

Intervention de M. Francis Delon, Président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)

lors du Colloque « *Contrôle du renseignement : comment concilier surveillance et droits de l'homme ?* » organisé le 14 Novembre 2017
par le Grenoble Alpes Data Institute, le CESICE et l'INRIA

Monsieur le Président,

Mesdames et messieurs les organisateurs,

Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie de me donner l'occasion de m'exprimer devant vous aujourd'hui sur le thème du contrôle du renseignement.

Chacun se souvient des débats parfois passionnés qui ont accompagné l'examen du projet de loi qui deviendra la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement, au sein du Parlement mais aussi dans les médias et dans l'opinion publique. Le projet a alors pu être regardé comme une série d'atteintes aux libertés, notamment au droit au respect de la vie privée et les capacités de surveillance ouvertes aux services de renseignement comme disproportionnées au regard des menaces, des risques et des enjeux de sécurité nationale alors que l'encadrement juridique et le contrôle de l'action de ces services étaient insuffisants.

La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), créée par la loi du 24 juillet 2015, a été mise en place en octobre 2015. Ses deux premières années d'activité permettent de dresser un premier bilan de la mise en oeuvre de cette loi et de celle du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales.

Ce bilan donne des indications sur le bien-fondé des critiques que je viens de rappeler et permet de répondre à plusieurs des interrogations suscitées par la réforme de 2015.

S'agissant de la protection des droits au respect à la vie privée et au secret des correspondances a-t-on finalement progressé dans la bonne direction? Le contrôle exercé par la CNCTR apporte-t-il satisfaction de ce point de vue?

Plus globalement sommes-nous allés au bout des objectifs fixés par le législateur en matière de contrôle de l'action des services de renseignement? N'est-il pas possible d'aller encore plus loin?

Je tenterai de répondre à ces quelques questions, à partir de l'expérience de la CNCTR, et en commençant par comparer l'état actuel du droit avec la situation antérieure à celle de 2015.

Jusqu'au début des années 1990 les activités des services de renseignement se sont exercées en dehors d'un cadre juridique défini et ont échappé à toute forme de contrôle externe.

La loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émise par la voie des télécommunications a institué la première autorité administrative indépendante chargée de contrôler les « interceptions de sécurité », c'est-à-dire les interceptions administratives de correspondances. Ce premier contrôle externe, exercé par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS), a par la suite été complété par un contrôle parlementaire exercé par une Délégation parlementaire au renseignement instituée par une loi du 9 octobre 2007.

Si l'institution d'un contrôle externe d'activités des services de renseignement par une autorité administrative indépendante était novatrice en 1991, ce contrôle n'en demeurait pas moins très limité dans son champ d'intervention.

En premier lieu, la loi ne prévoyait qu'un contrôle *a posteriori* des conditions d'autorisation et de mise en oeuvre des interceptions. Ce n'est qu'en vertu d'une pratique établie d'un commun accord entre la CNCIS et le Gouvernement dès l'entrée en vigueur de la loi que la CNCIS va finalement rendre également un avis au Premier ministre sur la légalité des demandes avant que celui-ci ne statue sur celles-ci.

En second lieu et surtout, le contrôle exercé par la CNCIS était limité à une seule technique, celle des interceptions de sécurité. Il faudra attendre une loi du 23 janvier 2006 pour que la compétence de la CNCIS soit élargie au contrôle *a posteriori* des accès administratifs aux données techniques de connexion par les services du ministère de l'intérieur, puis la loi du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 pour que, à partir du 1er janvier 2015, la commission soit habilitée à contrôler *a priori* et *a posteriori* les géolocalisations en temps réel.

Ainsi, pendant près de 25 ans, si la pratique de la CNCIS s'est exercée dans le sens d'un contrôle plus exhaustif, *a priori* et *a posteriori*, des interceptions de sécurité, le cadre juridique définissant le périmètre du contrôle n'évoluera que de façon marginale.

Le droit français ne contenait pas alors de règles claires et précises régissant la mise en oeuvre de l'ensemble des techniques de renseignement effectivement utilisées. En fait, une grande partie de ces techniques étaient mises en oeuvre en dehors de tout cadre légal clairement défini, sans autorisation préalable de l'autorité politique et sans contrôle externe.

Cette situation était problématique à plusieurs titres :

- En termes de protection des libertés publiques, elle n'offrait évidemment pas les garanties nécessaires, notamment à l'aune des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au respect de la vie privée et de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme;
- Elle ne permettait pas l'exercice, nécessaire dans une société démocratique, d'un contrôle rigoureux de l'action des services de renseignement, ce contrôle ressortissant aussi bien à l'autorité politique qu'à une autorité administrative indépendante ;
- Elle maintenait l'action des services de renseignement dans une forme de clandestinité, qui ne s'imposait pas le plus souvent pour des motifs opérationnels et qui était peu compatible avec l'état de droit ;
- Elle plaçait les agents des services et les responsables de ceux-ci dans une situation d'insécurité juridique qui n'était pas conforme aux besoins de protection qu'ils pouvaient attendre de la loi.

C'est dans ce contexte qu'a été votée la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

Cette loi instaure le premier cadre juridique général pour l'activité des services de renseignement. Elle fixe les conditions de mise en oeuvre des techniques de renseignement avec le souci de renforcer la protection des libertés individuelles tout en sécurisant juridiquement l'action des services de renseignement. Elle crée la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) qui est chargée du contrôle externe de la légalité de l'action des services de renseignement. Autorité administrative indépendante, la CNCTR se substitue à la CNCIS et bénéficie de compétences et de prérogatives élargies par rapport à celle-ci.

Les dispositions relatives à la surveillance des communications électroniques internationales contenues dans la loi relative au renseignement ayant été censurées pour incompétence négative par le Conseil constitutionnel, une loi distincte et nettement plus développée que ces dispositions censurées a ultérieurement été votée et promulguée. C'est la loi du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales. Comme la loi du 24 juillet 2015, ce texte confie à la CNCTR une mission de contrôle des activités menées par les services de renseignement en ce domaine.

Ces deux lois ont-elles permis de faire progresser l'état des libertés en France ?

On notera en premier lieu que le nouveau cadre juridique issu de la loi du 24 juillet 2015 vise à garantir le « *respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances, la protection des données personnelles et l'inviolabilité du domicile* » alors que la loi du 10 juillet 1991 ne mentionnait que la protection du « *secret des correspondances émises par la voie des télécommunications* ». Il en résulte que la CNCTR apprécie la légalité de la mise en oeuvre des techniques de renseignement au regard de l'atteinte portée à la vie privée des personnes concernées. Cette appréciation inclut un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée qui résulterait de la mise en oeuvre de la technique de renseignement sollicitée et la gravité des menaces ou le caractère fondamental des enjeux invoqués par le service de renseignement pour justifier sa demande. Plus la technique sollicitée est intrusive, plus le service devra, pour convaincre la commission, étayer la réalité et l'importance des menaces auxquelles il veut parer. De surcroît, pour les techniques les plus intrusives qui impliquent l'introduction dans un lieu privé, la commission vérifie, à travers l'exercice d'un contrôle de subsidiarité, que les renseignements recherchés ne pourraient être efficacement collectés par d'autres moyens légaux moins attentatoires à la vie privée et au secret des correspondances.

Il faut ici rappeler que le respect de la vie privée est un principe garanti à tous les degrés de la hiérarchie des normes, qu'il est quotidiennement invoqué devant les juridictions des ordres judiciaire et administratif, qui se prononcent sur la proportionnalité des atteintes susceptibles de lui être portées. Le droit au respect de la vie privée est inscrit à l'article 9 du code civil depuis une loi du 17 juillet 1970. Le Conseil constitutionnel lui a reconnu en 1999 une valeur constitutionnelle en estimant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen impliquait le respect de la vie privée. C'est aussi un principe consacré par le droit européen et international : il figure à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et bien sûr à l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

C'est en application de ces normes, nationales, européennes et internationales, et en tenant compte de la jurisprudence judiciaire, administrative et internationale, qui est désormais abondante, que la CNCTR exerce son contrôle *a priori* et *a posteriori*.

Arrêtons-nous d'abord un instant sur l'exercice par la CNCTR du contrôle *a priori*.

Le contrôle *a priori* instauré par la loi du 24 juillet 2015 pour toutes les techniques de renseignement prévues par cette loi consiste à soumettre toutes les demandes tendant à la mise en oeuvre de ces techniques à l'avis de la CNCTR avant qu'elles soient transmises, avec l'avis de la commission, pour décision au Premier ministre. La procédure ainsi prévue par la loi est très novatrice en droit français :

- En premier lieu, aucune des techniques de renseignement prévue par la loi ne peut désormais être mise en oeuvre sans autorisation préalable du Premier ministre. C'est un changement

majeur par rapport aux pratiques antérieures qui laissaient une importante marge de manoeuvre aux services qui, hors le cas des interceptions de sécurité et, à partir de 2006, de l'accès aux données de connexion par les services du ministère de l'intérieur, pouvaient eux-mêmes décider de recourir à telle ou telle mesure de surveillance. Sur le plan politique, chaque autorisation de recourir à une technique de renseignement engage donc désormais le chef du Gouvernement ;

- En second lieu, une loi impose pour la première fois le contrôle préalable d'une autorité administrative indépendante sur toutes les demandes. Elle prévoit certes une exception dans les situations dites d' « urgence absolue », dans laquelle le Premier ministre délivre de manière exceptionnelle l'autorisation sans avis préalable de la CNCTR. Mais cette exception est circonscrite à des cas exceptionnels d'extrême urgence (typiquement l'imminence d'un attentat), à la prévention d'atteintes particulièrement graves à l'ordre public (indépendance nationale, intégrité du territoire et défense nationale, atteinte à la forme républicaine des institutions, et prévention du terrorisme). Elle n'est applicable ni pour autoriser la surveillance d'un parlementaire, d'un magistrat, d'un avocat ou d'un journaliste, ni pour autoriser la mise en oeuvre des techniques de renseignement les plus intrusives. Le Premier ministre doit en outre informer sans délai et par tout moyen la CNCTR et justifier auprès de celle-ci les motifs qui l'ont conduit à prendre sa décision et le caractère d'urgence absolue. La Commission peut recommander au Premier ministre l'interruption immédiate de la mise en oeuvre de la technique si elle n'est pas convaincue et saisir en procédure d'urgence le Conseil d'Etat si le Premier ministre ne donne pas suite à sa recommandation.

En pratique, en deux années de fonctionnement de la CNCTR, le Premier ministre a eu recours une seule fois à la procédure d'urgence absolue : un risque imminent d'attentat terroriste était suspecté, la CNCTR a été immédiatement informée et la mesure de surveillance levée au bout de quelques heures lorsqu'il est apparu que le risque n'était pas avéré. On peut légitimement en conclure, au regard des garanties et des restrictions posées par la loi et de la pratique observée depuis désormais deux ans, que les inquiétudes qui se sont exprimées en 2015 au sujet de cette exception à la règle du contrôle *a priori* de la CNCTR se sont révélées infondées. Et l'on peut aujourd'hui affirmer que le contrôle préalable de la CNCTR est réellement la règle pour l'application de la loi du 24 juillet 2015.

Dans le cadre de ce contrôle préalable, la commission vérifie que les demandes procèdent d'une autorité compétente, qu'elles sont présentées selon une procédure régulière, qu'elles relèvent bien des missions confiées aux services demandeurs, qu'elles sont rattachables à l'une au moins des finalités limitativement énumérées par la loi pour permettre la mise en oeuvre d'une technique de renseignement et que les atteintes qu'elles portent au respect de la vie privée des personnes sont proportionnés aux motifs invoqués.

Pour exercer ce contrôle, la CNCTR est saisie par le ministre de tutelle du service demandeur d'une demande motivée, préalablement validée par ce ministre. Si la motivation lui paraît insuffisante, elle peut demander des renseignements complémentaires par tous moyens, y compris par l'audition de représentants du service dans des cas complexes. Le délai légal imparti à la commission pour statuer ne court qu'à partir du moment où la CNCTR estime que la motivation est complète.

La commission ne se borne pas à donner un avis favorables ou défavorables. Elle assortit souvent ses avis favorables d'observations et de restrictions qui peuvent tenir à la durée de mise en oeuvre de la technique, plus courte que celle demandée par le service, voire aux conditions de cette mise en oeuvre s'il s'agit d'une technique très intrusive. Elle pourra s'assurer, dans l'exercice de son contrôle *a posteriori*, que ces conditions ont effectivement été respectées par le service. Elle motive ses avis défavorables pour permettre au service

demandeur d'être informé du raisonnement suivi par la commission et d'en tenir compte pour ses demandes futures. A travers ses avis la commission forge sa doctrine et veille à la porter à la connaissance des services de renseignement, de leurs ministres de tutelle et du Premier ministre. Ce faisant, elle s'efforce d'être prévisible, ce qui aide les services de renseignement et leur tutelle à déterminer ce qu'ils peuvent être autorisés à faire.

Durant sa première année d'activité la CNCTR a rendu un nombre substantiel d'avis défavorables : 6,9 % sur toutes les techniques, hors celles concernant l'accès aux données de connexion en temps différé. Ce taux, élevé par rapport à la pratique de la CNCIS, s'explique par deux éléments :

- L'un est conjoncturel et reflète une phase d'adaptation de la pratique des services de renseignements au développement de la doctrine de la commission ;
- L'autre est plus pérenne et tient au fait que certaines des nouvelles techniques de renseignement prévues par la loi du 24 juillet 2015 ont un caractère intrusif plus élevé que les interceptions de sécurité traitées par la CNCIS et appellent de la part de la CNCTR un niveau de contrôle plus exigeant. C'est une déclinaison du principe de proportionnalité que j'ai déjà évoqué.

Les avis préalables de la CNCTR sont rendus soit en formation collégiale, soit par un membre de la commission ayant la qualité de magistrat (c'est le cas des deux membres de la Cour de cassation et des deux membres du Conseil d'Etat). Sont traitées en formation collégiale, restreinte (sans les membres parlementaires) ou plénière, les demandes pour lesquelles la loi a explicitement prévu ce mode de délibération : c'est le cas pour les techniques de surveillance qui impliquent la pénétration dans un lieu d'habitation ou pour le recueil de données informatiques dans un lieu privé ; c'est aussi le cas pour toutes les demandes de techniques ciblant un parlementaire, un magistrat, un avocat ou un journaliste, quelle que soit sa nationalité.

Sont également traitées en formation collégiale les demandes qui présentent un intérêt doctrinal ou une difficulté particulière. D'une manière générale, la CNCTR a fait le choix, contraignant pour ses membres, d'un recours fréquent à la délibération collégiale, en pratique plusieurs fois par semaine. Ce mode de délibération, qui permet le débat interne, est proche de celui d'une juridiction, déjà familier aux membres de la Commission issus de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Il conforte l'autorité et l'indépendance de la commission.

L'exercice du contrôle *a priori* est enserré dans des délais de procédures contraignants : une fois saisie d'une demande, la commission dispose d'un délai de vingt-quatre heures pour statuer, si l'avis est rendu par un seul de ses membres. Le délai est porté à soixante-douze heures, si la commission décide de se prononcer en formation collégiale. Ces contraintes légales ont conduit la Commission à organiser un dispositif de permanence lui permettant de statuer à tout moment et dans des conditions adaptées à l'urgence de certaines demandes. Pas une seule fois en tous cas, la CNCTR ne s'est trouvée dans la situation où son avis a été réputé rendu faute d'avoir été émis dans le délai légal.

La loi du 30 novembre 2015 n'a pas prévu de contrôle *a priori* de la CNCTR pour la surveillance des communications électroniques internationales.

Les finalités permettant de surveiller ces communications sont identiques à celles prévues par la loi du 24 juillet 2015 pour l'emploi des techniques applicables à la surveillance du territoire français. La procédure de contrôle est en revanche différente. La loi a en effet prévu que les autorisations d'interception et d'exploitation des communications sont délivrées par le Premier ministre sans avis préalable de la CNCTR. Celle-ci n'exerce donc qu'un contrôle *a posteriori*.

Cependant, sollicitée en avril 2016 par le Premier ministre, la CNCTR a accepté, dans un premier temps à titre expérimental, d'exercer un contrôle *a priori* sur les demandes d'exploitation des communications interceptées. Après une année d'expérimentation qui lui a permis de constater que ce contrôle était effectivement utile pour l'exercice de sa mission de protection des libertés, la CNCTR a accepté de le pérenniser, en mars 2017. Elle se trouve donc, pour l'exercice de la surveillance des communications électroniques internationales, dans une situation comparable à celle de la CNCIS pour la surveillance des interceptions de sécurité : le législateur s'est limité à prévoir un contrôle *a posteriori* ; le contrôle *a priori* s'est établi, hors du cadre légal, en vertu d'un accord entre le Premier ministre et l'instance de contrôle.

On aura compris que l'exercice du contrôle *a priori* est essentiel, dans le cadre des deux lois de 2015, pour permettre à la CNCTR de remplir sa mission. Cependant pour être complet et effectif, le contrôle de la CNCTR ne saurait se borner à l'examen préalable des demandes émanant des services. Il doit aussi porter sur la mise en oeuvre des techniques autorisées.

Pour mener cette mission de contrôle *a posteriori*, qui s'exerce dans le cadre de la loi du 24 juillet 2015 et dans celui de la loi du 30 novembre 2015, la CNCTR dispose d'un accès permanent, complet, direct et, pour certaines techniques, immédiat aux relevés de mise en oeuvre, aux registres prévus par la loi, aux renseignements collectés ainsi qu'aux transcriptions et extractions effectuées par les services bénéficiaires. Elle accède également aux dispositifs de traçabilité des renseignements collectés ainsi qu'aux locaux dans lesquels ceux-ci sont conservés.

Les prérogatives de la CNCTR en matière de contrôle *a posteriori* sont par ailleurs renforcées par la faculté de formuler des recommandations au Premier ministre en cas de découverte d'une irrégularité dans la mise en oeuvre d'une technique ou lorsque cette mise en oeuvre ne paraît plus justifiée au regard des prescriptions légales qui l'ont fondée : dans ce cas, la commission peut recommander d'interrompre la technique, voire de détruire les informations déjà collectées.

Elle peut également adresser de telles recommandations au ministre de tutelle du service de renseignement et au service lui-même.

A ce jour, la CNCTR n'a pas constaté de graves dysfonctionnements et elle a, de ce fait, peu eu à faire usage de son pouvoir de recommandation pour faire cesser un dysfonctionnement. Les dysfonctionnements constatés concernaient une mauvaise application de certaines dispositions légales propres à telle ou telle technique, résultant généralement d'une mauvaise compréhension de ces dispositions. La CNCTR a veillé à ce que ces dysfonctionnements cessent. Elle n'a pas constaté de mise en oeuvre d'une technique qui n'aurait pas été autorisée. La plupart des services ont consacré des moyens et des efforts importants, en matière de formation des agents notamment, pour s'assurer d'une bonne mise en oeuvre des lois de 2015.

La Commission contribue elle-même à cette formation en maintenant avec les services un dialogue de travail permanent qui lui permet de diffuser sa doctrine et d'identifier rapidement les difficultés d'application que les dispositions légales peuvent susciter.

Il faut ajouter que la CNCTR ne se borne pas à un examen individuel des demandes de techniques de renseignement. La loi lui a aussi confié un rôle plus large de conseiller du Premier ministre sur l'encadrement juridique des activités de renseignement. Elle donne ainsi son avis sur les mesures réglementaires d'application des lois de 2015.

Elle l'a fait notamment sur les dispositions définissant les compétences des services de renseignement dits du « second cercle » et sur la définition des données de connexion, pour n'évoquer que des délibérations à caractère public. Elle est aussi activement intervenue pour définir les conditions de mise en oeuvre de la loi du 30 novembre 2015 et pour aider à délimiter, après la décision du Conseil constitutionnel du 21 octobre 2016 déclarant non conforme à la Constitution l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure relatif à l'« exception hertzienne », le nouveau périmètre de cette exception. Je vais revenir sur ce dernier point.

Comme la CNCIS, la CNCTR est une autorité administrative indépendante.

L'indépendance de la commission est garantie par son statut, lui-même fixé par la loi. La CNCTR est dotée d'une instance collégiale de neuf membres qui comprend quatre parlementaires (deux députés et deux sénateurs nommés par le président de leurs assemblées respectives et représentant la majorité et l'opposition), deux membres du Conseil d'Etat nommés par le vice-président de cette institution, deux magistrats de la Cour de Cassation, nommés conjointement par le premier président et le procureur général de la cour, et une personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communications électroniques, nommée par le Président de la République sur proposition du président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Conformément à la loi, les nominations assurent une égale représentation des femmes et des hommes au sein de la commission. Le mandat des membres qui ne sont pas parlementaires est de six ans. Il n'est pas renouvelable. Le président est choisi par le Président de la République parmi les membres désignés du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation. Sa nomination est soumise aux dispositions de l'article 13 de la Constitution qui prévoient un avis public préalable de la commission permanente compétente de chaque assemblée.

La loi prévoit que les membres de la commission ne reçoivent d'instructions d'aucune autorité. La prévention des conflits d'intérêts est notamment assurée par l'application aux membres de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ainsi que par les dispositions particulières de l'article L. 832-2 du code de la sécurité intérieure. Un règlement intérieur, rendu public, précise les obligations et les règles déontologiques que les membres mais aussi les agents de la commission doivent respecter.

Pour exercer sa mission de manière effective, la commission doit disposer de moyens adéquats.

Trois membres de la CNCTR, y compris son président exercent leurs fonctions à plein temps. La CNCTR est en outre assistée d'un secrétariat.

Elle a, au départ, bénéficié des moyens plutôt modestes mis à la disposition de la CNCIS, puis elle a rapidement procédé à des recrutements pour se doter d'un secrétariat adapté à l'ampleur de sa mission.

Pour fixer les idées, je rappellerai que la CNCIS examinait directement, lors de ses dernières années d'activité, environ 7000 demandes d'interceptions de sécurité par an et supervisait *a posteriori* la délivrance par une personnalité qualifiée rattachée au Premier ministre d'environ 42 000 demandes d'accès en temps différé à des données de connexion sur la même durée.

La CNCTR examine désormais directement et *a priori* les mêmes types de demandes, dont le volume a crû depuis 2015, ainsi qu'environ 10 000 demandes supplémentaires de mise en oeuvre des nouvelles techniques de renseignement prévues par la loi du 24 juillet 2015.

S'ajoutent à cela, les besoins propres à l'exercice du contrôle *a priori* et *a posteriori* de la surveillance des communications électroniques internationales.

Au 1er septembre 2017, le secrétariat de la CNCTR était constitué d'une équipe de 17 agents, recrutés pour leurs connaissances juridiques ou techniques. La dimension technique a notamment été renforcée pour permettre à la commission d'adapter ses capacités de contrôle à la sophistication des outils de surveillance électroniques.

La CNCTR a aussi mis à profit le recrutement de nouveaux agents pour renforcer ses actions de contrôle *a posteriori* et en particulier ceux réalisés sur pièces et sur place. En 2016, les membres et agents de la commission ont effectué 53 contrôles au sein des services de renseignement du premier et du second cercle et du groupement interministériel de contrôle (GIC). Elle en aura effectué plus d'une centaine cette année.

Le législateur a donc confié à la CNCTR des compétences, des prérogatives et des moyens plus larges que ceux de la CNCIS. Mais, pas plus que la CNCIS, la CNCTR ne dispose d'un pouvoir de décision. Le Premier ministre n'est en effet pas juridiquement lié par les avis rendus par la commission. Car le législateur a estimé que la responsabilité d'assurer l'ordre public par des mesures de police administrative ne saurait être confiée qu'au Gouvernement, sous le contrôle du Parlement, et ne pouvait être délégué à une autorité administrative indépendante. Ce choix est parfois critiqué sur le fondement la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme qui imposerait que l'autorisation d'une technique de renseignement émane d'un juge ou d'une autorité administrative indépendante.

C'est à la cour européenne, qui est saisie de plusieurs requêtes contre la loi du 24 juillet 2015 qu'il reviendra le cas échéant de trancher. Ce point sera d'ailleurs probablement développé tout à l'heure par l'un des cabinets d'avocats auteur des requêtes.

Je me bornerai ici à signaler que dans le cadre juridique établi par la loi du 24 juillet 2015, la CNCTR est, vis-à-vis du Premier ministre, dans une meilleure position que ne l'était la CNCIS. La loi a en effet prévu un mécanisme très novateur renforçant le poids des avis formulés par la commission.

Le président de la CNCTR ou trois au moins des membres de celle-ci peuvent en effet saisir le Conseil d'Etat d'un recours lorsque le Premier ministre passe outre à un avis défavorable de la Commission. Le recours est même obligatoire lorsque le Premier ministre autorise l'introduction dans un lieu d'habitation malgré un avis défavorable de la CNCTR. Il s'exerce devant une formation spécialisée du Conseil d'Etat dont les membres sont habilités par la loi à connaître d'informations classifiées. Autrement dit, en cas de désaccord entre la CNCTR et le Premier ministre, c'est le Conseil d'Etat qui est amené à arbitrer, en pleine connaissance de tous les éléments du dossier, sans que puisse lui être opposé le secret de la défense nationale.

Il fait peu de doutes que la perspective de devoir se justifier devant la plus haute juridiction administrative s'il décidait d'autoriser, contre l'avis de la CNCTR, une technique de renseignement incite le Premier ministre à la prudence dans l'exercice du droit qui est le sien de ne pas suivre un avis de la commission.

On observe en tous cas qu'en deux années de fonctionnement du nouveau cadre légal et sous trois Premiers ministres, pas une seule fois le chef du Gouvernement n'a décidé de ne pas suivre un avis défavorable de la CNCTR. Cette situation tranche par rapport à celle que décrivait la CNCIS dans son dernier rapport qui faisait état de plusieurs cas de passer-outre par le Premier ministre.

Vous aurez compris, à la lumière de ce que je viens de vous exposer, que je tire de la loi et de sa mise en oeuvre depuis deux ans un bilan positif en termes de protection des libertés. Il me semble peu contestable qu'entre le régime de la loi du 10 juillet 1991 et celui des deux lois de 2015, il y a eu de nets progrès dans l'encadrement des activités des services de renseignement et dans leur contrôle. Grâce à ces lois, ces services se rapprochent du droit commun des services publics, ce qui ne peut qu'être favorable à la protection des libertés.

La capacité de la CNCTR à exercer sa mission de contrôle a pu se mettre en oeuvre de manière satisfaisante. Les services de renseignement se sont adaptés aux contraintes nouvelles fixées par la loi et, selon les constats établis par la commission, n'ont pas cherché à les contourner. Les ministres concernés et le Premier ministre ont noué avec la commission une relation de travail de bonne qualité.

Devons-nous en conclure que l'édifice des deux lois de 2015 est si parfait qu'il va, telle l'Acropole, résister à l'usure du temps et servir d'exemple au monde entier perdu d'admiration?

Il n'en est évidemment rien. Si elles ont constitué un net progrès par rapport à un état de droit devenu obsolète, les lois de 2015 n'en comportent pas moins des insuffisances, voire des incohérences et elles ont déjà dû être modifiées à plusieurs reprises.

La première modification a porté sur les dispositions de la loi du 24 juillet 2015 relatives au recueil de données de connexion en temps réel, codifiées à l'article L. 851-2 du code de la sécurité intérieure. La loi initiale avait fixé pour la mise en oeuvre de cette technique des conditions beaucoup plus strictes que celles qu'elle avait prévues par ailleurs pour les interceptions de sécurité. Or une interception de sécurité permet de recueillir en temps réel le contenu des communications électroniques d'une personne et ses données de connexion. Il était donc incohérent de prévoir des conditions de mise en oeuvre plus strictes pour une technique de fait moins intrusive puisqu'elle ne permet pas de recueillir le contenu des communications. L'incohérence a été atténuée par la loi du 21 juillet 2016 qui a rapproché les conditions de mise en oeuvre des deux techniques. L'article L. 851-2 a dû être modifié une deuxième fois par la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, à la suite d'une décision QPC du Conseil constitutionnel du 4 août 2017, censurant partiellement la modification opérée par la loi du 21 juillet 2016. La nouvelle disposition législative prévoit que le nombre d'autorisations simultanées de recueil en temps réel de données de connexion devra, comme les interceptions de sécurité, faire l'objet d'un quota fixé par le Premier ministre après avis de la CNCTR.

La deuxième modification apportée à la loi du 24 juillet 2015 a consacré l'entrée du renseignement pénitentiaire du ministère de la justice dans le cercle des services de renseignement. La loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement a en effet ouvert au Gouvernement la possibilité de confier aux services du ministère de la justice chargés du renseignement pénitentiaire la faculté de recourir à différentes techniques de renseignement. La loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique a en outre prévu deux nouvelles finalités, spécifiques au domaine pénitentiaire, pour lesquelles les services de renseignement pénitentiaire peuvent recourir à certaines techniques de renseignement, à savoir la prévention des évasions ainsi que la garantie de la sécurité et du bon ordre des établissements pénitentiaires.

Enfin, le cadre légal applicable à la surveillance des communications hertziennes a été modifié par la loi du 30 octobre 2017.

Les transmissions empruntant exclusivement la voie hertzienne ont longtemps échappé au contrôle de la CNCIS comme à celui de la CNCTR. En 1991, au moment de légiférer sur le

nouveau cadre légal des interceptions de sécurité, le législateur avait prévu un régime dérogatoire du droit commun pour les seules techniques de surveillance menées dans le domaine hertzien.

Cette « exception » au droit commun des interceptions, dite « exception hertzienne », était alors justifiée par la nécessité de maintenir, « aux seules fins de défense des intérêts nationaux », des mesures de surveillance générale et de contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne. Il en résultait que la CNCIS n'exerçait aucun contrôle sur ces mesures de surveillance, au motif qu'elles étaient réputées ne pas viser des communications individualisables et ne pas porter atteinte au secret des correspondances. Ce même raisonnement conduira à nouveau le législateur, à l'occasion de l'examen du projet de loi sur le renseignement, en 2015, à laisser subsister cette « exception hertzienne ».

Or le Conseil constitutionnel, saisi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité, a censuré dans une décision du 21 octobre 2016 les dispositions de l'article L. 811-5 du code de la sécurité intérieure, codifiant les dispositions de la loi du 24 juillet 2015 sur l'« exception hertzienne ». Il a estimé, que, faute de garanties appropriées et de précisions suffisantes sur son champ d'application, ces dispositions portaient « une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances ».

Il a rejoint en cela l'avis de la CNCIS, puis de la CNCTR, selon lesquelles le régime de l'exception hertzienne, tel qu'il avait été imaginé en 1991 puis reconduit en 2015, était devenu obsolète et qu'il convenait désormais de le cantonner au strict nécessaire.

Pour répondre aux injonctions du Conseil constitutionnel, la loi du 30 octobre 2017 a créé un nouveau régime juridique opérant une conciliation entre la nécessité, d'une part, de maintenir une exception hertzienne réduite aux seules nécessités strictement opérationnelles, notamment sur le plan militaire, et celle, d'autre part, de protéger les libertés. A cette fin, la loi limite la nouvelle exception hertzienne à l'interception résiduelle de réseaux ouverts, non gérés par un opérateur et non privés. Elle prévoit par ailleurs un régime préalable d'autorisation par le Premier ministre, après avis de la CNCTR, d'une nouvelle technique de renseignement permettant l'interception de communications empruntant un réseau hertzien privé.

Il en résulte une nette réduction du périmètre de l'ancienne « exception hertzienne » et la mise en place par la loi, à la demande de la CNCTR, d'un droit de regard de la commission sur l'activité des services dans la cadre de l'exception hertzienne, afin de s'assurer que ces activités demeurent effectivement limitées à celles autorisées par la loi.

Tout ceci montre que le cadre légal issu de la réforme de 2015 est loin d'être figé. Cette réforme a permis l'émergence dans notre pays d'un droit du renseignement. J'ai la conviction qu'elle lance un processus plus qu'elle ne le conclut.

Nous avons déjà vu que la pratique était en avance sur la loi en établissant, pour la surveillance des communications électroniques internationales, un contrôle *a priori* de la CNCTR que la loi du 30 novembre 2015 n'avait pas prévu. Il serait souhaitable que cette loi se mette au niveau de la pratique.

Cependant d'autres ajustements sont à prévoir et la CNCTR entend, notamment dans ses rapports annuels, être si besoin force de proposition et de recommandation.

Je vous remercie de votre attention.

Retranscription des propos de M. Francis Delon, Président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)

Extrait des débats¹ qui ont suivi le premier atelier du Colloque « *Contrôle du renseignement : comment concilier surveillance et droits de l'homme ?* » organisé le 14 Novembre 2017 par le Grenoble Alpes Data Institute, le CESICE et l'INRIA

[Contexte : Dans cet extrait le Président de la CNCTR réagit aux propos tenus pendant l'atelier par M. Théodore CHRISTAKIS (Professeur à l'Université Grenoble Alpes, Institut Universitaire de France), qui avait indiqué que, selon un article publié par Marc Rees (Next INpact) le 28 août 2017, les boîtes noires n'étaient pas encore activées]

Francis DELON (CNCTR) : Vous avez dit, Monsieur le Professeur, qu'actuellement les boîtes noires n'étaient pas activées. Ce point n'est plus exact depuis un mois. Je tiens à le dire tout simplement pour que les choses soient dites et qu'on ne parte pas d'ici sur des bases inexactes.

De quoi s'agit-il ? Il s'agit de l'article L 851-3 du Code de la sécurité intérieure qui prévoit la mise en œuvre d'un algorithme. C'est la seule technique non ciblée de la loi du 24 juillet 2015 qui permet, à partir de renseignements non nominatifs et collectés de manière non ciblée de faire tourner un algorithme qui détermine si parmi ce qui a été recueilli – et il s'agit uniquement de données de connexion, il ne s'agit jamais de contenu – il y a des éléments qui, en fonction de l'algorithme doivent retenir l'attention. Je rappelle que la loi a prévu plusieurs étapes dans la mise en œuvre de cet article L 851-3. Première étape, il faut que l'algorithme lui-même soit autorisé par le Premier ministre après avis de la CNCTR. Ensuite, une fois l'algorithme autorisé et mis en œuvre, cet algorithme travaille sur des données anonymes – des données de connexion, j'insiste bien sur ce point – et ces données anonymes sont triées par l'algorithme qui fait apparaître, le cas échéant, quelques données qui méritent attention. A ce moment-là, et dans un deuxième temps, le service demandeur de l'activation de l'algorithme peut demander que ces données recueillies soient désanonymisées. Il faut une nouvelle demande à cet effet, Une nouvelle autorisation du premier ministre est nécessaire après nouvel avis préalable de la Commission. Et troisième étape, après cette désanonymisation, le service peut, le cas échéant demander que des techniques de surveillance classiques soient mises en œuvre sur la personne, par exemple une interception de sécurité.

Alors où en est-on ? Le gouvernement a mis beaucoup de temps à mettre en œuvre cette technique. Nous avons écrit dans notre premier rapport établi à la fin de l'année 2016 que cette technique n'avait pas été mise en œuvre. Le gouvernement nous a saisis avant l'été 2017. L'instruction a duré plusieurs mois pendant lesquels nous avons examiné de façon extrêmement attentive les caractéristiques de l'algorithme. Nous l'avons examiné sous son aspect juridique : est-on bien dans le cadre de l'article L851-3, c'est-à-dire dans le cadre de la finalité « terrorisme » exclusivement je rappelle. Deuxième point, est-ce que, sur le plan juridique toujours, cet algorithme tel qu'il est présenté est adapté à cette finalité « terrorisme » ? Et du coup, est-ce qu'il remplit le critère de proportionnalité que la loi nous demande de vérifier ? Nous avons également opéré un contrôle technique qui a pris du temps, c'est-à-dire que nous sommes allés vérifier dans le détail – et nous avons des ingénieurs qui

¹ Extrait avec quelques modifications éditoriales pour adapter cette prise de parole à la forme écrite. La vidéo de l'ensemble des interventions et des débats du workshop sera bientôt disponible sur le site du Grenoble Alpes Data Institute : <https://data-institute.univ-grenoble-alpes.fr/>

nous permettent de le faire – si la description de l’algorithme qui nous était faite correspondait à la réalité. Nous avons fait ce travail. Naturellement, je ne peux pas révéler devant vous aujourd’hui ce qu’est l’algorithme puisque le principe même de l’efficacité des algorithmes dans le domaine du renseignement, c’est que leurs caractéristiques ne sont pas connues : si ces caractéristiques étaient connues, il sera possible de les contourner. Donc je ne vais évidemment pas entrer dans ce terrain-là, vous pouvez le comprendre. Au bout de cette phase, et après plusieurs aller-retours avec le gouvernement – ce qui veut dire qu’on a demandé au gouvernement de modifier sa copie – nous avons donné un avis favorable au début du mois d’octobre. Nous n’avons à ce jour pas été saisis d’une demande de désanonymisation d’éléments qui auraient pu être recueillis par l’algorithme. On n’est qu’au tout début de l’autorisation et donc de la mise en œuvre. Voilà, je tenais à vous le dire parce que je pense qu’il faut être clair. Nous avons dit publiquement en 2016 que ce qu’on appelle les « boîtes noires » c’est-à-dire les algorithmes, n’avaient pas été mis en œuvre : ça n’est plus vrai aujourd’hui.