

www.coe.int/TCY



Strasbourg, 1 mars 2017

T-CY(2015)16

Comité de la Convention de la Cybercriminalité (T-CY)

Note d'orientation T-CY #10

**Injonctions de production concernant des informations
sur les abonnés
(Article 18 Budapest Convention)**

Adoptée par le T-CY suite à la 16^{ième} plénière par procédure écrite (28 février 2017)

Contact

Alexander Seger

Secrétaire du Comité de la Convention Cybercriminalité (T-CY)

Direction Générale des Droits de l'Homme et de l'État de droit

Conseil de l'Europe, Strasbourg, France

Tél +33-3-9021-4506

Fax +33-3-9021-5650

Email alexander.seger@coe.int

1 Introduction

A sa 8^e Plénière (décembre 2012), le Comité de la Convention sur la Cybercriminalité (T-CY) a décidé de publier des Notes d'orientation visant à faciliter l'usage et la mise en œuvre effectives de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, notamment à la lumière des développements du droit, des politiques et des techniques¹.

Bien qu'elles ne soient pas contraignantes, les Notes d'orientation reflètent une analyse de l'application de la Convention partagée par toutes ses Parties.

La présente Note² traite la question des injonctions de produire relatives à des informations sur les abonnés visées à l'article 18, à savoir dans des situations où :

- une personne à qui il est fait injonction de produire des données informatiques spécifiées est présente sur le territoire d'un État Partie (Article 18.1.a) ;³
- un fournisseur de services à qui il est fait injonction de produire des informations sur un abonné propose un service sur le territoire de l'État Partie sans forcément être situé sur le territoire en question (Article 18.1.b).

Il est pertinent de publier une Note d'orientation sur ces aspects de l'Article 18, étant donné :

- que les informations sur les abonnés sont le plus souvent recherchées dans des enquêtes pénales ;
- que l'article 18 a une compétence nationale ;
- que, du fait de l'essor du « cloud computing » et du stockage de données à distance, les autorités compétentes cherchant à accéder à des données informatiques spécifiées - en particulier à des informations relatives à l'abonné - pour mener des enquêtes pénales et des poursuites, se sont heurtées à un certain nombre de difficultés ;
- qu'actuellement, les pratiques et les procédures, ainsi que les conditions et les sauvegardes en matière d'accès à des informations concernant les abonnés varient considérablement d'un État Partie de la Convention à l'autre ;
- qu'il est nécessaire de traiter les problèmes qui se posent en matière de vie privée et de protection des données à caractère personnel, pour ce qui est du fondement juridique de la juridiction relative aux services offerts sur le territoire d'un État partie sans que le fournisseur de services soit établi sur ce territoire, ainsi qu'en ce qui concerne l'accès à des données stockées dans des juridictions étrangères ou en des lieux inconnus ou multiples « dans le cloud » ;

La notification et la force exécutoire des injonctions de produire nationales à l'encontre de fournisseurs établis hors du territoire d'un Etat Partie posent d'autres problèmes qui ne peuvent être traités dans le cadre d'une note d'orientation. Les Etats Parties peuvent demander les informations relatives aux abonnés par le biais de l'entraide judiciaire.

¹ Voir le mandat du T-CY (article 46 de la Convention de Budapest).

² Cette Note d'orientation s'appuie sur les travaux du Groupe sur les Preuves dans le Cloud.

³ Il est important de rappeler que l'article 18.1.a de la Convention de Budapest n'est pas limité aux seules informations relatives aux abonnés, mais qu'il concerne tout type de données informatiques spécifiées. En revanche, la présente Note d'orientation ne traite que la seule production d'informations concernant les abonnés.

La mesure visée à l'article 18 doit s'appliquer dans des enquêtes et procédures pénales spécifiques relevant du champ d'application de l'article 14 de la Convention de Budapest. Les injonctions doivent donc être délivrées dans des cas spécifiques en ce qui concerne des abonnés spécifiés.

2 Article 18 de la Convention de Budapest⁴

2.1 Texte de la disposition

Article 18 – Injonction de produire

1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour habiliter ses autorités compétentes à ordonner :

a à une personne présente sur son territoire de communiquer les données informatiques spécifiées, en la possession ou sous le contrôle de cette personne, et stockées dans un système informatique ou un support de stockage informatique ; et

b à un fournisseur de services offrant des prestations sur le territoire de la Partie, de communiquer les données en sa possession ou sous son contrôle relatives aux abonnés et concernant de tels services.

Extrait du Rapport explicatif :

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 en 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, droit 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 États, 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 ou 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

⁴ Voir l'annexe pour l'article 18 et les extraits *in extenso* du Rapport explicatif.

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'injonction⁵.

2.2 Que recouvre l'expression « données relatives aux abonnés » ?

L'expression « données relatives aux abonnés » est définie à l'article 18.3 de la Convention de Budapest :

- 3 Aux fins du présent article, l'expression « données relatives aux abonnés » désigne toute information, contenue sous forme de données informatiques ou sous toute autre forme, détenue par un fournisseur de services et qui se rapporte aux abonnés de ses services, autres que des données relatives au trafic ou au contenu, et permettant d'établir :
 - a le type de service de communication utilisé, les dispositions techniques prises à cet égard et la période de service ;
 - b l'identité, l'adresse postale ou géographique et le numéro de téléphone de l'abonné, et tout autre numéro d'accès, les données concernant la facturation et le paiement, disponibles sur la base d'un contrat ou d'un arrangement de service ;
 - c toute autre information relative à l'endroit où se trouvent les équipements de communication, disponible sur la base d'un contrat ou d'un arrangement de service.

Paragraphe 177 du rapport explicatif indique également :

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.

L'obtention de données relatives aux abonnés peut constituer une ingérence moins contraignante à l'égard des droits individuels que l'obtention de données relatives au trafic ou au contenu.

2.3 Qu'est-ce qu'un « fournisseur de services » ?

La Convention de Budapest sur la cybercriminalité prévoit une notion large du « fournisseur de services », qui est défini à l'article 1.c de la Convention de Budapest.

⁵ Paragraphe 173 du Rapport explicatif.

Aux fins de la présente Convention, l'expression :

- c. « fournisseur de services » désigne :
 - i. toute entité publique ou privée qui offre aux utilisateurs de ses services la possibilité de communiquer au moyen d'un système informatique ;
 - ii. toute autre entité traitant ou stockant des données informatiques pour ce service de communication ou ses utilisateurs.

L'article 18.1.b s'applique pour tout fournisseur de services offrant des services sur le territoire de la Partie⁶.

3 Interprétation par le T-CY de l'article 18 de la Convention de Budapest en ce qui concerne les données relatives aux abonnés

3.1 Portée de l'article 18.1.a

- La portée est large : une « personne » (notion qui peut englober celle de « fournisseur de services ») qui est présente sur le territoire de la Partie.
- Pour ce qui est des données informatiques, la portée est large mais n'est pas indéfinie : toutes données informatiques « spécifiées » (ce qui entraîne que l'article 18.1.a n'est pas limité aux « données relatives aux abonnés » et couvre tout type de données informatiques).
- Les données informatiques spécifiées sont en possession de cette personne ou si la personne n'en a pas la possession physique, elle contrôle librement les données informatiques transmises dans le cadre de l'article 18.1.a. depuis le territoire de l'Etat Partie.
- Les données informatiques spécifiées sont stockées dans un système informatique ou un moyen de stockage informatique.
- L'injonction de produire est émise et exécutable par les autorités compétentes dans la l'Etat Partie dans lequel l'injonction est demandée/accordée.

3.2 Portée de l'article 18.1.b

La portée de l'article 18.1.b est plus étroite que celle de l'article 18.1.a. L'alinéa b :

- est limité au « fournisseur de services »⁷ ;
- le fournisseur de services destinataire de l'injonction n'est pas nécessairement présent sur le territoire mais offre ses services sur le territoire de l'Etat Partie ;
- est limité aux « données relatives aux abonnés » ;
- les données relatives aux abonnés sont liées à ces services et sont dans la possession ou le contrôle du fournisseur de service.

En revanche, contrairement à l'article 18.1.a. qui est limité dans son champs d'application « aux personnes présentes sur le territoire de l'Etat Partie, l'article 18.1.b est silencieux sur la question du lieu de situation du fournisseur de services. Les Parties pourraient mettre en œuvre la disposition dans des circonstances où le fournisseur de service offrant ses services sur le territoire de l'Etat Partie n'est ni juridiquement, ni physiquement, présent sur le territoire.

⁶ Les instruments de l'Union européenne font la distinction entre fournisseurs de services de communication électroniques et fournisseurs de services dans la société de l'Internet. La notion de « fournisseur de services » visée à l'article 1.c de la Convention de Budapest recouvre ces deux aspects.

⁷ Le concept de « personne » est plus large que celui de « fournisseur de services », même si un « fournisseur de services » peut être une « personne ».

3.3 Compétence

L'article 18.1.b est limité aux circonstances où l'autorité de justice pénale délivrant l'injonction de produire est compétente pour l'infraction.

Cela peut concerner les situations où l'abonné est ou était résident ou présent sur le territoire lors de la commission de l'infraction.

La présente interprétation de l'article 18 ne préjuge pas de compétences plus larges ou supplémentaires en vertu du droit interne des Parties.

L'accord à la présente Note d'orientation n'implique ni le consentement à la notification ou la force exécutoire extraterritoriale d'une ordonnance de production nationale délivrée par un autre État ni de créer de nouvelles obligations ou relations entre les États Parties.

3.4 Quelles sont les caractéristiques d'une « injonction de produire » ?

Une « injonction de produire » au sens de l'article 18 est une mesure nationale qui doit être prise selon le droit pénal interne. Elle est limitée par la compétence d'adjudication et d'exécution de la Partie dans laquelle l'injonction est délivrée.

Les injonctions de produire relevant de l'article 18 portent

« 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. »⁸

Le rapport explicatif⁹ de la Convention de Budapest mentionne les injonctions de reproduire comme une mesure souple, moins contraignante que la perquisition ou la saisie ou encore d'autres pouvoirs coercitifs :

« 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. »

⁸ Paragraphe 172 du Rapport explicatif.

⁹ Paragraphe 171 du Rapport explicatif.

3.5 Quel effet produit la localisation des données ?

Le fait que les informations relatives aux abonnés soient stockées dans une autre juridiction ne fait pas obstacle à l'application de l'article 18 de la Convention de Budapest. Le Rapport explicatif précise :

- concernant l'article 18.1.a, que « 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. »¹⁰ ;
- concernant l'article 18.1.b, que « 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) »¹¹.

En ce qui concerne l'article 18.1.b, une situation possible peut être celle où un fournisseur de services a son siège dans une juridiction mais stocke les données dans une autre juridiction. Des données peuvent être répliquées dans plusieurs juridictions ou se déplacer entre plusieurs juridictions à la discrétion du fournisseur de services sans information ni contrôle de l'abonné. Les régimes juridiques admettent de plus en plus, tant dans la sphère du droit pénal qu'en matière de protection de la vie privée et des données, que la localisation des données n'est pas le facteur déterminant pour établir la compétence juridictionnelle.

3.6 Que recouvre la notion de « offrant des prestations sur le territoire d'une Partie » ?

L'essor du « Cloud computing » a amené à s'interroger sur le point de savoir quand un fournisseur de services est considéré comme offrant ses prestations sur le territoire de la Partie et étant par là-même tenu d'obéir à une injonction nationale de produire des données relatives à un abonné. Cette question a fait l'objet d'une série d'interprétation par les tribunaux dans diverses juridictions, dans des affaires civiles comme pénales.

En ce qui concerne l'article 18.1.b, un fournisseur de services « offre un service sur le territoire de la partie » lorsque :

- le fournisseur de services permet à des personnes sur le territoire de la Partie de s'abonner à ses services¹² (et ne bloque pas, par exemple, l'accès à ce type de services) ;

et

- le fournisseur de service a établi un lien réel et substantiel à un Etat Partie. Les facteurs pertinents peuvent inclure la mesure dans laquelle un fournisseur de service

¹⁰ Paragraphe 173 du Rapport explicatif. Une « personne » au sens de l'article 18.1.a de la Convention de Budapest peut être une personne physique ou une personne morale, notamment un fournisseur de services.

¹¹ Paragraphe 173 du Rapport explicatif.

¹² Veuillez noter le Paragraphe 183 Rapport explicatif : « La mention d'un « contrat ou arrangement de service » s'entend au sens très large de toute type de relation sur la base duquel un abonné utilise les services d'un fournisseur ».

oriente ses activités vers ces abonnés (par exemple, en faisant localement de la publicité ou en faisant de la publicité dans la langue du territoire de la Partie), ou utilise les informations relatives aux abonnés (ou les données de trafic associées) dans le cours de ses activités, ou interagit avec des abonnés dans l'Etat Partie et peut en d'autre terme être considéré comme établi sur le territoire de l'Etat Partie.

Le simple fait qu'un fournisseur de service utilise un nom de domaine ou une adresse mail électronique connecté à un pays spécifique ne crée pas une présomption que son lieu d'établissement soit dans ce pays. C'est pourquoi, la condition qui exige que les données relatives aux abonnés soient en lien avec des services offerts par un fournisseur sur le territoire de l'Etat Partie, peut être considérée comme remplie même si ces services sont fournis via un domaine national de premier niveau faisant référence à une autre juridiction.

3.7 Considérations générales et sauvegardes

Les Parties à la Convention sont tenues de former une communauté de confiance qui respecte l'article 15 de la Convention de Budapest.

Article 15 – Conditions et sauvegardes

1 - Chaque Partie veille à ce que l'instauration, la mise en œuvre et l'application des pouvoirs et procédures prévus dans la présente section soient soumises aux conditions et sauvegardes prévues par son droit interne, qui doit assurer une protection adéquate des droits de l'homme et des libertés, en particulier des droits établis conformément aux obligations que celle-ci a souscrites en application de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du Conseil de l'Europe (1950) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (1966), ou d'autres instruments internationaux applicables concernant les droits de l'homme, et qui doit intégrer le principe de la proportionnalité.

2 - Lorsque cela est approprié, eu égard à la nature de la procédure ou du pouvoir concerné, ces conditions et sauvegardes incluent, entre autres, une supervision judiciaire ou d'autres formes de supervision indépendante, des motifs justifiant l'application ainsi que la limitation du champ d'application et de la durée du pouvoir ou de la procédure en question. 3 - Dans la mesure où cela est conforme à l'intérêt public, en particulier à la bonne administration de la justice, chaque Partie examine l'effet des pouvoirs et procédures dans cette section sur les droits, responsabilités et intérêts légitimes des tiers.

3.8 Application de l'article 18 en ce qui concerne les données relatives aux abonnés

La production de données relatives aux abonnés en vertu de l'article 18 de la Convention de Budapest peut donc être ordonnée si les critères suivants sont remplis dans une enquête pénale spécifique et pour des abonnés spécifiés :

SI		
l'autorité de justice pénale est compétente pour l'infraction;		
ET SI		
le fournisseur de services possède ou contrôle les données relatives à l'abonné ;		
ET SI		
Article 18.1.a Le fournisseur de services est présent sur le territoire de la Partie.	OU	<p>Article 18.1.b Un Etat Partie considère qu'un fournisseur de service « offre ses services sur le territoire de la Partie », lorsque, par exemple :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le fournisseur de services permet à des personnes sur le territoire de la Partie de s'abonner à ses services (et ne bloque pas par exemple l'accès à ce type de services) ; <p>ET</p> <ul style="list-style-type: none"> - le fournisseur de service a établi un lien réel et substantiel à un Etat Partie. Les facteurs pertinents peuvent inclure : dans quelle mesure un fournisseur de service oriente ses activités vers ces abonnés (par exemple, en faisant localement de la publicité ou en faisant de la publicité dans la langue du territoire de la Partie), ou utilise les informations relatives aux abonnés (ou les données de trafic associées) dans le cours de ses activités, ou interagit avec des abonnés dans l'Etat Partie et peut en d'autre terme être considéré comme établi sur le territoire de l'Etat Partie.
ET SI		
		<ul style="list-style-type: none"> - les données relatives aux abonnés devant être produites concernent les services d'un fournisseur offerts sur le territoire de l'Etat Partie.

4 Déclaration du T-CY

Le T-CY s'accorde à dire que les positions présentées ci-dessus constituent le socle commun sur lequel s'entendent les Parties en ce qui concerne la portée et les éléments de l'article 18 de la Convention de Budapest concernant la production de données relatives aux abonnés.

5 Annexes : Extraits de la Convention de Budapest

Article 18 – Injonction de produire

- 1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour habiliter ses autorités compétentes à ordonner:
 - a à une personne présente sur son territoire de communiquer les données informatiques spécifiées, en sa possession ou sous son contrôle, qui sont stockées dans un système informatique ou un support de stockage informatique; et
 - b à un fournisseur de services offrant des prestations sur le territoire de la Partie, de communiquer les données en sa possession ou sous son contrôle relatives aux abonnés et concernant de tels services.
- 2 Les pouvoirs et procédures mentionnés dans le présent article doivent être soumis aux articles 14 et 15.
- 3 Aux fins du présent article, l'expression «données relatives aux abonnés» désigne toute information, sous forme de données informatiques ou sous toute autre forme, détenue par un fournisseur de services et se rapportant aux abonnés de ses services, autres que des données relatives au trafic ou au contenu, et permettant d'établir:
 - a le type de service de communication utilisé, les dispositions techniques prises à cet égard et la période de service;
 - b l'identité, l'adresse postale ou géographique et le numéro de téléphone de l'abonné, et tout autre numéro d'accès, les données concernant la facturation et le paiement, disponibles sur la base d'un contrat ou d'un arrangement de services;
 - c toute autre information relative à l'endroit où se trouvent les équipements de communication, disponible sur la base d'un contrat ou d'un arrangement de services.

Rapport explicatif

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.