



Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité

Budapest, 23.XI.2001

I. La Convention et son Rapport explicatif ont été adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à l'occasion de sa 109e Session, le 8 novembre 2001. La Convention a été ouverte à la signature à Budapest, le 23 novembre 2001, à l'occasion de la Conférence Internationale sur la Cybercriminalité.

II. Le texte de ce rapport explicatif ne constitue pas un instrument d'interprétation authentique du texte de la Convention, bien qu'il puisse faciliter la compréhension des dispositions qui y sont contenues.

I. Introduction

1. La révolution des technologies de l'information a changé radicalement la société et continuera vraisemblablement de le faire dans un avenir prévisible. Cette révolution a simplifié bien des tâches. Alors qu'initialement, seuls certains secteurs de la société avaient rationalisé leurs méthodes de travail en s'appuyant sur les technologies de l'information, il ne reste pour ainsi dire plus aucun secteur qu'elles n'aient marqué de leur empreinte. Les technologies de l'information se sont insinuées, d'une manière ou d'une autre, dans tous les aspects des activités humaines.

2. Les technologies de l'information se singularisent notamment par l'impact qu'elles ont eu et continueront d'avoir sur l'évolution des technologies des télécommunications. La téléphonie classique, qui a pour objet de transmettre la parole, a été gagnée de vitesse par l'échange de vastes quantités de données, qui peuvent être vocales, documentaires, musicales, photographiques et filmiques. Cet échange ne se déroule plus uniquement entre les êtres humains, mais intervient également entre êtres humains et ordinateurs et entre ordinateurs. Les connexions en mode circuit ont cédé la place à des réseaux à commutation par paquets. La question ne se pose plus de savoir si l'on peut établir une connexion directe : il suffit que les données soient saisies dans un réseau avec une adresse de destination ou mises à la disposition de tous ceux qui souhaitent y accéder.

3. La généralisation de l'utilisation du courrier électronique et de l'accès à une foule de sites web par l'Internet sont des exemples de cette évolution qui ont révolutionné notre société.

4. La facilité avec laquelle on peut avoir accès à l'information contenue dans les systèmes informatiques et la consulter a, couplée aux possibilités pratiquement illimitées d'échange et de diffusion de cette information, par delà les distances géographiques, déclenché une explosion de l'information disponible et des connaissances que l'on peut en tirer.

5. Ces développements ont donné lieu à des changements économiques et sociaux sans précédent, mais ils n'ont pas que des bons côtés : ils ont également fait apparaître de nouveaux types de délinquance et suscité la commission de délits classiques à l'aide des nouvelles technologies. Qui plus est, la délinquance peut avoir des conséquences de plus lourde portée que par le passé dans la mesure où elle ne se cantonne plus à un espace géographique donné et ne se soucie guère des frontières nationales. La propagation récente à travers le monde de virus informatiques dommageables témoigne bien de cette nouvelle réalité. Il importe de mettre en place des mesures techniques de protection des systèmes informatiques en même temps que des mesures juridiques de prévention et de dissuasion de la délinquance.

6. Les nouvelles technologies bousculent les principes juridiques existants. L'information et la communication circulent plus facilement que jamais à travers le monde. Les frontières ne peuvent plus s'y opposer. De plus en plus souvent les délinquants se trouvent dans des lieux fort éloignés de ceux où leurs actes produisent leurs effets. Or, les lois internes ne sont généralement applicables qu'à un territoire donné. Aussi les solutions aux problèmes posés relèvent-elles du droit international, ce qui nécessite l'adoption d'instruments juridiques internationaux adéquats. La présente Convention se propose de relever le défi ainsi posé, en tenant dûment compte de la nécessité de respecter les droits de l'homme dans la nouvelle société de l'information.

II. Les travaux préparatoires

7. Par sa décision CDPC/103/211196, le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) a décidé en novembre 1996 de créer un comité d'experts chargés de la cybercriminalité. Le CDPC a motivé sa décision comme suit:

8. « Les rapides progrès des techniques de l'information ont des répercussions directes sur tous les secteurs de la société moderne. L'intégration des systèmes de télécommunication et d'information, en permettant le stockage et la transmission – quelle que soit la distance – de toutes sortes de données, ouvre un immense champ de possibilités nouvelles. Ces progrès ont été favorisés par l'apparition des réseaux informatiques et des autoroutes de l'information, notamment l'Internet, grâce auxquels toute personne ou presque peut avoir accès à la totalité des services d'information électronique, où qu'elle se trouve sur la planète. En se connectant aux services de communication et d'information, les usagers créent une sorte d'espace commun, dit « cyber-espace », qui sert à des fins légitimes, mais peut aussi donner lieu à des abus. Les infractions commises dans ce cyber-espace le sont contre l'intégrité, la disponibilité et la confidentialité des systèmes informatiques et des réseaux de télécommunication, à moins qu'elles ne consistent en l'utilisation de ces réseaux ou de leurs services dans le but de commettre des infractions classiques. Le caractère international des infractions en question – par exemple celles commises au moyen de l'Internet – se heurte à la territorialité des institutions nationales de répression.

9. Le droit pénal doit donc suivre le rythme de ces évolutions techniques, qui offrent des moyens extrêmement perfectionnés d'employer à mauvais escient les services du cyber-espace et de porter ainsi atteinte à des intérêts légitimes. Étant donné que les réseaux informatiques ignorent les frontières, un effort international concerté s'impose pour faire face à de tels abus. La Recommandation no. R (89) 9 a certes permis de rapprocher les conceptions nationales touchant certaines formes d'emploi abusif de l'ordinateur, mais seul un instrument international contraignant pourrait avoir l'efficacité nécessaire dans la lutte contre ces nouveaux phénomènes. Un tel instrument devrait non seulement prévoir des mesures de coopération internationale, mais aussi traiter de questions de droit matériel et procédural, ainsi que de facteurs liés à l'emploi des techniques informatiques. »

10. En outre, le CDPC a tenu compte du rapport établi – à sa demande – par le Professeur H.W.K. Kaspersen, qui concluait en ces termes : « ... il faudrait s'en remettre à un autre instrument juridique qui engage davantage qu'une Recommandation, comme une Convention. Cette Convention devrait traiter non seulement de questions de droit pénal matériel, mais aussi de problèmes de procédure pénale ainsi que des procédures et instruments internationaux en matière de droit pénal. »⁽¹⁾ Une conclusion analogue figure dans le Rapport annexé à la Recommandation n° R (89) 9⁽²⁾ concernant le droit matériel et dans la Recommandation n° R (95) 13⁽³⁾ relative aux problèmes de procédure pénale liés aux technologies de l'information.

11. Le mandat spécifique du nouveau comité était le suivant :

i. « Examiner, à la lumière de la Recommandation no. R (89) 9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur et de la Recommandation no. R (95) 13 relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information, en particulier les questions ci-après :

ii. les infractions commises dans le cyber-espace, en particulier celles dont les auteurs se servent des réseaux de communication, l'Internet notamment : par exemple, transactions financières illicites, offre de services tombant sous le coup de la loi, violation des droits d'auteur et agissements contraires à la dignité humaine et à la législation sur la protection des mineurs;

iii. les autres questions de droit pénal matériel qui peuvent nécessiter une approche commune en vue d'une coopération internationale, comme les définitions, les sanctions et la responsabilité des parties concernées, y compris les personnes qui offrent des services sur l'Internet;

iv. le recours à des pouvoirs coercitifs – y compris la possibilité d'y recourir sur le plan international –, ainsi que la viabilité de tels recours dans un environnement technique; ces derniers peuvent consister, par exemple, en l'interception de télécommunications et en la surveillance électronique des réseaux d'information (*via* l'Internet, entre autres), en des recherches et saisies dans les systèmes de traitement des données, y compris les sites Internet, en une action consistant à rendre inaccessible le matériel illicite et à imposer aux personnes qui offrent des services le respect d'obligations spéciales, compte tenu des problèmes posés par certaines mesures destinées à assurer la sécurité de l'information (par exemple le chiffrement);

v. la question de la compétence vis-à-vis des infractions informatiques, par exemple la détermination du lieu (*locus delicti*) où l'infraction a été commise et du droit applicable en l'espèce, y compris le problème du *ne bis idem* en cas de multiplicité de compétences et le mode de résolution des conflits positifs de compétences et de prévention des conflits négatifs de compétences;

vi. les questions de coopération internationale dans les enquêtes sur les infractions ayant pour cadre le cyber-espace, en étroite coopération avec le Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes dans le domaine pénal (PC-OC).

(1) Application de la Recommandation n° R (89) 9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur, Rapport établi par le Professeur H.W.K. Kaspersen (doc. CDPC (97) 5 et PC-CY (97) 5, page 106).

(2) Voir La Criminalité liée à l'ordinateur, Rapport du Comité européen pour les problèmes criminels, page 86.

(3) Voir Problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information, Recommandation n° R (95) 13, principe n° 17.

Le Comité devra rédiger un instrument juridique contraignant fondé, autant que possible, sur les points i) à v) ci-dessus, en insistant particulièrement sur les questions internationales et, au besoin, des recommandations annexes sur certains points. Il pourra formuler des suggestions concernant d'autres questions à examiner en tenant compte de l'évolution technique. »

12. Comme suite à la décision du CDPC, le Comité des Ministres a créé le nouveau comité, appelé « Comité d'experts sur la criminalité dans le cyber-espace (PC-CY) », par sa décision n° CM/Del/Dec(97)583, prise à la 583e réunion des délégués des Ministres (tenue le 4 février 1997). Le PC-CY a commencé ses travaux en avril 1997 et s'est attelé à la négociation d'un projet de convention internationale sur la cybercriminalité. En vertu de son mandat initial, le Comité devait avoir achevé ses travaux le 31 décembre 1999. Comme, à cette date, il n'avait pas encore pu achever la négociation de certaines questions soulevées par le projet de Convention, son mandat a été prorogé jusqu'au 31 décembre 2000 par la décision n° CM/Del/Dec(99)679 des délégués des Ministres. Les Ministres européens de la justice ont à deux reprises exprimé leur appui à la négociation: par la Résolution n°1, adoptée à leur 21e Conférence (Prague, juin 1997), dans laquelle ils recommandaient au Comité des Ministres d'appuyer les travaux entrepris par le CDPC sur la cybercriminalité en vue de rapprocher les législations pénales nationales et de permettre l'utilisation de moyens efficaces d'enquête sur les infractions de ce type, et par la Résolution n° 3, adoptée à la 23e Conférence des Ministres européens de la justice (Londres, juin 2000), dans laquelle ces derniers encourageaient les parties à la négociation à continuer de rechercher des solutions appropriées visant à permettre au plus grand nombre d'États possible de devenir parties à la Convention et considéraient qu'il importait de mettre en place un système rapide et efficace de coopération internationale qui tiendrait dûment compte des exigences spécifiques de lutte contre la cybercriminalité. Les États membres de l'Union européenne ont déclaré, dans une position commune adoptée en mai 1999, qu'ils appuyaient les travaux du PC-CY.

13. Entre avril 1997 et décembre 2000, le PC-CY a tenu 10 séances plénières et 15 séances de son Groupe de rédaction à participation non limitée. À la suite de l'expiration de la prorogation de son mandat, les experts ont tenu, sous les auspices du CDPC, trois séances supplémentaires pour mettre au point le projet de rapport explicatif et examiner le projet de Convention à la lumière de l'avis de l'Assemblée parlementaire. Le Comité des Ministres a prié l'Assemblée, en octobre 2000, de donner un avis sur le projet de Convention, qu'elle a adopté lors de la 2e partie de sa session plénière d'avril 2001.

14. En vertu d'une décision prise par le PC-CY, une version provisoire du projet de convention a été déclassifiée et publiée en avril 2000 ; les versions suivantes ont aussi été rendues publiques, après chaque réunion plénière, pour permettre aux États négociateurs de consulter toutes les parties intéressées. Ce processus de consultation s'est avéré utile.

15. La version révisée et définitive du projet de Convention et du rapport explicatif y afférent a été présentée pour approbation au CDPC à sa 50e session en juin 2001, à la suite de quoi le texte du projet de Convention a été présenté au Comité des Ministres pour adoption et ouverture à la signature.

III. La Convention

16. La Convention vise pour l'essentiel 1) à harmoniser les éléments des infractions ayant trait au droit pénal matériel national et les dispositions connexes en matière de cybercriminalité, 2) à fournir au droit pénal procédural national les pouvoirs nécessaires à l'instruction et à la poursuite d'infractions de ce type ainsi que d'autres infractions commises au moyen d'un système informatique ou dans le cadre desquelles des preuves existent sous forme électronique, et 3) à mettre en place un régime rapide et efficace de coopération internationale.

17. La Convention comprend donc quatre chapitres : I) Emploi des termes; II) Mesures à prendre au niveau national – droit matériel et droit procédural; III) Coopération internationale; IV) Clauses finales.

18. La Section 1 du chapitre II (questions de droit matériel) porte sur les dispositions relatives aux incriminations et les autres dispositions connexes applicables à la criminalité informatique : il commence par définir 9 infractions groupées en quatre catégories, puis traite des autres formes de responsabilité et de sanctions. La Convention définit les infractions ci-après : accès illégal, interception illégale, atteinte à l'intégrité des données, atteinte à l'intégrité du système, abus de dispositifs, falsification informatique, fraude informatique, infractions se rapportant à la pornographie infantine et infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes.

19. La Section 2 du chapitre II (questions de droit procédural) – dont la portée dépasse les infractions définies à la Section 1 en ce qu'elle s'applique à toute infraction commise au moyen d'un système informatique ou dans le cadre de laquelle des preuves existent sous forme électronique – commence par fixer les conditions et sauvegardes communes applicables à tous les pouvoirs de procédure visés dans ce chapitre. Il énonce ensuite les pouvoirs de procédure suivants : conservation rapide de données stockées dans un système informatique; conservation et divulgation rapides de données relatives au trafic; injonction de produire; perquisition et saisie de données informatiques stockées; collecte en temps réel des données relatives au trafic; interception de données relatives au contenu. Le chapitre II s'achève sur des dispositions relatives à la compétence.

20. Le chapitre III contient les dispositions relatives à l'entraide dans le domaine de la criminalité classique et informatique ainsi qu'aux règles d'extradition. Il traite de l'entraide classique dans deux situations : celle où aucun fondement juridique (traité, législation réciproque, etc.) n'existe entre les parties – auquel cas les dispositions de ce chapitre s'appliquent – et celle où un fondement juridique existe – auquel cas les modalités existantes s'appliquent également à l'entraide prévue par la présente Convention. L'entraide se rapportant à la criminalité informatique s'applique aux deux situations et s'étend, sans préjudice de conditions supplémentaires, à la même gamme de pouvoirs procéduraux que celle définie au chapitre II. En outre, le chapitre III contient une disposition relative à un type spécifique d'accès transfrontière à des données stockées qui ne nécessite pas l'entraide ("avec consentement ou lorsqu'elles sont accessibles au public") et prévoit la mise en place d'un réseau 24/7 d'entraide rapide entre les Parties.

21. Enfin, le chapitre IV contient les clauses finales qui – à quelques exceptions près – reprennent les dispositions types des traités du Conseil de l'Europe.

Commentaire sur les articles de la Convention

Chapitre 1 – Terminologie

Introduction concernant les définitions de l'article 1

22. Les rédacteurs estiment qu'en vertu de la convention, les Parties ne seront pas tenues de reproduire mot pour mot, dans leurs lois internes, les quatre notions définies à l'article 1, à condition que ces lois couvrent ces notions d'une façon qui soit compatible avec les principes de la Convention et offrent un cadre équivalent pour sa mise en œuvre.

Article 1 (a) – Système informatique

23. Aux fins de la Convention, un système informatique est un dispositif composé de matériel et de logiciels, conçus pour le traitement automatisé des données numériques. Il peut comprendre des moyens d'acquisition, de restitution et de stockage des données. Il peut être isolé ou connecté à d'autres dispositifs similaires au sein d'un réseau. « Automatisé » signifie sans intervention humaine directe, le « traitement des données » est un ensemble

d'opérations appliquées à des données et effectuées par le biais de l'exécution d'un programme informatique. Un « programme informatique » est un ensemble d'instructions pouvant être exécutées par l'ordinateur pour obtenir le résultat attendu. Un ordinateur peut exécuter différents programmes. Dans un système informatique, on distingue généralement plusieurs composantes, à savoir le processeur ou l'unité centrale, et les périphériques. Par « périphérique », on entend un dispositif qui remplit certaines fonctions spécifiques en interaction avec l'unité centrale : imprimante, écran, lecteur/graveur de CD-ROM ou autre moyen de stockage, par exemple.

24. Un réseau est une interconnexion entre deux systèmes informatiques ou plus. Les connexions peuvent être reliées à la terre (fil ou câble, par exemple), sans fil (radio, infrarouge ou satellite, par exemple), ou les deux. Un réseau peut être géographiquement limité à une zone peu étendue (réseau local) ou couvrir une zone étendue (réseau étendu), et de tels réseaux peuvent eux-mêmes être interconnectés. L'Internet est un réseau mondial composé de nombreux réseaux interconnectés, qui utilisent tous les mêmes protocoles. Il existe encore d'autres types de réseaux, connectés ou non à l'Internet, capables de faire circuler des données entre des systèmes informatiques. Les systèmes informatiques peuvent être connectés au réseau en tant que points de sortie ou comme moyen de faciliter la transmission de l'information (routeurs et dispositifs similaires, par exemple). L'important, c'est que les données soient échangées sur le réseau.

Article 1 (b) – Données informatiques

25. La définition des données informatiques repose sur la définition des données établie par l'ISO. Cette définition comporte les mots « qui se prête à un traitement ». Cela signifie que les données sont mises sous une forme qui permet leur traitement direct par le système informatique. Pour indiquer clairement qu'aux fins de la Convention, il faut entendre par « données » des données sous forme électronique, ou sous une autre forme qui permet de les traiter directement, on a introduit la notion de « données informatiques ». Des données informatiques traitées de façon automatisée peuvent être la cible de l'une des infractions pénales définies dans la Convention ou faire l'objet de l'une des mesures d'investigation définies par la Convention.

Article 1 (c) – Fournisseur de service

26. L'expression « fournisseur de service » englobe de nombreuses catégories de personnes jouant un rôle particulier dans la communication ou le traitement de données sur des systèmes informatiques (voir aussi les commentaires sur la section 2). Au point (i) de la définition, il est précisé que l'expression désigne notamment les entités publiques et privées qui offrent aux utilisateurs la possibilité de communiquer entre eux. Il est donc indifférent que les utilisateurs forment un groupe fermé ou que le fournisseur offre ou non ses services au public, gratuitement ou contre le paiement de droits. Le groupe fermé peut être constitué par les salariés d'une entreprise privée auxquels les services sont fournis par un réseau d'entreprise.

27. Au point (ii) de la définition, il est signalé que l'expression « fournisseur de services » s'applique aussi aux entités qui stockent des données, ou les traitent d'une autre façon, pour le compte des personnes mentionnées au point (i). En outre, l'expression englobe les entités qui stockent ou traitent des données pour les utilisateurs des services proposés par les personnes visées au point (i). Ainsi, en application de cette définition, les « fournisseurs de services » peuvent être des personnes qui proposent un service d'hébergement ou de mise en antémémoire (« cache »), ou une connexion à un réseau. Toutefois, la définition n'est pas destinée à s'appliquer à un simple fournisseur de contenu (à une personne qui passe un contrat avec un fournisseur d'hébergement pour qu'il héberge son site Web, par exemple), si celui-ci ne propose pas en outre des services de communication ou d'autres services de traitement des données.

Article 1 (d) – Données relatives au trafic

28. Aux fins de la Convention, les données relatives au trafic, telles qu'elles sont définies à l'article 1, alinéa d., constituent une catégorie de données informatiques soumises à un régime juridique particulier. Ces données sont produites par des ordinateurs appartenant à la chaîne de communication pour acheminer une communication de son origine à sa destination. Elles sont donc des auxiliaires de la communication elle-même.

29. Lors d'une enquête sur une infraction pénale concernant un système informatique, les données relatives au trafic sont nécessaires pour trouver la source de la communication ; c'est un point de départ permettant de réunir d'autres preuves ou un élément constitutif de la preuve de l'infraction. Les données relatives au trafic pouvant être éphémères, il importe de faire en sorte qu'elles soient préservées dans des délais très brefs. Par conséquent, il peut être nécessaire de les divulguer rapidement pour connaître l'itinéraire de la communication et réunir d'autres preuves avant qu'elles ne soient effacées ou pour identifier un suspect. La procédure ordinaire de collecte et de divulgation de données informatiques risque donc d'être insuffisante. Par ailleurs, on considère en principe que la collecte de données relatives au trafic est une intrusion moins importante, car elle ne révèle pas le contenu de la communication, jugé plus sensible.

30. La définition dresse la liste exhaustive des catégories de données relatives au trafic qui sont soumises à un régime particulier dans la Convention : origine de la communication, destination, itinéraire, heure (GMT), date, taille, durée et type du service sous-jacent. Ces catégories ne seront pas toujours toutes techniquement accessibles, susceptibles d'être produites par un fournisseur de service, ni nécessaires à l'enquête pénale. Par « origine », on entend un numéro de téléphone, une adresse IP ou un moyen similaire d'identifier un dispositif de communication auquel un prestataire de services fournit des. La « destination » désigne une indication comparable concernant un dispositif de communication vers lequel des communications sont transmises. L'expression « type du service sous-jacent » renvoie au type de service utilisé au sein du réseau : transfert de fichiers, courrier électronique ou messagerie instantanée.

31. La définition laisse aux législateurs nationaux la capacité d'introduire des différenciations dans la protection juridique des données relatives au trafic, en fonction de leur sensibilité. Dans ce contexte, l'article 15 impose aux Parties de prévoir les conditions et sauvegardes adéquates, eu égard à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cela implique, entre autres, que les critères de fond et la procédure concernant l'exercice des pouvoirs d'investigation puissent varier en fonction de la sensibilité des données.

Chapitre II – Mesures à prendre au niveau national

32. Le chapitre II (articles 2 à 22) contient trois sections: droit pénal matériel (articles 2 à 13), droit de procédure (articles 14 à 21) et compétence (article 22).

Section 1 – Droit pénal matériel

33. La section 1 de la Convention (articles 2 à 13) a pour objet d'améliorer les moyens de prévenir et de réprimer la criminalité informatique en fixant une norme minimale commune permettant d'ériger certains actes en infractions pénales. Une harmonisation de ce type facilite la lutte contre cette criminalité aux niveaux national et international. La concordance entre les législations internes peut s'opposer à ce que des actes illicites soient commis de préférence dans une Partie qui appliquait antérieurement une norme moins stricte. De la sorte, il devient également possible de stimuler l'échange de données d'expérience communes utiles. La coopération internationale (en particulier l'extradition et l'entraide judiciaire) est facilitée, par exemple en ce qui concerne la règle de la double incrimination.

34. La liste des infractions présentée dans cette section représente un consensus minimal qui n'exclut pas qu'elle soit complétée en droit interne. Elle se fonde largement sur les principes directeurs élaborés en liaison avec la Recommandation n° R (89) 9 du Conseil de l'Europe sur la criminalité en relation avec l'ordinateur, et sur les travaux d'autres organisations internationales publiques et privées (OCDE, ONU, AIDP), mais tient également compte de pratiques illicites plus récentes liées à l'expansion des réseaux de télécommunications.

35. La section est divisée en cinq titres. Le titre 1 englobe les infractions informatiques les plus essentielles, à savoir les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques, qui représentent les principales menaces qui, d'après le débat conduit sur la sécurité des ordinateurs et des données, pèsent sur les systèmes de traitement et de transmission automatisés des données. Ce titre décrit le type d'infractions relevant de cette rubrique, à savoir l'accès non autorisé et l'altération illicite de systèmes, programmes ou données. Les titres 2 à 4 traitent d'autres types d'infractions informatiques, qui jouent un plus grand rôle dans la pratique et qui consistent à utiliser les systèmes informatiques et de télécommunications pour attaquer certains intérêts juridiques qui, en règle générale, sont déjà protégés par le droit pénal contre les attaques menées à l'aide de moyens classiques. Les infractions regroupées dans le titre 2 (fraude et falsification informatiques) ont été ajoutées comme suite aux suggestions faites dans le cadre des principes directeurs élaborés en liaison avec la Recommandation no. R (89) 9 du Conseil de l'Europe. Le titre 3 porte sur les infractions se rapportant au contenu à savoir la production ou la diffusion illicites de pornographie enfantine par le biais de systèmes informatiques, qui représente l'un des modes d'exécution d'une infraction les plus dangereux qui aient récemment fait leur apparition. Le comité de rédaction a examiné la possibilité d'inclure d'autres infractions se rapportant au contenu, telles que la diffusion de propagande raciste par le biais de systèmes informatiques. Cependant, le comité n'a pas été en mesure de parvenir à un consensus sur la criminalisation d'un tel comportement. L'idée d'inclure cette diffusion en tant qu'infraction pénale a été largement appuyée, mais certaines délégations ont émis de sérieuses réserves, en invoquant la liberté d'expression. Compte tenu de la complexité de la question, il a été décidé que le comité soumettrait au Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) la suggestion d'élaborer un Protocole additionnel à la présente Convention.

Le titre 4 énonce les « infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes ». Celles-ci figurent dans la Convention car les atteintes à la propriété intellectuelle sont l'une des formes de criminalité informatique les plus répandues et prenant des proportions jugées préoccupantes dans le monde entier. Enfin, le titre 5 englobe des dispositions supplémentaires sur la tentative et complicité et sur les sanctions et les mesures, et, conformément aux instruments internationaux récents, sur la responsabilité des personnes morales.

36. Les dispositions de droit matériel s'appliquent à des infractions commises au moyen des technologies de l'information, mais la Convention utilise une terminologie technologiquement neutre de façon que les infractions relevant du droit pénal matériel puissent s'appliquer aux technologies concernées tant actuelles que futures.

37. Les auteurs de la Convention ont présumé que les Parties peuvent exclure les infractions mineures ou insignifiantes du champ d'application des articles 2 à 10.

38. Les infractions énumérées ont un trait particulier, à savoir que leurs auteurs doivent expressément agir « sans droit ». Cette expression rend compte du fait que le comportement décrit n'est pas toujours punissable en soi, mais peut être légal ou justifié non seulement par des exceptions légales classiques (consentement, légitime défense ou nécessité), mais dans les cas où d'autres principes ou intérêts excluent toute responsabilité pénale. L'expression « sans droit » tire son sens du contexte dans lequel elle est utilisée. Ainsi, sans restreindre la marge de manoeuvre qu'ont les Parties pour interpréter ce concept dans leur droit interne, cette expression peut renvoyer à un comportement qui ne repose sur aucune compétence (législative, exécutive, administrative, judiciaire, contractuelle ou consensuelle) ou à un comportement qui n'est couvert ni par des exceptions légales, excuses et faits justificatifs

établis, ni par des principes de droit interne pertinents. La Convention ne concerne pas, par conséquent, les comportements conformes aux compétences gouvernementales légales (par exemple, lorsque le gouvernement de la Partie concernée agit dans un but de maintien de l'ordre public, de protection de la sécurité nationale ou dans le cadre d'une instruction pénale). De plus, les activités légitimes et ordinaires inhérentes à la conception des réseaux ainsi que les pratiques d'exploitation ou de commerce légitimes et ordinaires ne devraient pas être érigées en infractions pénales. On trouvera dans la partie correspondante du texte du rapport explicatif ci-après des exemples précis de telles exceptions au principe de l'incrimination. Il appartient aux Parties de déterminer les modalités d'application desdites exceptions dans leur ordre juridique interne (en droit pénal ou autre).

39. Toutes les infractions énumérées dans la Convention doivent être commises de façon « intentionnelle » pour que la responsabilité pénale soit engagée. Dans certains cas, un élément intentionnel spécifique supplémentaire fait partie intégrante de l'infraction. Ainsi, par exemple, à l'article 8 concernant la fraude informatique, l'intention d'obtenir un bénéfice économique est un élément constitutif de l'infraction. Les auteurs de la Convention se sont entendus pour considérer que l'interprétation du mot 'intentionnellement' doit être laissée aux droits internes.

40. Certains articles de cette section permettent de subordonner l'application de la Convention en droit interne à des conditions restrictives. Dans d'autres cas, la Convention prévoit même l'éventualité de formuler une réserve (voir les articles 40 et 42). Ces différentes modalités d'application d'une approche plus restrictive de l'incrimination reflètent l'existence d'évaluations différentes de la dangerosité du comportement en question ou de la nécessité d'utiliser le droit pénal comme contre-mesure. Cette approche laisse aux gouvernements et aux parlements une marge de manoeuvre pour arrêter leur politique pénale dans ce domaine.

41. Les lois instituant ces infractions devraient être rédigées de la façon la plus claire et spécifique possible de façon qu'il soit possible de prévoir le type de comportement qui entraînera une sanction pénale.

42. Au cours du processus de rédaction, les rédacteurs se sont demandé s'il était souhaitable d'incriminer aussi des comportements autres que ceux qui sont définis aux articles 2 à 11, notamment le « cybersquattage », c'est-à-dire l'enregistrement d'un nom de domaine qui est identique soit au nom d'une entité existante et généralement connue, soit au nom commercial ou à la marque commerciale d'un produit ou d'une entreprise. Le « cybersquatteur » n'a aucune intention de faire un usage actif du nom de domaine ; il cherche à en retirer un avantage financier en forçant l'entité concernée, même indirectement, à racheter son nom de domaine pour en récupérer la propriété et le contrôle. Actuellement, on estime que ce comportement est lié à la question de la propriété industrielle et commerciale. Etant donné que la Convention ne porte pas sur les atteintes aux droits de propriété industrielle et commerciale, les rédacteurs n'ont pas jugé opportun de traiter de l'incrimination d'un tel comportement.

Titre 1 – Infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques

43. Les infractions pénales définies aux articles 2 à 6 ont pour but de protéger la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes ou données informatiques, non d'incriminer les activités légitimes et ordinaires inhérentes à la conception des réseaux ou bien les pratiques d'exploitation ou de commerce légitimes et ordinaires.

Accès illégal (article 2)

44. L'« accès illégal » vise l'infraction fondamentale consistant à créer une menace ou à attenter à la sécurité (c'est-à-dire la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité) des systèmes et données informatiques. La nécessité d'une protection correspond à l'intérêt des organisations comme des particuliers de pouvoir diriger, exploiter et contrôler leurs systèmes sans perturbation et entrave d'aucune sorte. La simple intrusion non autorisée, à savoir le « piratage », le « craquage » ou l'« intrusion illicite dans un système informatique », devrait en principe être illégale en elle-même. Elle peut créer des obstacles pour les utilisateurs légitimes des systèmes et des données et peut entraîner l'altération ou la destruction et des coûts élevés de reconstruction. Ces intrusions peuvent donner accès à des données confidentielles (mots d'accès, informations sur le système cible) et à des secrets, permettre d'utiliser le système gratuitement, voire encourager les pirates à commettre des types plus dangereux d'infractions en relation avec l'ordinateur, telles que la fraude informatique ou la falsification informatique.

45. Le moyen le plus efficace de prévenir l'accès non autorisé est, naturellement, d'adopter et de mettre en place des mesures de sécurité efficaces. Toutefois, la parade ne saurait être complète sans la menace et l'application de mesures de droit pénal. L'interdiction pénale de l'accès non autorisé permet d'accorder très tôt, au système et aux données en tant que tels, une protection supplémentaire contre les risques susvisés.

46. L'« accès » comprend la pénétration dans l'intégralité ou une partie quelconque d'un système informatique (matériel, composantes, données stockées du système installé, répertoires, données relatives au trafic et au contenu). Toutefois, il ne comprend pas le simple envoi de messages électroniques ou de fichiers au système en question. L'« accès » comprend la pénétration dans un autre système informatique accessible par les réseaux de télécommunications publics ou d'un système informatique connecté au même réseau, tel qu'un réseau local ou un intranet (réseau privé d'entreprise). Le mode de communication (par exemple à distance, y compris sans fil, ou rapprochée) n'entre pas en ligne de compte.

47. L'acte doit également être commis « sans droit ». En sus de l'explication de cette expression donnée plus haut, elle veut dire qu'il n'y a pas de pénalisation de l'accès autorisé par le propriétaire du système ou d'une partie de ce système ou par le détenteur d'un droit sur ce système (aux fins, par exemple, d'essai ou de protection autorisés du système informatique concerné). Il n'y a pas non plus d'incrimination de l'accès à un système informatique lorsque cet accès est libre et public, puisqu'on accède au système « avec droit ».

48. L'utilisation de certains outils techniques peut entraîner un accès au sens de l'article 2. C'est le cas de l'accès à une page Internet, directement ou en utilisant des liens hypertexte, y compris les *deep-links*, ou de l'application de « cookies » ou de « bots » pour situer et extraire des données. L'utilisation de ces outils n'est pas en soi 'sans droit'. La gestion d'un site Web public implique que son propriétaire accepte que n'importe quel autre utilisateur du Web y ait accès. L'utilisation des outils standard prévus dans les protocoles et programmes de communication courants n'est pas en soi 'sans droit', en particulier lorsque le détenteur du droit d'accès au système visé est réputé avoir accepté cette utilisation, comme dans le cas des 'cookies' en s'abstenant de refuser la première livraison ou de l'éliminer.

49. La législation interne de nombreux pays contient déjà des dispositions concernant les infractions liées au « piratage », mais leur portée et leurs éléments constitutifs sont très variables. L'approche générale de la pénalisation qui se dégage de la première phrase de l'article 2 est controversée. Ceux qui y sont opposés font valoir que la simple intrusion ne crée pas nécessairement des risques et qu'il arrive même que les actes de piratage permettent de détecter des failles ou des faiblesses dans la sécurité des systèmes. Ces considérations ont conduit certains pays à adopter une approche plus restrictive en exigeant des conditions supplémentaires pour que l'on puisse parler d'infraction, ce qui est également l'approche retenue par la Recommandation n° (89) 9 et celle proposée en 1985 par le Groupe de travail de l'OCDE.

50. Les Parties peuvent adopter l'approche générale et criminaliser le piratage pur et simple conformément à la première phrase de l'article 2. Selon une autre formule, elles peuvent fixer l'une ou la totalité des conditions énumérées dans la seconde phrase, en exigeant que l'infraction soit commise en violation des mesures de sécurité, dans l'intention spécifique d'obtenir des données informatiques ou dans une autre intention délictueuse engageant la responsabilité pénale, ou vis-à-vis d'un système informatique connecté à distance à un autre système informatique. Cette dernière option permet aux Parties d'exclure la situation dans laquelle une personne accède physiquement à un ordinateur autonome sans passer par un autre système informatique. Elles peuvent circonscrire l'infraction à l'accès illégal à des systèmes informatiques en réseaux (y compris les réseaux publics fournis par les services de télécommunications et les réseaux privés, tels que les intranets ou les extranets).

Interception illégale (article 3)

51. Cette disposition vise à protéger le droit au respect des données transmises. L'infraction représente la même violation du droit au respect des communications que l'écoute et l'enregistrement classiques des conversations téléphoniques entre des personnes. Le droit au respect de la correspondance est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'infraction instituée par l'article 3 applique ce principe à toutes les formes de transfert électronique des données, que ce transfert s'effectue par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou fichier.

52. Le texte de cette disposition reprend pour l'essentiel celui de l'infraction d'« interception non autorisée » figurant dans la Recommandation (89) 9. Dans la présente Convention, il a été précisé qu'il faut entendre par communications les « transmissions ... de données informatiques » ainsi que les émissions électromagnétiques dans les situations expliquées ci-après.

53. L'interception effectuée par des « moyens techniques » concerne l'écoute, le contrôle ou la surveillance du contenu des communications, et l'obtention du contenu soit directement, au moyen de l'accès au système informatique et de son utilisation, soit indirectement, au moyen de l'emploi de dispositifs d'écoute. L'interception peut aussi consister en un enregistrement des données. Par moyens techniques, il faut entendre des dispositifs techniques connectés aux lignes de transmission ainsi que des dispositifs de collecte et d'enregistrement de communications sans fil. Ils peuvent consister en logiciels, mots d'accès et codes. L'exigence de l'utilisation de moyens techniques est une condition restrictive visant à éviter l'écueil de la surpénétration.

54. L'infraction s'applique aux transmissions « non publiques » de données informatiques. Le terme 'non publiques' qualifie la nature du moyen de transmission (communication), non la nature des données transmises. Il peut arriver que les données transmises soient disponibles pour tout le monde, mais que les participants souhaitent communiquer de façon confidentielle. Les données peuvent aussi être tenues secrètes à des fins commerciales jusqu'à ce que le service ait été rémunéré, comme pour la télévision payante. Il s'ensuit que le terme « non publiques » n'exclut pas en soi les communications par le biais des réseaux publics. Les communications de salariés, à des fins professionnelles ou non, qui constituent des « transmissions non publiques de données informatiques » sont aussi protégées contre l'interception sans droit en vertu de l'article 3 (voir, par exemple, l'arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, 20605/92).

55. La communication sous forme de transmission de données informatiques peut se dérouler à l'intérieur d'un même système informatique (c'est le cas de la circulation entre la carte unité centrale et l'écran ou l'imprimante), entre deux systèmes informatiques appartenant à la même personne, entre deux ordinateurs communiquant entre eux ou entre un ordinateur et une personne (par le biais du clavier, par exemple). Néanmoins, les Parties peuvent fixer comme condition supplémentaire que la communication soit transmise entre des systèmes informatiques connectés à distance.

56. Il convient de noter que la possibilité, pour le « système informatique », de couvrir aussi les liaisons radiophoniques ne signifie pas qu'une Partie soit tenue d'incriminer l'interception d'une transmission radio qui, bien que « non publique », se fait d'une manière relativement ouverte qui la rend aisément accessible, donc interceptable, notamment par des radio-amateurs.

57. L'institution d'une infraction relative aux « émissions électromagnétiques » élargira la portée de la disposition. Les émissions électromagnétiques peuvent provenir d'un ordinateur en fonctionnement. Elles ne sont pas considérées comme des « données » au sens de la définition donnée à l'article 1. Cependant, des données peuvent être reconstituées à partir de telles émissions. Aussi a-t-on incorporé l'interception des données provenant d'émissions électromagnétiques produites par un système informatique parmi les infractions visées par la présente disposition.

58. Pour que la responsabilité pénale soit engagée, l'interception illégale doit être « intentionnelle » et « sans droit ». L'acte est justifié, par exemple, si la personne qui effectue l'interception est en droit de le faire, si elle agit sur ordre ou avec l'autorisation des participants à la transmission (y compris dans le cadre d'activités autorisées de contrôle ou de protection approuvées par les participants) ou si la surveillance est légalement autorisée par les autorités chargées d'une enquête dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de la détection d'infractions. Il est également entendu que les pratiques commerciales ordinaires, telles que l'utilisation de « cookies », ne doivent pas être pénalisées en tant que telles, car il ne s'agit pas d'interception « sans droit ». S'agissant des communications non publiques de salariés protégées en vertu de l'article 3 (voir le paragraphe 54 ci-dessus), le droit interne peut prévoir un motif d'interception légitime de telles communications. Dans le cadre de l'article 3, une interception effectuée dans de telles conditions serait assimilée à une interception effectuée « avec droit ».

59. Dans certains pays, l'interception peut être étroitement liée à l'infraction d'accès non autorisé à un système informatique. Afin de garantir l'uniformité au niveau de l'interdiction et de l'application de la loi, les pays qui requièrent que l'infraction soit commise dans une intention délictueuse ou vis-à-vis d'un système informatique connecté à un autre système informatique, conformément à l'article 2, pourraient également requérir l'existence d'autres conditions à remplir pour que la responsabilité pénale soit engagée dans le cadre du présent article. Ces conditions devraient être interprétées et appliquées en combinaison avec d'autres éléments de l'infraction, tels que « intentionnellement » et « sans droit ».

Atteinte à l'intégrité des données (article 4)

60. Cette disposition vise à assurer aux données et programmes informatiques une protection analogue à celle dont jouissent les biens corporels à l'encontre des dommages occasionnés délibérément. En l'occurrence, les intérêts juridiques protégés sont l'intégrité et le bon fonctionnement ou le bon usage de données ou programmes informatiques enregistrés.

61. Au paragraphe 1, l'« endommagement » et la « détérioration », en tant qu'actes se chevauchant, concernent notamment l'altération négative de l'intégrité ou du contenu informatif de données et de programmes. L'effacement des données équivaut à la destruction d'objets corporels. Il les détruit et les rend méconnaissables. Par « suppression » des données informatiques, on entend tout acte à la suite duquel ces données ne sont pas ou plus accessibles à la personne ayant accès à l'ordinateur ou au support sur lequel les données étaient stockées. Le terme 'altération' signifie la modification de données existantes. L'introduction de codes malveillants tels que des virus ou des chevaux de Troie relève donc des dispositions de ce paragraphe, de même que la modification des données qui résulte de cet acte.

62. Les actes susvisés ne sont punissables que s'ils sont commis « sans droit ». Les activités ordinaires inhérentes à la conception des réseaux ou les pratiques ordinaires d'exploitation ou de commerce, comme, par exemple, celles qui correspondent aux essais ou à la protection de la sécurité d'un système informatique et sont autorisées par le propriétaire ou l'exploitant, ou à la reconfiguration du système d'exploitation d'un ordinateur qui se déroule lorsque l'exploitant d'un système acquiert un nouveau logiciel (c'est le cas des logiciels d'accès à l'Internet qui désactivent des programmes analogues installés antérieurement), sont légitimes et ne sont donc pas pénalisées par le présent article. En principe, la modification des données de trafic aux fins de faciliter les communications anonymes (comme dans le cas des activités des systèmes de réexpédition anonyme) ou la modification des données aux fins d'assurer la protection des communications (chiffrement, par exemple) sont considérées comme assurant la protection légitime de la vie privée et, de ce fait, sont considérées comme étant réalisées de façon légitime. Toutefois, les Parties peuvent incriminer certains actes abusifs se rapportant aux communications anonymes, comme dans le cas de la falsification des données d'un en-tête de paquet visant à dissimuler l'identité de l'auteur d'une infraction.

63. En outre, le délinquant doit avoir agi « intentionnellement ».

64. Le paragraphe 2 autorise les Parties à faire une réserve concernant l'infraction, dans la mesure où elles peuvent exiger que le comportement doit entraîner un préjudice grave. Elles pourront interpréter l'expression « préjudice grave » comme elles le souhaitent dans leur droit interne, mais elles devront communiquer cette interprétation au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe si elles utilisent cette possibilité de faire une réserve.

Atteinte à l'intégrité du système (article 5)

65. La Recommandation n° (89) 9 désigne cette rubrique sous l'appellation de sabotage informatique. Cette disposition vise à pénaliser l'entrave intentionnelle à l'usage légitime de systèmes informatiques, y compris de systèmes de télécommunications, en utilisant ou en influençant des données informatiques. Les intérêts juridiques à protéger sont l'intérêt des exploitants et des usagers d'un système informatique ou d'un système de télécommunications à ce que celui-ci soit en mesure de fonctionner correctement. Le texte est formulé de façon neutre de sorte qu'il puisse protéger toutes sortes de fonctions.

66. Le terme « entrave » se rapporte à des actions qui portent atteinte au bon fonctionnement du système informatique. L'entrave doit résulter de l'introduction, du transfert, de l'endommagement, de l'effacement, de l'altération ou de la suppression de données informatiques.

67. De plus, l'entrave doit être « grave » pour donner lieu à une sanction pénale. Il appartient à chaque Partie de déterminer les conditions à remplir pour que l'entrave puisse être considérée comme « grave ». Ainsi, par exemple, une Partie pourra exiger qu'un dommage d'une importance minimale ait été causé pour que l'on puisse parler d'entrave grave. Les auteurs ont jugé « grave » l'envoi à un système informatique de données dont la forme, le volume ou la fréquence porte un préjudice important à la capacité du propriétaire ou de l'exploitant d'utiliser le système en question ou de communiquer avec d'autres systèmes (c'est le cas des programmes qui portent atteinte à des systèmes sous la forme d'un « déni de service », des codes malveillants, tels que les virus, qui interdisent ou ralentissent sensiblement le fonctionnement du système, ou des programmes qui envoient un énorme volume de courrier électronique à un destinataire afin de paralyser les fonctions de communication du système).

68. L'entrave doit être « sans droit ». Les activités ordinaires inhérentes à la conception des réseaux ou les pratiques ordinaires d'exploitation ou de commerce sont commises « avec droit ». Il s'agit notamment des activités d'essai de la sécurité d'un système informatique ou de protection de ce système autorisées par son propriétaire ou exploitant, ou de la reconfiguration du système d'exploitation d'un ordinateur qui intervient lorsque l'exploitant d'un système installe un nouveau logiciel qui désactive des programmes analogues antérieurement installés. Ces activités ne sont donc pas incriminées par le présent article même si elles se traduisent par une entrave grave.

69. L'envoi, pour des motifs commerciaux ou autres, de messages électroniques à un destinataire qui n'a pas demandé à les recevoir risque de lui causer des désagréments, notamment lorsque ces messages sont envoyés souvent ou en grandes quantités (« publipostage »). De l'avis des rédacteurs, un tel comportement ne devrait être criminalisé que dans le cas d'une entrave intentionnelle et grave à la communication. Toutefois, les Parties peuvent opter pour une conception différente de l'entrave dans leur droit interne, par exemple en faisant de certains actes d'ingérence des infractions administratives ou en les rendant passibles d'une sanction par un autre moyen. Le texte laisse aux Parties le soin de déterminer dans quelle mesure le fonctionnement du système doit être entravé – partiellement ou totalement, temporairement ou de façon permanente – pour que cette entrave justifie une sanction, administrative ou pénale, en vertu de leur droit interne.

70. L'infraction doit être commise intentionnellement; en d'autres termes, son auteur doit avoir l'intention de causer une entrave grave.

Abus de dispositifs (article 6)

71. Cette disposition institue en infraction pénale distincte et indépendante la commission intentionnelle d'actes illicites spécifiques se rapportant à certains dispositifs ou données d'accès dont il est fait une utilisation abusive aux fins de commettre les infractions précitées contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes ou données informatiques. Dans la mesure où la commission desdites infractions nécessite souvent la possession de moyens d'accès (« outils de piratage ») ou d'autres outils, il existe une forte motivation d'en acquérir à des fins délictueuses, ce qui peut déboucher sur la création d'une sorte de marché noir de la production et de la distribution de tels outils. Pour parer plus efficacement ces risques, le droit pénal devrait interdire des actes spécifiques potentiellement dangereux à la source, avant la commission des infractions visées aux articles 2 à 5. À cet égard, la disposition s'appuie sur des instruments récemment adoptés par le Conseil de l'Europe (Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel – STE n° 178) et l'Union européenne (Directive 98/84/EC du Parlement européen et du Conseil en date du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel), ainsi que sur les dispositions adoptées dans certains pays en la matière. Une approche analogue avait déjà été retenue dans la Convention de Genève de 1929 sur la contrefaçon de monnaie.

72. Le paragraphe 1.a)1) incrimine la production, la vente, l'obtention pour utilisation, l'importation, la diffusion ou d'autres formes de mise à disposition d'un dispositif, y compris un programme informatique, principalement conçu pour permettre la commission de l'une des infractions établies aux articles 2 à 5 de la Convention. Par « diffusion », il faut entendre l'action consistant à transmettre des données à autrui, tandis que la « mise à disposition » désigne l'action consistant à mettre des dispositifs en ligne pour qu'ils soient utilisés par autrui. Cette expression englobe par ailleurs la création ou la compilation d'hyperliens visant à faciliter l'accès à ces dispositifs. La référence à un 'programme informatique' concerne des programmes qui sont conçus, par exemple, pour altérer, voire détruire des données, ou pour s'ingérer dans le fonctionnement des systèmes, tels que les programmes-virus, ou bien des programmes conçus ou adaptés pour accéder à des systèmes informatiques.

73. Les auteurs ont longuement examiné la question de savoir si les dispositifs visés devaient être ceux qui étaient conçus exclusivement ou spécialement pour permettre la commission d'infractions, ce qui excluait les dispositifs à double usage. Cette approche a été jugée trop restrictive. Elle risquait en effet de créer des difficultés insurmontables en ce qui concerne l'établissement de la preuve dans les procédures pénales, ce qui rendrait la disposition pratiquement inapplicable ou applicable uniquement dans de rares cas. La solution consistant à inclure tous les dispositifs, même ceux dont la production et la diffusion sont licites, a également été écartée. L'imposition d'une sanction ne pourrait alors reposer que sur l'élément subjectif de l'intention de commettre une infraction informatique, approche qui n'avait pas non plus été retenue dans le domaine de la contrefaçon de monnaie. La Convention adopte une solution de compromis raisonnable en limitant le champ d'application de cette disposition aux dispositifs dont on peut objectivement dire qu'ils sont principalement conçus pour permettre la commission d'une infraction. Ce libellé exclut normalement les dispositifs à double usage.

74. Le paragraphe 1.a)2) incrimine la production, la vente, l'obtention pour utilisation, l'importation, la diffusion ou d'autres formes de mise à disposition d'un mot de passe, d'un code d'accès ou des données informatiques similaires permettant d'accéder à l'ensemble ou à une partie d'un système informatique.

75. Le paragraphe 1.b) érige en infraction pénale la possession des éléments visés aux paragraphes 1.a)1) ou 1.a)2). La dernière phrase du paragraphe 1.b) autorise les Parties à exiger en droit interne qu'un certain nombre de ces éléments soient détenus. Leur nombre sert directement à prouver l'intention délictueuse. Il appartient à chaque Partie d'arrêter le nombre d'éléments requis pour que la responsabilité soit engagée.

76. L'infraction doit être commise intentionnellement et sans droit. Afin d'éviter le risque de la surpénalisation lorsque des dispositifs sont fabriqués et commercialisés à des fins légitimes, par exemple pour contrer des atteintes aux systèmes informatiques, des critères supplémentaires sont ajoutés pour restreindre l'infraction. En sus de l'exigence générale de l'intention, il doit exister l'intention spécifique (c'est-à-dire directe) d'utiliser le dispositif pour commettre l'une ou l'autre des infractions visées aux articles 2 à 5 de la Convention.

77. Le paragraphe 2 énonce clairement que les outils créés pour l'essai autorisé ou la protection d'un système informatique ne relèvent pas du champ d'application de cette disposition. Cette notion est déjà exprimée dans la formule « sans droit ». Ainsi, par exemple, les dispositifs d'essai (« dispositifs de craquage ») et les dispositifs d'analyse de réseaux conçus par les milieux professionnels pour vérifier la fiabilité de leurs produits informatiques ou contrôler la sécurité des systèmes sont fabriqués à des fins légitimes et leurs utilisateurs sont donc considérés « avec droit ».

78. La nécessité d'appliquer l'infraction d'« abus de dispositifs » à toutes les catégories de délits informatiques visés aux articles 2 à 5 donnant lieu à des analyses différentes, le paragraphe 3 permet, au titre d'une réserve (voir article 42), de limiter l'infraction en droit interne. Toutefois, chaque Partie est tenue d'incriminer au moins la vente, la diffusion ou la mise à disposition d'un mot de passe ou des données d'accès visés au paragraphe 1.a)2).

Titre 2 – Infractions informatiques

79. Les articles 7 à 10 concernent des infractions ordinaires qui sont souvent commises au moyen d'un système informatique. La plupart des Etats ont déjà incriminé ces infractions ordinaires et la législation déjà en vigueur peut ou non être suffisamment souple pour inclure les cas d'utilisation de réseaux informatiques (par exemple, dans certains pays, les lois relatives à la pornographie enfantine peuvent ne pas s'appliquer aux images électroniques). Par conséquent, lors de la mise en œuvre de ces articles, les Etats doivent examiner leur droit interne pour déterminer s'il s'applique à des situations impliquant des systèmes ou des réseaux informatiques. Si les infractions existantes couvrent déjà ces comportements, il n'est nécessaire, ni de modifier ces incriminations, ni de définir de nouvelles infractions.

80. Les articles intitulés « Falsification informatique » et « Fraude informatique » se rapportent à certaines infractions informatiques, à savoir la falsification et la fraude informatiques en tant qu'il s'agit de deux types spécifiques de manipulation des systèmes ou données informatiques. L'insertion de ces articles témoigne du fait que, dans bien des pays, certains intérêts juridiques traditionnels ne sont pas suffisamment protégés contre les nouvelles formes d'ingérence et d'attaques.

Falsification informatique (article 7)

81. Cet article a pour objet d'instituer une infraction qui soit le pendant de la falsification des documents sur papier. Elle vise à combler les lacunes du droit pénal se rapportant à la falsification classique, laquelle requiert la lisibilité visuelle des déclarations contenues dans un document et ne s'applique pas aux données enregistrées sur support électronique. La manipulation de données enregistrées ayant force probante peut avoir des conséquences aussi graves que les actes traditionnels de contrefaçon si elle induit un tiers en erreur. La falsification informatique consiste à créer ou modifier sans autorisation des données enregistrées de façon qu'elles acquièrent une valeur probante différente et que le déroulement de transactions juridiques, qui est fondé sur l'authenticité des informations fournies par ces données, puisse faire l'objet d'une tromperie. Les intérêts juridiques protégés sont la sécurité et la fiabilité des données électroniques qui peuvent avoir des conséquences pour les relations juridiques.

82. Il convient de noter que le concept de falsification varie beaucoup d'un pays à l'autre. Une notion est fondée sur l'authenticité quant à l'auteur du document, tandis que d'autres visent la véracité des informations contenues dans le document en question. Toutefois, il a été convenu que la tromperie quant à l'authenticité se rapporte au minimum à l'émetteur des données, indépendamment de l'exactitude ou de la véracité du contenu de ces données. Les Parties peuvent aller plus loin et prévoir que le terme 'authentique' s'applique aussi aux données.

83. Cette disposition s'applique aux données équivalant à un document public ou privé ayant des effets juridiques. L'« introduction » non autorisée de données exactes ou inexactes crée une situation qui correspond à la fabrication d'un faux document. Les opérations ultérieures d'altération (modifications, changements partiels), d'effacement (le fait de sortir des données figurant sur un support) et de suppression (le fait de retenir et de cacher des données) correspondent en général à la falsification d'un document authentique.

84. L'expression « à des fins légales » s'applique également à des transactions et documents juridiques qui sont légalement pertinents.

85. La dernière phrase de la disposition permet aux Parties, au moment de mettre en œuvre l'infraction en droit interne, d'exiger en plus une intention frauduleuse ou une intention pernicieuse similaire pour que la responsabilité pénale puisse être engagée.

Fraude informatique (article 8)

86. La révolution technologique a multiplié les possibilités de commettre des infractions économiques telles que la fraude, notamment l'escroquerie aux cartes de crédit. Les actifs représentés ou gérés par des systèmes informatiques (fonds électroniques, dépôts) sont devenus la cible de manipulations au même titre que les formes traditionnelles de propriété. Ces infractions consistent pour l'essentiel en des manipulations à l'entrée du système, c'est-à-dire en introduisant dans l'ordinateur des données inexactes, en des manipulations de programmes ou en d'autres ingérences dans le traitement des données. Cet article a pour objet de rendre passible d'une sanction pénale toute manipulation abusive au cours d'un traitement de données en vue d'effectuer un transfert illicite de propriété.

87. Afin de veiller à ce que toutes les manipulations pertinentes possibles soient prises en compte, les éléments constitutifs que sont l'«introduction», l'«altération», l'«effacement» et la «suppression» visés à l'alinéa a) de l'article 8 sont complétés par l'acte général d'«atteinte au fonctionnement d'un système informatique» visé à l'alinéa b) de l'article 8. Les éléments que sont l'introduction, l'altération, l'effacement ou la suppression ont le même sens que dans les articles précédents. L'alinéa b de l'article 8 se rapporte à des actes tels que les manipulations de matériel, les actes empêchant les sorties sur imprimante et les actes affectant les enregistrements ou les flux de données, ou l'ordre dans lequel les programmes sont exécutés.

88. Les manipulations informatiques frauduleuses sont incriminées si elles occasionnent directement à autrui un préjudice économique ou matériel et si le délinquant a agi dans l'intention d'obtenir un avantage économique illégitime pour lui-même ou pour autrui. L'expression « préjudice économique ou matériel » correspond à une notion très large qui englobe l'argent et les immobilisations corporelles ou incorporelles ayant une valeur économique.

89. L'infraction doit être commise « sans droit », et l'avantage économique doit être obtenu sans droit. Naturellement, les pratiques commerciales ordinaires légitimes, effectuées dans l'intention de procurer un bénéfice économique, ne sauraient relever de l'infraction établie par cet article, car les personnes qui s'y livrent sont dans leur droit. Par exemple, les activités menées en vertu d'un contrat en bonne et due forme passé entre les personnes concernées sont légitimes (comme celle consistant à désactiver un site Web, conformément aux termes du contrat en question).

90. L'infraction doit être commise « intentionnellement ». L'élément général d'intention s'applique à la manipulation ou à l'ingérence informatique causant un préjudice économique ou matériel à autrui. L'infraction exige également une intention frauduleuse spécifique ou autrement malhonnête en vue d'obtenir un avantage économique pour soi-même ou pour autrui. Ainsi, les activités commerciales relatives à la concurrence qui peuvent causer un préjudice économique à une personne et apporter un bénéfice à une autre, mais qui ne sont pas pratiquées dans une intention frauduleuse ou malhonnête, ne constituent pas une infraction au titre de l'article 8. Par exemple, l'utilisation de programmes de collecte d'informations pour faire jouer la concurrence sur l'Internet («bots»), même si cette pratique n'est pas autorisée par un site visité par le «bot», ne devrait pas être incriminée.

Titre 3 – Infractions se rapportant au contenu

Infractions se rapportant à la pornographie enfantine (article 9)

91. L'article 9 relatif à la pornographie enfantine vise à renforcer les mesures de protection en faveur des enfants, notamment leur protection contre l'exploitation sexuelle, en modernisant le droit pénal de façon à restreindre plus efficacement l'usage des systèmes informatiques dans le cadre de la commission d'infractions sexuelles à l'encontre d'enfants.

92. Cette disposition répond à la préoccupation que les chefs d'État ou de gouvernement des pays membres du Conseil de l'Europe ont exprimée à leur 2e sommet (Strasbourg, 10-11 octobre 1997) dans leur Plan d'action (point III.4) et correspond à une évolution internationale allant dans le sens de l'interdiction de la pornographie enfantine, comme l'attestent l'adoption récente du Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants et la récente initiative de la Commission européenne sur la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie enfantine (COM2000/854).

93. Cette disposition incrimine différents aspects de la production, de la possession et de la diffusion de pornographie enfantine. La plupart des États incriminent déjà la production traditionnelle et la diffusion physique de pédopornographie, mais étant donné que l'Internet est de plus en plus utilisé comme instrument principal pour l'échange de ce matériel, il a été considéré que des dispositions spécifiques dans un instrument juridique international pour lutter contre cette nouvelle forme d'exploitation sexuelle enfantine et de mise en danger des enfants étaient tout à fait essentielles. On s'accorde largement à reconnaître que ce matériel et les pratiques en ligne qui lui sont associées, telles que l'échange d'idées, de fantasmes et de conseils entre pédophiles, contribuent à appuyer, encourager ou faciliter les infractions sexuelles commises à l'encontre d'enfants.

94. Le paragraphe 1.a) érige en infraction pénale le fait de produire de la pornographie enfantine en vue de la diffuser par le biais d'un système informatique. Cette disposition a été jugée nécessaire pour combattre à la source les dangers susvisés.

95. Le paragraphe 1.b) érige en infraction pénale le fait d' « offrir » de la pornographie enfantine par le biais d'un système informatique. Le terme 'offrir' vise à inclure le fait de solliciter autrui pour se procurer de la pornographie enfantine. Il laisse entendre que la personne qui offre le matériel en question peut effectivement le fournir. L'expression « rendre disponible » vise à inclure la mise en ligne de pornographie enfantine devant être utilisée par autrui, par exemple en créant des sites pédophiles. Ce paragraphe entend également s'appliquer à la création ou à la compilation d'hyperliens vers des sites pédophiles en vue de faciliter l'accès à la pornographie enfantine.

96. Le paragraphe 1.c) érige en infraction pénale le fait de diffuser ou de transmettre de la pornographie enfantine par le biais d'un système informatique. Par « diffusion », il faut entendre la distribution active du matériel incriminé. Le fait d'envoyer à autrui de la pornographie enfantine par le biais d'un système informatique relève de l'infraction consistant à 'transmettre' de la pornographie enfantine.

97. Au paragraphe 1.d), l'expression « se procurer ou procurer à autrui » doit s'entendre du fait d'obtenir activement de la pornographie enfantine, par exemple par téléchargement.

98. Le paragraphe 1.e) érige en infraction pénale le fait de posséder de la pornographie enfantine dans un système informatique ou dans un moyen de stockage de données informatiques, comme une disquette ou un disque optique compact. Le fait de posséder de la pornographie enfantine stimule la demande de ce matériel. Un moyen efficace de mettre un frein à la production de pornographie enfantine consiste à rendre passible de sanctions pénales le comportement de chaque maillon de la chaîne allant de la production à la possession.

99. L'expression « matière pornographique » figurant au paragraphe 2 doit être interprétée conformément aux normes de droit interne concernant la classification du matériel comme obscène, incompatible avec les moeurs publiques ou ayant à un autre titre un effet pervers. Il s'ensuit que le matériel présentant un intérêt artistique, médical, scientifique, etc. pourra être considéré comme n'étant pas pornographique. Les moyens de représentation visuelle sont notamment les données stockées sur des disquettes informatiques ou d'autres moyens électroniques de stockage et pouvant être converties en images visuelles.

100. L'expression « comportement sexuellement explicite » désigne au moins l'un ou l'autre des comportements réels ou simulés suivants : a) relations sexuelles – y compris génito-génitales, oro-génitales, ano-génitales ou oro-anales – entre mineurs ou entre un mineur et un adulte, du même sexe ou de sexes opposés; b) zoophilie; c) masturbation; d) violences sado-masochistes dans un contexte sexuel; e) exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un mineur. Le fait que le comportement représenté soit réel ou simulé n'entre pas en ligne de compte.

101. Les trois types de matériel définis au paragraphe 2 aux fins de la commission des infractions visées au paragraphe 1 incluent les représentations d'un abus sexuel commis à l'encontre d'un enfant véritable [(2.a)], les images pornographiques représentant une personne qui apparaît comme un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite [2.b)] et, enfin, les images qui, bien que 'réalistes', ne représentent pas, en fait, un enfant véritable se livrant à un comportement sexuellement explicite [2.c)]. Dans ce dernier cas, il peut s'agir d'images altérées, telles que des images morphisées de personnes physiques, voire d'images totalement fabriquées par l'ordinateur.

102. Dans les trois cas visés au paragraphe 2, les intérêts juridiques protégés sont légèrement différents. Le paragraphe 2.a) concerne plus directement la protection des enfants contre la maltraitance. Les paragraphes 2. b) et 2.c) visent à offrir une protection contre un comportement qui, sans nécessairement causer un préjudice à l'« enfant » représenté dans le matériel en question, pourrait servir à encourager ou amener des enfants à participer à de tels actes et s'inscrit, de ce fait, dans le cadre d'une sous-culture préconisant la maltraitance des enfants.

103. L'expression « sans droit » n'exclut pas les exceptions et excuses légales, des faits justificatifs ou d'autres principes similaires qui exemptent une personne de la responsabilité pénale dans certaines circonstances particulières. Par conséquent, l'expression « sans droit » autorise une Partie à prendre en compte les droits fondamentaux tels que la liberté de pensée, la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée. En outre, une Partie peut prévoir une exception en ce qui concerne un comportement mettant en oeuvre un « matériel pornographique » présentant un intérêt artistique, médical, scientifique ou autre intérêt similaire. S'agissant du paragraphe 2. b), l'expression « sans droit » pourrait également permettre à une Partie, par exemple, de prévoir qu'une personne est exempte de responsabilité pénale s'il est établi que l'individu représenté n'est pas « un mineur » au sens de cette disposition.

104. En ce qui concerne la pornographie enfantine en général, le paragraphe 3 définit le terme « mineur » comme désignant toute personne âgée de moins de 18 ans, conformément à la définition d'un « enfant » donnée par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (article premier). On a considéré comme une importante question de principe l'établissement d'une norme d'âge internationale uniforme. Il convient de noter que l'âge se rapporte à l'utilisation d'enfants (réels ou fictifs) en tant qu'objets sexuels et est distinct de l'âge requis pour consentir à des relations sexuelles. Néanmoins, compte tenu du fait que certains États exigent une limite d'âge inférieure dans la législation nationale concernant la pornographie enfantine, la dernière phrase du paragraphe 3 permet aux Parties d'exiger une limite d'âge différente, laquelle, en tout état de cause, ne doit pas être inférieure à 16 ans.

105. Cet article énumère différents types d'actes illicites se rapportant à la pornographie enfantine que, comme dans les articles 2 à 8, les Parties sont tenues d'ériger en infractions pénales s'ils sont commis « intentionnellement ». En vertu de ce critère, une personne ne peut être responsable que si elle a l'intention d'offrir, de rendre disponible, de diffuser, de transmettre, de produire ou de posséder de la pornographie enfantine. Les Parties peuvent adopter une norme plus spécifique (voir, par exemple, la législation de la Communauté européenne applicable à la responsabilité des fournisseurs de services), auquel cas c'est cette norme qui s'appliquerait. Ainsi, par exemple, la responsabilité peut être imposée s'il y a « connaissance et contrôle » de l'information transmise ou stockée. Il ne suffit pas, par exemple, qu'un fournisseur de services serve d'intermédiaire pour la transmission de ce matériel, par le biais d'un site Web ou d'un bavardoir, entre autres moyens, en l'absence de l'intention requise en l'occurrence en droit interne. De plus, un fournisseur de services n'est pas tenu de surveiller le contenu pour éviter la responsabilité pénale.

106. Le paragraphe 4 permet aux Parties de formuler des réserves au sujet du paragraphe 1.d) et e) et du paragraphe 2.b) et c). Les Parties peuvent se réserver le droit de ne pas appliquer ces paragraphes en tout ou en partie. Toute réserve à ce sujet doit être déclarée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe au moment de la signature ou du dépôt par la Partie concernée de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, conformément à l'article 42.

Titre 4 – Infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes

Infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes (article 10)

107. Les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, et en particulier au droit d'auteur, figurent parmi les infractions le plus communément commises sur l'Internet et préoccupent tant les détenteurs d'un droit d'auteur que les professionnels des réseaux informatiques. La reproduction et la diffusion sur l'Internet d'oeuvres protégées sans l'autorisation du détenteur du droit d'auteur sont extrêmement fréquentes. Ces oeuvres protégées sont notamment les oeuvres littéraires, photographiques, musicales et audiovisuelles. La facilité avec laquelle des copies non autorisées peuvent être faites au moyen de la technologie numérique et l'échelle à laquelle elles sont reproduites et diffusées par le biais des réseaux électroniques ont imposé d'inclure des dispositions relatives aux sanctions pénales et de renforcer la coopération internationale dans ce domaine.

108. En vertu des instruments visés dans l'article, chaque Partie est tenue d'ériger en infraction pénale les atteintes délibérées à la propriété intellectuelle et aux droits connexes, parfois désignés sous le nom de droits voisins, lorsque ces atteintes ont été commises au moyen d'un système informatique et à une échelle commerciale. Le paragraphe 1 prévoit des sanctions pénales contre les atteintes à la propriété intellectuelle commises au moyen d'un système informatique. L'atteinte au droit d'auteur est déjà une infraction dans presque tous les États. Le paragraphe 2 traite des atteintes aux droits connexes commises au moyen d'un système informatique.

109. Les atteintes à la propriété intellectuelle, comme les atteintes aux droits connexes, correspondent aux définitions qu'en donne la législation nationale de chaque Partie aux fins de l'exécution des obligations que celle-ci a souscrites en vertu de certains instruments internationaux. Chaque Partie est tenue d'ériger ces atteintes en infractions pénales, mais la définition précise de ces infractions en droit interne peut varier d'un État à l'autre. Toutefois, l'obligation d'incrimination découlant de la Convention ne couvre pas les atteintes à la propriété intellectuelle autres que celles qui sont mentionnées explicitement à l'article 10. Par conséquent, sont donc exclues les atteintes aux droits des brevets et des marques.

110. S'agissant du paragraphe 1, les instruments visés sont l'Acte de Paris du 24 juillet 1971, la Convention de Berne sur la protection des oeuvres littéraires et artistiques, l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (ADPIC) et le Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle. En ce qui concerne le paragraphe 2, les instruments internationaux mentionnés sont la Convention internationale pour la protection des interprètes, exécutants, producteurs de phonogrammes et organisations de radiodiffusion (Convention de Rome), l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle et le Traité de l'OMPI sur les interprétations, exécutions et phonogrammes. L'emploi du membre de phrase « conformément aux obligations que celle-ci a souscrites » dans les deux paragraphes spécifie qu'une Partie contractante à la présente Convention n'est pas tenue d'appliquer les instruments mentionnés auxquels elle n'est pas Partie; de plus, si une Partie a fait une réserve ou une déclaration autorisée en vertu de l'un des instruments visés, cette réserve peut limiter l'étendue de l'obligation qui lui incombe en vertu de la présente Convention.

111. Au moment de la conclusion de la présente Convention, le Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et le Traité de l'OMPI sur les interprétations, exécutions et phonogrammes n'étaient pas entrés en vigueur. Ces traités n'en sont pas moins importants en ce qu'ils constituent une actualisation appréciable de la protection de la propriété intellectuelle (s'agissant en particulier du nouveau droit consistant à 'rendre disponible' une oeuvre protégée « à la demande » sur l'Internet) et qu'ils améliorent les moyens de lutter contre les violations des droits de propriété intellectuelle dans le monde entier. Toutefois, il a été considéré que les atteintes aux droits établies par lesdits Traités ne devront être érigées en infractions pénales en vertu de la présente Convention que lorsque ces traités seront entrés en vigueur en ce qui concerne une Partie.

112. L'obligation d'incriminer les atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes conformément aux obligations souscrites en vertu d'instruments internationaux ne s'étend à aucun droit moral conféré par les instruments mentionnés (tels que l'article 6bis de la Convention de Berne et l'article 5 du Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle).

113. Les infractions se rapportant au droit d'auteur et aux droits connexes doivent avoir été commises « délibérément » pour que la responsabilité pénale soit engagée. À la différence de toutes les autres dispositions de droit matériel de cette Convention, le terme « délibérément » est utilisé au lieu de « intentionnellement » aux paragraphes 1 et 2 car c'est le terme employé dans l'accord ADPIC (article 61, concernant l'obligation d'ériger les violations du droit d'auteur en infractions pénales).

114. Les dispositions visent à imposer de sanctions pénales contre les atteintes commises « à une échelle commerciale » et au moyen d'un système informatique. Cela est conforme à l'article 61 de l'accord ADPIC, qui ne requiert de sanctions pénales en matière de violation du droit d'auteur que dans le cas de la « piraterie à une échelle commerciale ». Toutefois, les Parties peuvent souhaiter aller au-delà du seuil de l'« échelle commerciale » et incriminer également d'autres types d'atteinte à la propriété intellectuelle.

115. L'expression « sans droit » a été omise du texte de cet article car elle serait redondante : en effet, le terme « atteinte » dénote en lui-même l'utilisation sans autorisation d'une oeuvre protégée par un droit d'auteur. L'absence de l'expression « sans droit » n'exclut pas *a contrario* les exceptions et excuses légales, des faits justificatifs ou d'autres principes similaires exemptant une personne de la responsabilité pénale qui sont associés à l'expression « sans droit » dans d'autres articles de la Convention.

116. Le paragraphe 3 permet aux Parties de ne pas imposer de responsabilité pénale au titre des paragraphes 1 et 2 dans des « circonstances bien délimitées » (par exemple les importations parallèles et les droits de location) dès lors que d'autres recours efficaces, notamment des mesures de caractère civil et/ou administratif, sont disponibles. Cette disposition constitue en substance pour les Parties une dérogation limitée à l'obligation d'imposer une responsabilité pénale, pour autant qu'elles ne dérogent pas aux obligations souscrites en vertu de l'article 61 de l'accord ADPIC, qui est la norme d'incrimination préexistante minimale.

117. Cet article ne doit en aucun cas être interprété comme étendant à des personnes qui ne satisfont pas aux critères définis par le droit interne ou un accord international la protection accordée aux auteurs, réalisateurs de films, interprètes, exécutants, producteurs de phonogrammes, organismes de radiodiffusion ou autres détenteurs de droits.

Titre 5 – Autres formes de responsabilité et de sanctions

Tentative et complicité (article 11)

118. Cet article vise à établir des infractions supplémentaires se rapportant à la tentative de commettre les infractions définies par la Convention et la complicité en vue de leur perpétration. Comme on le verra plus loin, une Partie n'est pas tenue d'ériger en infraction pénale la tentative de commettre chaque infraction établie dans la Convention.

119. Aux termes du paragraphe 1, les Parties doivent ériger en infractions pénales tout acte de complicité en vue de la perpétration d'une des infractions établies en vertu des articles 2 à 10 de la Convention. La responsabilité est engagée en cas de complicité lorsque la personne qui commet une infraction établie par la Convention est aidée par une autre personne qui a également l'intention que l'infraction soit commise. Ainsi, par exemple, bien que la transmission par le biais de l'Internet de données relatives à un contenu nuisible ou d'un code malveillant requiert l'assistance de fournisseurs de services agissant comme intermédiaires, un fournisseur de services qui n'a pas d'intention criminelle ne peut être tenu responsable au titre de cette section. Les fournisseurs de services ne sont donc pas tenus de surveiller activement le contenu pour éviter la responsabilité pénale en vertu de cette disposition.

120. S'agissant du paragraphe 2 relatif à la tentative, on a jugé difficilement concevable que certaines infractions définies dans la Convention ou certains éléments desdites infractions puissent donner lieu à une tentative (c'est le cas, par exemple, des éléments relatifs au fait d'offrir ou de rendre disponible de la pornographie infantile). De plus, certains systèmes juridiques limitent les infractions pour lesquelles la tentative est sanctionnée. En conséquence, les Parties ne sont tenues d'incriminer la tentative que dans le cas des infractions établies en application des articles 3, 4, 5, 7, 8, 9.1)a) et 9.1)c).

121. Comme pour toutes les infractions établies en vertu de la Convention, la tentative et l'acte de complicité doivent être commis intentionnellement.

122. Le paragraphe 3 a été ajouté pour remédier aux difficultés que le paragraphe 2 pourrait causer aux Parties du fait de la grande variété d'approches retenues dans les législations nationales et malgré l'effort consenti au paragraphe 2 pour éviter l'application à certains aspects de la disposition régissant la tentative. Une Partie peut déclarer qu'elle se réserve le droit de ne pas appliquer le paragraphe 2 en tout ou en partie. En d'autres termes, une partie faisant une réserve au sujet de cette disposition ne sera pas tenue d'incriminer la tentative quelles que soient les circonstances ou pourra choisir les infractions ou parties d'infractions pour lesquelles elle imposera des sanctions pénales au titre de la tentative. La réserve a pour but de permettre au plus grand nombre d'États possible de ratifier la Convention tout en permettant aux Parties de conserver certains de leurs principes juridiques fondamentaux.

Responsabilité des personnes morales (article 12)

123. L'article 12 traite de la responsabilité des personnes morales. Il est conforme à la tendance juridique actuelle à reconnaître la responsabilité des personnes morales. Il vise à imposer une responsabilité aux sociétés commerciales, associations et personnes morales similaires pour les actions criminelles commises pour leur compte par une personne exerçant un pouvoir de direction au sein de la personne morale. L'article 12 prévoit aussi une responsabilité lorsqu'une personne exerçant un pouvoir de direction omet de superviser ou de contrôler un employé ou un agent de la personne morale, dans les cas où une telle omission facilite la perpétration, par cet employé ou agent, de l'une des infractions définies dans la Convention.

124. En vertu du paragraphe 1, quatre conditions doivent être remplies pour que la responsabilité soit engagée. Premièrement, l'une des infractions définies dans la Convention doit avoir été commise. Deuxièmement, l'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale. Troisièmement, c'est une personne exerçant un pouvoir de direction qui doit l'avoir commise (y compris en tant que complice). L'expression « personne exerçant un pouvoir de direction » désigne une personne physique occupant un rang élevé dans l'organisation, comme le directeur. Quatrièmement, la personne exerçant un pouvoir de direction doit avoir agi sur la base de l'une de ses compétences – un pouvoir de représentation ou le pouvoir de prendre des décisions ou d'exercer un contrôle –, ce qui démontre que ladite personne physique a agi dans le cadre de son pouvoir d'engager la responsabilité de la personne morale. En résumé, le paragraphe 1 oblige les Parties à avoir la capacité d'imposer une responsabilité à la personne morale uniquement au titre des seules infractions commises par des personnes exerçant un pouvoir de direction.

125. En outre, le paragraphe 2 oblige les Parties à avoir la capacité d'imposer une responsabilité à une personne morale lorsque l'infraction est commise non par la personne exerçant un pouvoir de direction visée au paragraphe 1, mais une autre personne agissant sous l'autorité de la personne morale, c'est-à-dire l'un de ses employés ou agents agissant dans le cadre de leur pouvoir. Les conditions à remplir pour que la responsabilité soit engagée sont les suivantes : 1) une infraction a été commise par un employé ou agent de la personne morale, 2) l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale, et 3) la commission de l'infraction a été rendue possible par le fait que la personne exerçant un pouvoir de direction n'a pas supervisé l'employé ou l'agent en question. A cet égard, le défaut de supervision devrait être interprété comme incluant le fait de ne pas avoir pris des mesures appropriées et raisonnables pour empêcher les employés ou les agents de se livrer à des activités illégales pour le compte de la personne morale. La forme de ces mesures appropriées et raisonnables pourrait dépendre de plusieurs facteurs, tels que la nature de l'entreprise, sa taille, les normes applicables ou les bonnes pratiques en vigueur, etc. Il ne faudrait pas interpréter cette disposition comme imposant l'obligation d'établir un système général de surveillance des communications des employés (voir aussi le paragraphe 54). Un fournisseur de services ne peut être tenu responsable du fait qu'une infraction a été commise sur son système par un client, un usager ou un autre tiers, car l'expression "[personne physique] agissant sous son autorité" ne s'applique qu'aux employés et agents agissant dans le cadre de leur pouvoir.

126. La responsabilité visée par cet article peut être pénale, civile ou administrative. Il est loisible à chaque Partie de décider de prévoir l'une quelconque ou l'ensemble de ces formes de responsabilité, conformément à ses principes juridiques, dès l'instant que la forme de responsabilité retenue satisfait aux critères énoncés au paragraphe 2 de l'article 13, selon lesquels les sanctions ou mesures doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives » et incluent les sanctions pécuniaires.

127. Le paragraphe 4 précise que la responsabilité des personnes morales n'exclut pas la responsabilité des personnes physiques.

Sanctions et mesures (article 13)

128. Cet article est étroitement lié aux articles 2 à 11, qui définissent différentes infractions informatiques ou en relation avec l'ordinateur qui doivent être rendues passibles de sanctions pénales. Conformément aux obligations imposées par ces articles, cette disposition oblige les Parties contractantes à tirer les conséquences de la gravité de ces infractions en prévoyant des sanctions pénales qui soient « effectives, proportionnées et dissuasives » et, dans le cas des personnes physiques, incluent la possibilité d'imposer des peines d'emprisonnement.

129. Les personnes morales dont la responsabilité doit être établie en vertu de l'article 12 doivent également être exposées à des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives », pouvant être pénales, administratives ou civiles. Les Parties contractantes sont tenues, en application du paragraphe 2, de prévoir la possibilité d'imposer des sanctions pécuniaires aux personnes morales.

130. L'article laisse ouverte la possibilité d'imposer d'autres sanctions ou mesures adaptées à la gravité des infractions commises – par exemple des ordonnances d'interdiction ou de confiscation. Il laisse à l'appréciation des Parties la question de la création d'un système d'infractions et de sanctions pénales qui soit compatible avec leur ordre juridique interne.

Section 2 – Droit de procédure

131. Les articles de la présente Section décrivent certaines mesures de procédure à prendre au niveau national aux fins d'enquêtes pénales sur les infractions établies dans la Section 1, les autres infractions pénales commises au moyen d'un système informatique et la collecte de preuves sous forme électronique concernant une infraction pénale. En application du paragraphe 3 de l'article 39, aucune disposition de la Convention n'oblige ou n'invite une Partie à établir des pouvoirs ou des procédures autre que ceux énoncés dans la présente Convention, ni ne l'empêche de le faire.

132. La révolution technologique, qui englobe l'« inforoute » et ses nombreux types de communication et de services, interdépendants et interconnectés par la mise en commun des mêmes moyens et supports de transmission, a bouleversé le domaine du droit pénal et de la procédure pénale. La croissance ininterrompue des réseaux de communications ouvre de nouvelles perspectives à la criminalité, qu'il s'agisse des infractions classiques ou de la nouvelle criminalité technologique. Le droit pénal matériel ne doit pas se laisser distancer par ces actes illicites d'un type nouveau, mais cela est également vrai du droit pénal procédural et des techniques d'enquête. De la même façon, il y a lieu de prévoir et d'adapter des sauvegardes permettant d'avoir prise sur le nouvel environnement technologique et de développer de nouveaux pouvoirs de procédure.

133. L'un des problèmes les plus difficiles que pose la lutte contre la criminalité dans l'univers des réseaux est la difficulté d'identifier l'auteur d'une infraction et d'évaluer la portée et l'impact de celle-ci. Un autre problème est lié à la volatilité des données électroniques, qui peuvent être modifiées, déplacées ou effacées en quelques secondes. Ainsi, par exemple, un utilisateur qui contrôle les données peut utiliser le système informatique pour effacer celles qui font l'objet d'une enquête pénale, détruisant ainsi toutes les preuves. La rapidité et, parfois, le secret sont souvent des ingrédients essentiels du succès d'une enquête.

134. La Convention adapte les procédures classiques telles que la perquisition et la saisie au nouveau milieu technologique. Parallèlement, de nouvelles mesures ont été mises en place, telles que la conservation rapide de données, de façon à s'assurer que les procédures classiques de collecte, comme la perquisition et la saisie, demeurent effectives dans un contexte technologique caractérisé par la volatilité. Les données n'étant pas toujours statiques, mais circulant dans le cadre du processus de communication, d'autres procédures classiques de collecte se rapportant aux télécommunications, telles que la collecte en temps réel de données de trafic et l'interception en temps réel des données de contenu, ont également été adaptées afin de rendre possible la collecte de données électroniques pendant le processus de communication lui-même. Certaines de ces procédures sont énoncées dans la Recommandation n° R (95) 13 du Conseil de l'Europe relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information.

135. Toutes les dispositions dont il est question dans cette Section visent à permettre l'obtention ou la collecte de données aux fins des enquêtes ou des procédures pénales à mener. Les auteurs de la présente Convention ont examiné la question de savoir si celle-ci devrait imposer aux fournisseurs de services l'obligation de collecter et de conserver systématiquement les données de trafic pendant une période de temps déterminée, mais n'ont pas inséré une telle obligation car un consensus n'a pu être dégagé à ce sujet.

136. D'une manière générale, les procédures se rapportent à tous les types de données, y compris trois types spécifiques de données informatiques (données relatives au trafic, données relatives au contenu et les données relatives aux abonnés), qui peuvent se présenter sous deux formes (enregistrées ou en cours de transmission). On trouvera la définition de certains de ces termes aux articles 1 et 18. L'applicabilité d'une procédure à un type ou une forme particuliers de données électroniques dépend de la nature et de la forme des données et de la nature de la procédure, laquelle fait l'objet d'une description spécifique dans chaque article.

137. S'agissant d'adapter les procédures classiques au nouvel environnement technologique, la question de la terminologie appropriée se pose dans les dispositions de la présente section. On avait le choix entre conserver la terminologie classique (« perquisitionner » et « saisir »), utiliser des termes d'informatique nouveaux et plus proches du milieu technologique (« accéder » et « copier »), adoptés dans les textes d'autres instances internationales s'occupant du même sujet (comme le Sous-Groupe sur la criminalité de haute technologie du G8), ou retenir une solution de compromis (« perquisitionner ou accéder par un moyen similaire », et « saisir ou obtenir par un moyen similaire »). Comme il importe de tenir compte de l'évolution des concepts dans le milieu électronique tout en précisant et conservant leurs racines traditionnelles, on a retenu l'approche souple qui consiste à permettre aux États d'utiliser soit les notions classiques de « perquisition et saisie », soit les notions nouvelles d'« accès et copie ».

138. Tous les articles de cette Section font référence aux « autorités compétentes » et aux pouvoirs qui doivent leur être conférés aux fins des enquêtes ou procédures pénales. Dans certains pays, seuls les juges ont le pouvoir d'ordonner ou d'autoriser la collecte ou la production d'éléments de preuve, alors que, dans d'autres pays, les procureurs ou d'autres personnes chargées de veiller au respect de la loi sont investis de pouvoirs identiques ou similaires. Il s'ensuit que l'expression « autorité compétente » désigne une autorité judiciaire, administrative ou policière habilitée en droit interne à ordonner, autoriser ou entreprendre l'exécution de procédures de collecte ou de production d'éléments de preuve se rapportant à des enquêtes ou procédures pénales.

Titre 1 – Dispositions communes

139. La Section s'ouvre sur deux dispositions de caractère général qui s'appliquent à tous les articles touchant le droit de procédure.

Champ d'application des mesures du droit de procédure (article 14)

140. Chaque État Partie est tenu d'adopter les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires, conformément à son droit interne et à son cadre juridique, pour instaurer les pouvoirs et procédures prévus dans la présente section aux fins d'"enquêtes ou de procédures pénales spécifiques."

141. À deux exceptions près, chaque Partie applique les pouvoirs et procédures instaurés en application de la présente section : i) aux infractions pénales établies conformément à la section 1 de la Convention; ii) à toute autre infraction pénale commise au moyen d'un système informatique, et iii) à la collecte des preuves électroniques de toute infraction pénale. Ainsi, aux fins d'enquêtes ou de procédures pénales spécifiques, les pouvoirs et procédures mentionnés dans la présente section sont appliqués aux infractions établies conformément à la Convention, à toute autre infraction commise au moyen d'un système informatique et à la collecte des preuves électroniques de toute infraction pénale. De la sorte, les preuves électroniques de toute infraction pénale peuvent être obtenues ou collectées au moyen des pouvoirs et des procédures énoncés dans la présent section. On dispose ainsi de moyens d'obtention ou de collecte de données informatiques équivalents ou parallèles à ceux liés aux pouvoirs et procédures concernant les données non électroniques. La Convention indique clairement que les Parties devraient prévoir, dans leur droit interne, que des informations sous forme numérique ou sous une autre forme électronique peuvent servir de preuve devant

une juridiction, dans le cadre d'une procédure pénale, quelle que soit la nature de l'infraction pénale faisant l'objet des poursuites.

142. Les procédures susvisées ne sont pas appliquées dans deux cas. Premièrement, l'article 21 dispose que le pouvoir d'intercepter des données relatives au contenu est limité à des infractions graves à définir dans le droit interne. Beaucoup d'États limitent le pouvoir d'interception des communications ou télécommunications orales aux infractions graves, eu égard au caractère confidentiel de ces communications ou télécommunications et du caractère interventionniste de cette mesure d'enquête. De même, la Convention n'impose aux Parties que d'établir des pouvoirs et procédures d'interception qu'en ce qui concerne des données relatives au contenu de communications informatiques spécifiées en relation avec des infractions graves à définir dans le droit interne.

143. Deuxièmement, une Partie peut se réserver le droit de n'appliquer les mesures mentionnées à l'article 20 (collecte en temps réel des données relatives au trafic) qu'aux infractions ou catégories d'infractions spécifiées dans la réserve, pour autant que l'éventail de ces infractions ou catégories d'infractions ne soit pas plus réduit que celui des infractions auxquelles elle applique les mesures d'interception mentionnées à l'article 21. Certains États considèrent que la collecte des données relatives au trafic est équivalente à la collecte des données relatives au contenu du point de vue du caractère confidentiel et interventionniste. Le droit de réserve permettrait à ces États de limiter l'application des mesures de collecte en temps réel des données relatives au trafic au même éventail d'infractions auxquels ils appliquent les pouvoirs et procédures d'interception en temps réel des données relatives au contenu. Beaucoup d'États, toutefois, ne considèrent pas comme équivalentes l'interception des données relatives au contenu et la collecte des données relatives au trafic au regard des intérêts liés à la confidentialité et au degré d'interventionnisme, car la collecte des données relatives au trafic ne permet pas de collecter ou de divulguer le contenu de la communication. Étant donné que la collecte en temps réel de données relatives au trafic peut revêtir une très grande importance lorsqu'il s'agit de localiser la source ou la destination des communications informatiques (et, partant, d'identifier des malfaiteurs), la Convention invite les Parties qui exercent leur droit de réserve à limiter leur réserve de manière à permettre l'application la plus large possible des pouvoirs et procédures prévus pour collecter en temps réel des données relatives au trafic.

144. Le paragraphe (b) prévoit une possibilité de réserve pour les pays qui, en raison des restrictions déjà imposées par leur droit interne au moment de l'adoption de la Convention, ne sont pas en mesure d'intercepter des communications sur des systèmes informatiques mis en œuvre pour le bénéfice d'un groupe d'utilisateurs fermé et qui n'utilisent pas les réseaux publics de télécommunications et ne sont pas non plus connectés à d'autres systèmes informatiques. L'expression 'groupe d'utilisateurs fermé' fait référence par exemple à certains utilisateurs dont le nombre est limité par le fait qu'ils sont associés à un fournisseur de service, tels par exemple les employés d'une entreprise auxquels cette dernière fournit les moyens de communiquer entre eux par le biais d'un système informatique. L'expression « n'est pas connectée à un autre système informatique » signifie qu'au moment où un ordre prévu aux articles 20 et 21 serait émis, le système par le biais duquel les communications sont transmises n'a pas de connexion physique ou logique avec un autre système. L'expression « n'emploie pas les réseaux publics de télécommunications » exclut des systèmes qui utilisent des réseaux informatiques publics (y compris l'Internet), des réseaux téléphoniques publics ou d'autres moyens de télécommunications publics dans la transmission des communications, que cette utilisation soit ou non connue des utilisateurs.

Conditions et sauvegardes (article 15)

145. L'instauration, la mise en oeuvre et l'application des pouvoirs et procédures prévus dans la présente section de la Convention doivent être sujettes aux conditions et sauvegardes prévues par le droit interne de chaque Partie. Les Parties sont tenues d'instaurer certaines mesures relevant du droit de procédure dans leur droit interne, mais les modalités d'adoption et de mise en oeuvre de ces pouvoirs et procédures dans le cadre de leur système juridique et l'application des pouvoirs et des procédures dans des cas spécifiques relèvent uniquement de la législation et des procédures internes de chaque Partie. Ces lois et procédures internes, telles que décrites plus en détail ci-après, doivent comprendre des conditions ou des sauvegardes, qui peuvent notamment être constitutionnelles, législatives ou fixées par le pouvoir judiciaire. Les modalités devraient prévoir en outre des éléments représentant des conditions et sauvegardes qui mettent en balance les impératifs de l'application de la loi et la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Convention étant applicable à des Parties représentant un large éventail de systèmes et de cultures juridiques, il n'est pas possible de préciser en détail les conditions et sauvegardes applicables à chaque pouvoir ou procédure. Les Parties doivent veiller à ce que ces conditions et sauvegardes assurent une protection adéquate des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il existe certaines normes communes ou mesures minimales de sauvegarde auxquelles les Parties à la Convention doivent se conformer. Ces normes ou mesures minimales de sauvegarde sont généralement issues d'obligations que les Parties ont contractées en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui sont applicables. Il s'agit notamment de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses Protocoles additionnels N° 1, 4, 6, 7 et 12 (STE n° 005 ⁽¹⁾, 009, 046, 114, 117 et 177), en ce qui concerne les États européens qui y sont Parties. Il s'agit aussi d'instruments applicables relatifs aux droits de l'homme auxquels sont parties des États situés dans d'autres régions du monde (la Convention américaine des droits de l'homme de 1969 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, par exemple), sans oublier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, qui a été ratifié par un bien plus grand nombre d'États. De plus, des protections analogues sont prévues par la législation de la plupart des États.

146. La Convention prévoit une autre mesure de sauvegarde en disposant que les pouvoirs et procédures doivent « intégrer le principe de proportionnalité ». Chaque Partie doit appliquer ce principe conformément aux autres principes pertinents de son droit interne. Pour les pays européens, il s'agira des principes issus de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe (1950), de sa jurisprudence applicable, ainsi que de la législation et de la jurisprudence nationales ; selon ces principes, les pouvoirs ou procédures doivent être proportionnels à la nature et aux circonstances de l'infraction. D'autres États mettront en oeuvre des principes connexes de leur droit interne, tels que la limitation des injonctions de produire et les exigences de raisonnable applicables aux perquisitions et saisies. Par ailleurs, la restriction expresse, à l'article 21, selon laquelle les obligations concernant les mesures d'interception sont limitées à un éventail d'infractions graves, définies par le droit interne, est un exemple clair de l'application du principe de proportionnalité.

(1) Le texte de la Convention avait été amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 3 (STE n° 45), entré en vigueur le 21 septembre 1970, du Protocole n° 5 (STE n°55), entré en vigueur le 20 décembre 1971, et du Protocole n° 8 (STE n° 118), entré en vigueur le 1er janvier 1990, et comprenait en outre le texte du Protocole n° 2 (STE n° 44) qui, conformément à son article 5, paragraphe 3, avait fait partie intégrante de la Convention depuis son entrée en vigueur le 21 septembre 1970. Toutes les dispositions qui avaient été amendées ou ajoutées par ces Protocoles sont remplacées par le Protocole n° 11 (STE n° 155), à compter de la date de son entrée en vigueur, le 1er novembre 1998. À compter de cette date, le Protocole n° 9 (STE n° 140), entré en vigueur le 1er octobre 1994, est abrogé et le Protocole n° 10 (STE n° 146) est devenu sans objet.

147. Sans limiter les types de conditions et de sauvegardes qui pourraient être applicables, la Convention exige spécifiquement que ces conditions et sauvegardes comprennent – en fonction de la nature du pouvoir ou de la procédure – la supervision par une juridiction ou un autre organe indépendant, des motifs justifiant l'application du pouvoir ou de la procédure, et la limitation de sa portée ou de sa durée. Dans chaque pays, le législateur déterminera, en appliquant les obligations internationales incombant à l'Etat et les principes internes établis, quels pouvoirs et procédures constituent une ingérence suffisamment grave pour rendre nécessaire la mise en œuvre de conditions et de sauvegardes particulières. Ainsi que cela est indiqué au paragraphe 215, les Parties devraient en tout état de cause assortir l'interception – compte tenu de l'ingérence qu'elle constitue – de conditions et sauvegardes particulières. De telles sauvegardes ne doivent, par exemple, pas s'appliquer de manière identique à la conservation. Parmi les autres sauvegardes qui devraient être prévues par le droit interne figurent le droit de ne pas s'incriminer soi-même, la protection du secret professionnel et la prise en compte des caractéristiques des personnes ou des lieux auxquels s'applique une mesure donnée.

148. S'agissant des questions traitées au paragraphe 3, une grande importance doit être accordée à l'« intérêt public », et notamment une « bonne administration de la justice ». Dans la mesure où cela reste compatible avec l'intérêt public, les Parties devraient examiner d'autres facteurs, tels que l'impact du pouvoir ou de la procédure sur « les droits, responsabilités et intérêts légitimes » de tiers, y compris les fournisseurs de services, qui découle des mesures de coercition, et les moyens pouvant être mis en œuvre pour réduire cet impact. En résumé, il faut d'abord prendre en compte la bonne administration de la justice et d'autres intérêts publics (comme par exemple la sécurité et la santé publiques, et d'autres intérêts, y compris les intérêts des victimes et le respect de la vie privée). Dans la mesure où cela reste compatible avec l'intérêt public, d'autres aspects devraient généralement être aussi pris en considération : réduire les perturbations dans la prestation de services aux consommateurs, faire en sorte que les personnes qui divulguent des données ou facilitent leur divulgation dans le cadre des dispositions du présent chapitre n'engagent pas leur responsabilité, ou protéger des intérêts patrimoniaux.

Titre 2 – Conservation rapide de données stockées

149. Les mesures mentionnées dans les articles 16 et 17 s'appliquent aux données stockées qui ont déjà été collectées et archivées par les détenteurs de données, tels que les fournisseurs de services. Elles ne s'appliquent pas à la collecte en temps réel et à la conservation de futures données relatives au trafic ni à l'accès en temps réel au contenu des communications. Ces questions sont traitées au Titre 5.

150. Les mesures décrites dans ces articles ne sont applicables que lorsque les données informatiques existent déjà et sont en cours de stockage. Il peut exister bien des raisons pour lesquelles les données informatiques présentant un intérêt pour les enquêtes pénales n'existent pas ou ne sont plus stockées. Ainsi, par exemple, on peut n'avoir ni collecté ni conservé des données exactes ou, si on en a collecté, on ne les a pas conservées. Les lois régissant la protection des données peuvent avoir imposé la destruction de données importantes avant que ce soit ne réalise leur importance pour la procédure pénale. Parfois, il n'existe pas de motif commercial pour collecter et conserver des données, comme dans le cas où les clients paient un tarif forfaitaire pour des services ou que les services sont gratuits. Les articles 16 et 17 n'abordent pas ces problèmes.

151. Il importe d'établir une distinction entre la « conservation des données » et l'« archivage des données ». Les deux expressions ont des sens voisins dans le langage courant, mais différents en informatique. Conserver des données, c'est garder des données qui existent déjà sous une forme stockée et en les protégeant contre tout ce qui pourrait en altérer ou en dégrader la qualité ou l'état actuel. Archiver des données, c'est garder en sa possession pour l'avenir des données qui sont en cours de production. L'archivage des données implique l'accumulation des données dans le présent et la garde ou la possession de ces données en prévision d'une période future. L'archivage des données est le processus de stockage des

données. En revanche, la conservation des données est l'activité qui garantit leur sécurité et leur sûreté.

152. Les articles 16 et 17 ne concernent que la conservation des données, non leur archivage. Ils ne prescrivent pas la collecte et l'archivage de l'ensemble, voire d'une partie des données collectées par un fournisseur de services ou une autre entité dans le cadre de ses activités. Les mesures de conservation s'appliquent aux données électroniques « stockées au moyen d'un système informatique », ce qui suppose que les données existent déjà, ont déjà été collectées et sont stockées. De plus, comme l'indique l'article 14, tous les pouvoirs et procédures devant être instaurés en application de la section 2 de la Convention doivent l'être « aux fins d'enquêtes ou de procédures pénales spécifiques », ce qui restreint l'application des mesures à une enquête concernant une affaire donnée. En outre, lorsqu'une partie applique les mesures de conservation au moyen d'une ordonnance, celle-ci porte sur « des données stockées spécifiées se trouvant en la possession ou sous le contrôle de la personne » (paragraphe 2 de l'article 16). Les articles 16 et 17 prévoient donc uniquement le pouvoir de requérir la conservation de données stockées existantes, en attendant la divulgation des données en application d'autres pouvoirs juridiques, à l'occasion d'enquêtes ou de procédures pénales spécifiques.

153. L'obligation d'assurer la conservation des données ne consiste pas à requérir des Parties qu'elles limitent l'offre ou l'utilisation de services qui ne s'emploient pas systématiquement à collecter et archiver certains types de données, telles que les données relatives au trafic ou aux abonnés, dans le cadre de leurs pratiques commerciales légitimes. Elle ne consiste pas non plus à imposer aux Parties de mettre en œuvre à cette fin de nouvelles possibilités techniques, par exemple pour conserver des données éphémères qui ne restent dans le système que pour une durée si brève qu'elles ne peuvent raisonnablement être conservées en réponse à une demande ou à une injonction.

154. Dans certains États, la loi requiert que certains types de données, telles que les données personnelles, en la possession de certaines catégories de détenteurs ne soient pas archivées, mais effacées lorsque leur archivage ne répond plus à une fin commerciale. Dans l'Union européenne, le principe général est mis en pratique par la Directive 95/46/EC et, dans le contexte particulier du secteur des télécommunications, par la Directive 97/66/EC. Ces directives instaurent l'obligation d'effacer les données dès que leur stockage n'est plus nécessaire. Toutefois, les États membres peuvent adopter une législation prévoyant des dérogations lorsqu'elles sont nécessaires pour prévenir la commission d'infractions pénales, instruire les infractions ou poursuivre leurs auteurs. Ces directives n'empêchent pas les États membres de l'Union européenne d'instaurer des pouvoirs et procédures en droit interne pour conserver des données spécifiées aux fins d'enquêtes spécifiques.

155. Pour la plupart des pays, la conservation des données constitue un pouvoir ou une procédure juridique entièrement nouveau en droit interne. Il s'agit d'un nouvel instrument d'enquête important dans la lutte contre la criminalité informatique et en relation avec l'ordinateur, en particulier contre les infractions commises par le biais de l'Internet. Premièrement, en raison de leur volatilité, les données informatiques sont faciles à manipuler et à modifier. Ainsi, il est facile de perdre des éléments prouvant une infraction si les pratiques de traitement et de stockage manquent de rigueur, si les données sont intentionnellement manipulées ou effacées pour détruire tout élément de preuve ou si elles sont effacées dans le cadre d'opérations normales d'effacement de données qui n'ont plus à être conservées. L'un des moyens de préserver l'intégrité des données consiste pour les autorités compétentes à opérer des perquisitions ou à accéder d'une autre manière aux données et à saisir les données ou à se les procurer d'une autre manière. Toutefois, lorsque le gardien des données est digne de confiance, comme dans le cas d'une entreprise ayant une bonne réputation, l'intégrité des données peut être garantie plus rapidement au moyen d'une injonction de conserver les données. Une injonction d'avoir à conserver les données peut être moins perturbatrice pour les activités et moins préjudiciable à la réputation d'une entreprise honnête qu'une opération de perquisition de ses locaux aux fins de saisie. Deuxièmement, les infractions informatiques et en relation avec l'ordinateur sont très souvent commises au moyen de la transmission de communications par le biais du système

informatique. Ces communications peuvent contenir un contenu illicite, tel que la pornographie enfantine, des virus informatiques ou d'autres instructions qui portent atteinte aux données ou entravent le bon fonctionnement du système informatique, ou des éléments tendant à prouver que d'autres infractions ont été commises, par exemple des cas de trafic de stupéfiants ou d'escroquerie. L'identification de la source ou de la destination de ces communications antérieures peut aider à établir l'identité des auteurs de ces infractions. Pour déterminer la source ou la destination de ces communications, il faut disposer de données relatives au trafic concernant ces communications antérieures (pour d'autres explications sur l'importance des données relatives au trafic, se reporter à l'article 17 ci-dessous). Troisièmement, lorsque ces communications présentent un contenu illicite ou la preuve d'agissements criminels et que des copies de ces communications sont archivées par les fournisseurs de services (de courrier électronique, par exemple), la conservation de ces communications est importante afin de ne pas perdre des éléments de preuve essentiels. L'obtention de copies de ces communications antérieures (par exemple de courriers stockés qui ont été envoyés ou reçus) peut révéler que des infractions ont été commises.

156. Le pouvoir de conservation rapide des données informatiques doit permettre de faire face à ces problèmes. Les Parties sont donc invitées à instaurer le pouvoir d'ordonner la conservation de données informatiques spécifiées, en tant que mesure provisoire ; les données seront conservées durant une période aussi longue que nécessaire, qui pourra aller jusqu'à 90 jours. Les Parties pourront prévoir le renouvellement de cette mesure. Durant la période de conservation, les données ne sont pas automatiquement portées à la connaissance des services répressifs. En effet, pour que les données puissent être divulguées, il faut prendre une mesure supplémentaire de divulgation ou ordonner une perquisition. A propos de la communication de données conservées aux services répressifs, voir les paragraphes 152 et 160.

157. Il importe tout autant que des mesures de conservation soient en place au niveau national afin de permettre aux Parties de se porter assistance au niveau international en ce qui concerne la conservation rapide de données stockées sur leur territoire. On peut ainsi s'assurer que des données essentielles ne disparaissent pas pendant la longue procédure d'entraide judiciaire classique pendant laquelle la Partie requise se procure les données et les remet à la Partie requérante.

Conservation rapide de données stockées dans un système informatique (article 16)

158. L'article 16 vise à donner aux autorités nationales compétentes la possibilité d'ordonner ou d'obtenir par un moyen similaire la conservation rapide de données électroniques stockées spécifiées dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure pénale spécifique.

159. La « conservation » exige que les données qui existent déjà et sont stockées soient protégées contre tout ce qui risquerait d'en modifier ou dégrader la qualité ou l'état actuel. Elle exige que les données soient maintenues à l'abri de toute modification, de toute détérioration ou de tout effacement. La conservation n'implique pas nécessairement que les données soient « gelées » (c'est-à-dire rendues inaccessibles) et que ces données ou des copies de ces données ne puissent pas être utilisées par des utilisateurs légitimes. La personne à laquelle est adressée l'injonction peut, en fonction des spécifications exactes de celle-ci, conserver l'accès aux données. L'article ne précise pas la manière dont les données doivent être conservées. Il appartient à chaque Partie d'établir les modalités appropriées de conservation et de déterminer si, dans certains cas, la conservation des données devrait également comporter le 'gel' de celles-ci.

160. La mention « ordonner ou ... obtenir par un moyen similaire » vise à autoriser la mise en oeuvre d'autres moyens juridiques de conservation que l'injonction judiciaire ou administrative ou une instruction (de la police ou du parquet, par exemple). Dans certains États, le droit de procédure ne prévoit pas d'injonctions de conservation; les données ne peuvent alors être conservées que par la voie d'opérations de perquisition et saisie ou d'une injonction de produire. L'utilisation du membre de phrase « ou ... obtenir par un moyen similaire » introduit la souplesse voulue pour permettre à ces États d'appliquer cet article en mettant en oeuvre

ces autres moyens. Toutefois, il est recommandé aux États d'envisager d'instaurer des pouvoirs et procédures permettant d'ordonner effectivement au destinataire d'une injonction de conserver les données, car la rapidité de l'intervention de cette personne peut, dans certains cas, permettre d'appliquer plus rapidement les mesures de conservation.

161. Le pouvoir d'ordonner ou d'obtenir d'une autre manière la conservation rapide de données électroniques spécifiées s'applique à tout type de données informatiques stockées. Il peut s'agir de tout type de données qui est spécifié dans l'ordre de conserver, comme des dossiers commerciaux, médicaux ou personnels. Les Parties doivent instaurer ces mesures pour les appliquer « notamment lorsqu'il y a des raisons de penser que [les données] sont particulièrement susceptibles de perte ou de modification ». Il peut se faire, par exemple, que les données ne soient archivées que pour une brève période. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise a pour politique d'effacer les données au bout d'un certain temps ou que les données sont systématiquement effacées lorsque le support de stockage est utilisé pour enregistrer d'autres données. Le risque peut également tenir aux caractéristiques du gardien des données ou au fait que les données sont stockées d'une manière qui n'en garantit pas la protection. Toutefois, si le gardien n'était pas digne de confiance, il serait plus sûr de procéder à la conservation par perquisition et saisie plutôt que par une injonction à laquelle l'intéressé pourrait ne pas obtempérer. Le paragraphe 1 mentionne expressément les « données relatives au trafic » afin d'indiquer l'applicabilité particulière de ces dispositions à ce type de données, lesquelles, lorsqu'elles sont collectées et archivées par un fournisseur de services, ne sont généralement conservées que une brève période. Par ailleurs, la mention des "données relatives au trafic" établit un lien entre les mesures visées aux articles 16 et 17.

162. Le paragraphe 2 précise que, lorsqu'une Partie applique la mesure de conservation en adressant une injonction de conserver, celle-ci porte sur des « données stockées spécifiées se trouvant en la possession ou sous le contrôle de [la personne à laquelle l'injonction est adressée] ». Ainsi les données stockées peuvent-elles être effectivement en la possession de l'intéressé ou peuvent être stockées ailleurs tout en étant placées sous son contrôle. La personne qui reçoit l'injonction est obligée de « conserver et protéger l'intégrité de ces données pendant une durée aussi longue que nécessaire, jusqu'à un maximum de 90 jours, afin de permettre aux autorités compétentes d'obtenir leur divulgation ». Le droit interne de chaque Partie devrait instituer une durée maximale pendant laquelle les données faisant l'objet d'une injonction doivent être conservées et l'injonction devrait spécifier la durée exacte pendant laquelle les données spécifiées doivent être conservées. La durée, qui ne devrait pas excéder 90 jours, devrait être suffisante pour permettre aux autorités compétentes de prendre d'autres mesures juridiques, telles que la perquisition et la saisie, l'accès aux données ou leur obtention par un moyen similaire, ou l'émission d'une injonction de produire, en vue d'obtenir la divulgation des données. Les Parties pourront prévoir le renouvellement de l'injonction de produire. À cet égard, on se reportera à l'article 29, qui porte sur une demande d'entraide aux fins d'obtenir la conservation rapide de données stockées au moyen d'un système informatique. Cet article précise que la conservation effectuée en réponse à une demande d'entraide « sera valable pour une période d'au moins 60 jours afin de permettre à la Partie requérante de soumettre une demande en vue de la perquisition ou de l'accès par un moyen similaire, de la saisie ou de l'acquisition par un moyen similaire, ou de la divulgation des données ».

163. Le paragraphe 3 impose une obligation de confidentialité sur la mise en oeuvre des procédures de conservation au gardien des données ou à une autre personne à qui il est enjoint de conserver celles-ci pendant la durée prévue par son droit interne. Les Parties sont ainsi tenues d'instaurer des mesures de confidentialité concernant la conservation rapide de données stockées ainsi qu'une durée maximale de confidentialité. Cette mesure tient compte des besoins de la lutte contre la criminalité en faisant en sorte que le suspect faisant l'objet d'une enquête n'ait pas connaissance de celle-ci, ainsi que du droit des particuliers au respect de leur vie privée. Pour les services de lutte contre la criminalité, la conservation rapide des données s'inscrit dans le cadre des enquêtes préliminaires, période durant laquelle il peut être important de conserver le secret. La conservation est une mesure préliminaire adoptée en attendant que soient prises d'autres mesures juridiques visant à

obtenir les données ou leur divulgation. La confidentialité s'impose pour éviter que d'autres personnes ne tentent de manipuler ou d'effacer les données. Pour la personne à laquelle l'injonction est adressée, la personne concernée ou d'autres personnes pouvant être mentionnées ou identifiées dans les données, la durée maximale de la mesure est bien spécifiée. La double obligation de garantir la sécurité des données et de s'assurer que le secret sur la mise en oeuvre de la mesure de conservation est gardé contribue à défendre le droit à la vie privée de la personne concernée ou des autres personnes pouvant être mentionnées ou identifiées dans ces données.

164. En sus des limitations précitées, les pouvoirs et procédures mentionnés dans l'article 16 doivent être soumis aux conditions et sauvegardes prévues aux articles 14 et 15.

Conservation et divulgation rapides de données relatives au trafic (article 17)

165. Cet article instaure des obligations spécifiques concernant la conservation des données relatives au trafic visées à l'Article 16 et prévoit la divulgation rapide de certaines données relatives au trafic aux fins d'identification des autres fournisseurs de services ayant participé à la transmission de communications spécifiées. Les « données relatives au trafic » sont définies à l'article premier.

166. L'obtention de données relatives au trafic stockées concernant des communications antérieures peut être indispensable pour déterminer la source ou la destination de ces communications, ce qui est essentiel pour identifier les personnes qui, par exemple, ont distribué de la pornographie enfantine, diffusé de fausses déclarations dans le cadre d'une manoeuvre frauduleuse, propagé des virus informatiques, tenté d'accéder de façon illicite à des systèmes informatiques ou réussi à le faire, ou transmis à un système informatique des communications qui ont soit porté atteinte aux données du système, soit entravé le bon fonctionnement de celui-ci. Or, ces données ne sont souvent stockées que pour une courte durée, la législation protégeant le droit au respect de la vie privée pouvant interdire le stockage de longue durée de ces données quand ce ne sont pas les forces de marché qui le découragent. Il est donc important de mettre en oeuvre des mesures de conservation pour garantir l'intégrité de ces données (on se reportera à l'analyse de la question de la conservation ci-dessus).

167. Il arrive souvent que plusieurs fournisseurs de services participent à la transmission d'une communication. Chaque fournisseur peut posséder certaines données relatives au trafic concernant la transmission de la communication spécifiée, qui ont soit été produites et archivées par ce fournisseur à l'occasion du passage de la communication par son système, soit ont été fournies par d'autres fournisseurs. Il arrive que les données relatives au trafic, ou tout au moins certains types de données relatives au trafic, soient partagées entre les fournisseurs de services ayant participé à la transmission de la communication, à des fins commerciales, sécuritaires ou techniques. En pareil cas, l'un ou l'autre de ces fournisseurs peut posséder les données relatives au trafic essentielles pour déterminer la source ou la destination de la communication. Souvent, toutefois, aucun fournisseur ne possède à lui seul suffisamment de données relatives au trafic pour permettre de déterminer avec exactitude la source ou la destination de la communication. Chacun possède certaines parties du puzzle et chacune de ces parties doit être examinée afin d'identifier la source ou la destination.

168. L'article 17 veille, lorsqu'un seul ou plusieurs fournisseurs de services ont participé à la transmission d'une communication, à ce qu'il soit procédé à la conservation rapide des données relatives au trafic parmi tous les fournisseurs. Il ne précise pas les moyens d'y parvenir, laissant au droit interne le soin de déterminer un moyen compatible avec l'ordre juridique et économique national. Un moyen de procéder à la conservation rapide consisterait pour les autorités compétentes à adresser rapidement une injonction distincte à chacun des fournisseurs de services. Mais l'obtention de plusieurs injonctions distinctes peut demander beaucoup trop de temps. Une solution à préférer serait d'obtenir une injonction unique mais qui s'appliquerait à tous les fournisseurs identifiés ultérieurement comme ayant participé à la transmission de la communication spécifiée. Cette injonction générale pourrait être notifiée successivement à chacun des fournisseurs identifiés. On pourrait également solliciter la

participation des fournisseurs. On pourrait, par exemple, demander à un fournisseur ayant reçu une injonction de transmettre au fournisseur occupant le maillon suivant de la chaîne l'existence et la teneur de cette injonction de conservation. Cette transmission pourrait, selon les dispositions du droit interne, avoir pour effet soit d'autoriser le deuxième fournisseur à conserver volontairement les données relatives au trafic pertinentes, et ce en dépit de toutes obligations préexistantes selon lesquelles il serait tenu de les effacer, soit de rendre obligatoire cette conservation. Le deuxième fournisseur pourrait de son côté répercuter la teneur de l'injonction au fournisseur occupant le maillon suivant de la chaîne.

169. Comme les données relatives au trafic ne sont pas divulguées aux autorités répressives au moment où une injonction de conserver est adressée à un fournisseur de services (mais seulement obtenues ou divulguées par la suite, au moment de la prise des autres mesures juridiques), ces autorités ne savent pas si le fournisseur en question possède toutes les données relatives au trafic essentielles ou si d'autres fournisseurs ont participé à la transmission de la communication. Aussi cet article impose-t-il que le fournisseur de services qui a reçu l'ordre de conservation divulgue rapidement aux autorités compétentes, ou à une autre personne désignée par celles-ci, une quantité suffisante de données relatives au trafic aux fins d'identification de tous autres fournisseurs de services et de la voie par laquelle la communication a été transmise. Les autorités compétentes devraient préciser clairement le type de données relatives au trafic qu'il importe de divulguer. L'obtention de cette information permettrait aux autorités compétentes de décider si elles doivent prendre des mesures de conservation vis-à-vis des autres fournisseurs. De la sorte, les autorités chargées d'une enquête peuvent déterminer l'origine ou la destination de la communication et identifier l'auteur ou les auteurs de l'infraction spécifique faisant l'objet de l'enquête. Les mesures mentionnées dans cet article doivent également être soumises aux limitations, conditions et sauvegardes visées aux articles 14 et 15.

Titre 3 – Injonction de produire

Injonction de produire (article 18)

170. Au paragraphe 1 de cet article, les Parties sont invitées à habiliter leurs autorités compétentes à contraindre une personne présente sur leur territoire à fournir des données informatiques stockées spécifiées ou un fournisseur de services offrant ceux-ci sur le territoire d'une Partie à communiquer les données relatives à l'abonné. Les données en question sont des données stockées ou existantes et n'englobent pas les données qui n'existent pas encore, comme les données relatives au trafic ou au contenu se rapportant aux communications futures. Au lieu de requérir des États qu'ils appliquent systématiquement des mesures contraignantes à l'égard de tiers, telles que la perquisition et la saisie de données, il est essentiel que les États disposent dans leur droit interne d'autres pouvoirs d'enquête qui leur donnent un moyen moins intrusif d'obtenir des informations utiles pour les enquêtes pénales.

171. Une « injonction de produire » constitue une mesure souple que les services répressifs peuvent mettre en oeuvre dans bien des situations, en particulier dans les cas où il n'est pas nécessaire de recourir à une mesure plus contraignante ou plus onéreuse. L'instauration d'un tel mécanisme procédural sera aussi utile pour les tiers gardiens des données qui, tels les fournisseurs d'accès Internet, sont souvent disposés à collaborer avec les services de lutte contre la criminalité sur une base volontaire en leur fournissant les données sous leur contrôle, mais préfèrent disposer d'une base juridique appropriée pour apporter cette aide, les déchargeant de toute responsabilité contractuelle ou autre.

172. L'injonction de produire porte sur des données informatiques ou des informations relatives à l'abonné qui sont en la possession ou sous le contrôle d'une personne ou d'un fournisseur de services. La mesure n'est applicable que pour autant que la personne ou le fournisseur de services conserve ces données ou ces informations. Certains fournisseurs de services, par exemple, ne gardent pas trace des usagers de leurs services.

173. En vertu du paragraphe 1(a), toute Partie doit veiller à ce que ses autorités répressives compétentes aient le pouvoir d'ordonner à une personne présente sur son territoire de communiquer des données électroniques spécifiées, stockées dans un système informatique ou un support de stockage, qui sont en possession ou sous le contrôle de cette personne. L'expression « en possession ou sous le contrôle » fait référence à la possession matérielle des données concernées sur le territoire de la Partie qui a ordonné leur communication, et à des situations dans lesquelles l'intéressé ne possède pas matériellement les données à produire mais peut contrôler librement la production de ces données depuis le territoire de la Partie ayant ordonné leur communication (par exemple, sous réserve des privilèges applicables, toute personne qui reçoit l'injonction de produire des informations stockées sur son compte au moyen d'un service de stockage en ligne à distance, doit produire ces informations). Par ailleurs, la simple possibilité technique d'accéder à des données stockées à distance (par exemple, la possibilité, pour un utilisateur, d'accéder, par une liaison du réseau, à des données stockées à distance qui ne sont pas sous son contrôle légitime) ne constitue pas nécessairement un « contrôle » au sens de la présente disposition. Dans certains Etats, la notion juridique de « possession » recouvre la possession matérielle et de droit de manière assez large pour satisfaire à cette exigence de « possession ou de contrôle ».

En vertu du paragraphe 1(b), toute Partie doit aussi instaurer le pouvoir d'ordonner à un fournisseur de services offrant ceux-ci sur son territoire, de « communiquer les données relatives à l'abonné qui sont en possession ou sous le contrôle de ce fournisseur de services ». De même qu'au paragraphe 1(a), l'expression « en possession ou sous le contrôle » fait référence à des données relatives à l'abonné que le fournisseur de services possède matériellement et à des données relatives à l'abonné stockées à distance qui sont sous le contrôle du fournisseur de services (ces données peuvent par exemple être stockées dans une unité de stockage à distance fournie par une autre société). L'expression « qui se rapportent à ces services » signifie que le pouvoir en question doit servir à obtenir des informations relatives à l'abonné qui se rapportent à des services proposés sur le territoire de la Partie à l'origine de l'injonction.

174. Les conditions et sauvegardes visées au paragraphe 2 de l'article peuvent, en fonction du droit interne de chaque Partie, exclure des données ou informations confidentielles. Une Partie pourra prescrire des choix différents concernant les conditions, les autorités compétentes et les sauvegardes à propos de la communication de tel ou tel type de données informatiques ou de données relatives à l'abonné détenues par telle ou telle catégorie de personnes ou de fournisseurs de services. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne certains types de données telles que les données relatives à l'abonné connues de tous, une Partie pourra habiliter les agents de la force publique à émettre une injonction de ce genre tandis qu'une ordonnance d'un tribunal pourrait être requise dans d'autres situations. En revanche, dans certaines situations, une Partie pourrait exiger ou se voir imposer par des sauvegardes relevant des droits de l'homme d'exiger qu'une injonction de produire soit émise uniquement par une autorité judiciaire afin de pouvoir obtenir certains types de données. Les Parties pourraient souhaiter limiter la divulgation de ces données aux fins de lutte contre la criminalité aux situations dans lesquelles une injonction de produire en vue de la divulgation de ces données a été rendue par une autorité judiciaire. Par ailleurs, le principe de proportionnalité introduit une certaine souplesse dans l'application de la mesure, par exemple en l'excluant dans les affaires sans gravité.

175. Les Parties peuvent également envisager d'instaurer des mesures relatives à la confidentialité. L'article ne mentionne pas spécifiquement la confidentialité, ceci afin de préserver le parallélisme avec le monde non électronique, où la confidentialité n'est en général pas imposée en ce qui concerne les injonctions de produire. Toutefois, dans le monde électronique, et en particulier le monde en ligne, une injonction de produire peut parfois servir de mesure préliminaire dans le cadre d'une enquête, précédant d'autres mesures telles que la perquisition et la saisie ou l'interception en temps réel d'autres données. Le succès de l'enquête pourrait dépendre de la confidentialité.

176. S'agissant des modalités de production, les Parties peuvent instaurer l'obligation de produire des données informatiques ou des informations relatives à l'abonné de la manière spécifiée dans l'injonction. Elles pourraient ainsi mentionner le délai dans lequel la divulgation doit intervenir ou la forme sous laquelle les données doivent être divulguées (« texte en clair », en ligne, sortie imprimée ou disquette).

177. L'expression « informations relatives aux abonnés » est définie au paragraphe 3. En principe, elle désigne toute information détenue par l'administration d'un fournisseur de services et qui se rapporte à un abonné à ses services. Les données relatives aux abonnés peuvent être contenues sous forme de données informatiques ou sous toute autre forme, telle que des documents-papier. Comme les informations relatives aux abonnés ne se présentent pas toutes sous la forme de données informatiques, une disposition spéciale a été insérée dans l'article pour tenir compte de ce type d'informations. Le terme d'« abonné » vise à englober de nombreuses catégories de clients des fournisseurs de services : personne ayant payé un abonnement, client qui paie au fur et à mesure les services qu'il utilise, personne bénéficiant de services gratuits. Sont aussi incluses les informations concernant les personnes habilitées à utiliser le compte de l'abonné.

178. Dans le cadre d'une enquête pénale, les informations relatives aux abonnés peuvent être nécessaires dans deux situations spécifiques. Premièrement, elles sont nécessaires pour déterminer les services et mesures techniques connexes qui ont été utilisés ou sont utilisés par un abonné, tels que le type de service téléphonique utilisé (par exemple téléphonie mobile), le type de services connexes utilisé (renvoi automatique d'appel, messagerie téléphonique, etc.), le numéro de téléphone ou toute autre adresse technique (comme une adresse électronique). Deuxièmement, lorsqu'une adresse technique est connue, les informations relatives aux abonnés sont requises pour aider à établir l'identité de l'intéressé. D'autres informations relatives aux abonnés, telles que les informations commerciales figurant dans les dossiers de facturation et de paiement de l'abonné, peuvent également être utiles aux enquêtes pénales surtout lorsque l'infraction faisant l'objet de l'enquête concerne un cas de fraude informatique ou un autre délit économique.

179. En conséquence, les informations relatives aux abonnés recouvrent différents types d'informations sur l'utilisation d'un service et l'utilisateur de ce service. S'agissant de l'utilisation du service, l'expression désigne toute information, autre que des données relatives au trafic ou au contenu, permettant d'établir le type de service de communication utilisé, les dispositions techniques prises à cet égard et la période pendant laquelle l'intéressé a été abonné au service en question. L'expression « dispositions techniques » désigne l'ensemble des mesures prises pour permettre à l'abonné de profiter du service de communication offert. Ces dispositions incluent notamment la réservation d'un numéro ou adresse technique (numéro de téléphone, adresse de site Web ou nom de domaine, adresse électronique, etc.) ainsi que la fourniture et l'enregistrement du matériel de communication utilisé par l'abonné (appareils de téléphonie, centres d'appel ou réseaux locaux).

180. Les informations relatives aux abonnés ne sont pas limitées aux informations se rapportant directement à l'utilisation du service de communication. Elles désignent également toutes les informations, autres que des données relatives au trafic ou au contenu, qui permettent d'établir l'identité, l'adresse postale ou géographique et le numéro de téléphone de l'utilisateur, et tout autre numéro d'accès et les données concernant la facturation et le paiement, disponibles sur la base d'un contrat ou arrangement de service entre l'abonné et le fournisseur de services. Elles désignent en outre toute autre information, autre que des données relatives au trafic ou au contenu, relative à l'endroit où se trouvent les équipements de communication, information disponible sur la base d'un contrat ou arrangement de service. Cette dernière information peut n'avoir d'intérêt pratique que dans le cas d'équipements non portatifs, mais le fait de savoir si les équipements en question sont portatifs ou de connaître l'endroit où ils se trouveraient (sur la base de l'information fournie en vertu du contrat ou de l'arrangement de service) peut être utile à l'enquête.

181. Cet article ne fait toutefois pas obligation aux fournisseurs de services de conserver des données sur leurs abonnés. Et les fournisseurs ne seront pas non plus tenus, en vertu de la Convention, de s'assurer de l'exactitude desdites données. En d'autres termes, les fournisseurs de services ne sont pas astreints à enregistrer les données relatives à l'identité des utilisateurs des télécartes donnant accès aux services radiotéléphoniques mobiles. Ils ne sont pas non plus obligés de vérifier l'identité des abonnés ou de s'opposer à l'emploi de pseudonymes par les utilisateurs de leurs services.

182. Les pouvoirs et procédures faisant l'objet de la présente section étant instaurés aux fins d'enquêtes ou de procédures pénales spécifiques (article 14), les injonctions de produire sont appelées à être utilisées dans des affaires individuelles concernant le plus souvent un abonné. Ainsi, par exemple, sur la base de la mention du nom de telle ou telle personne dans l'injonction de produire, un numéro de téléphone ou une adresse électronique peuvent être demandés. Sur la base d'un certain numéro de téléphone ou d'une certaine adresse électronique, le nom et l'adresse de l'abonné peuvent être demandés. La mention susvisée n'autorise pas les Parties à rendre une ordonnance aux fins de divulgation de quantités non sélectives d'informations relatives aux abonnés par un fournisseur de services relatives à des groupes d'abonnés, par exemple aux fins d'extraction de données.

183. La mention d'un « contrat ou arrangement de service » s'entend au sens très large de tout type de relation sur la base duquel un abonné utilise les services d'un fournisseur.

Titre 4 – Perquisition et saisie de données informatiques stockées

Perquisition et saisie de données informatiques stockées (article 19)

184. Cet article vise à moderniser et harmoniser les législations internes concernant la perquisition et la saisie de données informatiques stockées aux fins de recueillir des preuves se rapportant à des enquêtes ou procédures pénales spécifiques. Toute législation interne relative à la procédure pénale prévoit des pouvoirs de perquisition et de saisie d'objets tangibles. Toutefois, dans plusieurs Etats, les données informatiques stockées ne sont pas considérées en soi comme des choses tangibles et ne peuvent donc pas être obtenues aux fins d'une enquête ou d'une procédure pénale de la même façon que des objets tangibles, à moins d'appréhender le support sur lequel ces données sont stockées. L'objectif de l'article 19 de la Convention est d'établir un pouvoir équivalent relatif aux données stockées.

185. Dans le cadre de la perquisition classique portant sur des documents ou des dossiers, une perquisition consiste à recueillir des informations qui ont été consignées ou enregistrées dans le passé sous une forme matérielle, comme celles couchées à l'encre sur du papier. Les enquêteurs perquisitionnent ou inspectent ces données ainsi enregistrées et saisissent ou emportent physiquement des dossiers tangibles. La collecte des données a lieu pendant la perquisition et porte sur les données existant à ce moment-là. La condition à remplir pour obtenir l'autorisation légale de procéder à une perquisition est l'existence, en vertu de la législation interne et des dispositions relatives à la défense des droits de l'homme, de raisons de penser que de telles données existent dans un endroit précis et permettront de prouver qu'une infraction pénale spécifique a été commise.

186. S'agissant de la recherche d'informations, en particulier de données informatiques, beaucoup d'éléments de la perquisition classique subsistent dans le nouvel environnement technologique. Ainsi, par exemple, la collecte des données a lieu pendant la perquisition et porte sur les données existant à ce moment-là. Les conditions à remplir pour obtenir l'autorisation légale de procéder à une perquisition demeurent les mêmes. Le degré de conviction requis pour obtenir cette autorisation légale de perquisition ne dépend pas de la forme, tangible ou électronique, sous laquelle se présentent les données en question. De même, la conviction et la perquisition concernent des données qui existent déjà et qui permettront d'établir qu'une infraction spécifique a été commise.

187. Toutefois, en ce qui concerne la recherche de données informatiques, des dispositions procédurales supplémentaires sont nécessaires pour garantir que l'obtention des données informatiques puisse se faire d'une manière aussi efficace que la perquisition et la saisie de supports d'information tangibles. Cela s'explique par plusieurs raisons. Premièrement, les données se présentent sous une forme intangible, par exemple électromagnétique. Deuxièmement, les données peuvent être lues à l'aide d'un matériel informatique, mais ne peuvent pas être saisies et emportées de la même façon qu'un document-papier. Le support matériel sur lequel les données intangibles sont stockées (qui peut être le disque dur d'un ordinateur ou une disquette) doit être saisi et emporté ou une copie des données doit être faite sous forme soit tangible (copie papier, par exemple), soit intangible sur un support matériel (comme une disquette), avant que le support tangible contenant la copie ne puisse être saisi et emporté. Dans les deux dernières situations, donnant lieu à la copie des données, les données originelles restent dans le système informatique ou le dispositif de stockage (mémoire). La législation interne devrait instaurer le pouvoir de faire de telles copies. Troisièmement, du fait de la connectivité des systèmes informatiques, les données peuvent ne pas être stockées dans l'ordinateur faisant l'objet de la perquisition, mais elles peuvent être facilement accessibles par ce système. Elles pourraient être stockées dans un dispositif de stockage associé directement connecté à l'ordinateur ou connecté indirectement à l'ordinateur via des systèmes de communications tels que l'internet. Ce fait peut ou non imposer l'adoption de lois nouvelles autorisant l'extension de la perquisition à l'endroit où les données sont effectivement stockées (ou le rapatriement des données de l'endroit en question pour les transférer à l'ordinateur faisant l'objet de la perquisition), ou l'utilisation de pouvoirs de perquisition classique d'une manière mieux coordonnée et plus rapide aux deux endroits.

188. Le paragraphe 1 oblige les Parties à habiliter leurs autorités chargées de la lutte contre la criminalité à perquisitionner et à accéder aux données informatiques contenues soit dans un système informatique, soit dans une partie de celui-ci (qui peut être un dispositif de stockage connecté), ou sur un support de stockage indépendant (tel qu'un CD-ROM ou une disquette). Étant donné qu'en application de l'article 1, l'expression « système informatique » désigne « tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés », le paragraphe 1 concerne la perquisition d'un système informatique et de ses composants apparentés pouvant être considérés comme constituant ensemble un système informatique distinct (c'est le cas, par exemple, d'un ordinateur portable et de l'imprimante et des dispositifs de stockage apparentés, ou d'un réseau local). Parfois, des données stockées physiquement dans un autre système ou dans un dispositif de stockage sont accessibles légalement par le biais du système informatique perquisitionné en établissant une connexion avec d'autres systèmes informatiques distincts. Cette situation, qui implique le raccordement à d'autres systèmes informatiques au moyen de réseaux de télécommunications à l'intérieur du même territoire (réseau étendu ou Internet) est abordé au paragraphe 2.

189. L'opération de perquisition et saisie d'un « support de stockage informatique permettant de stocker des données informatiques » [paragraphe 1 b)] peut être effectuée en se prévalant de pouvoirs de perquisition classiques, mais l'application d'une mesure de perquisition informatique exige souvent la perquisition tant du système informatique que de tout support de stockage apparenté (comme des disquettes) se trouvant dans le voisinage immédiat du système informatique. Du fait de ce lien entre les deux, le paragraphe 1 prévoit une habilitation globale couvrant les deux situations.

190. L'article 19 s'applique aux données informatiques stockées. A cet égard, la question est de savoir si un courrier non ouvert, qui attend dans la boîte aux lettres d'un fournisseur de services Internet que le destinataire le télécharge sur son système informatique, doit être considéré comme des données informatiques stockées ou des données en cours de transmission. En vertu de la législation de certaines Parties, ce courrier fait partie d'une communication, et son contenu ne peut donc être obtenu qu'au moyen du pouvoir d'interception alors que, dans d'autres systèmes juridiques, ce courrier est assimilé à des données stockées auxquelles s'applique l'article 19. En conséquence, les Parties devraient examiner leur législation concernant cette question pour déterminer les dispositions de leur ordre juridique interne à appliquer en l'espèce.

191. Le paragraphe utilise l'expression « perquisitionner ou ... accéder par un moyen similaire ». L'emploi du mot classique « perquisitionner » traduit l'idée de l'exercice par l'État d'un pouvoir coercitif et montre que le pouvoir visé dans cet article est analogue à la perquisition classique. « Perquisitionner » veut dire rechercher, lire, inspecter ou examiner des données, et inclut aussi les notions de recherche de données et d'examen de données. En revanche, le mot « accéder » a un sens neutre, mais est plus fidèle à la terminologie informatique. Les deux termes sont utilisés pour combiner les notions classiques et la terminologie moderne.

192. L'expression « sur son territoire » sert à rappeler que cette disposition, comme tous les articles de cette section, ne concerne que les seules mesures qui doivent être prises au niveau national.

193. Le paragraphe 2 habilite les autorités chargées d'une enquête à étendre l'opération entreprise pour perquisitionner ou accéder par un moyen similaire à un autre système informatique ou une partie de celui-ci lorsqu'elles ont des raisons de penser que les données sollicitées sont stockées dans cet autre système informatique. Cet autre système informatique ou la partie de ce système ainsi perquisitionnée doit toutefois se trouver également « sur son territoire ».

194. La Convention ne prescrit pas les modalités d'autorisation ni d'application de l'extension de la mesure de perquisition. C'est à la législation interne qu'il appartient de les fixer. On peut citer quelques exemples d'options possibles : habiliter l'autorité, judiciaire ou autre, qui a autorisé la perquisition d'un système informatique donné à autoriser également l'extension de la perquisition ou du moyen d'accès similaire à un système connecté si elle a des raisons de penser (dans la mesure exigée par la législation nationale et les dispositions relatives à la défense des droits de l'homme) que le système informatique connecté pourrait contenir les données spécifiques recherchées; habiliter les autorités chargées de l'enquête à étendre la perquisition ou l'accès par un moyen similaire autorisés d'un système informatique spécifique à un autre système informatique connecté lorsqu'il existe des raisons analogues de penser que les données spécifiques recherchées sont stockées dans l'autre système informatique; ou exercer les pouvoirs de perquisition ou d'accès similaire aux deux endroits d'une façon coordonnée et rapide. Dans tous les cas de figure, les données à rechercher doivent être légalement accessibles à partir du système informatique initial ou disponible pour ce système initial.

195. Cet article ne traite pas des « perquisition et saisie transfrontières », qui donnent aux États une possibilité de perquisition ou un moyen d'accès similaire aux données se trouvant sur le territoire d'autres États sans avoir à recourir aux modalités habituelles de l'entraide judiciaire. On reviendra sur cette question au chapitre consacré à la coopération internationale.

196. Le paragraphe 3 aborde les questions soulevées par l'habilitation des autorités compétentes à saisir ou obtenir par un moyen similaire les données informatiques ayant fait l'objet d'une perquisition ou d'un accès par un moyen similaire en application des paragraphes 1 et 2. Les mesures prévues incluent la saisie du matériel et des supports de stockage informatiques. Dans certains cas, par exemple lorsque les données sont stockées dans un système d'exploitation dont la spécificité ne permet pas de réaliser une copie des données, il n'y a pas d'autre solution que de saisir le support de stockage lui-même. Cela peut également être nécessaire lorsque le support doit être examiné pour en extraire des données anciennes qui ont été écrasées mais qui n'en ont pas moins laissé des traces sur le support.

197. Dans le cadre de cette Convention, « saisir » veut dire emporter le support physique dans lequel les données ou les informations sont stockées ou réaliser ou conserver une copie de ces données ou informations. Ce mot implique également l'utilisation ou la saisie des programmes nécessaires pour accéder aux données à saisir. En même temps que l'utilisation du terme classique « saisir », il a été employé l'expression « obtenir par un moyen similaire » pour rendre compte des autres façons d'enlever des données intangibles, de les rendre

inaccessibles ou d'en prendre le contrôle d'une autre manière dans l'environnement informatique. Étant donné que les mesures concernent des données intangibles stockées, les autorités compétentes doivent prendre des mesures supplémentaires pour obtenir les données, à savoir « préserver l'intégrité des données » ou préserver la « chaîne de garde » des données, ce qui veut dire que les données copiées ou enlevées doivent être conservées dans l'état où elles ont été trouvées au moment de la saisie et non modifiées pendant la procédure pénale. L'expression renvoie ainsi à la prise de contrôle sur les données ou à leur enlèvement.

198. Le fait de rendre des données inaccessibles peut signifier leur codage ou le blocage par tout autre moyen technique de l'accès à ces données. Cette mesure pourrait être utilement appliquée dans des situations de danger ou de préjudice pour la société, causé par exemple par des virus ou par la présentation du mode de fabrication des virus ou des bombes, ou dans celles dans lesquelles les données ou leur contenu sont illégales, comme en cas de pornographie infantile. Le terme « enlèvement » vise à traduire l'idée que, si les données sont enlevées ou rendues inaccessibles, elles ne sont pas détruites et continuent d'exister. La personne suspecte est temporairement privée de l'accès aux données, mais celui-ci peut lui être restitué à l'issue de l'enquête ou de la procédure pénale.

199. On constate ainsi que la saisie ou l'obtention de données par un moyen similaire a deux fonctions : 1) collecter des preuves, par exemple en copiant les données, ou 2) confisquer les données, par exemple en les copiant et en rendant ultérieurement la version originelle inaccessible ou en l'enlevant. La saisie n'implique pas un effacement définitif des données saisies.

200. Le paragraphe 4 instaure une mesure coercitive destinée à faciliter la perquisition et la saisie de données informatiques. Il traite de la difficulté pratique que peuvent poser l'accès aux données recherchées et leur identification comme preuves du fait de la quantité de données pouvant être traitées et stockées, des mesures de sécurité employées et de la nature des opérations informatiques. Partant de la constatation qu'il peut y avoir lieu de consulter les administrateurs de système, qui connaissent bien le système informatique en question sur la meilleure manière de mener la perquisition, cette disposition habilite les services de lutte contre la criminalité à obliger un administrateur de système à apporter l'aide raisonnablement nécessaire pour permettre l'application d'une mesure de perquisition et de saisie.

201. Ce pouvoir ne profite pas qu'aux autorités chargées de l'enquête. Si elles ne pouvaient s'assurer cette coopération, elles pourraient rester sur les lieux de la perquisition et rendre impossible l'accès au système informatique pendant une longue période. Cela pourrait créer un fardeau économique pour des entreprises légitimes ou leurs clients et abonnés se trouvant dans l'impossibilité d'accéder aux données pendant la perquisition. En se ménageant la coopération de personnes compétentes, on peut rendre une perquisition plus efficace et moins coûteuse, tant pour les services de lutte contre la criminalité que pour les personnes innocentes touchées par cette mesure. En contraignant légalement un administrateur de système à coopérer, on peut également le décharger de toute obligation contractuelle ou autre de non-divulgaration des données.

202. Les informations que l'on peut obliger l'administrateur de système à fournir sont celles qui sont nécessaires pour permettre d'appliquer la mesure de perquisition et de saisie ou de mettre en oeuvre un moyen similaire d'accès et d'obtention de données. Seules toutefois doivent être fournies les informations « raisonnablement » nécessaires. Dans certains cas, il pourra s'agir de communiquer un mot de passe ou une autre mesure de sécurité aux autorités chargées de l'enquête. Mais dans d'autres circonstances, cela ne sera pas raisonnable, comme dans le cas où la divulgation du mot de passe ou d'une autre mesure de sécurité constituerait une menace inacceptable à la vie privée d'autres utilisateurs ou au caractère confidentiel d'autres données dont la recherche n'est pas autorisée. En pareil cas, la fourniture des « informations ... nécessaires » pourrait consister à communiquer, sous une forme intelligible et lisible, les données effectivement recherchées par les autorités compétentes.

203. En vertu du paragraphe 5 de cet article, les mesures sont subordonnées aux conditions et sauvegardes prévues par le droit interne sur la base de l'article 15 de la Convention. Parmi ces conditions peuvent figurer des dispositions régissant le recrutement et la rémunération des témoins et des experts.

204. Dans le cadre du paragraphe 5, les rédacteurs ont aussi étudié la question de savoir s'il convenait de notifier aux parties intéressées le déclenchement d'une procédure de perquisition. Dans l'environnement en ligne, il peut être moins évident que des données ont fait l'objet d'une perquisition et ont été saisies (copiées) que dans l'environnement hors ligne, où les objets saisis sont physiquement absents. La législation de certaines Parties ne prévoit pas l'obligation d'indiquer une mesure de perquisition classique. En imposant la notification d'une perquisition informatique, la Convention introduirait une anomalie dans la législation de ces Parties. D'un autre côté, certains États pourraient voir dans la notification un élément essentiel de la mesure, qui permettrait d'établir une distinction entre la recherche de données informatiques stockées dans le cadre d'une perquisition (qui n'est généralement pas conçue comme une mesure subreptice) et l'interception de données en cours de transmission (qui est une mesure subreptice, voir les articles 20 et 21). La question de la notification est donc laissée à l'appréciation du droit interne. Si les Parties envisagent d'établir un système de notification obligatoire aux personnes concernées, il convient de ne pas perdre de vue que cette notification risque de nuire au bon déroulement de l'enquête. En présence d'un tel risque, il conviendrait d'envisager l'ajournement de la notification.

Titre 5 – Collecte en temps réel de données informatiques

205. Les articles 20 et 21 prévoient la collecte en temps réel de données relatives au trafic et l'interception en temps réel de données relatives au contenu associées à des communications précises transmises au moyen d'un système informatique. Ces dispositions traitent de la collecte et de l'interception en temps réel de ces données par des autorités compétentes, ainsi que de leur collecte ou interception par des fournisseurs de services. Elles abordent également l'obligation de confidentialité.

206. L'interception de télécommunications concerne habituellement les réseaux de télécommunications classiques. Ces réseaux peuvent comprendre des infrastructures câblées (câbles métalliques ou à fibres optiques), ainsi que des interconnexions avec des réseaux sans fil, dont les systèmes de téléphonie mobile et les systèmes de transmission par micro-ondes. Aujourd'hui, les communications mobiles sont facilitées par un système de réseaux satellitaires spécialisés. Les réseaux informatiques peuvent également consister en une infrastructure câblée fixe indépendante, mais il arrive plus souvent qu'ils soient exploités sous la forme d'un réseau virtuel à l'aide de connexions réalisées par le biais d'infrastructures de télécommunications, ce qui permet de créer des réseaux informatiques ou des réseaux de réseaux d'ampleur mondiale. La convergence des technologies des télécommunications et de l'information brouille les distinctions entre télécommunications et téléinformatique et les spécificités de leurs infrastructures. Ainsi la définition du 'système informatique' donnée à l'article 1 ne limite-t-elle pas la manière dont les dispositifs ou groupes de dispositifs peuvent être interconnectés. Il s'ensuit que les articles 20 et 21 s'appliquent à des communications spécifiées transmises au moyen d'un système informatique, la communication pouvant être transmise par le biais d'un réseau de télécommunications avant d'être reçue par un autre système informatique.

207. Les articles 20 et 21 n'établissent pas de distinction entre un système de télécommunications ou informatique public et privé ou, en ce qui concerne l'utilisation des systèmes et des services de communication, entre les utilisateurs publics et les groupes fermés d'utilisateurs et correspondants privés. La définition du 'fournisseur de services' donnée à l'article 1 se rapporte aux entités publiques et privées qui offrent aux usagers de leurs services la possibilité de communiquer au moyen d'un système informatique.

208. Ce titre est applicable à la collecte de preuves contenues dans des communications en cours de production et collectées au moment de la transmission de la communication (c'est-à-dire 'en temps réel'). Les données se présentent sous une forme intangible (par exemple sous la forme de transmissions d'impulsions vocales ou électroniques). La collecte ne perturbe pas sensiblement la circulation des données et la communication atteint son destinataire. Au lieu de procéder à une saisie physique des données, on fait un enregistrement (c'est-à-dire une copie) des données en cours de transmission. La collecte de ces informations est effectuée pendant une période donnée. Un mandat est demandé pour autoriser la collecte de données se rapportant à un événement futur (c'est-à-dire une future transmission de données).

209. Les données pouvant être collectées sont de deux types : les données relatives au trafic et les données relatives au contenu. Au sens de l'article 1, les « données relatives au trafic » désignent toutes données ayant trait à une communication passant par un système informatique, produites par ce dernier en tant qu'élément de la chaîne de communication, avec indication des informations suivantes : origine, destination, itinéraire, heure, date, taille et durée de la communication ou type de service. Les « données relatives au contenu » ne sont pas définies dans la Convention, mais désignent le contenu informatif de la communication, c'est-à-dire le sens de la communication ou le message ou l'information transmis par la communication (autre que les données relatives au trafic).

210. De nombreux États établissent une distinction entre l'interception en temps réel de données relatives au contenu et la collecte en temps réel de données relatives au trafic du double point de vue des conditions juridiques devant être préalablement réunies pour autoriser une telle mesure d'enquête et des infractions au titre desquelles on peut recourir à cette mesure. Tout en admettant que les deux types de données peuvent mettre en jeu des intérêts de nature privée, beaucoup d'États considèrent, que dans le cas des données relatives au contenu, ces intérêts sont supérieurs du fait même de la nature du contenu ou du message de la communication. La collecte de données relatives au contenu peut donc faire l'objet de restrictions plus importantes que dans le cas des données relatives au trafic. Pour aider à apprécier cette distinction, la Convention, tout en constatant sur le plan opérationnel que les données sont collectées ou enregistrées dans les deux situations, désigne sur le plan normatif, dans les titres des articles, la collecte des données relatives au trafic sous l'appellation de 'collecte en temps réel' et la collecte des données relatives au contenu sous l'appellation d'"interception en temps réel'.

211. Dans certains États, la législation en vigueur ne fait aucune distinction entre la collecte de données relatives au trafic et l'interception de données relatives au contenu, soit parce qu'aucune distinction n'a été inscrite dans la loi en ce qui concerne les différences sur le plan des intérêts de nature privée, soit parce que les techniques de collecte concernant les deux mesures se ressemblent beaucoup. Ainsi les conditions juridiques à remplir pour autoriser l'application des mesures et les infractions au titre desquelles il peut être recouru à ces mesures sont-elles identiques. La Convention constate cette situation en faisant le même usage opérationnel de l'expression 'collecter ou enregistrer' dans le libellé des deux articles 20 et 21.

212. S'agissant de l'interception en temps réel des données relatives au contenu, la loi prévoit souvent que l'on ne peut recourir à cette mesure que dans le cadre d'une enquête ouverte sur une infraction grave ou une catégorie d'infractions graves. Le droit interne identifie souvent les infractions en question comme étant graves à ce titre en les faisant figurer dans une liste d'infractions à laquelle la mesure peut être appliquée ou en les faisant relever de cette catégorie en se référant à une certaine peine d'emprisonnement maximale dont l'infraction est punissable. Aussi, en ce qui concerne l'interception des données relatives au contenu, l'article 21 dispose expressément que les Parties ne sont tenues d'instaurer cette mesure qu'"en relation avec de graves infractions à définir dans le droit interne'.

213. En revanche, l'article 20, qui se rapporte à la collecte des données relatives au trafic, n'est pas assorti des mêmes limitations et s'applique en principe à toute infraction pénale visée par la Convention. Toutefois, le paragraphe 3 de l'article 14 dispose qu'une Partie peut

se réserver le droit de n'appliquer cette mesure qu'aux infractions ou catégories d'infractions spécifiées dans la réserve, pour autant que l'éventail de ces infractions ou catégories d'infractions ne soit pas plus réduit que celui des infractions auxquelles elle applique la mesure d'interception des données relatives au contenu. Néanmoins, la Partie qui fait pareille réserve doit envisager de la limiter de manière à permettre l'application la plus large possible de la mesure de collecte des données relatives au trafic.

214. Pour certains États, les infractions créées dans la Convention ne sont normalement pas considérées comme suffisamment graves pour donner lieu à l'interception des données relatives au contenu voire, dans certains cas, à la collecte des données relatives au trafic. Quoi qu'il en soit, ces techniques sont souvent essentielles pour l'enquête ouverte sur certaines des infractions créées dans la Convention, telles que celles qui impliquent un accès illicite aux systèmes informatiques, la diffusion de virus ou la pornographie infantine. Il arrive, par exemple, que la source de l'intrusion ou de la diffusion ne puisse pas être établie sans que l'on ait recours à la collecte en temps réel de données relatives au trafic. Dans certains cas, la nature de la communication ne peut être découverte sans interception en temps réel des données relatives au contenu. Ces infractions, par leur nature ou le mode de transmission utilisé, impliquent l'utilisation de technologies informatiques. La mise en oeuvre de moyens technologiques devrait donc être autorisée pour enquêter sur ces infractions. Toutefois, la question de l'interception des données relatives au trafic pouvant soulever des problèmes délicats, la Convention laisse la portée de cette mesure à l'appréciation du droit interne. Certains pays assimilant juridiquement la collecte de données relatives au trafic à l'interception des données relatives au contenu, une possibilité de réserve est autorisée pour restreindre l'applicabilité de la première mesure, mais cette applicabilité ne doit pas être réduite davantage que la mesure dans laquelle une Partie restreint l'interception en temps réel des données relatives au contenu. Néanmoins, les Parties devraient envisager d'appliquer les deux mesures aux infractions créées dans la Convention (section 1, chapitre II) afin d'offrir un moyen efficace aux autorités chargées d'enquêter sur ces infractions informatiques et infractions en relation avec l'ordinateur.

215. Les conditions et sauvegardes touchant les pouvoirs et procédures se rapportant à l'interception en temps réel des données relatives au contenu et à la collecte en temps réel des données relatives au trafic sont subordonnées aux articles 14 et 15. Étant donné que l'interception des données relatives au contenu est une mesure très intrusive sur le plan de la vie privée, il est nécessaire de mettre en place des mesures rigoureuses de sauvegarde pour garantir un équilibre approprié entre les intérêts de la justice et les droits fondamentaux de la personne humaine. Dans le domaine de l'interception, la présente Convention n'énonce pas de sauvegardes spécifiques si ce n'est qu'elle limite l'autorisation de l'interception des données relatives au contenu aux enquêtes ouvertes sur des infractions pénales graves définies dans le droit interne. Néanmoins, les conditions et sauvegardes importantes dans ce domaine, appliquées dans la législation nationale, sont les suivantes : supervision judiciaire ou autre mode de supervision indépendante; nécessité de désigner expressément les communications à intercepter ou les personnes concernées; nécessité, subsidiarité et proportionnalité (par exemple les conditions juridiques justifiant l'application de la mesure; l'inefficacité d'autres mesures moins intrusives); limitation de la durée de l'interception; droit de recours. Beaucoup de ces sauvegardes se situent dans la ligne de la Convention européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence ultérieure (voir les arrêts rendus dans les affaires *Klass* ⁽¹⁾, *Kruslin* ⁽²⁾, *Huvig* ⁽³⁾, *Malone* ⁽⁴⁾, *Halford* ⁽⁵⁾ et *Lambert* ⁽⁶⁾). Certaines de ces sauvegardes sont également applicables à la collecte en temps réel des données relatives au trafic.

(1) Arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Klass et autres c. Allemagne*, A28, 06/09/1978

(2) Arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Kruslin c. France*, 176-A, 24/04/1990.

(3) Arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Huvig c. France*, 176-B, 24/04/1990.

(4) Arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Malone c. Royaume-Uni*, A82, 02/08/1984.

(5) Arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Halford c. Royaume-Uni*, Rapports 1997 III, 25/06/1997.

(6) Arrêt rendu par la CEDH dans l'affaire *Lambert c. France*, Rapports 1998 V, 24/08/1998.

Collecte en temps réel des données relatives au trafic (article 20)

216. Souvent, les données relatives au trafic initiales peuvent ne plus être disponibles ou n'être plus utilisables parce que l'intrus a modifié le chemin de la communication. Il s'ensuit que la collecte en temps réel de données relatives au trafic est une importante mesure d'enquête. L'article 20 traite de la question de la collecte et de l'enregistrement en temps réel des données relatives au trafic aux fins d'enquêtes ou de procédures pénales spécifiques.

217. La collecte des données relatives au trafic concernant les télécommunications (par exemple les conversations téléphoniques) a toujours été un instrument d'enquête utile pour établir la source ou la destination (par exemple les numéros de téléphone) et des données connexes (comme l'heure, la date et la durée) concernant différents types de communications illégales (par exemple les menaces et actes d'intimidation criminels, les complots criminels et les allégations frauduleuses) et de communications donnant des preuves d'infractions passées ou futures (par exemple trafic de stupéfiants, meurtre et délits économiques).

218. Les communications informatiques peuvent constituer ou prouver les mêmes types d'actes criminels. Toutefois, comme la technologie informatique est capable de transmettre de grandes quantités de données – texte, images et sons –, elle offre de plus vastes possibilités de commettre des infractions mettant en jeu la diffusion de contenu illégal (par exemple de la pornographie enfantine). De même, comme les ordinateurs peuvent stocker de grandes quantités de données, qui ont souvent un caractère privé, le risque de causer un préjudice – économique, social ou personnel – peut être important si l'intégrité de ces données est compromise. En outre, comme la science informatique repose sur le traitement de données, que celles-ci soient un produit final ou qu'elles soient un élément d'une fonction opérationnelle (comme l'exécution de programmes informatiques), toute ingérence dans ces données peut avoir des conséquences désastreuses sur le bon fonctionnement des systèmes informatiques. En cas de diffusion illicite de pornographie enfantine, d'accès illégal à un système informatique, d'entrave au bon fonctionnement du système informatique ou d'atteinte à l'intégrité des données, il est absolument indispensable, surtout si l'infraction est commise à distance, par exemple par le biais de l'Internet, de reconstituer le chemin suivi par les communications entre la victime et l'auteur de l'infraction. On constate ainsi que la capacité de collecter des données relatives au trafic concernant les communications informatiques est tout aussi importante, sinon plus importante, qu'en ce qui concerne les télécommunications classiques. Cette technique d'enquête permet d'effectuer des rapprochements entre l'heure, la date et la source et la destination des communications du suspect et l'heure des intrusions dans les systèmes des victimes, d'identifier d'autres victimes ou d'établir des liens avec des complices.

219. En vertu de cet article, les données relatives au trafic doivent être associées à des communications spécifiques transmises sur le territoire de la Partie concernée. On parle de 'communications' précises au pluriel car il peut s'avérer nécessaire de collecter des données relatives au trafic concernant plusieurs communications pour établir la source ou la destination humaines (par exemple dans une famille où plusieurs personnes utilisent les mêmes moyens de télécommunications, il peut être nécessaire d'établir une corrélation entre plusieurs communications et la possibilité pour chaque personne d'utiliser le système informatique). Toutefois, les communications au titre desquelles les données relatives au trafic peuvent être collectées ou enregistrées doivent être spécifiées. Il s'ensuit que la Convention ne requiert ni n'autorise la surveillance et la collecte générales ou systématiques de quantités importantes de données relatives au trafic. Elle n'autorise pas non plus les «missions exploratoires» à la faveur desquelles on espère découvrir des activités criminelles, situation très différente des enquêtes ouvertes sur des cas précis d'agissements illicites. L'ordonnance judiciaire ou autre autorisant la collecte doit préciser les communications auxquelles se rapporte la collecte des données relatives au trafic en question.

220. Sans préjudice du paragraphe 2, les Parties sont tenues, en application du paragraphe 1.a), de veiller à ce que leurs autorités compétentes aient la capacité de collecter ou d'enregistrer des données relatives au trafic par l'application de moyens techniques. L'article ne précise les moyens technologiques à mettre en oeuvre pour procéder à cette collecte et ne définit aucune obligation en termes techniques.

221. En outre, en application du paragraphe 1.b), les Parties sont tenues de veiller à ce que leurs autorités compétentes soient habilitées à obliger un fournisseur de services à collecter ou enregistrer des données relatives au trafic ou à leur prêter coopération et assistance pour la collecte ou l'enregistrement de ces données. Cette obligation imposée aux fournisseurs de services n'est applicable que dans la mesure où la collecte ou l'enregistrement, ou la coopération et l'assistance, reste dans le cadre des capacités techniques existantes du fournisseur de services. L'article n'oblige pas les fournisseurs de services à garantir qu'ils ont les capacités techniques de procéder à la collecte ou à l'enregistrement ou de prêter coopération et assistance. Il ne leur impose pas d'acquérir ou de mettre au point de nouveaux équipements, d'engager un expert chargé de les aider, ou de procéder à une reconfiguration onéreuse de leurs systèmes. Toutefois, si leurs systèmes et leur personnel ont actuellement les capacités techniques nécessaires pour procéder à cette collecte ou à cet enregistrement ou prêter coopération et assistance à cette fin, l'article les oblige à prendre les mesures nécessaires pour mettre en oeuvre ces capacités. Ainsi, par exemple, il se pourrait que le système soit configuré d'une manière qui permettrait de prendre ces mesures ou que le fournisseur de services ait déjà en sa possession les programmes informatiques lui permettant de le faire, mais que ces mesures ne soient pas habituellement appliquées ni ces programmes utilisés dans le cadre des activités normales du fournisseur de services. En pareil cas, l'article imposerait à ce dernier de mettre en oeuvre ou sous tension ces dispositifs, en application des dispositions légales.

222. Comme il s'agit d'une mesure à appliquer au niveau national, les mesures sont appliquées à la collecte ou à l'enregistrement de communications précises transmises sur le territoire de la Partie concernée. Ainsi, dans la pratique, les obligations sont-elles généralement applicables lorsque le fournisseur de service dispose de certaines infrastructures ou de certains équipements sur ce territoire capables d'appliquer les mesures en question, même si ces infrastructures ou équipements se trouvent implantés dans un endroit autre que celui où il exerce son activité principale ou a son siège social. Aux fins de la Convention, une communication est réputée transmise sur le territoire d'une Partie si l'un des deux correspondants (qui sont des êtres humains ou des ordinateurs) se trouve sur ce territoire ou si le matériel informatique ou de télécommunication par le biais duquel la communication est transmise se trouve sur ce territoire.

223. D'une façon générale, les deux possibilités existantes de collecte des données relatives au trafic visées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 ne sont pas alternatives. A l'exception des dispositions du paragraphe 2, une Partie doit veiller à ce que les deux mesures soient appliquées. C'est indispensable car, si un fournisseur de services n'a pas les capacités techniques de procéder à la collecte ou à l'enregistrement des données relatives au trafic [1.b)], les autorités chargées de l'application de la loi de la Partie en question doivent alors avoir la possibilité de s'en charger elles-mêmes [1.a)]. De même, l'obligation visée au paragraphe 1. b) ii) selon laquelle le fournisseur de services doit prêter aux autorités compétentes coopération et assistance pour la collecte ou l'enregistrement des données relatives au trafic n'aurait aucun sens si ces autorités n'étaient pas habilitées à collecter ou enregistrer elles-mêmes les données en question. De plus, dans le cas de certains réseaux locaux dans lequel il se peut qu'aucun fournisseur de services ne soit concerné, la seule façon de réaliser la collecte ou l'enregistrement des données consisterait pour les autorités chargées de l'enquête à y procéder elles-mêmes. Les deux mesures prévues aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 n'ont pas à être appliquées dans tous les cas, mais l'article exige que les deux méthodes soient disponibles.

224. Toutefois, cette double obligation a créé des difficultés pour certains États dans lesquels les autorités chargées de l'application de la loi ne peuvent intercepter des données dans des systèmes de télécommunications qu'avec le concours d'un fournisseur de services ou ne peuvent le faire de façon subreptice, sans qu'au moins le fournisseur de services en ait connaissance. Une telle situation est prise en considération au paragraphe 2. Lorsqu'une Partie, en raison des 'principes établis de son ordre juridique interne', ne peut adopter les mesures énoncées au paragraphe 1.a), elle peut, au lieu de celles-ci, adopter une approche différente, consistant par exemple à n'obliger les fournisseurs de services qu'à fournir les équipements techniques nécessaires pour que les autorités chargées de l'application de la loi puisse collecter en temps réel les données relatives au trafic. En pareil cas, toutes les autres limitations concernant le territoire, la spécificité des communications et la mise en oeuvre des moyens techniques restent applicables.

225. Comme l'interception en temps réel des données relatives au contenu, la collecte en temps réel des données relatives au trafic n'est efficace que si elle est effectuée à l'insu des personnes faisant l'objet d'une enquête. Subreptice par nature, l'interception doit être effectuée d'une manière telle que les correspondants n'aient pas conscience de l'opération. Les fournisseurs de services et leurs employés qui sont au courant doivent donc être tenus de garder le secret pour que la procédure puisse être efficace.

226. Le paragraphe 3 fait obligation aux Parties d'adopter les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour obliger un fournisseur de services à garder la confidentialité quant au fait que l'une ou l'autre des mesures prévues dans le présent article concernant la collecte en temps réel des données relatives au trafic a été appliquée ainsi que toute information à ce sujet. Cette disposition non seulement garantit la confidentialité de l'enquête, mais décharge le fournisseur de services de toute obligation contractuelle ou de toute autre obligation juridique d'aviser ses abonnés que des données les concernant sont collectées. La mise en oeuvre du paragraphe 3 peut donner lieu à l'instauration d'obligations explicites en droit interne. D'un autre côté, une Partie peut être en mesure d'assurer la confidentialité de la mesure en se fondant sur d'autres dispositions du droit interne, telles que le pouvoir de poursuivre pour entrave à la bonne marche de la justice les personnes qui aident les délinquants en les informant de la mesure dont ils font l'objet. Il est préférable d'instaurer une règle de confidentialité (assortie d'une sanction effective en cas de violation), mais il est aussi possible de recourir aux entraves à la bonne marche de la justice pour prévenir toute divulgation intempestive, ce qui est suffisant pour la mise en oeuvre de ce paragraphe. Lorsque des obligations expresses de confidentialité sont créées, elles doivent être subordonnées aux conditions et sauvegardes prévues aux articles 14 et 15. Vu la nature subreptice de la mesure d'enquête, ces sauvegardes ou conditions devraient fixer une durée maximale raisonnable pour l'obligation.

227. Comme on l'a vu plus haut, on considère généralement que l'intérêt de nature privée est moindre en ce qui concerne la collecte des données relatives au trafic que dans le cas de l'interception des données relatives au contenu. En effet, les données relatives au trafic concernant l'heure, la durée ou la taille de la communication ne révèlent guère d'informations de caractère personnel sur un individu ou sa façon de penser. En revanche, les données concernant la source ou la destination d'une communication (par exemple les sites Web visités) peuvent soulever des questions plus délicates au regard du droit au respect de la vie privée. La collecte de ces données peut, dans certaines situations, permettre d'établir une description des intérêts de la personne concernée, des personnes qui lui sont associées et du cadre social dans lequel elle évolue. Les Parties devraient en tenir compte au moment d'instaurer les sauvegardes appropriées et les conditions juridiques préalables à l'application de ces mesures, conformément aux articles 14 et 15.

Interception de données relatives au contenu (article 21)

228. La collecte de données relatives au contenu des télécommunications (comme les conversations téléphoniques) a toujours été un instrument d'enquête utile pour déterminer si la communication a un caractère illégal (par exemple, une menace ou un acte d'intimidation criminel, un complot criminel ou des allégations frauduleuses) et apporter la preuve d'infractions passées ou futures (comme le trafic de stupéfiants, le meurtre ou les délits économiques). Les communications informatiques peuvent constituer ou prouver les mêmes types d'actes criminels. Toutefois, comme la technologie informatique est capable de transmettre de grandes quantités de données – texte, images et sons –, elle offre de plus vastes possibilités de commettre des infractions mettant en jeu la diffusion de contenu illégal (par exemple de la pornographie infantile). La commission de nombreuses infractions informatiques suppose la transmission ou la communication de données; c'est le cas des communications envoyées pour accéder de façon illicite à un système informatique ou de la diffusion de virus informatiques. Il n'est pas possible de déterminer en temps réel la nature préjudiciable et illégale de ces communications sans intercepter le contenu du message. Si elles ne pouvaient pas établir et prévenir la commission d'infractions au moment où elles ont eu lieu, les autorités chargées de l'application de la loi en seraient réduites à enquêter sur des infractions révolues, dans le cas desquelles le préjudice a déjà été causé. On voit que l'interception en temps réel des données relatives au contenu des communications informatiques est au moins, sinon plus importante que l'interception en temps réel des télécommunications.

229. Par « données relatives au contenu », il faut entendre le contenu informatif de la communication, c'est-à-dire le sens de la communication, ou le message ou l'information véhiculés par la communication. Il s'agit de tout ce qui est transmis dans le cadre de la communication en dehors des données relatives au trafic.

230. La plupart des éléments de cet article sont identiques à ceux de l'article 20. En conséquence, les commentaires ci-dessus concernant la collecte ou l'enregistrement des données relatives au trafic, l'obligation de prêter coopération et assistance et l'obligation de confidentialité s'appliquent de la même façon à l'interception des données relatives au contenu. Étant donné que les données relatives au contenu soulèvent davantage de questions au regard du droit au respect de la vie privée, la mesure d'enquête est limitée à « de graves infractions à définir dans le droit interne ».

231. De même, comme indiqué dans les commentaires ci-dessus concernant l'article 20, les conditions et sauvegardes applicables à l'interception en temps réel des données relatives au contenu peuvent être plus rigoureuses que celles qui s'appliquent à la collecte en temps réel des données relatives au trafic ou à la perquisition et à la saisie, ainsi qu'à tout autre moyen d'accès et d'obtention des données stockées.

Section 3 – Compétence

Compétence (article 22)

232. Cet article établit une série de critères en vertu desquels les Parties contractantes sont tenues d'établir leur compétence relativement aux infractions pénales visées aux articles 2 à 11 de la Convention.

233. Le paragraphe 1 *lettre a* s'appuie sur le principe de territorialité. Chaque Partie est tenue de punir la commission d'infractions établies dans la Convention lorsqu'elles sont commises sur son territoire. Ainsi, par exemple, une Partie pourrait revendiquer une compétence territoriale dans le cas où la personne responsable de l'attaque commise contre un système informatique et le système victime de l'attaque se trouvent tous deux sur son territoire, et dans celui où le système informatique attaqué se trouve sur son territoire, même si l'auteur de l'attaque ne s'y trouve pas.

234. La possibilité d'inclure une disposition obligeant chaque Partie à établir sa compétence relativement à des infractions impliquant des satellites immatriculés dans cette Partie a été examinée. Les auteurs ont décidé qu'une telle disposition était inutile car les communications illicites impliquant des satellites ne pouvaient provenir que de la Terre et/ou être reçues sur la Terre. L'un des fondements de la compétence d'une Partie énoncés au paragraphe 1 *lettre a* à *c* s'appliquerait si la transmission provient de l'un des lieux qui y sont cités ou y aboutit. De plus, dans la mesure où l'infraction impliquant une communication par satellite est commise par un ressortissant de l'une des Parties sans relever de la compétence territoriale d'un quelconque État, le paragraphe 1 *lettre d* établit une compétence. Enfin, les auteurs se sont demandé si l'immatriculation était un fondement approprié pour établir une compétence pénale dans la mesure où, bien souvent, il n'existe pas de lien véritable entre l'infraction commise et l'État d'immatriculation puisque un satellite n'est qu'un simple moyen de transmission.

235. Les *lettres b et c* du paragraphe 1 s'appuient sur une variante du principe de territorialité. Ces dispositions imposent à chaque Partie d'établir sa compétence relativement à des infractions commises à bord de navires battant son pavillon ou d'aéronefs immatriculés dans cette Partie. Cette obligation est déjà en vigueur dans la législation de nombreux États car ces navires et aéronefs sont souvent considérés comme une extension du territoire de l'État. Ce type de compétence est très utile lorsque le navire ou l'aéronef ne se trouvent pas sur le territoire de la Partie au moment où l'infraction est commise, le paragraphe 1 *lettre a* ne pouvant alors servir à établir la compétence. Si l'infraction est commise à bord d'un navire ou d'un aéronef se trouvant en dehors du territoire de l'État du pavillon ou d'immatriculation, il se pourrait qu'aucun autre État ne puisse exercer sa compétence si cette règle n'existait pas. En outre, si une infraction est commise à bord d'un navire ou d'un aéronef qui ne fait qu'emprunter les eaux ou l'espace aérien d'un autre État, ce dernier État peut rencontrer des obstacles concrets importants à l'exercice de sa compétence; il est alors utile que l'État d'immatriculation puisse également exercer sa compétence.

236. Le paragraphe 1, *lettre d* s'appuie sur le principe de nationalité. La théorie de la nationalité est le plus souvent invoquée par les États de tradition civiliste. Elle dispose que les ressortissants d'un État sont tenus de se conformer au droit interne même lorsqu'ils se trouvent en dehors de son territoire. En vertu de la *lettre d*, si un ressortissant commet une infraction à l'étranger, la Partie est tenue d'avoir la possibilité d'engager les poursuites correspondantes si l'infraction est également punissable en vertu du droit de l'État dans lequel elle a été commise ou si l'infraction ne relève de la compétence territoriale d'aucun État.

237. Le paragraphe 2 permet aux Parties de formuler une réserve à l'égard des règles de compétence définies au paragraphe 1, *lettres b, c et d*. Toutefois, aucune réserve n'est autorisée en ce qui concerne l'établissement de la compétence territoriale visée à la *lettre a* ou l'obligation d'établir la compétence dans les affaires relevant du principe « *aut dedere aut judicare* » (extrader ou poursuivre) visé au paragraphe 3, c'est-à-dire lorsque cette Partie a refusé d'extrader l'auteur présumé de l'infraction au titre de sa nationalité et que celui-ci est présent sur son territoire. La compétence établie en vertu du paragraphe 3 est nécessaire pour garantir que la Partie qui refuse d'extrader un ressortissant ait la possibilité juridique d'ouvrir une enquête et d'engager des poursuites sur son territoire, si la Partie ayant sollicité l'extradition conformément aux dispositions du paragraphe 6 de l'article 24, « Extradition », de la Convention le lui demande.

238. Les règles de compétence énoncées au paragraphe 1 ne sont pas exclusives. Le paragraphe 4 de cet article autorise les parties à établir, conformément à leur droit interne, d'autres types de compétence pénale.

239. Dans le cas d'infractions commises au moyen de systèmes informatiques, il peut arriver que plusieurs Parties aient compétence à l'égard de certaines ou de toutes les personnes ayant participé à la commission d'une infraction donnée. Ainsi, par exemple, un grand nombre d'attaques par des virus, d'escroqueries et d'atteintes à la propriété intellectuelle commises par le moyen de l'Internet ont pour cibles des victimes se trouvant dans de nombreux États. Afin d'éviter tout chevauchement d'activités, tout désagrément inutile aux témoins, toute concurrence entre les services de répression des États concernés ou afin de renforcer à d'autres égards l'efficacité ou l'équité des procédures, les Parties concernées doivent se consulter afin de décider quelle est la juridiction la mieux à même d'exercer les poursuites. Dans certains cas, les États ont tout intérêt, pour des raisons d'efficacité, à choisir un lieu de poursuite unique; dans d'autres, le mieux est qu'un État poursuive certains participants, tandis qu'un autre État ou plusieurs autres États poursuivent d'autres participants. Ce paragraphe permet de recourir à l'une ou l'autre solution. Enfin, l'obligation de consultation n'est pas absolue, mais la consultation doit avoir lieu « lorsque cela est opportun ». Ainsi, par exemple, si l'une des Parties sait que la consultation n'est pas nécessaire (par exemple lorsqu'elle a reçu confirmation que l'autre partie n'envisage pas d'engager des poursuites), ou qu'une partie estime que la consultation pourrait nuire à l'enquête qu'elle a ouverte ou à la procédure qu'elle a engagée, elle peut repousser ou refuser cette consultation.

Chapitre III – Coopération internationale

240. Le chapitre III contient un certain nombre de dispositions relatives à l'extradition et à l'entraide judiciaire entre les Parties.

Section 1 – Principes généraux

Titre 1 – Principes généraux relatifs à la coopération internationale

Principes généraux relatifs à la coopération internationale (article 23)

241. L'article 23 énonce trois principes généraux devant régir la coopération internationale prévue au chapitre III.

242. En premier lieu, l'article précise que les Parties doivent coopérer les unes avec les autres « dans la mesure la plus large possible ». Ce principe fait obligation aux Parties de coopérer largement les unes avec les autres et de réduire autant que faire se peut les obstacles à la circulation rapide et sans problème, au plan international, de l'information et des preuves.

243. Ensuite, l'article 23 énonce la portée générale de l'obligation de coopérer : la coopération doit s'étendre à toutes les infractions pénales liées à des systèmes et données informatiques (c'est-à-dire les infractions visées par l'article 14, paragraphe 2, *lettres a et b*), ainsi qu'à la collecte de preuves sous forme électronique se rapportant à une infraction pénale. En d'autres termes, les clauses du chapitre III sont applicables soit aux situations où l'infraction est commise à l'aide d'un système informatique, soit à celles où une infraction ordinaire, non commise à l'aide d'un système informatique (par exemple un meurtre), donne lieu à la collecte de preuves sous forme électronique. Toutefois, il convient de noter que les articles 24 (extradition), 33 (entraide dans la collecte en temps réel de données relatives au trafic) et 34 (entraide en matière d'interception de données relatives au contenu) autorisent les Parties à modifier le champ d'application de ces mesures.

244. Enfin, cette coopération doit être mise en oeuvre à la fois « conformément aux dispositions du présent chapitre » et « en application des instruments internationaux pertinents sur la coopération internationale en matière pénale, des arrangements établis sur la base des législations uniformes ou réciproques et [du] droit national ». Cette dernière clause établit le principe général suivant lequel les dispositions du chapitre III n'annulent ni ne remplacent les dispositions des instruments internationaux sur l'entraide judiciaire et l'extradition, les arrangements réciproques entre les Parties à ces instruments (sur lesquels on reviendra en détail dans l'analyse de l'article 27 ci-après) ou les dispositions pertinentes du droit national relatives à la coopération internationale. Ce principe de base est expressément renforcé dans les articles 24 (extradition), 25 (principes généraux relatifs à l'entraide), 26 (information spontanée), 27 (procédures relatives aux demandes d'entraide en l'absence d'accords internationaux applicables), 28 (confidentialité et restriction d'utilisation), 31 (entraide concernant l'accès aux données stockées), 33 (entraide dans la collecte en temps réel de données relatives au trafic) et 34 (entraide en matière d'interception de données relatives au contenu).

Titre 2 – Principes relatifs à l'extradition

Extradition (article 24)

245. Le paragraphe 1 précise que l'obligation d'extrader ne s'applique qu'aux infractions définies conformément aux articles 2 à 11 de la Convention qui sont punissables dans la législation des deux Parties concernées par une peine privative de liberté pour une période maximale d'au moins un an ou par une peine plus sévère. Les auteurs ont décidé de prévoir une peine minimale car, en vertu de la Convention, les Parties peuvent punir certaines des infractions d'une peine maximale d'emprisonnement relativement courte (comme dans le cas de l'article 2 – accès illégal – et de l'article 4 – atteinte à l'intégrité des données). Les auteurs n'ont donc pas jugé bon de requérir que chacune des infractions établies aux articles 2 à 11 soit considérée *ipso facto* comme pouvant donner lieu à extradition. En conséquence, ils se sont entendus sur une disposition suivant laquelle une infraction doit être considérée comme pouvant donner lieu à extradition si – comme indiqué dans l'article 2 de la Convention européenne d'extradition (STE n° 24) – la peine maximale pouvant être imposée dans le cas d'une infraction dont l'auteur faisait l'objet d'une demande d'extradition était d'au moins un an d'emprisonnement. La question de savoir si une infraction peut ou non donner lieu à extradition n'est pas liée à la peine effectivement imposée dans chaque cas d'espèce, mais plutôt à la période maximale pouvant légalement être imposée dans le cas de l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée.

246. D'un autre côté, en application du principe général selon lequel la coopération internationale prévue au chapitre III doit être mise en oeuvre conformément aux dispositions des instruments en vigueur entre les Parties, le paragraphe 1 prévoit également que lorsqu'un traité d'extradition ou un arrangement établi sur la base des législations uniformes ou réciproques est en vigueur entre deux ou plusieurs Parties (voir l'analyse de cette expression dans le passage consacré à l'article 27 ci-après) et que ce texte prévoit, pour qu'il y ait extradition, une peine minimale différente, c'est la peine minimale prévue par le traité ou l'arrangement en question qui s'applique. Ainsi, par exemple, de nombreux traités d'extradition passés entre des pays européens et des pays non européens prévoient qu'une infraction ne peut donner lieu à extradition que si la peine maximale est une peine d'emprisonnement d'une durée *supérieure* à un an ou que la peine est plus sévère. En pareil cas, les spécialistes de l'extradition continueront d'appliquer la peine minimale normalement prévue par leur pratique conventionnelle afin de déterminer si une infraction peut donner lieu à extradition. Même en vertu de la Convention européenne d'extradition (STE n° 24), les réserves peuvent prévoir une peine minimale différente pour l'extradition. Dans les situations impliquant des Parties à cette Convention, lorsqu'une Partie ayant formulé une telle réserve reçoit une demande d'extradition, il convient de se fonder sur la peine prévue dans la réserve pour déterminer si l'infraction peut donner lieu à extradition.

247. Le paragraphe 2 dispose que les infractions décrites au paragraphe 1 doivent être considérées comme des infractions pouvant donner lieu à extradition dans tout traité d'extradition existant ou pouvant être conclu entre les Parties et doivent être incluses dans les traités qu'elles pourraient négocier entre elles à l'avenir. Cela ne veut pas dire que l'extradition doit être accordée chaque fois qu'une demande en ce sens est présentée, mais plutôt que la possibilité de faire droit à une demande d'extradition visant des personnes ayant commis ce type d'infraction doit exister. En vertu du paragraphe 5, les Parties peuvent soumettre l'extradition à d'autres conditions.

248. En application du paragraphe 3, une Partie qui n'accorderait pas l'extradition, soit parce qu'elle n'a pas conclu de traité d'extradition avec la Partie requérante, soit parce que le traité existant ne permet pas de faire droit à une demande présentée au titre de l'une des infractions établies conformément à cette Convention, peut considérer celle-ci comme fondement juridique pour remettre la personne dont l'extradition est demandée, bien qu'elle n'y soit pas tenue.

249. Lorsqu'une Partie, au lieu de s'en remettre à un traité d'extradition, se prévaut d'un texte réglementaire général pour procéder à l'extradition, elle est tenue, conformément au paragraphe 4, d'inclure les infractions mentionnées au paragraphe 1 parmi celles au regard desquelles l'extradition est possible.

250. Le paragraphe 5 prévoit que la Partie requise n'est pas tenue d'extrader si elle estime que les conditions prévues par le traité en vigueur ou le droit interne ne sont pas remplies. C'est un autre exemple du principe selon lequel la coopération doit être mise en oeuvre conformément aux dispositions des instruments internationaux en vigueur entre les Parties, des arrangements établis sur la base des législations uniformes ou réciproques ou du droit national. Ainsi, par exemple, les conditions et restrictions énoncées dans la Convention européenne d'extradition (STE N° 24) et ses Protocoles additionnels (STE N° 86 et 98) s'appliquent aux Parties à ces instruments, lesquelles peuvent refuser l'extradition sur cette base (par exemple, l'article 3 de la Convention européenne d'extradition prévoit que l'extradition ne sera pas accordée si l'infraction est considérée comme une infraction politique ou si la demande est réputée avoir été faite aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des raisons tenant, entre autres, à sa race, à sa religion, à sa nationalité ou à ses opinions politiques).

251. Le paragraphe 6 applique le principe « *aut dedere aut judicare* » (extrader ou poursuivre). Étant donné que beaucoup d'États refusent d'extrader leurs ressortissants, les auteurs d'infractions qui se trouvent sur le territoire de la Partie dont ils ont la nationalité peuvent éviter d'avoir à répondre d'une infraction commise dans une autre Partie à moins que les autorités locales ne soient obligées d'intervenir. En application du paragraphe 6, si une autre Partie a demandé l'extradition du délinquant et que celle-ci a été refusée parce que la personne en question est un ressortissant de la Partie requise, cette dernière doit, à la demande de la Partie requérante, soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites. Si la Partie dont la demande d'extradition a été rejetée ne demande pas que l'affaire soit soumise à ces autorités aux fins d'enquête et de poursuites, la partie requise n'est pas tenue d'intervenir. De plus, si aucune demande d'extradition n'a été présentée ou que l'extradition a été refusée pour une raison autre que la nationalité, ce paragraphe ne fixe pour la Partie requise aucune obligation de saisir les autorités locales aux fins de poursuites. En outre, le paragraphe 6 impose que l'enquête et les poursuites locales soient menées avec célérité; elles doivent l'être avec le même sérieux que « pour toute autre infraction de nature comparable » qui serait instruite dans la Partie saisissant ses autorités. Cette Partie rend compte de l'issue de l'enquête et de la procédure à la Partie requérante.

252. Afin que chaque Partie sache à qui adresser ses demandes d'arrestation provisoire ou d'extradition, le paragraphe 7 oblige les Parties, en l'absence de traité, à communiquer au Secrétaire général du Conseil de l'Europe le nom et l'adresse de leurs autorités responsables de l'envoi ou de la réception des demandes d'extradition ou d'arrestation provisoire. L'application de cette disposition est limitée aux cas où aucun traité n'a été conclu entre les Parties concernées. En effet, si un traité d'extradition bilatéral ou multilatéral est en vigueur

entre les Parties (tel que le STE N° 24), celles-ci savent à qui adresser les demandes d'extradition ou d'arrestation provisoire sans qu'il soit besoin de tenir le registre des autorités concernées. La communication au Secrétaire général doit être faite au moment de la signature ou du dépôt par la Partie de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Il convient de noter que la désignation d'une autorité n'exclut pas la possibilité de recourir à la voie diplomatique.

Titre 3 – Principes généraux relatifs à l'entraide

Principes généraux relatifs à l'entraide (article 25)

253. Les principes généraux régissant l'obligation d'entraide sont énoncés au paragraphe 1. L'entraide « la plus large possible » doit être accordée. De la sorte, comme à l'article 23 (« Principes généraux relatifs à la coopération internationale »), l'entraide doit en principe être étendue et les entraves dont elle peut faire l'objet doivent être strictement limitées. En second lieu, comme à l'article 23, l'obligation de coopérer s'applique en principe à la fois aux infractions pénales liées à des systèmes et des données informatiques (c'est-à-dire aux infractions visées à l'article 14, paragraphe 2, *lettres a et b*) et à la collecte de preuves sous forme électronique se rapportant à une infraction pénale. Il a été décidé d'imposer une obligation de coopérer au titre de cette vaste catégorie d'infractions car il y a lieu de rationaliser les mécanismes de la coopération internationale dans ces deux domaines. Toutefois, les articles 34 et 35 autorisent les Parties à modifier le champ d'application de ces mesures.

254. D'autres dispositions du présent chapitre précisent que l'obligation de s'accorder l'entraide doit généralement être remplie conformément aux clauses des traités, lois et accords d'entraide applicables. En vertu du paragraphe 2, chaque Partie est tenue de mettre en place les fondements juridiques qui lui permettront d'accorder les formes spécifiques de coopération décrites dans la suite du chapitre, si ses traités, lois et accords ne contiennent pas déjà des dispositions de ce genre. L'existence de ces mécanismes, en particulier de ceux dont il est question dans les articles 29 à 35 (Dispositions spécifiques – Titres 1, 2, 3), est indispensable à l'organisation d'une coopération efficace dans les affaires pénales en relation avec l'ordinateur.

255. Certaines Parties n'auront pas besoin d'adopter de mesures législatives particulières afin d'appliquer les dispositions visées au paragraphe 2, car les clauses des traités internationaux qui instituent des régimes détaillés d'entraide sont considérés comme ayant automatiquement force de loi. On compte que les Parties soit pourront considérer ces dispositions comme ayant automatiquement force de loi, soit disposeront déjà d'une législation d'entraide suffisamment souple pour leur permettre de s'acquitter des mesures d'entraide instituées en application de ce chapitre, soit pourront adopter rapidement les mesures législatives nécessaires à cette fin.

256. Les données informatiques sont très volatiles. Il suffit de presser sur quelques touches ou d'utiliser un programme automatique pour les effacer, ce qui rend impossible de remonter jusqu'à l'auteur d'une infraction ou détruit les preuves de sa culpabilité. Certains types de données ne sont stockés que pour de courtes périodes avant d'être détruites. Dans d'autres cas, si des preuves ne sont pas recueillies rapidement, des personnes ou des biens peuvent subir un préjudice important. Dans des situations aussi urgentes, la demande comme la réponse doivent être rapides. L'objet du paragraphe 3 consiste donc à faciliter l'accélération du processus visant à garantir l'entraide pour éviter que des informations ou des preuves essentielles ne soient perdues parce qu'elles auraient été effacées avant qu'une demande d'entraide n'ait pu être préparée et transmise et qu'une réponse n'ait pu être reçue. Le paragraphe 3 atteint ce résultat 1) en autorisant les Parties à présenter, en cas d'urgence, une demande de coopération par des moyens rapides de communication, et non par les moyens classiques beaucoup plus lents de transmission de documents écrits sous pli cacheté par la valise diplomatique ou par la poste; et 2) en imposant à la Partie requise de répondre à une telle demande par des moyens rapides de communication. Chaque Partie est tenue de se donner les moyens d'appliquer cette mesure si elle n'est pas déjà prévue dans

ses traités, lois ou accords d'entraide. La télécopie et le courrier électronique sont mentionnés à titre purement indicatif : tout autre moyen rapide de communication, adapté aux circonstances de l'espèce, peut être utilisé. Les progrès technologiques pourront offrir d'autres moyens rapides de communication qui pourront servir à faire une demande d'entraide. S'agissant de la règle concernant les conditions d'authenticité et de sécurité, les Parties peuvent arrêter d'un commun accord les modalités d'authentification des communications et les garanties de sécurité spéciales (y compris le cryptage) qui pourraient s'avérer nécessaires dans des affaires particulièrement délicates. Enfin, le paragraphe autorise la Partie requise à exiger une confirmation officielle ultérieure, à transmettre par les voies classiques.

257. Le paragraphe 4 énonce le principe général selon lequel l'entraide est soumise aux conditions fixées par les traités d'entraide et les dispositions du droit interne. Ces régimes garantissent les droits des personnes se trouvant sur le territoire de la Partie requise pouvant faire l'objet d'une demande d'entraide. Ainsi, par exemple, une mesure intrusive telle qu'une opération de perquisition et de saisie n'est exécutée au nom d'une Partie requérante que si la Partie requise a la certitude que les conditions nécessaires à la prise d'une telle mesure dans une affaire intérieure ont été remplies. Les Parties peuvent également garantir la protection des droits des personnes en ce qui concerne les objets saisis et fournis par la voie de l'entraide judiciaire.

258. Toutefois, le paragraphe 4 ne s'applique pas en cas de « disposition contraire expressément prévue dans le présent chapitre ». Cette clause vise à indiquer que la Convention contient plusieurs dérogations importantes au principe général. La première de ces dérogations découle du paragraphe 2 du présent article, en vertu duquel chaque Partie est tenue d'accorder les formes de coopération énoncées dans les autres articles du chapitre (telles que la conservation, la collecte en temps réel de données, la perquisition et la saisie et la gestion d'un réseau 24/7), indépendamment de la question de savoir si ces mesures sont déjà inscrites dans ses traités d'entraide, ses arrangements équivalents ou sa législation en matière d'entraide. On trouve une autre dérogation à l'article 27 qui est toujours applicable à l'exécution de requêtes à la place d'une disposition du droit interne de la Partie requise régissant la coopération internationale en l'absence d'un traité d'entraide ou arrangement équivalent entre la Partie requérante et la Partie requise. L'article 27 présente un système de conditions et de motifs de refus. En vertu d'une autre dérogation, expressément prévue au paragraphe 4 de l'article 26, la Partie requise ne peut pas refuser l'entraide au moins en ce qui concerne les infractions établies conformément aux articles 2 – 11 de la Convention, au motif que la requête porte sur une infraction qu'elle considère comme de nature « fiscale ». Enfin, l'article 29 est une dérogation en ce sens qu'il dispose que la conservation ne peut pas être refusée pour des raisons tenant à la double incrimination, bien qu'il prévoie la possibilité de formuler une réserve à ce sujet.

259. Pour l'essentiel, le paragraphe 5 donne une définition de la double incrimination aux fins de l'entraide au sens de ce chapitre. Lorsque la Partie requise est autorisée à subordonner l'entraide à l'existence d'une double incrimination (par exemple lorsqu'elle s'est réservé le droit d'exiger la double incrimination comme condition pour exécuter une requête de conservation des données en application du paragraphe 4 de l'article 29, « Conservation rapide de données informatiques stockées »), cette condition sera considérée comme satisfaite si le comportement constituant l'infraction en relation avec laquelle l'entraide est requise est également qualifié d'infraction pénale par le droit interne de la Partie requise, même si ledit droit interne classe l'infraction dans une catégorie d'infractions différente ou la désigne en utilisant une terminologie différente. Cette disposition a été jugée nécessaire afin de garantir que les parties requises ne recourent pas à un critère trop rigide lorsqu'elles appliquent la double incrimination. Étant donné les différences entre les ordres juridiques nationaux, on ne s'étonnera pas de constater des différences de terminologie et de classement des comportements criminels. Si le comportement constitue une infraction pénale dans les deux ordres juridiques, ces différences d'ordre technique ne devraient pas empêcher l'octroi de l'entraide. Dans les affaires auxquelles le critère de la double incrimination est applicable, il devrait l'être d'une façon souple, de nature à faciliter l'octroi de l'assistance.

Information spontanée (article 26)

260. Cet article a été établi sur la base de dispositions d'instruments antérieurs du Conseil de l'Europe telles que l'article 10 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et la confiscation des produits du crime (STE n° 141) et l'article 28 de la Convention pénale sur la corruption (STE n° 173). Il arrive de plus en plus souvent qu'une partie possède des informations précieuses dont elle estime qu'elles pourraient présenter un intérêt pour l'enquête ou la procédure ouverte ou engagée dans une autre Partie et dont celle-ci n'a pas connaissance. En pareil cas, aucune demande d'entraide n'est présentée. Le paragraphe 1 habilite l'État qui possède l'information en question à la communiquer à l'autre État sans que celui-ci lui en ait fait la demande au préalable. On a jugé bon d'insérer cette disposition car, en application de la législation de certains États, une telle habilitation positive est nécessaire pour pouvoir accorder l'entraide en l'absence d'une demande. Une Partie n'est pas tenue de communiquer spontanément des informations à une autre Partie; elle a toute latitude pour le faire en fonction des circonstances de l'espèce. De plus, la divulgation spontanée d'informations n'interdit pas à la Partie qui les communique, si elle a compétence pour le faire, d'ouvrir une enquête ou d'engager une procédure au sujet des faits ainsi divulgués.

261. Le paragraphe 2 traite du fait que dans certains cas, une Partie ne communiquera spontanément des informations que si les informations sensibles restent confidentielles ou si elles sont utilisées sous certaines autres conditions. En particulier, la confidentialité sera un facteur important dans les affaires où d'importants intérêts de l'État communiquant les informations pourraient être mis en péril si celles-ci étaient rendues publiques, par exemple s'il y a lieu de ne pas révéler une méthode de collecte de l'information ou le fait qu'une association de malfaiteurs fait l'objet d'une enquête. Si, renseignements pris au préalable, il s'avère que la Partie destinataire ne peut pas respecter la condition mise par l'autre Partie à l'utilisation des informations (si, par exemple, elle ne peut pas respecter à la demande de confidentialité parce que les informations en questions doivent être utilisées à titre de preuves lors d'un procès public), elle doit en informer l'autre Partie, qui peut alors décider de communiquer ces informations ou de ne pas le faire. Si, toutefois, la Partie destinataire accepte la condition fixée, elle doit s'y plier. On prévoit que les conditions imposées par cet article seraient compatibles avec celle que pourrait fixer la Partie communiquant les informations à la suite d'une demande d'entraide présentée par la Partie destinataire.

Titre 4 – Procédures relatives aux demandes d'entraide en l'absence d'accords internationaux applicables

Procédures relatives aux demandes d'entraide en l'absence d'accords internationaux applicables (article 27)

262. L'article 27 oblige les Parties à appliquer certaines procédures et conditions d'entraide lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide ni d'arrangement établi sur la base des législations uniformes ou réciproques en vigueur entre la Partie requérante et la Partie requise. L'article renforce donc le principe général suivant lequel l'entraide doit être mise en oeuvre en appliquant les traités correspondants ou des arrangements analogues d'entraide. Les auteurs de la Convention n'ont pas voulu créer un régime général d'entraide distinct qui se substituerait aux autres instruments et arrangements applicables, estimant qu'il serait plus commode de s'en remettre d'une façon générale aux régimes fixés par les traités d'entraide en vigueur, ce qui permet aux spécialistes de l'entraide d'utiliser des instruments et arrangements qu'ils connaissent bien en évitant tout risque de confusion qui pourrait résulter de la mise en place de régimes concurrents. Comme on l'a déjà indiqué, les mécanismes dont le besoin se fait tout particulièrement sentir pour permettre une entraide efficace rapide en matière de criminalité informatique, comme ceux que prévoient les articles 29 à 35 (Dispositions spécifiques – Titres 1, 2, 3) sont les seuls au titre desquels chaque Partie est tenue de mettre en place les fondements juridiques lui permettant d'accorder les formes d'entraide voulues si ses traités, arrangements ou lois d'entraide en vigueur ne contiennent pas de dispositions en ce sens.

263. Il s'ensuit que la plupart des formes d'entraide visées dans le présent chapitre continueront d'être accordées en vertu de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 30) et de son Protocole (STE n° 99) entre Parties à ces instruments. Selon une autre formule, les Parties à la présente Convention qui ont signé des traités bilatéraux d'entraide ou des accords multilatéraux d'entraide en matière pénale (tels que les accords liant les États membres de l'Union européenne) continueront d'en appliquer les clauses, complétées par les mécanismes applicables à la criminalité informatique ou en relation avec l'ordinateur décrits dans le reste du chapitre III, à moins qu'elles ne décident d'appliquer à la place tout ou partie du reste de cet article. L'entraide peut également découler d'arrangements établis sur la base de législations uniformes ou réciproques, tels que le système de coopération instauré entre les pays nordiques, qui est également reconnu par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (article 25, paragraphe 4) et le système instauré entre les membres du Commonwealth. Enfin, la référence aux traités d'entraide ou arrangements établis sur la base des législations uniformes ou réciproques n'est pas limitée aux instruments en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention, mais concerne également les instruments qui pourront être adoptés ultérieurement.

264. Les paragraphes 2 à 10 de l'article 27 (Procédures relatives aux demandes d'entraide en l'absence d'accords internationaux applicables) prévoient un certain nombre de règles régissant l'octroi d'une entraide en l'absence d'un traité d'entraide ou d'un arrangement établi sur la base de législations uniformes ou réciproques, parmi lesquelles la création d'une autorité centrale, l'imposition de conditions, motifs et procédures en cas d'ajournement ou de refus, la confidentialité des requêtes et les communications directes. En ce qui concerne ces questions expressément traitées, en l'absence d'un traité d'entraide ou d'un arrangement établi sur la base des législations uniformes ou réciproques, les dispositions de cet article doivent se substituer aux dispositions de droit interne régissant normalement l'entraide. D'un autre côté, l'article 27 n'offre pas de règles concernant d'autres questions le plus souvent abordées dans la législation nationale régissant l'entraide internationale. Ainsi, par exemple, on n'y trouve aucune disposition concernant la forme et le contenu des requêtes, l'audition de témoins dans les parties requise ou requérante, l'établissement de documents officiels, le transfert de témoins incarcérés ou l'assistance en matière de confiscation. En ce qui concerne ces questions, il découle du paragraphe 4 de l'article 25 qu'en l'absence d'une disposition spécifique dans le présent chapitre, c'est le droit interne de la Partie requise qui fixe les modalités précises de l'octroi de ce type d'entraide.

265. Le paragraphe 2 requiert la création d'une ou de plusieurs autorités centrales chargées d'envoyer les demandes d'entraide ou d'y répondre. L'institution d'autorités centrales, qui figure très souvent dans les instruments modernes d'entraide en matière pénale, est des plus utiles pour assurer le type de riposte rapide qui est si important dans la lutte contre la criminalité informatique ou en relation avec l'ordinateur. En premier lieu, la transmission directe d'une demande entre ces autorités est plus rapide et efficace que la transmission par la voie diplomatique. Ensuite, ces autorités veillent à ce qu'il soit donné suite avec diligence aux demandes qu'elles adressent ou qu'elles reçoivent, et s'assurent que les responsables de l'application des lois dans le pays partenaire sont informés de la meilleure façon de tenir compte des règles juridiques en vigueur dans la partie requise et qu'il est donné suite comme il convient aux requêtes particulièrement urgentes ou délicates.

266. Les parties sont invitées, pour des raisons d'efficacité, à désigner une autorité centrale unique aux fins de l'entraide; le mieux serait, d'une façon générale, que l'autorité désignée à cette fin en vertu d'un traité d'entraide ou du droit interne d'une Partie serve également d'autorité centrale aux fins de l'application de cet article. Mais une Partie peut, si elle le souhaite, désigner plusieurs autorités centrales dès l'instant que son système d'entraide le permet. La Partie qui a créé plusieurs autorités centrales doit s'assurer que chacune d'entre elles interprète de la même manière les dispositions de la Convention et traite rapidement et efficacement tant les demandes qu'elle reçoit que celles qu'elle envoie. Chaque partie communique au Secrétaire général du Conseil de l'Europe les noms et adresses (y compris l'adresse électronique et le numéro de télécopieur) de l'autorité et des autorités qu'elle a désignées pour recevoir des demandes d'entraide en vertu de cet article ou répondre à de

telles demandes, et les Parties sont tenues de veiller à ce que la désignation soit à tout moment correcte.

267. L'un des principaux objectifs que cherche à atteindre un État qui requiert l'entraide est souvent d'assurer le respect des dispositions de son droit interne qui régissent l'admissibilité des preuves, ce qui lui permet d'utiliser lesdites preuves en justice. Pour qu'il puisse être donné suite à ces règles de preuve, le paragraphe 3 oblige la Partie requise à exécuter les demandes conformément à la procédure spécifiée par la Partie requérante, à moins que cette procédure ne soit incompatible avec sa législation. Soulignons que ce paragraphe ne vise que l'obligation de respecter des règles de procédure techniques et ne concerne pas les garanties de procédure fondamentales. Ainsi, par exemple, une Partie requérante ne peut pas demander à la partie requise d'exécuter une opération de perquisition et saisie qui ne serait pas conforme aux règles juridiques fondamentales appliquées par la Partie requise à ce type d'opération. Compte tenu de la nature limitée de l'obligation, il a été décidé que le simple fait qu'une telle procédure soit étrangère à l'ordre juridique de la partie requise ne constituait pas un motif suffisant pour refuser d'appliquer la procédure requise par la Partie requérante; la procédure doit être incompatible avec les principes juridiques de la Partie requise. Ainsi, par exemple, la loi de la Partie requérante peut exiger, au plan de la procédure, qu'un témoin fasse sa déposition sous serment. Même si son droit interne n'exige pas que les témoins déposent sous serment, la Partie requise doit faire droit à la demande de la Partie requérante.

268. Le paragraphe 4 prévoit la possibilité de refuser d'exécuter les demandes d'entraide présentées en application de cet article. L'entraide peut être refusée pour les motifs visés au paragraphe 4 de l'article 25 (c'est-à-dire les motifs prévus par le droit interne de la Partie requise), y compris l'atteinte à la souveraineté de l'État, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels, et lorsque la Partie requise considère l'infraction comme politique ou liée à une infraction politique. Au nom du principe supérieur consistant à accorder l'entraide la plus large possible (voir articles 23 et 25), les motifs de refus établis par une Partie requise doivent être limités et invoqués avec modération. Ils ne doivent pas prendre une ampleur telle qu'ils risqueraient d'aboutir à un refus d'entraide ou à l'octroi d'une entraide assortie de conditions trop lourdes au titre de vastes catégories de preuves ou d'informations.

269. Conformément à cette approche, il a été convenu que, outre les motifs de refus visés à l'article 28, le refus d'entraide au motif de la protection des données ne peut être invoqué que dans des cas exceptionnels. Une telle situation pourrait se présenter lorsque, après avoir pesé les intérêts importants impliqués dans un cas particulier (d'une part les intérêts publics, y compris la bonne administration de la justice et, d'autre part, des intérêts liés à la vie privée), il apparaît que la communication des données spécifiées, recherchées par la Partie requérante, soulèverait des problèmes d'une telle ampleur que la Partie requise pourrait les considérer comme relevant de motifs de refus fondés sur ses intérêts essentiels. Une application large, catégorique ou systématique des principes de protection des données pour refuser la coopération n'est, par conséquent, pas permise. Ainsi, le fait que les Parties concernées disposent de systèmes différents de protection du caractère privé des données (par exemple, la Partie requérante ne dispose pas de l'équivalent d'une autorité spécialisée en matière de protection des données) ou emploient des moyens différents pour protéger les données à caractère personnel (par exemple, la Partie requérante utilise des moyens autres que la procédure de suppression des données pour protéger le caractère privé ou l'exactitude des données à caractère personnel reçues par les autorités chargées de l'application de la loi), ne constitue pas, en soi, un motif de refus. Avant d'invoquer les « intérêts essentiels » comme motif pour refuser la coopération, la Partie requise devrait, à la place, essayer de fixer des conditions qui permettraient le transfert des données (voir Article 27, paragraphe 6 et paragraphe 271 de ce rapport).

270. Le paragraphe 5 permet à la Partie requise d'ajourner, non de refuser, l'exécution d'une demande d'entraide si l'exécution immédiate des mesures visées par la demande risquerait de porter préjudice à des enquêtes ou procédures conduites par ses autorités. Ainsi, par exemple, si la Partie requérante a demandé la communication de preuves ou la déposition d'un témoin aux fins d'enquête ou de procès, et que les mêmes preuves ou dépositions sont

nécessaires au déroulement d'un procès sur le point de commencer dans la Partie requise, celle-ci pourra valablement surseoir à l'exécution desdites mesures.

271. Le paragraphe 6 dispose que dans les cas où elle serait normalement amenée à refuser ou ajourner sa coopération, la Partie requise peut l'assortir de conditions. Si celles-ci ne conviennent pas à la Partie requérante, la Partie requise peut les modifier ou se prévaloir de son droit de refuser sa coopération ou d'y surseoir. Étant donné que la Partie requise est tenue d'accorder la coopération la plus large possible, il a été décidé qu'elle devrait utiliser avec modération son droit de refus et celui de fixer des conditions.

272. Le paragraphe 7 oblige la Partie requise d'informer la Partie requérante de la suite qu'elle entend donner à sa demande d'entraide et de motiver son éventuel refus d'y faire droit ou l'éventuel ajournement de l'entraide. Le fait que la Partie requise doit indiquer ses raisons peut, entre autres, aider la Partie requérante à comprendre comment la Partie requise interprète les exigences de cet article, fournit une base en vue des consultations qui pourraient être engagées pour améliorer l'efficacité de l'entraide et permet à la Partie requérante d'avoir accès à des informations factuelles dont elle n'avait pas eu connaissance concernant l'existence ou la situation de témoins ou de preuves.

273. Il peut arriver qu'une Partie fasse une demande d'entraide à propos d'une affaire très délicate ou d'une affaire pour laquelle la divulgation prématurée des faits ayant motivé la requête pourrait avoir des conséquences désastreuses. Le paragraphe 8 autorise donc la Partie requérante à demander à la Partie requise de s'assurer que le fait et l'objet de la requête restent confidentiels. Toutefois, la confidentialité ne peut être sollicitée que dans la mesure où elle n'empêche pas la Partie requise d'obtenir les preuves ou les informations demandées; or, il peut arriver, par exemple, que la divulgation des informations en question soit indispensable pour obtenir une ordonnance judiciaire aux fins d'exécution de la demande d'entraide, ou qu'il faille notifier la requête à des particuliers ayant des preuves en leur possession pour que cette requête puisse être exécutée. Si la Partie requise ne peut faire droit à cette demande de confidentialité, elle doit en informer la Partie requérante, qui aura alors la possibilité de retirer sa demande ou de la modifier.

274. Les autorités centrales désignées conformément au paragraphe 2 communiquent directement entre elles. Toutefois, en cas d'urgence, les juges et procureurs de la Partie requérante peuvent adresser directement à leurs homologues de la Partie requise les demandes d'entraide judiciaire. Le juge ou le procureur appliquant cette procédure doit également adresser une copie de la demande à l'autorité centrale de son pays, à charge pour celle-ci de la transmettre à l'autorité centrale de la Partie requise. En vertu de la lettre b) du paragraphe 9, les demandes peuvent être transmises par l'intermédiaire d'Interpol. Les autorités de la Partie requise qui reçoivent une demande ne relevant pas de leur compétence doivent, en application de la lettre c) du paragraphe, honorer une double obligation. Premièrement, elles doivent transmettre la demande à l'autorité compétente de la Partie requise. Deuxièmement, elles doivent en informer les autorités de la Partie requérante. Conformément à la lettre d), les demandes peuvent également être transmises directement, sans l'intervention des autorités centrales, même si elles n'ont pas de caractère d'urgence, dès l'instant que l'autorité de la Partie requise peut faire droit à la demande sans avoir besoin de prendre de mesures de coercition. Enfin, la lettre e) habilite une Partie à informer les autres, par l'intermédiaire du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, que, pour des raisons d'efficacité, les demandes doivent être adressées directement à l'autorité centrale.

Confidentialité et restriction d'utilisation (article 28)

275. Cette disposition prévoit expressément des restrictions à l'utilisation d'informations ou de matériel, de façon à permettre à la Partie requise, dans les cas où ces informations ou ce matériel sont de nature particulièrement délicate, de s'assurer que leur utilisation est limitée à celle en vue de laquelle l'entraide est accordée, ou qu'ils ne seront diffusés qu'aux services chargés de l'application de la loi de la Partie requérante. Ces restrictions constituent des garanties qui sont, entre autres, applicables aux fins de la protection des données.

276. Comme l'article 27, l'article 28 ne s'applique que lorsqu'il n'existe pas de traité d'entraide ou d'arrangement reposant sur une législation uniforme ou réciproque en vigueur entre la partie requérante et la Partie requise. Lorsqu'un tel traité ou arrangement est en vigueur, ses dispositions touchant la confidentialité et les restrictions d'utilisation s'appliquent à la place des dispositions de cet article, à moins que les Parties audit traité ou arrangement en décident autrement. On évite ainsi tout chevauchement avec des traités d'entraide juridique bilatéraux et multilatéraux existants et des arrangements analogues, ce qui permet aux praticiens de continuer d'appliquer le régime habituel au lieu de chercher à appliquer deux instruments concurrents pouvant, éventuellement, se révéler contradictoires.

277. Le paragraphe 2 permet à la Partie requise, lorsqu'elle fait droit à une demande d'entraide, de fixer deux types de conditions. Premièrement, elle peut demander que les informations ou le matériel fournis restent confidentiels lorsque la demande ne pourrait être respectée en l'absence de cette condition, comme dans le cas de l'identité d'un informateur qui doit rester confidentielle. Il n'est pas approprié d'exiger une confidentialité absolue dans les affaires où la Partie requise est tenue de fournir l'aide demandée, car cela aboutirait souvent à gêner la Partie requérante dans la conduite de l'enquête ou de la procédure, par exemple en l'empêchant d'utiliser les éléments de preuve dans un procès public (y compris la divulgation obligatoire).

278. Deuxièmement, la Partie requise peut subordonner la communication d'informations ou de matériel à la condition qu'ils ne servent pas aux fins d'enquêtes ou de procédures autres que celles indiquées dans la requête. Cette condition ne peut s'appliquer que si son application est expressément demandée par la Partie requise; à défaut, la Partie requérante n'est pas tenue de respecter cette restriction à l'utilisation. Dans les cas où la Partie requise demande l'application de cette restriction, celle-ci garantit que les informations et le matériel ne pourront être utilisés qu'aux fins prévues dans la demande, excluant ainsi la possibilité qu'ils le soient à d'autres fins sans le consentement de la Partie requise. Les négociateurs ont prévu deux exceptions à la capacité de restreindre l'utilisation des informations, exceptions que le libellé du paragraphe fait ressortir de façon implicite. Premièrement, conformément aux principes juridiques fondamentaux de nombreux États, si le matériel transmis constitue des éléments de preuve disculpant un accusé, il doit être révélé à la défense ou à une autorité judiciaire. En outre, la plupart du matériel fourni dans le cadre des accords d'entraide est destiné à une utilisation lors de procès, normalement dans le cadre d'une procédure publique (y compris la divulgation obligatoire). Une fois qu'il a été divulgué, ce matériel tombe pour l'essentiel dans le domaine public. Dans ces situations, il n'est pas possible de garantir la confidentialité aux fins d'enquêtes ou de procédures pour lesquelles l'entraide a été demandée.

279. Le paragraphe 3 dispose que, si la Partie qui a demandé communication d'informations ne peut satisfaire à l'une des conditions imposées, elle en informe la Partie appelée à fournir ces informations, qui décide alors si elle va les fournir. Si la Partie destinataire accepte cette condition, elle sera liée par elle.

280. Le paragraphe 4 dispose qu'il peut être demandé à la Partie requérante de communiquer des précisions quant à l'usage fait des informations ou du matériel qu'elle a reçus aux conditions énoncées au paragraphe 2, de sorte que la Partie requise puisse vérifier que ces conditions ont été respectées. Il a été décidé que celle-ci ne peut pas demander la communication de précisions par trop contraignantes, comme l'indication de toutes les fois où le matériel ou les informations fournis ont été consultés.

Section 2 – Dispositions spécifiques

281. La présente Section a pour objet d'instituer des mécanismes spécifiques permettant de prendre des mesures internationales efficaces et concertées dans des affaires portant sur des infractions informatiques et des preuves existant sous forme électronique.

Titre 1 – Entraide en matière de mesures provisoires

Conservation rapide de données informatiques stockées (article 29)

282. Cet article institue au niveau international un mécanisme équivalent à celui que prévoit l'article 16 au niveau national. Le paragraphe 1 de cet article autorise une Partie à demander, et le paragraphe 3 impose à chaque Partie de se donner les moyens juridiques d'obtenir, la conservation rapide de données stockées au moyen d'un système informatique sur le territoire de la Partie requise, afin que les données ne soient pas modifiées, enlevées ou effacées pendant la période nécessaire à la préparation, à la transmission et à l'exécution d'une demande d'entraide aux fins d'obtention des données. La conservation est une mesure limitée de caractère provisoire destinée à intervenir de façon beaucoup plus rapide que l'exécution d'une requête d'entraide classique. Comme on l'a déjà indiqué, les données informatiques sont des plus volatiles. Il suffit de presser sur quelques touches ou d'utiliser des programmes automatiques pour les effacer, les modifier ou les déplacer, ou pour rendre impossible de remonter jusqu'à l'auteur de l'infraction constatée, voire pour détruire les preuves décisives de sa culpabilité. Certains types de données informatiques ne sont stockés que pour de brèves périodes avant d'être effacés. Il a donc été décidé qu'il fallait instituer un mécanisme qui garantirait la disponibilité de ces données pendant le déroulement du processus long et complexe de l'exécution d'une requête officielle d'entraide, qui peut s'étaler sur des semaines ou des mois.

283. Plus rapide que la méthode d'entraide habituelle, cette mesure est en même temps moins intrusive. Il n'est pas demandé aux responsables de l'entraide de la Partie requise d'obtenir la possession des données auprès de leur gardien. On juge préférable que la Partie requise s'assure que le gardien (qui est souvent un fournisseur de services ou une autre tierce partie) conserve (c'est-à-dire n'efface pas) les données en attendant que soit ordonnée leur remise ultérieure aux services chargés de l'application de la loi. Cette procédure a l'avantage d'être rapide et de respecter le droit de la personne concernée au respect de sa vie privée, car les données ne seront divulguées à un fonctionnaire quelconque ou examinées par celui-ci que lorsqu'il aura été satisfait aux critères applicables à la divulgation intégrale en conformité avec les accords d'entraide normaux. D'un autre côté, une Partie requise est autorisée à utiliser d'autres procédures pour garantir la conservation rapide des données, y compris la délivrance et l'exécution accélérées d'une injonction de produire ou d'un mandat de perquisition. L'élément primordial est de pouvoir engager un processus extrêmement rapide pour empêcher les données d'être perdues à jamais.

284. Le paragraphe 2 énonce la teneur d'une demande de conservation aux fins de cet article. Étant donné qu'il s'agit d'une mesure provisoire et qu'une telle demande doit être préparée et transmise rapidement, les informations seront présentées sous forme résumée et ne porteront que sur les éléments minimaux requis pour permettre la conservation des données. En sus de l'identification de l'autorité qui demande la conservation et de l'infraction à l'origine de la demande, cette dernière doit fournir un bref exposé des faits, des indications suffisantes pour identifier les données à conserver et déterminer leur emplacement, et pour montrer le lien existant entre ces données et l'enquête ou la poursuite engagée au titre de l'infraction en question, ainsi que la nécessité de la mesure de conservation. Enfin, la Partie requérante doit s'engager à soumettre ultérieurement une demande d'entraide de façon à pouvoir obtenir la production des données.

285. Le paragraphe 3 énonce le principe selon lequel la double incrimination n'est pas requise comme condition préalable à la conservation. D'une façon générale, l'application du principe de la double incrimination est contre-productive en matière de conservation. Tout d'abord, du point de vue de la pratique contemporaine de l'entraide, on constate une tendance à éliminer la règle de la double incrimination pour toute les mesures procédurales sauf les plus intrusives, telles que la perquisition et la saisie ou l'interception. Or, telle que l'ont conçue les auteurs de la Convention, la conservation n'est pas particulièrement intrusive dans la mesure où le gardien ne fait que maintenir la possession de données se trouvant légalement en sa possession et où les données ne sont divulguées aux responsables de la Partie requise ou examinées par eux qu'après l'exécution d'une demande d'entraide officielle

visant leur divulgation. Ensuite, d'un point de vue pratique, il faut souvent tant de temps pour obtenir les éclaircissements nécessaires en vue d'établir de façon irréfutable l'existence de la double incrimination que les données pourraient être effacées, déplacées ou modifiées avant qu'elle puisse être établie. Ainsi, par exemple, aux premières étapes d'une enquête, la Partie requérante peut s'apercevoir qu'une intrusion dans un ordinateur se trouvant sur son territoire s'est produite, mais peut ne comprendre que plus tard la nature et l'étendue des dommages. Si la Partie requise devait ajourner la conservation des données relatives au trafic qui permettraient de remonter à la source de l'intrusion jusqu'à ce que la double incrimination ait été établie de façon irréfutable, les données décisives seraient souvent effacées par les fournisseurs de services qui ne les conservent généralement que pendant quelques heures ou quelques jours après la transmission de la communication. Même si, par la suite, la Partie requérante était capable d'établir la double incrimination, les données décisives relatives au trafic ne pourraient pas être récupérées et l'auteur de l'infraction ne serait jamais identifié.

286. En conséquence, les parties doivent, en règle générale, renoncer à exiger la double incrimination aux fins de la conservation. Toutefois, le paragraphe 4 institue une réserve limitée. Si une Partie exige la double incrimination comme condition pour répondre à une demande d'entraide visant la production de données et qu'elle a des raisons de penser qu'au moment de la divulgation, la condition de la double incrimination ne pourra être remplie, elle peut se réserver le droit d'exiger la double incrimination comme condition préalable à la conservation. S'agissant des infractions établies conformément aux articles 2 à 11, on part du principe que la condition de la double incrimination est automatiquement remplie, sauf dispositions contraires figurant dans les réserves, prévues par la Convention, que les Parties peuvent avoir formulées au sujet de ces infractions. Par conséquent, les Parties ne peuvent imposer cette condition que vis-à-vis d'infractions autres que celles qui sont définies dans la Convention.

287. Pour le reste, conformément au paragraphe 5, la Partie requise ne peut refuser la demande de conservation que si son exécution risque de porter préjudice à sa souveraineté, à sa sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels, ou si elle considère l'infraction comme étant de nature politique ou comme étant liée à une infraction de nature politique. Cette mesure étant jugée indispensable pour l'efficacité de l'instruction et de la poursuite des infractions informatiques ou en relation avec l'ordinateur, il a été décidé d'interdire d'arguer de tout autre motif pour refuser une demande de conservation.

288. Il arrive que la Partie requise se rende compte que le gardien des données risque d'intervenir d'une façon qui compromette la confidentialité de l'enquête de la Partie requérante ou nuise d'une autre façon à celle-ci (par exemple lorsque les données à conserver sont sous la garde d'un fournisseur de services contrôlé par une organisation criminelle ou par la cible de l'enquête elle-même). En pareil cas, en vertu du paragraphe 6, la Partie requérante doit être rapidement informée, de sorte qu'elle puisse déterminer si elle peut prendre le risque que présente l'exécution de la requête de conservation ou s'il vaut mieux utiliser une forme plus intrusive mais plus sûre d'entraide, telle que l'injonction de produire ou la perquisition et la saisie.

289. Enfin, le paragraphe 7 oblige chaque Partie à faire en sorte que les données conservées en application de cet article le soient pour une période d'au moins 60 jours en attendant la réception de la demande d'entraide officielle visant leur divulgation et continuent d'être conservées après la réception de la demande.

Divulgation rapide de données conservées (article 30)

290. Cet article institue au niveau international l'équivalent des pouvoirs établis au niveau national par l'article 17. Il arrive souvent qu'à la demande d'une Partie dans laquelle une infraction a été commise, une Partie requise conserve les données relatives au trafic concernant la transmission d'une communication par ses ordinateurs afin de pouvoir remonter à la source de la communication et identifier l'auteur de l'infraction, ou localiser des preuves décisives. Ce faisant, la Partie requise peut s'apercevoir que les données relatives au trafic découvertes sur son territoire montrent que la communication a été acheminée par

un fournisseur de services d'un État tiers ou par un fournisseur se trouvant dans la Partie requérante elle-même. En pareil cas, la Partie requise doit fournir rapidement à la Partie requérante une quantité suffisante de données relatives au trafic pour permettre d'identifier le fournisseur de services de l'État tiers et la voie par laquelle la communication a été transmise par celui-ci. Si la communication a été transmise depuis un État tiers, ces informations permettent à la Partie requérante d'adresser à ce dernier une demande de conservation et d'entraide accélérée visant à remonter à la véritable source de la communication. Si la communication a été retransmise vers la Partie requérante, elle peut obtenir la conservation et la divulgation de nouvelles données relatives au trafic par le jeu des procédures nationales.

291. En vertu du paragraphe 2, la Partie requise ne peut refuser la divulgation de données relatives au trafic que si celle-ci risque de porter préjudice à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels, ou si elle considère l'infraction comme étant de nature politique ou liée à une infraction de nature politique. Comme pour l'article 29 (Conservation rapide de données informatiques stockées), ce type d'informations étant si important pour pouvoir identifier les auteurs d'infractions au sens de la Convention ou localiser des preuves décisives, les motifs de refus doivent être strictement limités, et il a été décidé d'interdire d'arguer de tout autre motif pour refuser une demande de divulgation.

Titre 2 – Entraide concernant les pouvoirs d'investigation

Entraide concernant l'accès aux données stockées (article 31)

292. Chaque partie doit avoir la capacité, au bénéfice de l'autre, de perquisitionner ou d'accéder par un moyen similaire, de saisir ou d'obtenir par un moyen similaire, et de divulguer des données stockées au moyen d'un système informatique se trouvant sur son territoire – tout comme elle doit, en vertu de l'article 19 (Perquisition et saisie de données informatique stockées), avoir la capacité de le faire à des fins nationales. Le paragraphe 1 autorise une Partie à demander ce type d'entraide et le paragraphe 2 exige de la Partie requise qu'elle se donne les moyens de la fournir. Par ailleurs, le paragraphe 2 est conforme au principe selon lequel les conditions dans lesquelles cette coopération doit être fournie sont celles qu'énoncent les traités, arrangements et législations nationales applicables concernant l'entraide judiciaire en matière pénale. En vertu du paragraphe 3, il doit être satisfait rapidement à une telle demande lorsque 1) il y a des raisons de penser que les données pertinentes sont particulièrement susceptibles de perte ou de modification, ou 2) les traités, arrangements ou législations prévoient une coopération rapide.

Accès transfrontalier à des données stockées, avec consentement ou lorsqu'elles sont accessibles au public (article 32)

293. La question de savoir quand une Partie est autorisée à accéder unilatéralement aux données informatiques stockées sur le territoire d'une autre Partie a été longuement examinée par les auteurs de la Convention. Ils ont passé en revue de façon détaillée les situations dans lesquelles il pourrait être acceptable que des États agissent de façon unilatérale et celles dans lesquelles tel n'est pas le cas. En définitive, les auteurs ont conclu qu'il n'était pas encore possible d'élaborer un régime global juridiquement contraignant applicable à ce domaine. C'était partiellement dû au fait que l'on ne dispose à ce jour d'aucun exemple concret; cela tenait également au fait que l'on considérait que la meilleure façon de trancher la question était souvent liée aux circonstances de chaque cas d'espèce, ce qui ne permettait guère de formuler des règles générales. Les auteurs ont fini par décider de ne faire figurer dans l'article 32 de la Convention que les situations dans lesquelles l'action unilatérale était unanimement considérée comme admissible. Ils sont convenus de ne réglementer aucune autre situation tant que l'on n'aurait pas recueilli de nouvelles données et poursuivi la discussion de la question. À cet égard, le paragraphe 3 de l'article 39 dispose que les autres situations ne sont ni autorisées ni exclues.

294. L'article 32 (Accès transfrontalier à des données stockées, avec consentement ou lorsqu'elles sont accessibles au public) traite de deux situations : d'abord, celle dans laquelle les données en question sont accessibles au public, et ensuite celle dans laquelle la Partie a obtenu accès à ou reçu des données situées en dehors de son territoire, au moyen d'un système informatique situé sur son territoire, et a obtenu le consentement légal et volontaire de la personne légalement autorisée à lui divulguer ces données au moyen de ce système informatique. La question de savoir qui est la personne « légalement autorisée » pour communiquer des données peut varier en fonction des circonstances, la nature de la personne et du droit applicable concernés. Par exemple, le message électronique d'une personne peut être stocké dans un autre pays par un fournisseur de services ou une personne peut stocker délibérément des données dans un autre pays. Ces personnes peuvent récupérer les données et, pourvu qu'elles aient une autorité légale, elles peuvent les communiquer de leur propre gré aux agents chargés de l'application de la loi ou leur permettre d'accéder aux données, tel que prévu à l'article.

Entraide dans la collecte en temps réel de données relatives au trafic (article 33)

295. Très souvent, les enquêteurs ne peuvent être sûrs de pouvoir remonter à la source d'une communication en se fiant aux enregistrements des transmissions antérieures car des données relatives au trafic cruciales peuvent avoir été automatiquement effacées par un fournisseur de services de la filière de transmission avant de pouvoir être conservées. Il est donc indispensable que les enquêteurs de chaque Partie puissent avoir la possibilité de se procurer en temps réel des données relatives au trafic concernant des communications transmises par un système informatique se trouvant sur le territoire d'autres Parties. En conséquence, en vertu de l'article 33 (Entraide dans la collecte en temps réel de données relatives au trafic), chaque Partie est tenue de collecter en temps réel des données relatives au trafic pour une autre Partie. Cet article impose aux Parties de coopérer en la matière, mais, comme pour d'autres dispositions, il est tenu compte des modalités d'entraide en vigueur, et les clauses et conditions concernant l'octroi de cette coopération sont généralement celles que prévoient les traités, arrangements et législations applicables régissant l'entraide judiciaire en matière pénale.

296. Dans maints pays, l'entraide est accordée pour l'essentiel en ce qui concerne la collecte en temps réel des données relatives au trafic, car cette collecte est jugée moins intrusive que l'interception des données relatives au contenu ou la perquisition et saisie. Mais un certain nombre d'États adoptent une approche plus étroite. C'est la raison pour laquelle, de la même façon que les Parties peuvent formuler une réserve au titre du paragraphe 3 de l'article 14 (Portée des mesures du droit de procédure), s'agissant de la portée de la mesure interne équivalente, le paragraphe 2 autorise les Parties à resserrer l'éventail des infractions auxquelles appliquer cette mesure au regard des dispositions de l'article 23 (Principes généraux relatifs à la coopération internationale). Le paragraphe comporte toutefois une mise en garde : en aucun cas l'éventail des infractions ne doit être plus étroit que celui des infractions pour lesquelles cette mesure est disponible dans une affaire analogue relevant du droit interne. En fait, comme la collecte en temps réel de données relatives au trafic est parfois le seul moyen d'identifier l'auteur d'une infraction et comme cette mesure a un caractère moins intrusif, l'utilisation de l'expression « au moins » au paragraphe 2 vise à encourager les Parties à autoriser l'octroi de l'entraide la plus large possible, c'est-à-dire même en l'absence de double incrimination.

Entraide en matière d'interception de données relatives au contenu (article 34)

297. Le caractère très intrusif de l'interception restreint l'obligation d'accorder l'entraide aux fins d'interception des données relatives au contenu. Cette entraide doit être accordée dans la mesure permise par les traités et lois internes applicables des Parties. La pratique de l'entraide en matière d'interception de données relatives au contenu n'en étant encore qu'à ses débuts, il a été décidé de s'en remettre aux régimes et législations internes en vigueur en matière d'entraide pour ce qui est de la portée de l'obligation d'assistance et des restrictions dont cette obligation doit faire l'objet. À cet égard, on se reportera aux commentaires concernant les articles 14, 15 et 21 ainsi qu'à la Recommandation n° R (85) 10 concernant

l'application pratique de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale relative aux commissions rogatoires pour la surveillance des télécommunications.

Titre 3 – Réseau 24/7

Réseau 24/7 (article 35)

298. Comme on l'a vu, l'efficacité de la lutte contre les infractions commises au moyen de systèmes informatiques et celle de la collecte de preuves électroniques sont liées à la rapidité d'intervention. De plus, il suffit de presser sur quelques touches pour produire des effets à des milliers de kilomètres en latitude comme en longitude. Aussi est-il nécessaire de compléter les modalités de coopération et d'entraide au niveau des services de police pour relever efficacement les défis de l'âge informatique. La modalité instituée dans cet article s'appuie sur l'expérience acquise dans l'exploitation d'un réseau existant, à savoir celui créé sous les auspices du Groupe des 8 pays les plus industrialisés. En application de cet article, chaque Partie est tenue de désigner un point de contact joignable 24 heures sur 24, sept jours sur sept, afin de fournir une assistance immédiate aux fins des investigations et des procédures à conduire dans le cadre de ce chapitre, en particulier telle qu'elle est définie aux lettres a) à c) du paragraphe 1 de l'article 35. On a considéré que la mise en place de ce réseau figure parmi les moyens les plus importants prévus par la Convention pour veiller à ce que les Parties puissent s'attaquer dans de bonnes conditions aux problèmes que la criminalité informatique et en relation avec l'ordinateur pose aux services chargés de l'application des lois.

299. Le point de contact 24/7 de chaque Partie est chargé soit de la facilitation, soit de l'application directe d'un certain nombre de mesures, parmi lesquelles l'apport de conseils techniques, la conservation des données, le recueil de preuves, l'apport d'informations à caractère juridique et la localisation des suspects. Par « informations à caractère juridique » (paragraphe 1), il faut entendre les conseils donnés à une autre Partie qui demande l'entraide au sujet de toutes conditions juridiques préalables à l'octroi d'une coopération informelle ou officielle.

300. Chaque Partie a toute latitude pour décider de la place du point de contact 24/7 dans l'organigramme de ses services chargés de faire respecter la loi. Dans certaines Parties, il pourra relever de l'autorité centrale responsable de l'entraide; d'autres jugeront opportun de le rattacher à un service de police spécialisé dans la lutte contre la criminalité informatique. D'autres Parties pourront avoir d'autres préférences liées à leur structure administrative et leur ordre juridique. Étant donné que le point de contact 24/7 est appelé à la fois à fournir des conseils techniques pour mettre en échec une attaque ou déterminer l'origine d'une attaque et à accorder une coopération internationale en localisant des suspects, par exemple, il n'y a pas de solution unique et on s'attend à voir évoluer la structure du réseau avec le temps. Au moment de désigner un point de contact national, il faudra tenir dûment compte de la nécessité de communiquer avec des points de contact dans des langues étrangères.

301. Le paragraphe 2 dispose que l'une des tâches essentielles qui reviennent au point de contact 24/7 est la capacité de faciliter l'exercice rapide des fonctions qu'il n'assume pas directement lui-même. Ainsi, par exemple, si le point de contact est membre d'un service de police, il doit être capable de coordonner rapidement son action avec celle des autres services compétents au sein du gouvernement, tels que l'autorité centrale responsable de l'extradition ou de l'entraide internationale, afin que les mesures qui s'imposent puissent être prises à toute heure du jour et de la nuit. De plus, le paragraphe 2 requiert du point de contact 24/7 de chaque Partie qu'il corresponde avec les autres membres du réseau selon une procédure accélérée.

302. Le paragraphe 3 impose à chaque point de contact du réseau d'être bien équipé. Le réseau aura besoin, pour fonctionner sans à-coups, de téléphones, de télécopieurs et de matériel informatique récents; à mesure que les technologies évoluent, d'autres types de matériels de communication et d'analyse devront être intégrés au système. Le paragraphe 3 exige également que les membres de l'équipe de chaque Partie reçoivent la formation voulue en matière de criminalité informatique et les moyens les plus efficaces de la combattre.

Chapitre IV – Clauses finales

303. À quelques exceptions près, les clauses de ce chapitre s'inspirent pour l'essentiel des « Clauses finales types pour les conventions et accords conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe », que le Comité des Ministres a approuvées à sa 315^e Réunion des Délégués tenue en février 1980. Étant donné que la plupart des articles 36 à 48 reprennent le libellé des clauses types ou s'inspirent de la longue pratique conventionnelle du Conseil de l'Europe, ils n'appellent pas de commentaires particuliers. Toutefois, certaines modifications des clauses types ou certaines clauses nouvelles requièrent une explication. On notera à cet égard que les clauses types ont été adoptées en tant qu'ensemble non contraignant de dispositions. Comme indiqué dans l'introduction aux clauses types, « les présentes clauses finales types ne visent qu'à faciliter la tâche des comités d'experts et éviter des différences de libellé qui n'auraient aucune justification réelle. Les clauses types ne sont nullement contraignantes : des clauses différentes peuvent être adaptées à des situations particulières ».

Signature et entrée en vigueur (article 36)

304. Le paragraphe 1 de l'article 36 a été rédigé en tenant compte de plusieurs précédents établis par d'autres conventions élaborées dans le cadre du Conseil de l'Europe, comme la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE n° 112) et la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), lesquelles peuvent être signées, avant leur entrée en vigueur, non seulement par les États membres du Conseil de l'Europe, mais aussi par les États non membres qui ont participé à leur élaboration. Cette clause vise à permettre à un maximum d'États intéressés, et non pas seulement les membres du Conseil de l'Europe, de devenir dès que possible Parties à ces Conventions. En l'occurrence, cette clause s'applique à quatre États non membres, l'Afrique du Sud, le Canada, les États-Unis d'Amérique et le Japon, qui ont participé activement à l'élaboration de la Convention. Une fois que la Convention sera entrée en vigueur, conformément au paragraphe 3, d'autres États non membres auxquels ne s'applique pas cette clause pourront être invités à adhérer à la Convention conformément au paragraphe 1 de l'article 37.

305. Le paragraphe 3 de l'article 36 fixe à 5 le nombre des ratifications, acceptations ou approbations requises pour l'entrée en vigueur de la Convention. Plus élevé que le seuil habituellement fixé (3) dans les traités du Conseil de l'Europe, ce chiffre traduit la conviction qu'un groupe d'États légèrement plus nombreux est nécessaire pour que l'on puisse commencer dans de bonnes conditions à relever le défi que pose la criminalité informatique mondiale. Le nombre n'est toutefois pas si élevé qu'il risque de retarder inutilement l'entrée en vigueur de la Convention. Parmi les cinq États originels, trois au moins doivent être membres du Conseil de l'Europe, mais les deux autres pourraient venir du groupe des quatre États non membres qui ont participé à l'élaboration de la Convention. Naturellement, cette clause permettrait aussi à la Convention d'entrer en vigueur si cinq États membres du Conseil de l'Europe exprimaient leur consentement à être liés par elle.

Adhésion à la Convention (article 37)

306. L'article 37 a également été rédigé à partir de précédents figurant dans d'autres conventions du Conseil de l'Europe, mais avec un élément supplémentaire. Conformément à une pratique déjà ancienne, le Comité des Ministres décide, de sa propre initiative ou sur demande, après avoir consulté tous les États contractants, qu'il s'agisse au non d'États membres, d'inviter un État non membre, qui n'a pas participé à l'élaboration d'une convention, à y adhérer. En d'autres termes, si un État contractant élève une objection à l'adhésion de l'État non membre, le Comité des Ministres ne l'inviterait pas, en règle générale, à adhérer à la Convention. Toutefois, en vertu de la formulation habituelle, le Comité des Ministres pourrait – en principe – inviter un État non membre n'ayant pas participé à l'élaboration de la Convention à y adhérer même si un État Partie non membre élevait une objection à son adhésion. On voit que – en théorie – aucun droit de veto n'est habituellement accordé aux États Parties non membres dans le processus permettant à d'autres États non membres d'adhérer aux traités du Conseil de l'Europe. Toutefois, on a inséré une disposition explicite qui fait obligation au Comité des Ministres de consulter tous les États contractants à la Convention – et non pas seulement les membres du Conseil de l'Europe – et d'obtenir leur assentiment unanime avant d'inviter un État non membre à adhérer à la Convention. Comme on l'a vu plus haut, cette disposition est compatible avec la pratique habituelle et revient à considérer que tous les États contractants à la Convention doivent pouvoir décider avec quels États non membres établir des relations conventionnelles. Il n'en reste pas moins que la décision officielle d'inviter un État non membre à adhérer est prise, conformément à la pratique habituelle, par les représentants des Parties contractantes ayant le droit de siéger au Comité des Ministres. Cette décision exige une majorité des deux tiers, telle que prévue à l'article 20.d du Statut du Conseil de l'Europe, et une décision unanime des représentants des Parties contractantes ayant le droit de siéger au Comité.

307. Les États Fédéraux souhaitant adhérer à la Convention, avec l'intention de faire une déclaration au titre de l'article 41, sont tenus de soumettre à l'avance un projet de la déclaration prévue à l'article 41, paragraphe 3, afin que les Parties soient en mesure d'évaluer comment l'application de la clause fédérale affectera la mise en oeuvre de la Convention par la Partie candidate.(voir le paragraphe 320).

Effets de la Convention (article 39)

308. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 39 abordent la question du lien entre la Convention et d'autres accords ou arrangements internationaux. Les clauses types mentionnées plus haut ne traitent pas des liens à établir entre les conventions du Conseil de l'Europe et entre celles-ci et d'autres traités, bilatéraux ou multilatéraux, conclus en dehors du Conseil de l'Europe. En règle générale, les conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit pénal (comme l'Accord relatif au trafic illicite par mer (STE n° 156)), adoptent l'approche suivante : 1) les nouvelles conventions ne portent pas atteinte aux droits et engagements découlant des conventions multilatérales internationales en vigueur concernant des questions spéciales; 2) les Parties à une nouvelle convention peuvent conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux entre elles sur des questions traitées par la convention aux fins d'en compléter ou renforcer les dispositions ou de faciliter l'application des principes qui y sont consacrés; et 3) si deux ou plusieurs Parties à la nouvelle convention ont conclu un accord ou un traité relatif à une question réglée par la convention ou lorsqu'elles ont établi d'une autre manière leurs relations quant à cette question, elles auront la faculté d'appliquer ledit accord ou traité ou d'établir leurs relations en conséquence, au lieu de la présente Convention, pour autant que la coopération internationale s'en trouve facilitée.

309. Dans la mesure où la Convention, d'une façon générale, vise à compléter, non à remplacer les accords et arrangements multilatéraux et bilatéraux entre les Parties, les auteurs ont considéré que la mention, qui pourrait se révéler réductrice, de « questions spéciales » non seulement n'était pas particulièrement instructive, mais risquait d'être une source de confusion inutile. C'est pourquoi le paragraphe 1 de l'article 39 se contente d'indiquer que la présente Convention complète les autres traités ou accords applicables existant entre les Parties et il mentionne en particulier trois traités du Conseil de l'Europe

parmi d'autres : la Convention européenne d'extradition de 1957 (STE n° 24), la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 (STE n° 30) et le Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1978 (STE n° 99). En conséquence, en ce qui concerne les questions générales, ces accords ou arrangements doivent en principe être appliqués par les Parties à la Convention sur la cybercriminalité. S'agissant des questions spécifiques traitées uniquement par cette Convention, la règle d'interprétation *lex specialis derogat legi generali* impose que les Parties donnent priorité aux règles contenues dans cette Convention. On peut citer l'exemple de l'article 30, qui prévoit la divulgation rapide des données relatives au trafic conservées lorsqu'elles sont nécessaires pour identifier la voie par laquelle une communication spécifiée a été transmise. Dans ce domaine spécifique, la Convention, en tant que *lex specialis*, doit fournir une règle de premier recours par rapport aux dispositions figurant dans les accords d'entraide de caractère plus général.

310. De même, les auteurs ont considéré qu'une formulation qui subordonnerait l'application d'accords en vigueur ou futurs à la condition qu'ils « renforcent » ou « facilitent » la coopération pourrait soulever des problèmes car, selon l'approche instituée au chapitre consacré à la coopération internationale, on présume que les Parties appliqueront les accords et arrangements internationaux pertinents.

311. Lorsqu'un traité ou accord d'entraide organisant la coopération existe, la présente Convention ne ferait que compléter, au besoin, les règles en vigueur. Ainsi, par exemple, cette Convention prévoit la transmission des demandes d'entraide par des moyens rapides de communication (voir le paragraphe 3 de l'article 25) si cette possibilité n'est pas offerte par le traité ou accord initial.

312. Dans le droit fil du rôle d'appoint reconnu à la Convention et, en particulier, de son approche de la coopération internationale, le paragraphe 2 prévoit que les Parties ont également toute liberté pour appliquer les accords déjà en vigueur ou qui pourront l'être à l'avenir. On trouvera un précédent pour cette disposition dans la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE n° 112). Il ne fait aucun doute que l'on s'attend, dans le domaine de la coopération internationale, à ce que l'application d'autres accords internationaux (dont un grand nombre offrent des formules d'entraide internationale ayant depuis longtemps fait leurs preuves) stimule en fait la coopération. Conformément aux dispositions de la présente Convention, les Parties peuvent aussi décider d'appliquer ses clauses relatives à la coopération internationale à la place de ces autres accords (voir article 27.1). En pareil cas, les dispositions régissant la coopération énoncées à l'article 27 se substitueront aux règles pertinentes desdits accords. Étant donné que la présente Convention prévoit généralement des obligations minimales, le paragraphe 2 de l'article 39 reconnaît que les Parties sont libres de décider d'honorer des obligations plus spécifiques, venant s'ajouter à celles qui sont déjà énoncées dans la Convention, lorsqu'elles établissent leurs relations concernant les questions réglées par la Convention. Toutefois, ce droit n'est pas absolu : les Parties doivent respecter les objectifs et principes de la Convention et ne peuvent donc accepter des obligations qui seraient contraires à son but.

313. Par ailleurs, les auteurs se sont accordés à reconnaître que, pour établir les relations entre la Convention et d'autres accords internationaux, les Parties pourraient également s'inspirer des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

314. La Convention s'emploie à répondre à un besoin impératif d'harmonisation sans pour autant prétendre régler toutes les questions que soulève la criminalité informatique ou en relation avec l'ordinateur. Aussi le paragraphe 3 a-t-il été inséré pour qu'il soit bien clair que la Convention n'agit que sur les questions dont elle traite. Elle ne saurait donc affecter les autres droits, restrictions, obligations et responsabilités qui peuvent exister, mais qu'elle ne règle pas. On trouvera un précédent pour une telle « clause de sauvegarde » dans d'autres accords internationaux (comme la Convention des Nations Unies sur la lutte contre le financement du terrorisme).

Déclarations (article 40)

315. L'article 40 mentionne certains articles, qui concernent pour l'essentiel les infractions établies par la Convention dans la section relative au droit matériel, en vertu desquels les Parties sont autorisées à insérer certains éléments supplémentaires spécifiés qui modifient la portée desdites dispositions. Ces éléments supplémentaires ont pour objet de tenir compte de certaines différences théoriques ou juridiques, ce qui se justifie peut-être davantage dans un traité de portée mondiale que dans le contexte du seul Conseil de l'Europe. Les déclarations sont considérées comme des interprétations acceptables des dispositions de la Convention et doivent être distinguées des réserves, qui permettent à une Partie d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines obligations énoncées dans la Convention. Comme il est important pour les Parties à la Convention d'avoir connaissance des éléments supplémentaires ayant pu être insérés par les autres Parties, l'article institue l'obligation de les signaler au Secrétaire général du Conseil de l'Europe au moment de la signature ou du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Cette notification est particulièrement importante en ce qui concerne la définition des infractions, car la condition de double incrimination devra avoir été remplie au moment où les Parties exerceront certains pouvoirs de procédure. On n'a pas jugé nécessaire d'instituer une limite numérique aux déclarations.

Clause fédérale (article 41)

316. Conformément à l'objectif consistant à permettre à un nombre d'États aussi important que possible de devenir Parties à la Convention, l'article 41 autorise une réserve dont l'objectif est de trouver un arrangement concernant les difficultés que des États fédéraux risquent de rencontrer en raison de la répartition typique des pouvoirs entre les autorités fédérales et régionales. Il existe des précédents, en dehors du domaine du droit pénal, pour des déclarations ou réserves fédérales concernant d'autres accords internationaux ⁽¹⁾. En l'occurrence, l'article 41 constate que des variations mineures d'application peuvent être induites par le droit et la pratique internes bien établis d'une Partie qui est un État fédéral. Ces variations doivent être fondées sur sa Constitution ou d'autres principes fondamentaux concernant la séparation des pouvoirs en matière de justice pénale entre le gouvernement central et les États constituants ou autres entités territoriales d'un État fédéral. Il a été convenu entre les rédacteurs de la Convention que l'application de la clause fédérale n'entraînera que des variations mineures dans la mise en œuvre de la Convention.

317. Prenons l'exemple des États-Unis. En vertu de leur Constitution et des principes fondamentaux du fédéralisme, c'est la législation pénale fédérale qui est généralement appliquée si les actes en question ont des effets sur le commerce entre États constituants ou avec l'étranger, alors que les questions moins importantes ou d'intérêt purement local relèvent depuis toujours de la juridiction des États constituants. Cette approche du fédéralisme permet encore à la législation fédérale de couvrir largement les actes illégaux prévus par la présente Convention, mais elle admet que les États constituants restent compétents pour les questions mineures ou d'intérêt purement local. Dans certains cas entrant dans cette catégorie restreinte d'actes réglementés par l'État constituant et non par la législation fédérale, un État constituant peut ne pas avoir institué une mesure qui se situerait normalement dans le champ d'application de la Convention. Ainsi, par exemple, une attaque commise contre un ordinateur personnel autonome ou un réseau d'ordinateurs connectés entre eux dans un même immeuble ne relève du pénal que si la loi de l'État où l'attaque a eu lieu le prévoit. En revanche, l'attaque serait une infraction fédérale en cas d'accès à l'ordinateur par l'Internet, car l'utilisation de l'Internet implique un effet sur le commerce entre

(1) Par exemple, la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, Article 34 ; la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, Article 37 ; la Convention relative à la reconnaissance et la mise en application des décisions d'arbitrage étrangères du 10 juin 1958, Article 11 ; la Convention pour la protection de l'héritage culturel et naturel du monde du 16 novembre 1972, Article 34.

États constituant et avec l'étranger, condition nécessaire pour demander l'application de la législation fédérale. L'application de la présente Convention par le biais du droit fédéral des États-Unis ou par celui de la législation d'un autre État fédéral dans des circonstances analogues serait conforme aux dispositions de l'article 41.

318. Le champ d'application de la clause fédérale a été limité aux dispositions du Chapitre II (droit pénal matériel, droit procédural et compétence). Les États fédéraux faisant usage de cette disposition auraient encore l'obligation de coopérer avec les autres Parties sur la base du Chapitre III, même lorsque l'État constituant ou d'autres entités territoriales analogues dans lesquels se trouve un fugitif ou une preuve n'incrimine pas le comportement ou ne dispose pas de procédures conformément à la Convention.

319. En outre, le paragraphe 2 de l'article 41 prévoit qu'un État fédéral, lorsqu'il fait une réserve prévue au paragraphe 1, ne saurait faire usage des termes d'une telle réserve pour exclure ou diminuer de manière substantielle ses obligations en vertu du chapitre II. En tout état de cause, il doit se doter de moyens étendus et effectifs permettant la mise en œuvre des mesures prévues par ledit chapitre. En ce qui concerne les dispositions dont l'application relève de la compétence législative de l'État constituant ou d'autres entités territoriales analogues, le gouvernement fédéral porte ces dispositions à la connaissance des autorités de ces entités, avec son avis favorable en les encourageant à adopter les mesures appropriées pour les mettre en œuvre.

Réserves (article 42)

320. L'article 42 prévoit un certain nombre de cas où il est possible de formuler des réserves. Cette approche tient au fait que la Convention porte sur un domaine du droit pénal et du droit de procédure pénale qui est relativement nouveau pour de nombreux États. En outre, la nature mondiale de la Convention, qui sera ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe et des États non membres, rend nécessaire de prévoir ces possibilités de réserves. Celles-ci visent à permettre au plus grand nombre d'États possible de devenir Parties à la Convention tout en leur permettant de conserver certaines approches et notions compatibles avec leur législation interne. En même temps, les auteurs ont cherché à limiter les possibilités de faire des réserves afin de garantir autant que faire se pouvait l'application uniforme de la Convention par les Parties. C'est pourquoi celles-ci ne peuvent faire aucune autre réserve que celles qui sont énumérées. De plus, une Partie ne peut faire une réserve qu'au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

321. Tenant compte du fait que, pour certaines Parties, certaines réserves étaient indispensables pour éviter une incompatibilité avec leurs principes constitutionnels ou principes juridiques fondamentaux, l'article 43 n'impose aucun délai pour le retrait des réserves. Elles doivent être retirées dès que les circonstances le permettent.

322. Afin de pouvoir exercer une certaine pression sur les Parties en vue de les amener au moins à envisager de retirer leurs réserves, la Convention autorise le Secrétaire général du Conseil de l'Europe à s'enquérir périodiquement des perspectives de retrait desdites réserves. Cette possibilité de demander des renseignements est devenue pratique courante dans le cadre de l'application de plusieurs instruments du Conseil de l'Europe. Les Parties peuvent ainsi indiquer si elles doivent maintenir leurs réserves au sujet de certaines dispositions et retirer ultérieurement celles qui sont devenues inutiles. On espère qu'avec le temps, les Parties pourront retirer autant de réserves que possible de façon à promouvoir l'application uniforme de la Convention.

Amendements (article 44)

323. L'article 44 a pour précédent la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141), où cette disposition a été insérée à titre de nouveauté en ce qui concerne les conventions de droit pénal élaborées au sein du Conseil de l'Europe. On considère que la procédure d'amendement s'applique pour l'essentiel à des modifications relativement mineures à caractère procédural ou technique. Les auteurs ont estimé que les changements importants à apporter à la Convention pourraient l'être sous la forme de Protocoles additionnels.

324. Les Parties elles-mêmes peuvent examiner la nécessité d'amendements ou de protocoles en appliquant la procédure de concertation prévue à l'article 46. Le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) devra en être tenu régulièrement informé et prendre les mesures voulues pour aider les Parties à modifier ou compléter la Convention.

325. Conformément au paragraphe 5, tout amendement adopté n'entrera en vigueur qu'après que toutes les Parties auront informé le Secrétaire général qu'elles l'acceptent. Cette disposition a pour objet de ménager à la Convention la possibilité d'évoluer de façon uniforme.

Règlement des différends (article 45)

326. Le paragraphe 1 de l'article 45 dispose que le Comité européen pour les problèmes criminels doit être tenu informé de l'interprétation et de l'application des dispositions de la Convention. Le paragraphe 2 impose aux Parties l'obligation de s'efforcer de parvenir à un règlement pacifique de tout différend sur l'interprétation ou l'application de la Convention. Tout moyen de règlement du différend devra avoir été arrêté en commun par les Parties concernées. Cette disposition propose trois mécanismes possibles de règlement des différends : le recours au CDPC, à un tribunal arbitral ou à la Cour internationale de Justice.

Concertation des Parties (article 46)

327. L'article 46 institue un cadre devant permettre aux Parties de se concerter au sujet de la mise en oeuvre de la Convention, des répercussions des nouveautés juridiques, politiques ou techniques importantes observées dans le domaine de la criminalité informatique ou en relation avec l'ordinateur, et de la collecte de preuves sous forme électronique, ainsi que de l'éventualité de compléter ou d'amender la Convention. Ces concertations devront, en particulier, examiner les questions apparues à l'occasion de l'application et de la mise en oeuvre de la Convention, y compris les effets des déclarations et des réserves faites conformément aux articles 40, 41 et 42.

328. La procédure est souple : il appartient aux Parties de décider comment ou quand se rencontrer si elles le souhaitent. Les auteurs de la Convention ont jugé cette procédure utile pour permettre à toutes les Parties à la Convention, y compris les États non membres du Conseil de l'Europe, d'être associées – sur un pied d'égalité – à tout mécanisme de suivi, sans empiéter sur le domaine de compétence du CDPC. Celui-ci non seulement doit être tenu périodiquement au courant des consultations qui se déroulent entre les Parties, mais doit aussi les faciliter et prendre les mesures nécessaires pour aider les Parties dans leurs efforts visant à compléter ou amender la Convention. Compte tenu de la nécessité de prévenir les infractions relevant de la cybercriminalité et de poursuivre leurs auteurs, compte tenu aussi des questions connexes liées à la vie privée, des effets potentiels sur les activités commerciales et d'autres facteurs pertinents, il peut être utile d'associer aux concertations les parties intéressées, notamment les services de lutte contre la criminalité, les organisations non gouvernementales et le secteur privé (voir aussi le paragraphe 14).

329. Le paragraphe 3 prévoit un examen du fonctionnement de la Convention à l'issue d'un délai de trois ans à compter de son entrée en vigueur, au cours duquel des amendements pourront être proposés. Le CDPC procédera à cet examen avec l'aide des Parties.

330. Le paragraphe 4 dispose que, sauf lorsque le Conseil de l'Europe les prend en charge, les frais occasionnés par les consultations menées conformément au paragraphe 1 de l'article 46 seront supportés par les Parties elles-mêmes. Toutefois, en sus du CDPC, le Secrétariat du Conseil de l'Europe aidera les Parties dans toutes leurs activités en rapport avec la Convention.