

N^{OS} 4889¹4886¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI**réglementant le repérage de télécommunications et portant
modification du Code d'Instruction Criminelle****PROPOSITION DE LOI****portant réglementation du repérage de télécommunications
et modifiant le Code d'Instruction Criminelle**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(19.3.2002)

Par dépêche en date du 20 décembre 2001, 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.

Par une dépêche en date du même jour, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a encore soumis à l'avis du Conseil d'Etat la proposition de loi sous rubrique, déposée à la Chambre des députés par le député Alex Bodry en séance publique du 13 décembre 2001.

Tant le texte du projet de loi que le texte de la proposition de loi étaient accompagnés d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles. Le Premier Ministre, en saisissant le Conseil d'Etat de la proposition de loi, avait annoncé une prise de position du Gouvernement. Celle-ci n'était pas encore parvenue au Conseil d'Etat au moment de l'adoption du présent avis.

*

Aussi bien les auteurs du projet de loi que l'auteur de la proposition de loi rappellent, au titre de la genèse des textes sous avis, la motion adoptée le 24 octobre 2000 par la Chambre des députés, par laquelle la Chambre a invité le Gouvernement à soumettre au Parlement un projet de loi réglant le retraçement des communications téléphoniques, restreignant le recours à de telles mesures d'investigation à des infractions d'une certaine gravité et apportant des garanties de protection aux personnes concernées.

Les deux textes sous avis se réfèrent à l'article 88*bis* du Code d'instruction criminelle belge, dans sa teneur issue de la loi belge du 10 juin 1998 modifiant la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, pour définir le repérage.

Les renseignements demandés peuvent porter non seulement sur un numéro de téléphone, mais également sur d'autres données (adresses E-mail, les références d'un site de l'internet, ...) (Revue de droit pénal et de criminologie, 1998, Chronique „*Les modifications en matière de repérage et d'écoute de (télé)communications introduites par la loi du 10 juin 1998*“, page 1065).

Le repérage revêt la forme d'une mesure coercitive, réservée en principe au juge d'instruction.

Tant le texte gouvernemental que le texte d'initiative parlementaire entendent réserver expressément à l'avenir le pouvoir de recourir à ces mesures d'investigation au seul magistrat instructeur. Une extension à l'hypothèse de l'infraction flagrante, qui comporte l'attribution (temporaire) de pouvoirs exorbi-

tants aux officiers de police judiciaire et au procureur d'Etat, est exclue: la mesure d'investigation ne relève pas des actes de police judiciaire pouvant être accomplis ou ordonnés en cas de crime ou de délit flagrants par la Police ou par le Parquet. Il s'agit d'une compétence d'attribution du juge d'instruction.

Cette compétence du juge d'instruction doit s'exercer selon certaines conditions de forme et selon certaines conditions de fond.

Quant à la forme, le juge d'instruction doit procéder par voie d'ordonnance motivée, à communiquer au procureur d'Etat.

Quant au fond, il est prévu de limiter la mesure ordonnée dans le temps. Ensuite et surtout, le principe de proportionnalité est introduit, en ce sens que la mesure ne peut être ordonnée que si les faits dont le juge d'instruction est saisi comportent une peine dont le maximum est égal ou supérieur à un certain seuil.

Les deux textes soumis à l'avis du Conseil d'Etat diffèrent sur plusieurs points:

- le projet de loi propose d'intégrer les nouvelles dispositions au chapitre Ier „*Du Juge d'instruction*“ du titre III du livre premier du Code d'instruction criminelle, sous la section III intitulée „*Des transports, perquisitions et saisies*“; la proposition de loi propose par contre une insertion sous la section VIII intitulée „*Des mesures spéciales de surveillance*“;
- d'après le texte gouvernemental, il peut être recouru à cette mesure si les faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est supérieur à 6 mois d'emprisonnement; d'après la proposition de loi, le seuil du maximum de l'emprisonnement correctionnel encouru serait de 2 ans, avec toutefois une possibilité de dérogation, d'interprétation stricte;
- des différences existent également quant à l'exigence de motivation de l'ordonnance du juge d'instruction;
- le délai d'information de la personne ayant fait l'objet de la mesure n'est pas le même;
- la proposition de loi règle spécifiquement le sort des mesures de repérage n'ayant donné aucun résultat.

Le Conseil d'Etat se propose d'examiner simultanément les deux textes, une éventuelle différenciation ne s'imposant que sur les points où il y a divergence.

*

EXAMEN DES TEXTES

Pour ce qui est de la définition du repérage, il y a lieu de faire les observations suivantes:

- a) L'article 88bis du Code d'instruction criminelle belge, dans sa teneur issue de la loi précitée du 10 juin 1998, distingue en réalité deux compétences:
 - il y a tout d'abord la compétence de repérage, reprise par les textes sous avis au point 1 de l'alinéa 1 du paragraphe 1er, et qui consiste donc à retracer des données d'appel;
 - il y a ensuite la compétence de localisation, reprise au point 2 de l'alinéa 1 du paragraphe 1er: est visée la détermination de l'endroit vers lequel ou à partir duquel une communication en cours a lieu (Travaux parlementaires belges, Exposé des motifs du projet de loi, réf. Chambre des Représentants de Belgique 1075/1-96/97). Cette localisation s'effectue en conséquence en temps réel, à l'instar des mesures spéciales de surveillance, quitte à ce qu'il n'y ait pas prise de connaissance du contenu des communications.

Le Conseil d'Etat ignore si les auteurs des textes sous examen ont, de propos délibéré, entendu élargir le champ d'application de la réglementation en projet, qui, d'après son intitulé, semble viser le repérage des télécommunications *stricto sensu*.

Il est un fait que la refonte des dispositions légales belges par la loi du 10 juin 1998 était devenue nécessaire, alors que la loi originaire du 30 juin 1994 était en grande partie devenue inapplicable, tenant tant au formalisme parfois strict de cette loi qu'à l'évolution de la technologie sur le plan des télécommunications (Travaux parlementaires belges précités, Exposé des motifs). Les différentes modifications opérées par la loi du 10 juin 1998 étaient en conséquence motivées tant par cette évolution technologique que par les desiderata des gens de terrain.

Le Conseil d'Etat ignore si en l'occurrence une compétence de localisation se justifie au regard soit de l'évolution technologique soit des desiderata formulés par les services de police ou les juges d'instruction.

- b) L'article 88*bis* du Code d'instruction criminelle belge s'intègre dans un cadre global issu de la loi du 10 juin 1998: sous l'empire des dispositions de cette loi, il est fait une distinction nette entre l'identification des numéros et/ou des titulaires des numéros, qui a reçu un cadre légal dans le nouvel article 46*bis* du Code d'instruction criminelle belge, le repérage de communications, qui fait l'objet de l'article 88*bis*, et l'interception de communications (articles 90*ter* et suivants du Code d'instruction criminelle belge).

En droit luxembourgeois, il n'existe à l'heure actuelle qu'une réglementation des interceptions de toutes les formes de communications (articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle).

Le projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel entend, dans son article 41, réglementer l'accès aux données concernant les abonnés aux services de télécommunications. Cette disposition est destinée en conséquence à couvrir, du moins en partie, l'identification des numéros et/ou des titulaires des numéros.

Enfin, il y a les textes sous examen qui se proposent de réglementer le repérage.

Il va de soi que ces approches éparses ne sont pas de nature à faciliter la cohésion des différents textes en vigueur et en projet.

Aux yeux du Conseil d'Etat, une distinction nette, en droit luxembourgeois, des trois aspects dans la problématique des télécommunications, n'est guère rendue plus aisée par l'introduction de la compétence de localisation. C'est le cas échéant une explication aux divergences de vues entre les auteurs du projet de loi et l'auteur de la proposition de loi quant à l'emplacement, au sein des dispositions actuelles du Code d'instruction criminelle, de la nouvelle disposition en projet.

- c) Le Conseil d'Etat entend finalement encore relever qu'il n'y a repérage au sens des textes en projet que si les renseignements sont demandés à un opérateur d'un service de télécommunications ou à un fournisseur d'un service de télécommunications. Ceci semble en tout cas découler de l'alinéa premier du point 2 de la nouvelle disposition qui dispose que „chaque opérateur de télécommunications et chaque fournisseur d'un service de télécommunications communique les informations qui ont été demandées dans les meilleurs délais“.

Il en résulte que l'obtention de ces renseignements, par la saisie de relevés de données d'appel de moyens de télécommunications opérée au cours d'une perquisition régulièrement exécutée, ne devrait pas constituer un repérage. Les listings destinés à l'abonné ou à l'utilisateur, notamment à des fins de vérification du décompte, peuvent donc être mis sous main de justice au titre du droit commun des articles 65 et 66 du Code d'instruction criminelle.

L'obtention d'une donnée d'appel, par simple manutention de l'appareil auquel cet appel a abouti ou à partir duquel cet appel a été effectué, ne devrait pas non plus constituer un repérage.

Au regard des observations qui précèdent:

- Le Conseil d'Etat se rallie à l'approche des auteurs tant du projet de loi que de la proposition de loi, de voir dans le repérage de données d'appel auprès d'opérateurs ou de fournisseurs de services de télécommunications une mesure exceptionnelle.
- En l'absence d'une plus ample justification de la compétence de localisation, il recommande d'en faire abstraction. Le Conseil d'Etat estime qu'à la différence des mesures de surveillance et de contrôle des télécommunications visées par les articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle, et qui permettent l'interception de télécommunications privées pendant leur transmission, le repérage ne devrait viser que l'obtention de données d'appel déjà transmises. Le Conseil d'Etat aurait des difficultés à concevoir une sorte de „mini-écoute“ et il se prononce très nettement contre le repérage en tant que mesure d'interception des données d'appel en cours de transmission. Le régime des interceptions judiciaires est actuellement nettement circonscrit par les articles 88-1 à 88-4 du Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat n'entrevoit ni l'opportunité ni l'utilité d'une ouverture à l'effet de permettre l'interception de données d'appel.
- En conséquence, le Conseil d'Etat se prononce pour l'insertion de la nouvelle disposition parmi les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives aux transports, perquisitions et saisies, pour marquer aussi de par l'emplacement de la nouvelle disposition qu'il y a une distinction nette entre le repérage et les mesures spéciales de surveillance.
- Pour que les choses soient tout à fait claires, le Conseil d'Etat recommande, au paragraphe 1er, alinéa 1, point 1, la suppression des termes „sont adressés ou“. Il suggère pareillement de supprimer le point 2 de l'alinéa 1 du paragraphe 1er. Si la Chambre des députés l'estime utile, il y aurait

également lieu de supprimer au premier alinéa du paragraphe 1er le bout de phrase „en requérant au besoin le concours technique de l'opérateur de télécommunications et/ou du fournisseur d'un service de télécommunications“.

A titre d'observation finale, le Conseil d'Etat rappelle que le repérage, dans la teneur actuelle du texte, ne vise que l'obtention des renseignements portant sur les données d'appel „brutes“, tels le jour, l'heure, la durée de la télécommunication ainsi que, le cas échéant, sur le lieu de la télécommunication. Ne tombent pas sous le coup des nouvelles dispositions l'identification de l'abonné ou de l'usager habituel. Telle semble du moins devoir être l'approche à adopter, si l'on s'en tient au texte belge qui a servi de modèle à la nouvelle disposition en projet (Revue de droit pénal et de criminologie, 1998, précitée, page 1065). L'identification ne pourra pas se faire sur base des dispositions de l'article 41 du projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, au regard des limitations inscrites dans ce texte. En conséquence, cette identification doit se faire d'après les dispositions de droit commun, en particulier de l'article 65 du Code d'instruction criminelle.

S'agissant du seuil de la peine à retenir, le Conseil d'Etat se prononce pour le seuil de l'emprisonnement correctionnel de 6 mois retenu par le projet de loi sous avis, en précisant toutefois que la peine d'emprisonnement correctionnel doit être égale ou supérieure à 6 mois.

Les mesures de repérage semblent particulièrement aptes à être utilisées dans certains trafics. Or il y a des matières qui pourraient présenter des risques de voir se mettre en place des trafics illégaux, qui ne se prêteraient ainsi pas à ces mesures (hypothèse du projet de loi), ou en tout cas seulement sous des conditions très restrictives de fond et de forme (hypothèse de la proposition de loi). Le Conseil d'Etat cite à cet égard la loi du 18 décembre 1985 relative aux médicaments vétérinaires ou encore la loi modifiée du 11 avril 1983 portant réglementation de la mise sur le marché et de la publicité des médicaments.

Argument en faveur du seuil de 6 mois peut encore être tiré du seuil actuellement retenu pour la recevabilité de commissions rogatoires aux fins de perquisition et de saisie, par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et le Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale, tels que complétés par la Convention d'application de l'Accord de Schengen (article 51). Dans le cadre d'une coopération judiciaire internationale toujours plus étroite en matière de lutte contre les diverses formes de criminalité internationale, il ne semble pas opportun pour le Luxembourg de poser des conditions par trop restrictives à l'utilisation des mesures de repérage.

Pour ce qui est des conditions de forme requises, le Conseil d'Etat estime que l'exigence d'une ordonnance motivée d'après les circonstances de fait de la cause constitue en l'occurrence une garantie suffisante contre les immixtions dans la vie privée des citoyens, compte tenu également du fait que le Conseil d'Etat ne conçoit pas le repérage comme une mesure d'interception des données d'appel.

L'obligation de motivation ainsi imposée au juge d'instruction ne saurait se satisfaire de formules de style: la Chambre des mises en accusation de Mons retient dans un arrêt du 23 septembre 1999 (Journal des Tribunaux, 1999, page 788) que des formules du genre „il importe au plus haut point d'identifier les appels entrants et sortants“, ou „il y a lieu d'identifier les appels entrants et sortants“ ne constituent pas une motivation au sens de l'article 88bis du Code d'instruction criminelle belge. La Chambre des mises en accusation de Mons a retenu que le défaut de motivation est à sanctionner de nullité.

Les textes sous avis ne sanctionnent pas expressément l'inobservation de l'obligation de motivation de la nullité de l'ordonnance. Il y a cependant lieu d'admettre que cette obligation de motivation constitue une formalité substantielle, dont l'inobservation doit entraîner la nullité de l'ordonnance: par un argument *a contrario* tiré d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 1996 (Pasicrisie 30, page 49), il peut en effet être retenu que l'article 126 du Code d'instruction criminelle vise aussi les nullités substantielles.

Le Conseil d'Etat conclut à la suppression des dispositions relatives à la durée durant laquelle la mesure pourra s'appliquer, compte tenu de sa proposition de ne pas faire de la mesure de repérage une mesure d'interception.

Pour ce qui est de l'exécution de la mesure, le Conseil d'Etat propose d'écrire au paragraphe 2, alinéa 1 que „chaque opérateur de télécommunications et chaque fournisseur d'un service de télécommunications est tenu de communiquer dans les plus brefs délais les informations qui lui ont été demandées“. Le Conseil d'Etat estime qu'il résulte encore plus clairement de cette formulation que l'opérateur et/ou le fournisseur sont tenus d'une obligation de résultat qui n'admet pas de discussions quant aux voies et moyens à mettre en oeuvre pour y satisfaire.

Au troisième alinéa du paragraphe 2, le Conseil d'Etat donne à considérer s'il n'y a pas lieu de supprimer l'adjectif „technique“, si la Chambre des députés décide de faire abstraction au paragraphe 1er, alinéa 1, du bout de phrase „en requérant au besoin le concours technique ...“.

S'agissant des garanties supplémentaires qu'il est proposé d'offrir au justiciable, le Conseil d'Etat entend faire les observations suivantes:

Alors que l'exposé des motifs du projet de loi sous avis fait état de ce que „le repérage ne vise pas une personne déterminée, mais un appareil resp. une installation“, il est ici question de la „personne qui a fait l'objet de la mesure prévue à l'alinéa 1er“.

Le Conseil d'Etat part de la prémisse que la personne visée est celle dont le moyen de télécommunication a fait l'objet de la mesure afin de repérer les appels qui sont entrés ou sortis de ce moyen de télécommunication.

S'agissant du moment où l'information doit intervenir, le Conseil d'Etat propose tout d'abord de préciser qu'elle doit intervenir au cours même de l'instruction, pour éviter toutes difficultés en relation avec l'exigence formulée par l'article 126(3) du Code d'instruction criminelle que la demande en nullité doit être produite, à peine de forclusion, au cours même de l'instruction.

Dans la mesure où cette information est conçue comme une garantie supplémentaire, il semble ensuite plus adéquat au Conseil d'Etat de prévoir un délai maximum de 12 mois. Il n'y a pas non plus lieu de perdre de vue qu'il n'est pas impossible qu'une annulation de l'ordonnance de repérage ait des répercussions sur tout ou partie de la procédure ultérieure. Il est donc dans l'intérêt de l'instruction elle-même que l'information intervienne le plus rapidement possible.

Compte tenu de la proposition du Conseil d'Etat de ne pas faire du repérage une mesure d'interception, le point de départ du délai de 12 mois est à fixer à la date de l'ordonnance.

Il y aurait donc lieu d'écrire, en renvoyant par ailleurs au paragraphe 1er et non à l'alinéa 1:

„La personne dont un moyen de télécommunication a fait l'objet de la mesure prévue au paragraphe 1er est informée de la mesure ordonnée au cours même de l'instruction et en tout cas au plus tard dans les douze mois qui courent à partir de la date de l'ordonnance.“

S'agissant de la précision que „la requête en nullité doit être produite sous peine de forclusion, dans les conditions prévues à l'article 126 du Code d'Instruction Criminelle“, le Conseil d'Etat retient du commentaire de l'article du projet de loi qu'il s'agit du „rappel du recours instauré en matière d'instruction préparatoire ...“. Il semble donc qu'il y ait lieu d'admettre que toutes les dispositions de l'article 126 du Code d'instruction criminelle sont susceptibles de trouver application en l'espèce, donc aussi les dispositions relatives aux personnes ayant qualité pour demander la nullité d'un acte de la procédure d'instruction. Un tel rappel semble superfluetatoire au Conseil d'Etat, d'autant plus qu'il n'y a pas lieu de douter de ce que l'ordonnance de repérage a bien le caractère d'un acte de l'instruction susceptible d'un recours en annulation. Il y aurait donc lieu de supprimer le deuxième alinéa du paragraphe 3.

La proposition de loi contient, sous le paragraphe 3 une disposition supplémentaire, réglant le sort des données obtenues par une mesure de repérage n'ayant donné aucun résultat.

Le Conseil d'Etat n'est pas insensible au souci de l'auteur de la proposition de loi. Il lui semble toutefois que dans sa teneur actuelle, le texte proposé se révélera en pratique inapplicable:

- Quelles sont les données obtenues? Il s'agit des données d'appel d'un moyen de télécommunication qui y sont entrées ou sorties. Ces données d'appel doivent faire l'objet d'un procès-verbal. Est-ce qu'on retirera donc ce procès-verbal du dossier, pour ensuite le détruire? Qu'en est-il de l'identification des personnes qui correspondent à ces données d'appel? Ainsi que le Conseil d'Etat l'a relevé ci-dessus, cette identification ne semble pas relever du repérage proprement dit. Est-ce que ce sont néanmoins des „données obtenues“?
- Quand peut-on dire qu'une mesure de repérage n'a donné aucun résultat? Dans la mesure où le juge d'instruction est chargé d'instruire à charge et à décharge, une mesure de repérage qui n'a pas donné le résultat que les enquêteurs escomptaient (résultat à charge) peut néanmoins présenter un intérêt pour l'inculpé (résultat à décharge).

Un repérage n'est pas toujours exploitable: en matière de téléphonie mobile, les personnes dont les numéros d'appel ont été repérés ne peuvent parfois pas être identifiées. Est-ce que pour autant les mesures de repérage n'ont donné aucun résultat?

Une mesure de repérage peut à première vue n'avoir donné aucun résultat immédiat. Les données obtenues peuvent cependant ultérieurement se révéler importantes, par voie de recoupement avec d'autres éléments que l'instruction aura révélés ultérieurement.

- Quand y a-t-il lieu de retirer les données obtenues du dossier et de les détruire? Cette question est importante au vu de l'observation précédente.
- Quelles sont les „personnes non inculpées“? Est-ce qu'il s'agit des „personnes visées“ à l'alinéa 1 du paragraphe 3, ou s'agit-il de toute personne dont les données d'appel ont été retracées à l'entrée ou à la sortie d'un moyen de télécommunication ayant fait l'objet d'un repérage?

Compte tenu des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat propose de faire abstraction de la disposition ayant trait au retrait et à la destruction des données obtenues.

Suit le texte proposé par le Conseil d'Etat:

*

PROJET DE LOI
réglementant le repérage de télécommunications et portant
modification du Code d'instruction criminelle

Article unique.– Le Livre 1er, Titre III, Chapitre I, Section III, du Code d'instruction criminelle est complété par un article 67-1 libellé comme suit:

„**Art. 67-1.**– (1) Lorsque le juge d'instruction, saisi de faits qui emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à 6 mois d'emprisonnement, estime qu'il existe des circonstances qui rendent le repérage de télécommunications nécessaire à la manifestation de la vérité, il peut faire procéder au repérage des données d'appel de moyens de télécommunication à partir desquels ou vers lesquels des appels ont été adressés.

Dans les cas visés à l'alinéa 1, pour chaque moyen de télécommunication dont les données d'appel sont repérées, le jour, l'heure, la durée et, si nécessaire, le lieu de la télécommunication sont indiqués et consignés dans un procès-verbal.

Le juge d'instruction indique les circonstances de fait de la cause qui justifient la mesure dans une ordonnance motivée qu'il communique au procureur d'Etat.

(2) Chaque opérateur de télécommunications et chaque fournisseur d'un service de télécommunications est tenu de communiquer dans les plus brefs délais les informations qui lui ont été demandées.

Toute personne qui, du chef de sa fonction, a connaissance de la mesure ou y prête son concours, est tenue de garder le secret. Toute violation du secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal.

Toute personne qui refuse de prêter son concours aux réquisitions visées dans cet article, est punie d'une amende de 100 à 5.000 euros.

(3) La personne dont un moyen de télécommunication a fait l'objet de la mesure prévue au paragraphe 1er est informée de la mesure ordonnée au cours même de l'instruction et en tout cas au plus tard dans les douze mois qui courent à partir de la date de l'ordonnance.“

Ainsi délibéré en séance plénière, le 19 mars 2002.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER

