

**Projet de loi**

**portant:**

- 1) approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité ouverte à la signature à Budapest le 23 novembre 2001,**
- 2) approbation du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, fait à Strasbourg le 28 janvier 2003,**
- 3) modification du Code pénal,**
- 4) modification du Code d'instruction criminelle,**
- 5) modification de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.**

-----  
**Avis du Conseil d'Etat**

(16 avril 2013)

Par dépêche du 12 décembre 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice. Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, de même que d'une fiche d'évaluation d'impact. Etaient annexés le texte de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité ainsi que le texte du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques.

Par dépêche du 11 mars 2013, le Conseil d'Etat s'est vu communiquer l'avis de la Chambre de commerce.

**Considérations générales**

Le projet de loi sous avis vise à approuver la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité et le Protocole additionnel, précités. En conséquence de l'approbation de ces instruments internationaux, une série de dispositions légales, notamment de droit pénal et de procédure pénale, doivent être adaptées. Les auteurs du projet de loi indiquent que dans un avenir très proche sera adoptée une directive de l'Union européenne en la matière et expliquent que cette directive sera « transposée avant la lettre dans le cadre du présent projet de loi ». Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de souligner les difficultés inhérentes à des initiatives concurrentes et à l'adoption de textes qui ne sont pas toujours cohérents au niveau du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, ce qui oblige le législateur national à des adaptations successives de son dispositif légal. Même si les auteurs estiment que l'adoption du présent projet de loi anticipe les modifications impliquées par la future directive de l'Union européenne,

le Conseil d'Etat se demande si une loi globale et unique couvrant les trois instruments européens, la Convention, le Protocole et la directive, n'aurait pas été plus appropriée.

Le Conseil d'Etat relève par ailleurs que le projet de loi comporte plusieurs dispositions qui sont sans lien direct avec le contenu de la convention et du protocole précités, et qui risquent d'être mal comprises comme n'étant pas imposées par les instruments internationaux en question. D'un point de vue légistique, le Conseil d'Etat aurait préféré que le projet de loi fût scindé en deux projets de loi distincts dont l'un se rapporte à l'approbation de la Convention et du Protocole, reprenant les articles 1<sup>er</sup> et 2 du projet de loi sous avis, et l'autre regroupe les dispositions des articles 3 à 5 du projet.

## **Examen des articles**

### Articles 1<sup>er</sup> et 2

Ces articles portent approbation de la convention et du protocole additionnel précités. Ils n'appellent pas d'observation.

### Article 3

L'article 3 porte modification de toute une série de dispositions du Code pénal. Le Conseil d'Etat relève d'emblée que la plupart de ces modifications ont une portée autonome et ne sont pas liées à l'approbation de la convention précitée. Il renvoie à l'observation qu'il a faite dans les considérations générales.

#### *Point 1*

Sous le point 1, il est proposé de compléter l'article 231 actuel du Code pénal sur l'usurpation de nom par une référence à une « identification de quelque nature qu'elle soit ». Les auteurs exposent qu'il résulte de la jurisprudence que l'article 231, dans sa teneur actuelle, ne permet pas de sanctionner l'usage de certificats type Luxtrust qui confèrent une identification d'une personne à une administration<sup>1</sup>. Les auteurs exposent encore s'être inspirés de l'article 226-4-1 du Code pénal français figurant dans une section relative à « l'atteinte à la vie privée ».<sup>2</sup>

Le Conseil d'Etat note, d'abord, que le texte tel que proposé ne permet pas de rencontrer tous les problèmes visés dans le commentaire. En effet, l'utilisation d'une signature électronique, d'un certificat type Luxtrust ou d'un identifiant numérique dans des relations commerciales ou bancaires s'inscrit dans des rapports particuliers avec l'entité qui a décerné ou accepté

---

<sup>1</sup> L'arrêt n° 125/07 de la Cour d'appel du 27 février 2007, que les auteurs n'ont pas communiqué au Conseil d'Etat, porte sur le problème très particulier d'un faux prénom et ne vise pas le problème des systèmes d'identification électronique.

<sup>2</sup> Article 226-4-1 du Code pénal français:

« Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne. »

l'identifiant; il ne s'agit toutefois pas de la prise publique illicite d'une identification dès lors que l'usage frauduleux s'inscrit dans des rapports particuliers. Le Conseil d'Etat note encore que ce type de comportement est souvent sanctionné par le biais de l'infraction de faux. Le seul cas de figure couvert, mais qui n'est pas visé dans le commentaire, est l'utilisation d'un matricule national d'autrui. Se pose, par ailleurs, la question de savoir si un identifiant, plus ou moins abstrait, qu'une personne s'est donné à elle-même, en particulier dans le secteur de l'Internet et qui ne revêt pas une fonction d'identification par un opérateur qui décerne ou accepte l'identifiant, est à protéger.

Le Conseil d'Etat relève de même le caractère vague des termes « identification de quelque nature que ce soit ». L'incrimination d'actes par le biais de formules aussi peu précises n'est à tout le moins pas heureuse. Si le texte, malgré les interrogations formulées ci-dessus, devait être maintenu, il y aurait lieu d'écrire « identifiant » ou de reprendre la formulation du Code pénal français « données permettant d'identifier une autre personne ». Le Conseil d'Etat comprend que l'article 231*bis* nouveau, qui se réfère sans distinction au « tiers », vise la protection des personnes physiques et morales. Qu'en est-il de l'usage injustifié ou frauduleux, de la dénomination ou de l'intitulé officiel d'organes publics qui ne constituent pas des personnes juridiques différentes de l'Etat ou d'une commune?

#### *Point 2*

Les auteurs du projet proposent d'insérer dans le Code pénal un nouvel article 231*bis* incriminant l'usurpation d'un nom ou d'un identifiant en vue de nuire à autrui. C'est cette disposition, et non pas celle de l'article 231, qui reprend en substance l'article 226-4-1 du Code pénal français. L'usurpation prohibée du nom peut se faire en public ou dans le cadre de rapports particuliers. Le Conseil d'Etat comprend la pertinence de la nouvelle incrimination. Il voudrait formuler deux observations. Pourquoi les auteurs n'ont-ils pas repris tels quels les termes du Code pénal français qui présentent l'avantage de consacrer l'idée de l'usurpation et englobent l'atteinte portée à la personne dont l'identité est usurpée et à des tiers qui peuvent être affectés? Le texte français a été inséré, à bon escient, dans une section consacrée à l'atteinte à la vie privée. Aussi le Conseil d'Etat considère-t-il qu'il eût été plus approprié d'insérer l'article en cause dans le chapitre V du Titre VIII du Livre II, qui porte sur les atteintes à l'honneur et à la considération des personnes.

#### *Point 3*

Le point 3 modifie les peines prévues à l'article 488 du Code pénal. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation particulière.

#### *Point 4*

Il est proposé de compléter l'article 496 du Code pénal par l'ajout, à la liste des objets remis ou délivrés, des clés électroniques. Les auteurs font état d'un arrêt de la Cour d'appel n° 261/10 X du 14 juin 2010 dont il résulterait que l'article 496, dans sa teneur actuelle, ne permet pas d'appréhender « l'hameçonnage d'un mot de passe (en anglais « phishing ») ».

Le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du projet de trouver une réponse à un problème actuel récurrent. Il voudrait faire les observations suivantes. Il constate que le texte de l'article 496 du Code pénal luxembourgeois sera différent tant de l'article 496 du Code pénal belge que de l'article 313-1 du Code pénal français. Il se demande si la reprise des termes du code français qui vise la remise « des fonds, des valeurs ou (d') un bien quelconque » n'aurait pas été plus appropriée étant entendu que le bien peut être corporel ou incorporel. Une telle formule dispenserait le juge pénal du recours assez artificiel au critère de l'impulsion électronique<sup>3</sup> pour distinguer l'objet corporel, objet d'un vol ou d'une escroquerie, de l'objet incorporel non visé par ces dispositions, même après la modification proposée. Si le législateur décide de suivre les auteurs du projet, il doit encore être conscient de la divergence qui existera désormais entre l'infraction d'escroquerie et celles de vol, d'extorsion ou encore d'abus de confiance où l'objet de l'infraction restera d'ordre matériel. Une solution pourrait consister à ajouter la notion de clé électronique dans la définition des objets visés aux articles 461, 470 ou 491 du Code pénal.

Le Conseil d'Etat voudrait encore attirer l'attention des auteurs sur le projet de loi n° 6485 portant modification de l'article 567 du Code de commerce sur lequel le Conseil d'Etat a rendu son avis le 12 mars 2012. Ce texte propose de remplacer le concept de marchandises par ceux de « bien corporel fongible » et d'ajouter une référence au « bien incorporel fongible ». Il serait logique que la consécration du concept de bien incorporel dans le Code de commerce soit suivie de sa prise en considération dans le droit pénal. La question se pose avec acuité particulière pour l'article 490 du Code pénal relatif à la banqueroute qui vise la soustraction, la dissimulation ou le recel des « biens meubles et immeubles » du failli.

Le Conseil d'Etat relève encore une certaine incohérence dans l'approche des auteurs du projet de loi qui, dans le point sous examen, retiennent le seul concept de clé électronique et, au point 8 relatif au nouvel article 509-5, visent le « mot de passe », le « code d'accès » ou « toute autre clé électronique ». De deux choses l'une: ou bien le concept de clé électronique est le terme générique à consacrer, auquel cas il faudra adapter le texte du nouvel article 509-5 à celui de l'article 496; ou bien le concept de clé électronique est trop restreint, auquel cas il faudra reprendre, à l'article 496, tous les concepts de l'article 509-5. Le Conseil d'Etat renvoie encore, dans ce contexte, à l'article 488 du Code pénal qui consacre déjà le concept de clé électronique.

Au vu de l'ensemble de ces considérations, et à l'image de l'article 313-1 du Code pénal français, le Conseil d'Etat propose de remplacer les termes de « clefs électroniques », proposés par les auteurs, par l'expression « ou un bien quelconque (corporel ou incorporel) ».

---

<sup>3</sup> Voir: arrêt de la Cour d'appel n° 154/04V du 11 mai 2004 qui exclut du domaine du vol les droits ou biens incorporels et arrêt de la Cour d'appel n° 57/08 V du 29 janvier 2008 qui assimile à la notion de « chose qui a, dans notre monde physique (réel) une présence matérielle, les données électroniques ou informatiques pouvant être enregistrées sous la forme d'impulsions dans des circuits électroniques ou sur des bandes magnétiques » (Putz, Jurisprudence pénale, Tome 1, *verbo* chose mobilière, n° 9.1.1.1.).

### *Point 5*

Sous le point 5, il est prévu de compléter l'article 506-1 du Code pénal sur le blanchiment en ajoutant à la liste des infractions primaires une série d'infractions nouvelles en matière informatique. Le Conseil d'Etat relève le caractère extrêmement succinct du commentaire qui ne donne aucune indication des ajouts apportés à l'article 506-1; seule une lecture comparée du texte actuel avec l'article tel que modifié permet de mettre en évidence les compléments apportés au texte actuel de l'article 506-1. Le Conseil d'Etat relève encore que la plupart des ajouts ne concernent en rien les nouvelles infractions en matière informatique et que la volonté des auteurs semble plutôt être d'étendre la liste des infractions primaires en matière de blanchiment. Il renvoie à la proposition qu'il a faite dans les considérations générales du présent avis. Il rend par ailleurs attentif que le texte proposé ne tient pas compte des modifications que la loi du 21 juillet 2012 portant 1) approbation du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, signé à Palerme le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 (...) a apportées à l'article 506-1 précité. En effet, le troisième tiret du texte proposé omet de renvoyer aux articles 382-4 et 382-5 du Code pénal, et le dix-septième tiret fait référence à l'article 143 de la loi du 19 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration, référence qui a été remplacée par celle à l'article 382-4 du Code pénal. L'article 143 a d'ailleurs été abrogé par la loi précitée du 21 juillet 2012. La référence prévue au dix-septième tiret dans sa formulation actuellement en vigueur peut d'ailleurs utilement être supprimée, alors qu'elle fait double emploi avec le troisième tiret, également introduit par la loi de 2012.

### *Point 6*

Le point 6 a pour objet de compléter l'article 509-3 du Code pénal par un nouvel alinéa 2 incriminant l'interception de données informatiques: Il s'agit de la première disposition du projet de loi imposée par la convention à approuver. Le texte retenu est inspiré par l'article 3 de la Convention. Le Conseil d'Etat note qu'au concept de données est ajouté le qualificatif « informatiques » qui ne figure pourtant pas dans les autres articles de la section VII relative aux « infractions en matière électronique ». Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la nécessité de la partie finale de la disposition nouvelle « ou (système) de transmission automatisé de données ». Outre le problème que le terme de transmission est utilisé à deux reprises, une fois pour qualifier l'opération et une fois pour décrire le système, ce qui n'est pas très logique, le respect de l'article 3 de la Convention est, de l'avis du Conseil d'Etat, garanti même si ce bout de phrase est omis. Le Conseil d'Etat a constaté que l'article 3 de la Convention vise le système informatique en tant que tel sans distinguer entre l'aspect traitement et transmission, la transmission étant au demeurant également un traitement. Une solution plus simple encore serait de reprendre tel quel le texte de la Convention et de viser le système informatique. Enfin, le Conseil d'Etat relève que la tentative est spécialement prévue, alors que tel n'est pas le cas pour les dispositions actuelles qui ne subiront pas de changement. La Convention n'impose d'ailleurs pas expressément d'incriminer la tentative. Eu égard à ces observations, le Conseil d'Etat propose de reprendre le texte

de l'article 3 de la Convention. L'alinéa 2 de l'article 509-3 du Code pénal aurait ainsi la teneur suivante:

« Est puni des mêmes peines l'interception intentionnelle et sans droit, effectuée par des moyens techniques, de données informatiques, lors de transmissions non publiques, à destination, en provenance ou à l'intérieur d'un système informatique, y compris les émissions électromagnétiques provenant d'un système informatique transportant de telles données informatiques. »

#### *Point 7*

La suppression de l'alinéa 2 de l'article 509-3 faisant l'objet du point 7 s'explique par le point 8.

#### *Point 8*

Le nouvel article 509-5 du Code pénal introduit au point 8 est destiné à transposer en droit national l'article 6 de la Convention. Le Conseil d'Etat voudrait faire quelques observations d'ordre rédactionnel. Il note que le critère du « mépris des droits d'autrui » est uniquement consacré au second tiret, alors que, dans la logique de la Convention et des autres dispositions, on aurait parfaitement pu l'ajouter au critère de l'intention frauduleuse figurant au début du nouvel article. Le Conseil d'Etat renvoie encore à sa suggestion de viser, comme la Convention, le système informatique et d'omettre la dualité des concepts « système de traitement » et « système de transmission automatisé » de données.

#### Article 4

L'article 4 porte modification de diverses dispositions du Code d'instruction criminelle.

#### *Point 1*

L'article 7-4 du Code d'instruction criminelle qui consacre le principe « *aut dedere aut iudicare* » est complété par l'ajout des articles 509-1 à 509-7 du Code pénal sur les infractions en matière informatique.

D'un point de vue formel, le Conseil d'Etat relève que la note de bas de page n° 1, qui figure dans le texte qui lui a été transmis et qui renvoie au projet de loi n° 6388, est à omettre compte tenu de la loi du 26 décembre 2012 qui a modifié l'article 7-4<sup>4</sup> (Mémorial A n° 290 du 31 décembre 2012).

Le Conseil d'Etat rend encore attentif au fait que l'article 7-4 du Code d'instruction criminelle actuellement en vigueur, tel que modifié en dernier

---

<sup>4</sup> Loi du 26 décembre 2012 portant approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention du terrorisme, signée à Varsovie, le 16 mai 2005, et modifiant

- le Code pénal;
- le Code d'instruction criminelle;
- la loi modifiée du 31 janvier 1948 relative à la réglementation de la navigation aérienne;
- la loi modifiée du 11 avril 1985 portant approbation de la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, ouverte à la signature à Vienne et à New York en date du 3 mars 1980; et
- la loi modifiée du 14 avril 1992 instituant un code disciplinaire et pénal pour la marine.

lieu par la loi précitée du 26 décembre 2012, n'a pas été correctement repris. Aussi y-a-t-il lieu de libeller le texte sous examen comme suit:

« **Art. 7-4.** Lorsqu'une personne qui se sera rendue coupable à l'étranger d'une des infractions prévues par les articles 112-1, 135-1 à 135-6, 135-9, 135-11 à 135-13, 136bis à 136quinquies, 260-1 à 260-4, 379, 382-1, 382-2, 384, 385-2 et 509-1 à 509-7 du Code pénal, n'est pas extradée, l'affaire sera soumise aux autorités compétentes aux fins de poursuites en application des règles prévues. »

### *Point 2*

Les auteurs du projet de loi exposent que pour répondre aux exigences des articles 16, 17 et 19 de la Convention sur la conservation rapide des données informatiques stockées, la conservation et la divulgation rapide de données relatives au trafic et la perquisition et saisie des données informatiques stockées, il est nécessaire que le procureur d'Etat puisse demander au juge d'instruction d'ordonner les mesures prévues à l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle sans ouvrir une instruction préparatoire.

Le Conseil d'Etat peut suivre les auteurs du projet de loi dans leur raisonnement. Il propose un texte simplifié qui aurait la teneur suivante:

« Pour les infractions visées à l'alinéa qui précède et pour les délits qui emportent une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement, le procureur d'Etat peut requérir du juge d'instruction d'ordonner les mesures prévues à l'article 67-1 et sans qu'une instruction préparatoire ne soit ouverte. »

Il précise pour le surplus que ce texte tend à compléter le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 24-1 du Code d'instruction criminelle et non le point 1 de cet article, ainsi que l'indiquent les auteurs.

### *Point 3*

L'article 31 du Code d'instruction criminelle relatif à la saisie en cas de flagrant crime est complété en vue de permettre la saisie de données informatiques. Le Conseil d'Etat approuve cette extension. Il voudrait formuler une observation de fond et une observation de forme.

Au terme des modifications apportées au Code d'instruction criminelle, la donnée informatique pourra désormais constituer l'objet d'une perquisition ou d'une saisie. Par contre, la donnée informatique ne sera pas toujours l'objet d'un vol, d'une extorsion, d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. Les modifications apportées à l'article 496 ou encore le nouvel article 509-5 du Code pénal, qui ont recours aux concepts de clé électronique, de mot de passe ou de code d'accès, en sont l'illustration. Le Conseil d'Etat relève l'incohérence de cette approche qu'il a déjà soulignée dans ses observations à propos des modifications apportées au Code pénal.

En ce qui concerne la terminologie, les auteurs proposent la formule assez complexe de « données stockées, traitées ou transmises dans un système informatique ». Le Conseil d'Etat rappelle que le terme générique de la législation sur la protection des données est celui de « traitement » et que le stockage et la transmission ne constituent que des formes de

traitement. Il note encore que la Convention, adoptant une approche légèrement différente, vise, aux titres 2 et 4 de la section 2 du Chapitre II, les données stockées. Il se demande si le concept plus simple de données informatiques ne pourrait pas être considéré comme suffisant, tant pour rester cohérent avec la législation sur la protection des données que pour respecter la Convention.

#### *Point 4*

Ce point vise à élargir l'objet de la perquisition prévue à l'article 33 du Code d'instruction criminelle aux données informatiques. Ce point est le corollaire du point 3 et le Conseil d'Etat renvoie à ses observations antérieures.

Le qualificatif « informatique » est à adjoindre au concept de données qui est ajouté dans différents points du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 33.

Le nouveau paragraphe 5 vise à permettre la saisie par voie d'établissement d'une copie. Les auteurs du projet de loi ne donnent pas d'explication sur l'introduction d'un système d'effacement visé à la seconde phrase du nouveau paragraphe sauf à invoquer des « raisons pratiques » non autrement précisées. La saisie semble se doubler d'une décision de justice ou d'une mesure de sûreté fondée sur le caractère illégal ou dangereux pour la sécurité des biens et des personnes de la détention ou de l'usage des biens. Le Conseil d'Etat a du mal à comprendre cette logique et s'interroge sur sa cohérence juridique. La saisie est une mesure d'enquête et d'instruction. Elle porte sur la conservation d'objets utiles à la manifestation de la vérité. La saisie est susceptible d'être levée. Quelle sera la nature juridique de la décision d'effacement? Est-elle couverte par le concept traditionnel de saisie? Les données ne sont *a priori* pas saisies parce qu'elles sont illégales ou dangereuses, sauf l'hypothèse où l'infraction consiste dans le traitement de données illégales ou dangereuses. S'il s'agit de geler les données et d'interdire leur usage, le nouvel article 48-25 pourrait, si nécessaire, être utilisé. Par ailleurs, qu'en est-il en cas de décision de non-lieu ou d'acquiescement? Est-il possible de rétablir les données effacées? Et quel est alors l'intérêt de la mesure d'effacement des données? La décision d'effacement ne s'apparente-elle pas à une sanction de confiscation anticipée?

#### *Point 5*

Le point 5 vise à compléter la liste des infractions pour lesquelles une infiltration peut être décidée en incluant les infractions en matière informatique. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler, sauf à préciser que c'est le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 48-17 du Code d'instruction criminelle qui est ainsi modifié et non le point 1 tel que l'indiquent les auteurs du projet de loi, et à rendre attentif au fait que l'enlèvement des mineurs figurant au point 12 de la liste des infractions visées se trouve déjà dans la version actuelle de l'article 48-17 du Code d'instruction criminelle.

#### *Point 6*

Les auteurs du projet de loi expliquent que, pour répondre aux exigences de l'article 16 de la Convention sur la conservation rapide des

données informatiques stockées, il est proposé d'introduire un nouvel article 48-25 dans le Code d'instruction criminelle figurant sous un nouveau chapitre X intitulé « De la conservation rapide des données informatiques ».

Le Conseil d'Etat note que le nouveau texte est encore destiné à répondre aux obligations découlant pour le Luxembourg de l'article 29 de la Convention sur l'entraide judiciaire. Le Conseil d'Etat ne peut pas apprécier, sur un plan technique, si les dispositions existantes sur la saisie et la perquisition, étendues aux données informatiques, ne permettraient pas d'ores et déjà d'opérer le gel ou la saisie conservatoire de données informatiques entre les mains d'un opérateur tiers, ce qui rendrait superflue l'adoption du texte sous examen.

Le Conseil d'Etat voudrait formuler les observations suivantes.

En ce qui concerne le fond, le Conseil d'Etat marque ses réserves par rapport à l'octroi d'une compétence propre à un officier de police judiciaire agissant « de l'accord du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ». S'agissant d'une mesure grave dans le cadre d'une procédure d'enquête, d'instruction ou d'entraide judiciaire en matière pénale, la mesure doit être décidée ou ordonnée par un magistrat et ne saurait être avalisée après coup. Au regard de la disponibilité 24 heures sur 24 de magistrats du parquet et du cabinet d'instruction, on ne saurait avancer des considérations tenant à la perte de temps due à l'intervention des autorités judiciaires. Il y a donc lieu d'écrire « le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ... peut faire procéder... ».

En ce qui concerne la formulation du texte, le Conseil d'Etat renvoie à la suggestion déjà formulée de viser les données informatiques. Il propose, à la fin du texte, d'écrire « ces données » plutôt que de reprendre la formule complexe qui figure déjà au début du libellé.

#### *Point 7*

L'article 66 du Code d'instruction criminelle est modifié pour étendre la saisie ordonnée par le juge d'instruction aux données informatiques. Les modifications proposées sont le corollaire de celles apportées à l'article 33. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit du point 4 y compris pour ce qui est du nouveau point 3 inséré dans l'article 66.

Le Conseil d'Etat note encore que l'article 18 de la Convention prévoit le mécanisme de l'injonction de produire des données informatiques, injonction ordonnée par les autorités compétentes. La Convention conçoit ce régime comme un mécanisme particulier, à côté de la perquisition et de la saisie prévue à l'article 19. Les auteurs du projet n'expliquent pas les raisons qui les ont amenés à se limiter aux procédures de perquisition et de saisie.

#### *Point 8*

Le point 8 prévoit la suppression, dans la première phrase du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle, des mots « saisi de faits » visant la situation du juge d'instruction qui ordonne un repérage de données d'appel. Selon les auteurs, cette modification

s'imposerait au vu de l'introduction de la nouvelle procédure de l'article 48-25 du Code d'instruction criminelle et de la modification de l'article 24-1 du Code d'instruction criminelle qui prévoient désormais la possibilité du repérage, même en l'absence d'une instruction préparatoire.

Le Conseil d'Etat est d'avis que cette modification est parfaitement superflue et est à omettre. La modification de l'article 24-1 du Code d'instruction criminelle portant extension de la procédure particulière de saisine du juge d'instruction en l'absence d'une instruction préparatoire à l'article 67-1 du Code se suffit à elle-même et ne requiert aucune adaptation de l'article 67-1. Il s'agit d'une procédure spécifique permettant justement l'adoption des mesures prévues à l'article 67-1 en dehors d'une procédure d'instruction. Le Conseil d'Etat note que pour les actes visés au texte actuel de l'article 24-1, il n'a pas été procédé à une adaptation des dispositions relatives aux actes d'instruction adoptés par le juge d'instruction.

Le Conseil d'Etat propose également d'omettre les adaptations prévues au paragraphe 3 de l'article 67-1, à propos desquelles le commentaire ne donne d'ailleurs aucune explication. La procédure de la requête en annulation est régie de façon exhaustive à l'article 24-1 sans qu'il ne faille introduire un renvoi à cette disposition à l'article 67-1. Le Conseil d'Etat reconnaît que se pose la question de l'information de la personne objet de la mesure de repérage ou de la localisation et du retrait des données obtenues. Plutôt que d'ajouter une référence à l'enquête préliminaire dans un article sur la procédure d'instruction, le Conseil d'Etat propose, dans l'intérêt de la cohérence des textes et de l'articulation des compétences, d'insérer le texte suivant à l'article 24-1 à la suite des modifications proposées au point 2.

Le texte se lira comme suit:

« Pour tout délit, le procureur d'Etat peut requérir du juge d'instruction d'ordonner une perquisition, une saisie, l'audition d'un témoin ou une expertise sans qu'une instruction préparatoire soit ouverte.

Le procureur d'Etat peut procéder de même pour les infractions visées aux articles 196 et 197 du Code pénal pour ce qui concerne l'usage des faux visés à l'article 196, et pour les infractions visées aux articles 467, 468 et 469 du Code pénal.

Pour les infractions visées à l'alinéa qui précède et pour les délits qui emportent une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement, le procureur d'Etat peut requérir du juge d'instruction de faire procéder à une des mesures visées à l'article 67-1.

La personne dont un moyen de télécommunication a fait l'objet de la mesure prévue au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 67-1 est informée de la mesure ordonnée au cours même de l'enquête préliminaire et en tout cas au plus tard dans les 12 mois qui courent à partir de la date de l'ordonnance.

Lorsque les mesures de repérage de télécommunications ordonnées par le juge d'instruction n'ont donné aucun résultat, les données obtenues seront retirées du dossier de l'enquête préliminaire et détruites dans la mesure où elles concernent des personnes non visées par l'enquête préliminaire. »

Reste une question importante ayant trait à l'autorité compétente pour apprécier si les mesures de repérage des télécommunications sont sans résultat et si les données sont à retirer du dossier. Logiquement, il devrait s'agir du procureur d'Etat, sauf à prévoir une nouvelle saisine « *ad hoc* » du juge d'instruction, alors que c'est ce dernier qui a ordonné la mesure. Se pose encore la question du droit des parties concernées de demander la destruction des données obtenues.

D'un point de vue formel et à toutes fins utiles, le Conseil d'Etat rend attentif que les auteurs négligent d'indiquer le paragraphe 1<sup>er</sup> en début du texte de l'article 67-1 nouveau et qu'au paragraphe 3 du même article, avant le commencement du texte, ils prévoient une référence à une loi du 12 août 2003 qui doit être omise.

### Article 5

L'article 5 porte modification de diverses dispositions de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

#### *Point 1*

Le point 1 vise à insérer dans l'article 4, paragraphe 3, sous b) de la loi précitée du 30 mai 2005 concernant la confidentialité des communications et des données relatives au trafic, une référence au nouvel article 48-25 du Code d'instruction criminelle pour excepter de la confidentialité les autorités judiciaires agissant en vertu de ce nouvel article. L'ajout de cette référence ne soulève pas d'observation.

#### *Point 2*

Le point 2 qui vise à insérer dans l'article 5, paragraphe 2, de la loi précitée du 30 mai 2005 concernant les fournisseurs de services, leur obligation de conservation des données relatives au trafic et leur collaboration, le cas échéant, avec les autorités judiciaires, une référence au nouvel article 48-25 du Code d'instruction criminelle, n'appelle pas d'observation.

#### *Point 3*

Le point 3 vise à insérer dans l'article 9, paragraphe 2, de la loi précitée du 30 mai 2005 concernant les fournisseurs de services ou opérateurs, leur obligation de conservation des données de localisation autres que les données relatives au trafic et leur collaboration, le cas échéant, avec les autorités judiciaires, une référence au nouvel article 48-25 du Code d'instruction criminelle. Le point 3 ne soulève pas d'observation.

Le Conseil d'Etat voudrait néanmoins faire une observation générale sur ces trois points. Les exceptions à l'obligation de confidentialité que le législateur a instituées en 2005 en faveur des autorités judiciaires sont une évidence. La question se pose si l'ajout d'une référence au nouvel article 48-25 du Code d'instruction criminelle est suffisant pour couvrir tous les cas de figure. Ne faudrait-il pas ajouter également une référence à l'article 24-1 du Code d'instruction criminelle? Qu'en est-il des saisies au titre des articles

31, 33 et 66 du Code d'instruction criminelle qui peuvent également porter sur des données traitées par un opérateur pour compte d'un tiers? La référence à des articles particuliers du Code d'instruction criminelle entraîne encore l'obligation de revoir la loi de 2005 lors de chaque modification du contenu ou de la numérotation du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat préconise une formule plus générale ayant la teneur suivante: « autorités judiciaires agissant dans le cadre des compétences prévues au Code d'instruction criminelle ... » ou bien « procureur d'Etat et juge d'instruction agissant ... ».

La référence expresse aux articles 88-1 et 88-4 peut être maintenue, parce qu'il ne s'agit pas de dispositions relatives à l'enquête préliminaire ou à la procédure d'instruction.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 16 avril 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen