

www.coe.int/TCY



Strasbourg, version du 4 mai 2016

T-CY(2015)16

Comité de la Convention sur la cybercriminalité (T-CY)

Note d'orientation n° 10 du T-CY (PROJET) Injonctions de produire des données relatives aux abonnés (Article 18 de la Convention de Budapest)

Proposition élaborée par le Bureau du T-CY et le Groupe sur les preuves dans le nuage
pour examen par la 15^e Plénière du T-CY (24-25 mai 2016)

Les commentaires relatifs à ce projet de Note d'orientation doivent être envoyés à :

Alexander Seger

Secrétaire exécutif du Comité de la Convention sur la
cybercriminalité

Direction générale des Droits de l'Homme et de l'Etat de droit
Conseil de l'Europe, Strasbourg, France

Tél. +33-3-9021-4506

Fax +33-3-9021-5650

E-mail alexander.seger@coe.int

1 Introduction

Lors de sa 8^e Plénière (décembre 2012), le Comité de la Convention sur la cybercriminalité (T-CY) a décidé d'établir des notes d'orientation visant à faciliter l'usage et la mise en œuvre effectifs de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, notamment à la lumière des évolutions du droit, des politiques et des technologies¹.

Les notes d'orientation reflètent une analyse de l'application de la Convention de Budapest partagée par toutes ses Parties.

La présente Note d'orientation² traite des injonctions de produire des données relatives aux abonnés conformément à l'article 18, soit dans des situations où :

- une personne ayant reçu une injonction de produire des données électroniques spécifiées est présente sur le territoire d'une Partie (article 18.1.a)³ ;
- un fournisseur de services ayant reçu une injonction de produire des données relatives aux abonnés offre des prestations sur le territoire de la Partie sans se trouver sur ledit territoire (article 18.1.b).

Ces aspects de l'article 18 nécessitent une note d'orientation pour les raisons suivantes :

- les données relatives aux abonnés sont le type de données le plus recherché dans les enquêtes judiciaires ;
- l'article 18 relève des compétences internes ;
- l'expansion de l'informatique en nuage et du stockage à distance a posé un certain nombre de problèmes aux autorités compétentes cherchant à obtenir l'accès à des données électroniques spécifiées, et notamment à des données relatives aux abonnés dans le cadre d'enquêtes judiciaires et de poursuites ;
- à ce jour, les pratiques et les procédures, ainsi que les conditions et les sauvegardes pour obtenir l'accès à des données relatives aux abonnés ne sont pas du tout homogènes au sein des Parties de la Convention ;
- il est nécessaire de répondre aux problèmes relatifs à la vie privée et à la protection des données personnelles, au fondement juridique de la compétence d'une Partie pour des prestations offertes sur son territoire si le fournisseur de services ne se trouve pas sur ledit territoire, ainsi qu'à l'accès à des données stockées sur des territoires de juridictions étrangères ou dans des emplacements inconnus ou multiples « dans le nuage » ;
- la force exécutoire d'injonctions de produire à l'extérieur du territoire de la Partie à l'origine de ladite injonction soulève d'autres problèmes.

L'article 18 doit être appliqué dans le cadre d'enquêtes judiciaires et d'actions en justice spécifiques relevant du champ d'application de l'article 14 de la Convention de Budapest.

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

² La présente Note d'orientation se base sur le travail du Groupe sur les preuves dans le nuage du T-CY.

³ Il est à noter que l'article 18.1.a de la Convention de Budapest ne concerne pas seulement les données relatives aux abonnés, mais porte aussi sur tous les types de données électroniques spécifiées. La présente Note d'orientation se limite cependant aux injonctions de produire des données relatives aux abonnés.

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 habilitier 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.

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 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 personnes 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 des 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'injonction⁵.

⁴ Voir l'annexe pour consulter l'article 18 et le Rapport explicatif.

⁵ Paragraphe 173 du Rapport explicatif.

2.2 Que sont les « données relatives aux abonnés » ?

Le terme « données relatives aux abonnés » est défini 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, 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.

L'acquisition de données relatives aux abonnés porte moins atteinte aux droits des individus que l'acquisition 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 donne un sens large à l'expression « fournisseur de service », qui est définie dans son article 1.c :

Aux fins de la présente Convention :

- c l'expression « 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, et
 - ii toute autre entité traitant ou stockant des données informatiques pour ce service de communication ou ses utilisateurs.

L'article 18.1.b doit être appliqué à tout fournisseur de services présent sur le territoire ou offrant une prestation sur le territoire de la Partie⁶.

3 Interprétation par le T-CY de la notion de « données relatives aux abonnés » définie dans l'article 18 de la Convention de Budapest

3.1 Champ d'application de l'article 18.1.a

- Son champ d'application est large : il concerne toute « personne » (y compris tout « fournisseur de services ») qui est établie physiquement ou légalement sur le territoire de la Partie ;

⁶ Les instruments de l'Union Européenne font la distinction entre les fournisseurs de services de communication électroniques et les fournisseurs de services des sociétés d'Internet. La définition de « fournisseur de services » de l'article 1.c de la Convention de Budapest comprend les deux acceptions.

- en ce qui concerne les données électroniques, sa portée est large mais l'application est soumise à certaines conditions : elle inclut toute donnée électronique « spécifiée » (l'article 18.1.a ne se limite donc pas aux « données relatives aux abonnés ») ;
- les données électroniques spécifiées doivent être en la possession ou sous le contrôle de la personne concernée ;
- les données électroniques spécifiées doivent être stockées dans un système informatique ou sur un support de stockage informatique ;
- les autorités compétentes sur le territoire de la Partie ayant demandé ou accordé une injonction de produire délivrent ladite injonction et lui donnent force exécutoire.

3.2 Champ d'application de l'article 18.1.b

L'article 18.1.b a un champ d'application plus réduit que l'article 18.1.a. Le paragraphe b :

- ne s'applique qu'aux « fournisseurs de services »⁷ ;
- ne concerne que les « données relatives aux abonnés » ;
- précise que la personne recevant l'injonction ne doit pas se trouver légalement ou physiquement sur le territoire de la Partie, mais le service doit être fourni sur ledit territoire.

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

Conformément à l'article 18, une « injonction de produire » est une mesure interne régie par le droit pénal interne. Une « injonction de produire » est limitée par les compétences juridictionnelles et d'exécution de la Partie sur le territoire de laquelle elle a été accordée.

Conformément à l'article 18, une 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 »⁸.

Dans le Rapport explicatif (paragraphe 171) de la Convention de Budapest, l'injonction de produire s'entend comme une mesure flexible qui porte moins atteinte à la vie privée qu'une perquisition, ou une saisie ou tout autre recours à la coercition, et qui pourrait constituer une base légale pour la coopération avec les fournisseurs de services.

3.4 Quelles sont les implications de l'emplacement des données ?

Le stockage des données relatives aux abonnés sur un territoire étranger n'empêche pas l'application de l'article 18 de la Convention de Budapest. Le Rapport explicatif précise que :

- en ce qui concerne l'article 18.1.a, « 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

⁷ Le terme « personne » est plus général que l'expression « fournisseur de services », mais un « fournisseur de services » peut être une « personne ».

⁸ Paragraphe 172 du Rapport explicatif.

contrôler librement la production de ces données depuis le territoire de la Partie ayant ordonné leur communication. »⁹ ;

- en ce qui concerne l'article 18.1.b, « 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) »¹⁰.

Les situations dans lesquelles l'unité de stockage se trouve en dehors du territoire de la Partie à l'origine de l'injonction sont donc comprises.

Pour ce qui est de l'article 18.1.b, dans une situation typique, un fournisseur de services peut avoir son siège sur le territoire d'une première juridiction, appliquer le régime légal d'une seconde juridiction et stocker les données sur le territoire d'une troisième juridiction. Les données peuvent se trouver dans plusieurs juridictions ou se déplacer d'un territoire à un autre à la discrétion du fournisseur de services et sans que l'abonné en soit averti ou ait la possibilité de contrôler l'emplacement de stockage des données. Les régimes juridiques tendent de plus en plus à reconnaître que, dans les domaines du droit pénal et de la protection de la vie privée et des données, l'emplacement des données n'est pas déterminant pour définir la juridiction compétente.

3.5 Que signifie l'expression « fournir un service sur le territoire d'une Partie » ?

L'expansion de l'informatique en nuage pose la question de savoir à quel moment il peut être considéré qu'un fournisseur de services fournit un service sur le territoire de la Partie et peut donc être susceptible de recevoir une injonction de produire des données relatives aux abonnés. Ainsi, les tribunaux de différentes juridictions ont interprété la loi de manières variées pour des affaires de droits pénal et civil.

Le T-CY a établi qu'un fournisseur de service, conformément à l'article 18.1.b, « fournit un service sur le territoire de la Partie » si :

- le fournisseur de services permet à des personnes sur le territoire de la Partie de s'abonner à ses services (et ne bloque pas l'accès auxdits services, par exemple) ;
- et
- s'il oriente ses activités vers ces abonnés (en menant des campagnes publicitaires locales ou dans la langue parlée sur le territoire de la Partie), ou s'il utilise les données relatives auxdits abonnés (ou les données relatives au trafic associées) dans le cadre de ses activités, ou s'il entre en contact avec les abonnés sur le territoire de la Partie.

⁹ Paragraphe 173 du Rapport explicatif. Le terme « personne » peut, conformément à l'article 18.1.a de la Convention de Budapest, se référer à une personne physique ou morale, y compris un fournisseur de services.

¹⁰ Paragraphe 173 du Rapport explicatif.

3.6 Compétence

L'article 18.1.b se limite aux circonstances dans lesquelles l'institution pénale déclarant l'injonction de produire est compétente pour juger l'infraction en application de l'article 22 de la Convention de Budapest¹¹.

Dans une situation typique, l'abonné peut être résident du territoire de la Partie au moment de l'injonction, ou bien en être résident ou s'y trouver au moment de l'infraction.

3.7 Considérations générales et sauvegardes

Il est admis que les Parties à la Convention forment une communauté de confiance et que l'état de droit et les principes des droits de l'homme sont respectés conformément à l'article 15 de la Convention de Budapest.

Les droits des individus et les intérêts des tiers doivent être pris en compte lors de l'application de la mesure d'injonction.

L'article 18 est un instrument juridique interne même si l'article 18.1.b implique l'utilisation dudit instrument pour un fournisseur de services offrant des prestations sur le territoire de la Partie mais étant juridiquement établi dans un autre Etat.

La présente interprétation de l'article 18 ne porte pas préjudice à des compétences plus larges ou supplémentaires prévues par le droit interne des Parties.

3.8 Application de l'article 18

L'injonction de produire des données relatives aux abonnés est donc, en vertu de l'article 18 de la Convention de Budapest, recevable si les conditions suivantes sont remplies dans le cadre d'une enquête judiciaire spécifique et dans la mesure où des abonnés spécifiées sont concernés :

| |
|--|
| SI |
| l'institution pénale a compétence pour juger l'infraction conformément à l'article 22 de la Convention de Budapest ; |
| ET SI |

¹¹ Article 22 – Compétence

- 1 Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction pénale établie conformément aux articles 2 à 11 de la présente Convention, lorsque l'infraction est commise :
 - a sur son territoire ; ou
 - b à bord d'un navire battant pavillon de cette Partie ; ou
 - c à bord d'un aéronef immatriculé selon les lois de cette Partie ; ou
 - d par un de ses ressortissants, si l'infraction est punissable pénalement là où elle a été commise ou si l'infraction ne relève de la compétence territoriale d'aucun Etat.
- 2 Chaque Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou des conditions spécifiques, les règles de compétence définies aux paragraphes 1.b à 1.d du présent article ou dans une partie quelconque de ces paragraphes.
- 3 Chaque Partie adopte les mesures qui se révèlent nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de toute infraction mentionnée à l'article 24, paragraphe 1, de la présente Convention, lorsque l'auteur présumé de l'infraction est présent sur son territoire et ne peut être extradé vers une autre Partie au seul titre de sa nationalité, après une demande d'extradition.
- 4 La présente Convention n'exclut aucune compétence pénale exercée par une Partie conformément à son droit interne.
- 5 Lorsque plusieurs Parties revendiquent une compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, lorsque cela est opportun, afin de déterminer la mieux à même d'exercer les poursuites.

| | | |
|--|------------------|--|
| <p>Article 18.1.a le fournisseur de services est physiquement ou légalement présent ou représenté sur le territoire de la Partie. Par exemple, le fournisseur de services est déclaré comme fournisseur de services de communication électroniques, ou bien des serveurs ou une partie de ses infrastructures se trouvent sur le territoire de la Partie ;</p> | <p>OU SI</p> | <p>Article 18.1.b le fournisseur de services « fournit des services sur le territoire de la Partie », c'est-à-dire que :</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 services¹², et - il oriente ses activités vers ces abonnés, ou utilise les données relatives auxdits abonnés dans le cadre de ses activités, ou entre en contact avec les abonnés sur le territoire de la Partie. |
| <p>ET SI</p> <p>les données relatives aux abonnés sont en possession ou sous le contrôle du fournisseur de services ;</p> | | |
| <p>ET SI</p> <p>les données relatives aux abonnés à produire concernent les services offerts par un fournisseur sur le territoire de la Partie.</p> | | |

4 Déclaration du T-CY

Le T-CY reconnaît que les déclarations aux présentes reflètent l'analyse des Parties quant au champ d'application et les éléments de l'article 18 de la Convention de Budapest en lien avec l'injonction de produire des données relatives aux abonnés.

¹² Paragraphe 183 du Rapport explicatif : « 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. »

5 Annexe : 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.