

Plaise à Monsieur le Président du
Conseil Constitutionnel

**Amicus curiae sur les "métadonnées"
loi relative au renseignement
articles L.851-1 à 851-6 code de la sécurité intérieure**

sommaire

1	L'enjeu du débat	2
2	Définitions	3
2.1	FAI (ou Fournisseur d'accès Internet)	3
2.2	FSI (ou Fournisseurs de Services Internet)	3
2.3	opérateurs de communication électronique.....	4
3	Les métadonnées conservées par les opérateurs de communication électronique	4
3.1	L'article L.34-1 CPCE.....	4
3.2	L'article R.10-13 CPCE.....	6
4	Les métadonnées collectées par les Fournisseurs de Services Internet	7
4.1	L'article 6 II de la LCEN	7
4.2	Le décret n°2011-219 du 25 février 2011.....	8
5	Les métadonnées accessibles aux services de renseignement (LPM du 18 décembre 2013)	10
5.1	Les dispositions du code de la sécurité intérieure actuellement en vigueur.....	10
5.2	Le décret du 24 décembre 2014	12
5.3	Une QPC déjà soumise au Conseil Constitutionnel	12
6	La confusion sur les "données de connexion" dans la loi relative au renseignement	13
6.1	Les articles du futur code de la sécurité intérieure	13
6.2	Une multitude de termes sans définition légale	15
7	Synthèse	16
7.1	Les métadonnées collectées par les FAI et les opérateurs télécom.....	16
7.2	Les métadonnées collectées par les FSI	16
7.3	Les métadonnées collectées en application de la LPM	17
7.4	Les métadonnées collectées dans la loi <i>relative au renseignement</i>	17
8	Conclusion	18

1 L'ENJEU DU DEBAT

La loi *relative au renseignement* utilise à de nombreuses reprises la notion "**d'informations et documents**" (articles L.851-1 à 851-6 nouveaux du code de la sécurité intérieure ou *CSI*).

La réalité technique des "**informations et documents**", rebutante pour les juristes, est cependant essentielle. Cette notion regroupe ce que les informaticiens appellent les métadonnées.

Pour saisir l'enjeu du débat, il faut comprendre qu'une communication électronique (conversation vocale, message, etc.) comporte deux éléments distincts :

- (i) les informations qui décrivent *techniquement* une communication (le "**qui ?**", le "**où ?**", le "**quand ?**" et le "**comment ?**") - ce sont les métadonnées ;
- (ii) le *contenu* de cette communication (le "**quoi ?**") protégé, à l'inverse des métadonnées, au titre du secret des correspondances.

Traditionnellement, les services de renseignement s'intéressaient au contenu des communications. L'accès au contenu des communications, écrites ou orales, nécessitait donc une exception légale permettant de déroger au secret des correspondances.

De plus, l'analyse de chaque contenu collecté nécessitait un traitement individuel, coûteux en termes de temps et de ressources humaines.

A l'ère de l'usage généralisé de l'informatique et de l'Internet dans les sociétés occidentales, la collecte et le traitement automatisé des métadonnées permettent (i) de faire l'impasse du traitement individuel (voire humain) des informations collectées et (ii) de contourner l'interdiction d'atteindre au secret des correspondances.

En collectant et traitant massivement des métadonnées avec des logiciels (improprement qualifiés "*d'algorithmes*"), les services de renseignement pourront facilement obtenir une immense quantité d'informations sur des personnes, plus *révélatrices* au final que l'analyse du contenu de ces communications.

Du fait (i) du caractère numérique de ces métadonnées (autorisant un stockage et un traitement techniquement simples par celui qui les collecte) et (ii) de la

facilité de croisement des fichiers contenant ces données, la collecte et le traitement des métadonnées permettra donc aux services de renseignement de mettre en œuvre une surveillance collective, voire généralisée que ne permettraient pas, ni techniquement, ni juridiquement, les interceptions individuelles de communications.

Les risques d'atteinte à la vie privée des personnes dont les métadonnées sont collectées sont aujourd'hui sans commune mesure avec ceux résultant des techniques traditionnelles de recueils des renseignements.

Le présent amicus curiae a pour but d'éclairer le Conseil Constitutionnel sur la portée de la notion "**d'informations et documents**" et ses déclinaisons nombreuses utilisées de manière confuse, voire anarchique dans la loi *relative au renseignement*, alors que la collecte et la conservation des "**données techniques**" sont :

- (i) clairement encadrées dans le code des postes et des communications électroniques ;
- (ii) encadrées dans la loi sur la confiance dans l'économie numérique sans que soit posé le principe d'interdiction de collecte des contenus ;
- (iii) encadrées par la loi de programmation militaire du 18 décembre 2013 modifiant le code de la sécurité intérieure par renvoi aux dispositions du CPCE (point (i) ci-dessus) et de la LCEN (point (ii) ci-dessus). Il s'agit du régime légal actuellement en vigueur que remplacera la loi *relative au renseignement*.

2 DEFINITIONS

2.1 FAI (ou Fournisseur d'accès Internet)

Désigne les prestataires de services qui permettent la connexion d'un terminal au réseau Internet pour y faire transiter des données (data) ou la voix. Les FAI sont des "*opérateurs de communication électronique*" qui, comme les opérateurs de télécommunications fixes ou mobiles, fournissent des "*services de communications électroniques*" au sens de l'article L.32 6° CPCE.

2.2 FSI (ou Fournisseurs de Services Internet)

Désigne les prestataires de service d'hébergement (ou *hébergeurs*) et les éditeurs de sites web à contenu éditorial. Leur activité est encadrée

par l'article 6 I 1° et 2° de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 *sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN)*.

2.3 opérateurs de communication électronique

Dans la loi *relative au renseignement* (article L.851-1 et suivants code de la sécurité intérieure) désigne les FAI et les opérateurs de télécommunications fixes ou mobiles. Leur activité est encadrée par l'article L.34-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE).

3 LES METADONNEES CONSERVEES PAR LES OPERATEURS DE COMMUNICATION ELECTRONIQUE

3.1 L'article L.34-1 CPCE

3.1.1 Le CPCE modifié par la LPM de 2013

La section 3 du code des postes et des communications électroniques est intitulée "**Protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques**".

L'article L.34-1 CPCE, modifié par la loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 *relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale* (LPM), définit celles des "**donnée[s] relative[s] au trafic**" qui sont conservées par les opérateurs de communications électroniques [opérateurs télécom et FAI].

Le principe qui s'impose aux opérateurs télécom et aux FAI est la conservation anonyme des données de trafic :

II - Les opérateurs de communications électroniques [...] effacent ou rendent anonyme toute donnée relative au trafic [...].

L'exception porte sur certaines catégories de "**données techniques**" que les opérateurs télécom et les FAI doivent conserver :

III - [...] il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques. Un décret [...] détermine [...] ces catégories de données [...].

V - [...] les données permettant de localiser l'équipement terminal de l'utilisateur ne peuvent ni être utilisées pendant la communication à des fins autres que son acheminement, ni être

conservées et traitées après l'achèvement de la communication [...].

VI - Les données conservées et traitées dans les conditions définies aux III, IV et V 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.

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 [...].

3.1.2 Le glissement sémantique

Le Conseil notera le glissement sémantique : la loi évoque des "données relatives au trafic" (L.34-1 II) puis certaines catégories de "données techniques" (L.34-1 III CPCE) :

- (i) qui sont clairement identifiées et
- (ii) dont l'usage est clairement encadré.

En effet, dans les deux cas, les "données" "**ne peuvent en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit**" (L.34-1 VI al.2 CPCE).

3.1.3 Remarque

A ce stade, la loi ne définit pas ce que recouvre l'expression "**données techniques**" (qui sont manifestement des métadonnées). Cette définition est donc laissée à l'appréciation du seul pouvoir réglementaire.

Cependant - et ce n'est pas rien - la loi précise que les *contenus* et les *informations sur les contenus* (URL ou adresse email par exemple) ne peuvent faire partie des "**données techniques**" conservées.

A ce stade, il semble n'y avoir aucun risque d'interception du *contenu* des correspondances électroniques via la collecte et la conservation des métadonnées.

Voyons maintenant comment les dispositions réglementaires définissent ces "**données techniques**".

3.2 L'article R.10-13 CPCE

3.2.1 Le décret n°2012-436 du 30 mars 2012

L'article R.10-13 CPCE visé par l'article L.34-1 III CPCE a été modifié par le décret n°2012-436 du 30 mars 2012 *portant transposition du nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques* :

I - [...] les opérateurs de communications électroniques conservent ... :

- a) Les informations permettant d'identifier l'utilisateur ;**
- b) Les données relatives aux équipements terminaux de communication utilisés ;**
- c) Les caractéristiques techniques ainsi que la date, l'horaire et la durée de chaque communication ;**
- d) Les données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs ;**
- e) Les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication.**

II – Pour les activités de téléphonie, l'opérateur conserve les données mentionnées au II [de l'article L.34-1 CPCE, c'est-à-dire "toute donnée relative au trafic"] et, en outre, celles permettant d'identifier l'origine et la localisation de la communication [...].

Notons ici un autre glissement sémantique : l'expression "**données techniques**" n'est pas reprise dans l'article R.10-13 CPCE qui encadre la collecte et la conservation des "**informations**", des "**données**" et des "**caractéristiques techniques**". Ce sont pourtant sans ambiguïté les données qui décrivent *techniquement* une communication :

- (i) les informations permettant d'identifier l'utilisateur (l'identifiant d'une connexion Internet) et les destinataires ("**qui ?**") ;
- (ii) l'origine et la localisation de la communication ("**où ?**") ;
- (iii) Les équipements terminaux utilisés ("**comment ?**") ;
- (iv) les caractéristiques techniques de chaque communication (horaire et durée compris) ("**quand ?**").

3.2.2 La durée de conservation

La durée de conservation de ces "**données**" est d'un an "**à compter du jour de l'enregistrement**" (art. R.10-13 III CPCE).

3.2.3 Remarque

A ce stade de notre analyse, l'article R.10-13 :

- (i) définit effectivement les métadonnées relatives aux communications que les opérateurs télécom et les FAI sont tenus de conserver, et
- (ii) assure une protection de la collecte et de la conservation des "**données techniques**" qui ne peuvent concerner le *contenu* des communications.

En effet, il ressort sans ambiguïté de la combinaison des articles L.34-1 et R.10-13 CPCE que les opérateurs télécoms et les FAI ne peuvent pas conserver les informations sur le *contenu* des communications (y compris les adresses emails ou URL des pages web) "**sous quelque forme que ce soit**", la loi (art. L.34-1) prévalant sur le décret (art. R.10-13).

A la lecture des dispositions réglementaires, le régime juridique de collecte et de conservation des métadonnées est clair lorsqu'il s'applique aux opérateurs de communication électronique.

Voyons maintenant ce qu'il en est de la LCEN applicable aux fournisseurs de services Internet (FSI).

4 LES METADONNEES COLLECTEES PAR LES FOURNISSEURS DE SERVICES INTERNET

4.1 L'article 6 II de la LCEN

L'article 6 II de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 *sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN)* impose aux Fournisseurs de Services Internet (hébergeurs et éditeurs de sites web) de conserver :

les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ... des services dont elles sont prestataires.

Le détail de ces "**données**" est fixé par un "**décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la CNIL**" qui "**définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation**".

4.1.1 Remarque

A ce stade, l'expression "**données de nature à permettre l'identification**" (les métadonnées) n'est pas définie dans la loi.

Cette définition est donc, ici encore, laissée à l'appréciation du pouvoir réglementaire, sans que soit précisé, comme c'est le cas pour les FAI et les opérateurs télécom, le strict principe d'interdiction de collecte et de traitement des contenus.

4.2 Le décret n°2011-219 du 25 février 2011

4.2.1 Les "données de nature à permettre l'identification"

Le décret n°2011-219 du 25 février 2011 *relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne* fixe le détail des "**données de nature à permettre l'identification**" dans son article 1^{er} :

1° Pour ... chaque connexion de leurs abonnés:

- a) L'identifiant de la **connexion**;
- b) L'identifiant attribué par ces personnes à l'abonné ;
- c) L'identifiant du terminal utilisé pour la **connexion** lorsqu'elles y ont accès ; [...]

2° Pour [...] chaque opération [...] :

- a) L'identifiant de la **connexion** à l'origine de la communication ;
- b) **L'identifiant attribué par le système d'information au contenu, objet de l'opération** ;
- c) Les types de protocoles utilisés pour la **connexion** au service et pour le transfert des contenus ;
- d) La nature de l'opération ;

3° ... les informations fournies [...] par un utilisateur lors de la création d'un compte :

- a) **Au moment de la création du compte, l'identifiant de cette connexion** ;
- b) Les nom et prénom ou la raison sociale ;
- c) Les adresses postales associées ;
- d) Les pseudonymes utilisés ;
- e) Les adresses de courrier électronique ou de compte associées ;
- f) Les numéros de téléphone ;

g) Les **données** permettant de vérifier le mot de passe ou de le modifier [...];

4° [...] lorsque la souscription [...] du compte est payante [...]:

a) Le type de paiement utilisé ; [...]

c) Le montant ;

d) La date et l'heure de la transaction.

Les "**données de nature à permettre l'identification**" du décret du 25 février 2011 sont donc des données de connexion qui décrivent *techniquement* une communication ("qui ?", "où ?" "comment ?" et "quand ?") comme dans l'article R.10-13 CPCE.

Avec une réserve majeure.

4.2.2 Le problème de l'alinéa 2° b) de l'article 1^{er} du décret du 25 février 2011

L'alinéa 2° b) de l'article 1^{er} du décret n°2011-219 du 25 février 2011 dépasse le "qui ?", le "où ?", le "comment ?" et le "quand ?" lorsqu'il permet de collecter et de conserver "**l'identifiant attribué ... au contenu, objet de l'opération**".

Cet identifiant, c'est le "quoi ?". Il s'agit de l'adresse URL, l'adresse précise d'une page web, voire un élément d'une page web (un commentaire, un message, etc.).

Ici, on ne parle plus d'une donnée de connexion, d'une métadonnée, mais bien de l'identification précise d'un contenu.

Cet article impose donc aux hébergeurs et aux éditeurs de sites web d'analyser le contenu des messages qui sont publiés en ligne pour leur attribuer un numéro d'identifiant. Car il n'est pas possible d'attribuer un identifiant à un contenu que l'on ne connaît pas.

L'alinéa 2° b) de l'article 1^{er} du décret n°2011-219 du 25 février 2011 impose donc aux hébergeurs et aux éditeurs de sites web de **rentrer dans les contenus pour les analyser et les classer, ce qui constitue à l'évidence une atteinte flagrante au secret des correspondances électroniques**.

Poser dans la loi le principe d'interdiction de collecte et d'analyse du contenu des communications électroniques, comme c'est le cas dans le CPCE, permettrait d'éviter ici une *autorisation réglementaire* d'atteindre au secret des correspondances.

4.2.3 La durée de conservation

Article 3 du décret n°2011-219 du 25 février 2011 :

La durée de conservation des données mentionnées à l'article 1er est d'un an ... pour les données mentionnées aux 1° et 2°, à compter du jour de la création des contenus

Cette durée de conservation est donc identique à celle imposée par l'article R.10-13 CPCE.

Voyons maintenant s'il en est de même du régime de collecte et de conservation des métadonnées dans la version actuellement en vigueur du code de la sécurité intérieure.

5 LES METADONNEES ACCESSIBLES AUX SERVICES DE RENSEIGNEMENT (LPM DU 18 DECEMBRE 2013)

5.1 Les dispositions du code de la sécurité intérieure actuellement en vigueur

La loi n°2013-1168 du 18 décembre 2013 *relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale* (LPM) a créé dans le code de la sécurité intérieure un chapitre VI intitulé "**Accès administratif aux données de connexion**", composé des articles L.246-1 à L.246-5.

5.1.1 Article L.246-1 CSI

[...] peut être autorisé le recueil, auprès des opérateurs de communications électroniques et des personnes mentionnées à l'article L. 34-1 CPCE ainsi que des personnes mentionnées aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la LCEN, des informations ou documents traités ou conservés par leurs réseaux ou services de communications électroniques, y compris les données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications.

5.1.2 Article L246-2 CSI

*I. — Les **informations ou documents** mentionnés à l'article L.246-1 sont sollicités [...] des services [...] chargés des missions prévues à l'article L.241-2. [...]*

5.1.3 Article L246-3 CSI

*[...], les **informations ou documents** mentionnés à l'article L.246-1 peuvent être recueillis sur sollicitation du réseau et transmis en temps réel [...].*

*L'autorisation de recueil de ces **informations ou documents** est accordée [...].*

*Au cas où la commission estime que le recueil d'une **donnée de connexion** a été autorisé [...].*

*Elle porte également cette recommandation à la connaissance du ministre ayant proposé le recueil de ces **données** [...].*

5.1.4 Article L246-4 CSI

*La CNCIS dispose d'un accès permanent au dispositif de recueil des **informations ou documents** [...].*

*Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat, [...] qui précise notamment [...] les conditions et durée de conservation des **informations ou documents** transmis.*

5.1.5 Remarque

Si le chapitre VI est intitulé "**Accès administratif aux données de connexion**", les articles L.246-1 à L.246-5 CSI utilisent l'expression "**informations ou documents**", "y compris les **données techniques**" précise l'article L.246-1 CSI.

Seul l'article L.246-3 CSI utilise également l'expression "**données de connexion**".

Il faut constater que la loi, une fois encore, ne permet pas de définir ce que sont ces "**informations ou documents**", ni les "**données techniques**", ni "**données de connexion**".

Manifestement, l'expression "**informations ou documents**" dépasse celle de "**données techniques**" puisque le législateur a pris soin de préciser "**y compris les données techniques**".

La définition de ces termes est donc laissée au pouvoir réglementaire, c'est-à-dire au seul pouvoir exécutif. Comme dans la LCEN, le strict principe d'interdiction de collecte des contenus n'est pas précisé dans la loi.

5.2 Le décret du 24 décembre 2014

5.2.1 L'article R.246-1 code de la sécurité intérieure

Le décret n°2014-1576 du 24 décembre 2014 *relatif à l'accès administratif aux "données de connexion"* a créé l'article R.246-1 CSI qui dispose sans ambiguïté que :

Pour l'application de l'article L.246-1, les informations et les documents pouvant faire, à l'exclusion de tout autre, l'objet d'une demande de recueil sont ceux énumérés aux articles R.10-13 et R.10-14 CPCE et à l'article 1er du décret n°2011-219 du 25 février 2011 [...].

Ces "données de connexion" sont donc définies par renvoi aux articles R.10-13 et R.10-14 CPCE et à l'article 1er du décret n°2011-219 du 25 février 2011. Les métadonnées que les services de renseignement peuvent être autorisés à collecter et à conserver sont donc strictement identiques à celles conservées par les FAI et les opérateurs télécom d'une part, et par les hébergeurs et les éditeurs de site web d'autre part.

Avec le même écueil avéré d'atteinte au secret des correspondances permis par l'alinéa 2° b) de l'article 1^{er} du décret n°2011-219 du 25 février 2011.

5.2.2 La durée de conservation

Dans sa rédaction issue du décret n°2014-1576 du 24 décembre 2014, l'article R.246-6 CSI dispose :

Le Premier ministre enregistre et conserve pendant une durée maximale de trois ans [...] les informations ou les documents transmis par les opérateurs [...].

5.3 Une QPC déjà soumise au Conseil Constitutionnel

L'absence de définition de la notion d' "informations ou les documents" dans le code de la sécurité intérieure issu de la LPM du 18 décembre 2013 a d'ores et déjà fait l'objet d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité.

Par arrêt n°388134 du 5 juin 2015 (*association French Data Network et autres*), le Conseil d'Etat a décidé que "**la question de la conformité à la Constitution des articles L.246-1 à L.246-5 du code de la sécurité intérieure est renvoyée au Conseil constitutionnel**".

Le problème se pose en des termes similaires, voire pires, dans la loi relative au renseignement

6 LA CONFUSION SUR LES "DONNEES DE CONNEXION" DANS LA LOI RELATIVE AU RENSEIGNEMENT

6.1 Les articles du futur code de la sécurité intérieure

6.1.1 Le chapitre Ier "Des accès administratifs aux données de connexion"

Le livre VIII "**Du renseignement**" du code de la sécurité intérieure comportera un titre V intitulé "**des techniques de recueil de renseignement soumises à autorisation**" et un chapitre Ier intitulé "**Des accès administratifs aux données de connexion**" (comme dans l'actuel code de la sécurité intérieure issu de la LPM).

6.1.2 L'article L.851-1 CSI

[...] peut être autorisé le recueil, auprès des [opérateurs télécom, des FAI, des hébergeurs et des éditeurs de sites web], des informations ou documents traités ou conservés par leurs réseaux ou services de communications électroniques, y compris les données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications.

[...] les demandes écrites et motivées portant sur les données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, ou au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion [...].

Un service du Premier ministre est chargé de recueillir les informations ou documents [...]. La Commission dispose d'un accès permanent, complet, direct et immédiat aux informations ou documents collectés. [...]

6.1.3 Remarque

Si le premier alinéa de l'article L.851-1 CSI semble très semblable à la rédaction de l'actuel article L.246-1 CSI, le nouveau régime légal de collecte et de conservation des "informations ou documents" complété par les articles L.851-2 à L.851-6 CSI est beaucoup plus étendu que le précédent, notamment "pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme".

6.1.4 L'article L.851-2 I CSI

I - [...] pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, peut être individuellement autorisé le recueil en temps réel [...] des informations ou documents mentionnés au même article L.851-1 [...].

6.1.5 L'article L.851-3 CSI

I - [...] pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, il peut être imposé aux opérateurs [...] la mise en œuvre sur leurs réseaux de traitements automatisés destinés, en fonction de paramètres précisés dans l'autorisation, à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste.

Ces traitements automatisés utilisent exclusivement les informations ou documents mentionnés à l'article L.851-1 sans recueillir d'autres données que celles qui répondent à leurs paramètres de conception et sans permettre l'identification des personnes auxquelles les informations ou documents se rapportent. [...]

II - La CNCTR émet un avis sur la demande d'autorisation relative aux traitements automatisés et les paramètres de détection retenus. Elle dispose d'un accès permanent, complet et direct à ces traitements ainsi qu'aux informations et données recueillies. [...]

IV - Lorsque les traitements mentionnés au I du présent article détectent des données susceptibles de caractériser l'existence d'une menace à caractère terroriste, le Premier ministre [...] peut autoriser [...] l'identification de la ou des personnes concernées et le recueil des données y afférentes. Ces données sont exploitées dans un délai de soixante jours [...].

6.1.6 L'article L.851-4 CSI

[...], les données techniques relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés [...] peuvent être recueillis sur sollicitation du réseau et transmis en temps réel par les opérateurs à un service du Premier ministre.

6.1.7 L'article L.851-6 CSI

I - [...] peuvent être directement recueillies, au moyen d'un appareil ou d'un dispositif technique mentionné au 1° de l'article 226-3 du code pénal, les données techniques de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur ainsi que les données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés. [...]

III - Un service du Premier ministre centralise les informations ou documents recueillis [...].

6.2 Une multitude de termes sans définition légale

6.2.1 Neuf termes différents sans définition ni cohérence

Le chapitre Ier du titre V du livre VIII qui englobe les articles L.851-1 à L.851-7 CSI est intitulé "**Des accès administratifs aux données de connexion**", comme dans l'actuel code de la sécurité intérieure issu de la LPM.

Les articles L.851-1, L.851-2 I, L.851-3 et L.851-6 CSI évoquent chacun les "**informations ou documents**" traités ou conservés par les réseaux ou services de communications électroniques.

Manifestement, la notion de "**information ou documents**" (art. L.851-1) est plus large que celle de "**données de connexion**" (titre du chapitre Ier), puisque l'article L.851-1 nouveau précise (comme dans la LPM) "**y compris les données techniques**".

Si l'on relève déjà une incohérence manifeste de rédaction qui utilise trois expressions différents sous un même chapeau (comme pour la LPM), il faut surtout noter la multitude des termes et expressions utilisés, sans cohérence, ni précision :

- (i) les "**données de connexion**" (titre du Chapitre Ier);
- (ii) les "**information ou documents**" (L.851-1, L.851-2 I, L.851-3 et L.851-6 CSI);
- (iii) les "**informations et données**" (L.851-3 II CSI);
- (iv) les "**données techniques**" (L.851-1 et L.851-4 CSI);
- (v) les "**données techniques de connexion**" (L.851-6 CSI);
- (vi) les "**numéros de connexion**" (L.851-1 et L.851-4 CSI);
- (vii) les "**connexions**" et "**autres données**" (L.851-3 I CSI);
- (viii) les "**données**" (L.851-3 IV CSI);
- (ix) les "**renseignements**" (L.822-2 3° al.2 CSI) (voir point 6.2.3 "La durée de conservation" ci-dessous)

6.2.2 Remarque

La définition de ces neuf termes est donc laissée au pouvoir réglementaire, c'est-à-dire au seul pouvoir exécutif.

Comme dans la LCEN, le principe d'interdiction de collecte des contenus n'est pas précisé dans la loi. Seul l'article L.851-7 CSI précise les sanctions pénales en cas d'atteinte "**de mauvaise foi**" au secret des

correspondances (par renvoi à l'article 226-15 du code pénal) qui serait commise en application des articles L851-1 à L.851-6.

6.2.3 La durée de conservation

Initialement prévue pour cinq ans dans le projet de loi présenté par le gouvernement le 18 mars 2014, la durée de conservation des "**informations ou documents**" retenue dans la version finale de la loi *relative au renseignement* est de "**quatre ans à compter de leur recueil**" (article L.822-2 3° al. 1^{er} CSI).

Cependant, le second alinéa du même article L.822-2 3° CSI prévoit :

Pour ceux des renseignements qui sont chiffrés, le délai court à compter de leur déchiffrement. Ils ne peuvent être conservés plus de six ans à compter de leur recueil.

Le fait que l'expression "**informations ou documents**" soit remplacée dans cet alinéa par les "**renseignements**" dans cet alinéa est révélateur du risque manifeste de dérives lié à l'absence de définition claire et cohérente dans la loi déferée à l'appréciation de votre Conseil.

7 SYNTHÈSE

7.1 Les métadonnées collectées par les FAI et les opérateurs télécom

La loi ne définit pas ce que sont les "**données techniques**" mais interdit clairement la collecte des contenus.

La collecte et la conservation des métadonnées est strictement définie par décret.

7.2 Les métadonnées collectées par les FSI

La loi ne définit pas ce que sont les "**données techniques**" sans interdire la collecte des contenus.

La collecte et la conservation des métadonnées est clairement définie par le décret d'application, dont une disposition permet cependant l'analyse du contenu des communications électroniques, en violation du principe du respect du secret des correspondances.

7.3 Les métadonnées collectées en application de la LPM

Le code de la sécurité intérieure actuellement en vigueur ne définit pas ce que sont les "**données techniques**" et n'interdit pas le principe de la collecte des contenus.

La partie règlementaire du code de la sécurité intérieure actuellement en vigueur renvoie aux dispositions applicables d'une part aux FAI et aux opérateurs télécom, et d'autre part aux FSI, avec un écueil identifié d'atteinte au secret des correspondances.

7.4 Les métadonnées collectées dans la loi *relative au renseignement*

Nous avons vu que l'actuel code de la sécurité intérieure (dans sa rédaction issue de la LPM) encadre "**l'accès administratif aux données de connexion**", et évoque (i) les "**informations ou document [...], y compris les données techniques**" et (ii) les "**donnée de connexion**" dont le détail est fixé par des décrets relativement clairs.

La loi *relative au renseignement* utilise neuf notions différentes, dont aucune n'est définie : "**données de connexion**", "**informations et document [...], y compris les données techniques**", "**informations et données**", "**données techniques de connexion**", "**numéros de connexion**", "**connexion**", "**autres données**", "**données**" et "**renseignements**".

Le fait que la loi passe de trois à neuf termes différents n'est pas sans poser problème, dans la mesure où, simultanément :

- les missions des services de renseignement définies à l'article L.241-2 CSI sont substantiellement élargies par l'article L.811-3 CSI ;
- la durée de conservation des métadonnées passe de trois ans (article R.246-6 CSI) à quatre ans (L.822-2 3^o al. 1^{er} CSI) ou six ans (L.822-2 3^o al.2 CSI) si les "**renseignements**" sont chiffrés ;
- l'article L.851-3 CSI prévoit - chose inédite - "**la mise en œuvre [...] de traitements automatisés destinés, en fonction de paramètres précisés dans l'autorisation, à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste**" : qu'est-ce que la "**détection de connexion**" ? Une collecte de métadonnées ? De quelles métadonnées ?

L'absence de précision de la loi ne permet pas de le dire.

8 CONCLUSION

Le "**traitement automatisé**" de l'article L.851-3 CSI, qui est un logiciel (désigné par la presse sous le terme de "*boite noire*" ou d' "*algorithme*"), est destiné à collecter chez les FAI, les opérateurs télécom, les hébergeurs et les éditeurs de site web les données de tous les utilisateurs de communication électronique.

Mais l'article L.851-1 ne permet pas de définir ce que sont ces données, qui seront pourtant conservées quatre ou six ans par les services de renseignement.

C'est la nouveauté que constitue le "**traitement automatisé**" de l'article L.851-3 qui pose problème au regard de l'absence de définition claire des "**informations ou documents**".

Collecter des données non définies sur une masse de personnes non définie pour une durée de quatre ou six ans ne peut constituer une atteinte à la vie privée proportionnelle aux objectifs de la loi relative au renseignement.

Faute de définition légale univoque, les articles L.851-1 à L.851-6 du futur code de la sécurité intérieure viennent nécessairement à "*faire dépendre le champ d'application*" des techniques de recueil de renseignement, en soi particulièrement intrusives et attentatoires au droit au respect de la vie privée, de la définition qu'en posera le pouvoir réglementaire d'une part et "*l'appréciation*" des autorités administratives elles-mêmes d'autre part, ce qui "*méconnaît l'étendue de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution*" (v. *mutatis mutandis* Cons. const., décision n° 98-399 DC, 5 mai 1998, cons. 7).

Fait à Paris le 1^{er} juillet 2015