Master Keys » seraient en outre peu robustes dans le temps, d'autant plus qu'il serait nécessaire d'échanger au niveau international le secret ou les clés concernés, les autorités publiques étant en effet confrontées aux mêmes menaces, notamment terroristes. Ces solutions seraient également très **complexes à mettre en œuvre de manière sûre** : dans le cas où une clé maître serait corrompue (obtenue par un groupe ou un État non habilités), il serait en effet très difficile de la renouveler et d'assurer la confidentialité des données qu'elle protégeait. Enfin, **même sur le court terme, leur**

efficacité pourrait s'avérer douteuse, dans la mesure où les applications en cause sont majoritairement d'origine étrangère et mondialisées et où les personnes visées par ces mesures pourront toujours continuer à utiliser des solutions échappant à ces obligations. Pour toutes ces raisons, la CNIL comme la plupart des autorités nationales compétentes en matière de cybersécurité, à l'image de l'ANSSI par exemple, ne pense pas souhaitable une telle obligation. »³

- 30 Le rapporteur spécial de l'Organisation des Nations Unies (ONU) pour la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, M. Pablo De Greiff, a rendu un rapport en 2015 lors du Conseil des droits de l'homme à Genève rappelant l'importance de garantir le droit des citoyens à communiquer entre eux secrètement et, en particulier, sur internet. Il appelle ainsi les Etats membres de l'ONU à assurer un accès effectif au chiffrement et aux outils d'anonymisation dans les communications en ligne.
- 31 Il s'inscrivait ainsi dans le sillage des conclusions du rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection de la liberté d'opinion et d'expression, M. David Kaye , qui publia un rapport en 2015 demandant notamment que les gouvernements s'abstiennent d'exiger la possibilité de déchiffrer les communications et de garantir le droit à une connexion anonyme.
- 32 **En l'espèce** les dispositions contestées portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.
- 33 En particulier, l'article 434-15-2 du code pénal méconnaît le droit de se taire et le droit de ne pas s'auto-incriminer, notamment en ce que la convention secrète de déchiffrement relève du for interne de la personne poursuivie.
- 34 En outre, ces dispositions sont de nature à vicier le consentement libre de la communication d'éléments susceptibles de faire reconnaître la culpabilité d'une personne.
- 35 Dans ces conditions, la reconnaissance par une personne de sa propre culpabilité ne saurait être exprimée volontairement, consciemment et librement, dès lors que les dispositions querellées viennent exercer une contrainte forte sur la liberté du consentement de la personne en cause.
- 36 Du reste, les dispositions contestées portent également atteinte au droit au respect de la vie privée, au droit au secret des correspondances, à la liberté d'expression, aux droits de la défense et au droit à un procès équitable.
- 37 De toute évidence, non seulement l'ensemble de ces atteintes à des droits et libertés constitutionnellement protégés ne sont en rien justifiées par un intérêt général suffisant, mais surtout, ce délit n'est nullement nécessaire, radicalement inadapté et manifestement disproportionné.
- 38 A cet égard, la censure avec effet immédiat est inévitable.

3. <https://www.cnil.fr/fr/lacces-des-autorites-publiques-aux-donnees-chiffrees>)

Par ces motifs, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, l'association exposante conclut à ce qu'il plaise au Conseil constitutionnel de :

DECLARER les dispositions de l'article 434-15-2 du code pénal contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Le 5 février 2018 à Paris,
Pour La Quadrature du Net
Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH

PRODUCTIONS AU SOUTIEN DE LA REQUÊTE

1. Statuts de La Quadrature du Net
2. Décision du bureau
3. Décision de renvoi de la Cour de cassation du 10 janvier 2018