

Avis de la Commission nationale pour la protection des données relatif au projet de loi n°8015 portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale

Délibération n°16/AV9/2023 du 3 mars 2023

1. Conformément à l'article 8 de la loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données (ci-après la « loi du 1er août 2018 portant organisation de la CNPD »), transposant l'article 46.1.c) de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physique à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil (ci-après « la directive (UE) n°2016/680 »), la Commission nationale pour la protection des données (ci-après la « Commission nationale » ou la « CNPD ») « conseille la Chambre des députés, le Gouvernement et d'autres institutions et organismes au sujet des mesures législatives et administratives relatives à la protection des droits et libertés des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles ».

Par ailleurs, l'article 27.2 de la loi du 1er août 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale (ci-après la « loi du 1er août 2018 relative au traitement des données à caractère personnel en matière pénale et de sécurité nationale »), transposant la directive susmentionnée en droit national, dispose que « [la CNPD] est consultée dans le cadre de l'élaboration d'un projet de loi ou d'un projet de règlement grand-ducal qui se rapporte au traitement. »

2. N'ayant pas été directement saisie par Madame la Ministre de la Justice, ni au stade de l'avant-projet, ni au stade du projet de loi, la Commission nationale souhaite néanmoins s'autosaisir et se prononcer quant au projet de loi n°8015 portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale (ci-après le « projet de loi »).
3. Le présent avis ne portera que sur l'article II du projet de loi n°8015, article ayant pour objet de modifier l'article 48-26 du Code de procédure pénale. Ledit article 48-26 régit l'enquête sous pseudonyme par voie électronique et a été introduit par la loi du 27 juin 2018 adaptant la procédure pénale aux besoins liés à la menace terroriste et portant modification 1) du Code de procédure pénale, 2) de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, 3) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (ci-après la « loi du 27 juin 2018 »). L'article II



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

relatif au projet de loi n°8015 portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale

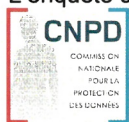
du projet de loi a pour objet d'étendre l'enquête sous pseudonyme à toutes les infractions punies par une peine d'emprisonnement alors qu'elle était jusqu'à maintenant limitée aux infractions liées à la sûreté de l'Etat et au terrorisme.

4. Selon l'article 48-26 du Code de procédure pénale, l'enquête sous pseudonyme permet à des officiers de police judiciaire de « *participer aux échanges électroniques sous un pseudonyme* », d'« *être, sous un pseudonyme [...] en contact, avec les personnes que des faits déterminés rendent suspects de commettre ou d'avoir commis l'infraction justifiant la mesure* », d'« *extraire, acquérir ou conserver par ce moyen les éléments de preuve et les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions* » ainsi que d' « *extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites* ».
5. Or, le principe même de l'enquête sous pseudonyme pose question au regard du principe de loyauté qui est un des principes de la protection des données. Le droit à la protection des données en tant que droit fondamental est prévu par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 31 de la Constitution telle qu'elle sera applicable à partir du 1er juillet 2023. L'article 8.2. de la Charte pose le principe de la loyauté du traitement des données. En matière pénale, ce principe de loyauté est prévu à l'article 4.1.a) de la directive (UE) n°2016/680 repris par l'article 3.1.a) de la loi du 1er août 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel en matière pénale ainsi qu'en matière de sécurité nationale.
6. Par ailleurs, l'enquête sous pseudonyme pourrait également s'avérer problématique au regard du principe du secret des communications qui est protégé notamment par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 30 alinéa 1^{er} de la Constitution telle qu'elle sera applicable à partir du 1^{er} juillet 2023. En effet, elle permet l'accès à des communications tenues dans un espace en ligne fermé non accessible publiquement, auquel l'enquêteur sous pseudonyme peut accéder grâce à une fausse identité, ainsi que la conservation de telles communications.

I. La nécessité d'un bilan de l'enquête sous pseudonyme introduite en 2018

7. L'enquête sous pseudonyme a été introduite dans le contexte d'attentats meurtriers ayant eu lieu dans nos pays voisins. L'exposé des motifs du projet de loi n° 6921 expliquait ce qui suit : « *Les mesures 1) à 3) et 6) à 7) sont circonscrites aux seules infractions en matière de terrorisme, de financement du terrorisme et de sûreté de l'Etat, donc à celles qui appellent au regard des événements une réponse rapide et urgente.* »¹
8. Ces mesures ayant été mises en place dans une situation d'urgence, il apparaît désormais opportun aux yeux de la CNPD de procéder à une évaluation de leur utilisation depuis leur

¹ L'enquête sous pseudonyme était la mesure 3) dans l'énumération citée.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

relatif au projet de loi n°8015 portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale

introduction. D'ailleurs, un tel bilan avait été envisagé au moment de l'adoption de la loi du 27 juin 2018.²

9. Pour ce qui est plus particulièrement de l'enquête sous pseudonyme, un tel bilan pourrait comporter des informations sur les éléments suivants :
 - le nombre de fois que le moyen a été utilisé et combien de fois cette utilisation s'est avérée utile,
 - le nombre de procédures d'urgence sur décision accordée verbalement (conformément au paragraphe 3 de l'article 48-26 du Code de procédure pénale),
 - le nombre d'agents habilités (conformément au paragraphe (1) de l'article 48-26 du Code de procédure pénale) et la formation reçue par ces agents.
10. Outre les points proposés pour le bilan mentionné ci-dessus, on pourrait également envisager un examen de l'efficacité de l'enquête sous pseudonyme (et des autres mesures introduites par la loi du 27 juin 2018) par un institut de recherche ou une université.³

II. La détermination des infractions concernées

11. Le projet de loi tend à étendre la procédure de l'enquête sous pseudonyme à tous les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement alors que, jusqu'à maintenant, elle était limitée aux seules infractions contre la sûreté de l'Etat et les actes de terrorisme et de financement du terrorisme.

Une telle extension permettrait l'utilisation d'une mesure potentiellement attentatoire aux droits fondamentaux pour un grand nombre d'infractions qui, en partie, ne revêtent pas un degré de gravité particulier.

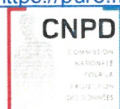
12. On peut ainsi par exemple se demander s'il est souhaitable que la loi permette que la police ait recours à l'enquête sous pseudonyme afin d'enquêter suite à une plainte pour des atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes réprimées par le Titre XII Chapitre V du Code pénal (diffamations, calomnies etc.). Une possible présence de policiers « sous pseudonyme » dans n'importe quel type de discussion en ligne semble problématique au regard des droits fondamentaux, que ce soit au regard des droits au secret des communications et à la protection des données ou au regard de la liberté d'expression.

² Comptes rendus des séances publiques, jeudi, 14 juin 2018, séance publique 42 :

“ M. Félix Braz, *Ministre de la Justice*.- Wann d'Regierung opgefuerdert gött, an dräi Joer e Bilan iwwert d'Gesetz ze maachen, da maache mer dat. ”

³ A titre d'exemple d'une étude sur l'efficacité de moyens d'enquête en matière de procédure pénale, on peut mentionner l'étude allemande « *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen.* » réalisée par des chercheurs du Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht.

https://pure.mpg.de/rest/items/item_2501962_5/component/file_3014476/content



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

relatif au projet de loi n°8015 portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale

13. Par conséquent, la CNPD estime qu'en cas d'extension de l'enquête sous pseudonyme, la loi, ou, en l'espèce, l'article 48-26 du Code de procédure pénale devrait comporter une liste limitative des infractions permettant d'y recourir afin d'éviter tout risque d'une utilisation non proportionnée.
14. Elle rappelle qu'elle avait déjà suggéré une énumération par la loi d'une telle liste d'infractions dans son avis relatif au projet de loi n°6113 aboutissant à la loi du 24 juillet 2010 portant modification des articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle en matière de conservation des données de communications électroniques (« Vorratsdatenspeicherung »).⁴ A l'époque, cette suggestion de la CNPD n'a pas été suivie, mais aujourd'hui, suite à différents arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière, elle pourrait s'imposer⁵.
15. Certes, les mesures de la loi précitée du 24 juillet 2010 d'un côté et du projet de loi sous avis de l'autre sont différentes, mais les deux touchent au domaine très sensible des communications électroniques et de leur confidentialité. Or, en l'espèce le projet de loi sous avis vise une série d'infractions encore beaucoup plus large que la version actuelle non encore modifiée de la loi du 24 juillet 2010 puisqu'il concerne toutes les infractions punies par une peine d'emprisonnement alors que la loi du 24 juillet 2010 et l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle permettent une utilisation des données de trafic de communications électroniques uniquement dans le contexte d'infractions pénales qui emportent une peine dont le maximum est égal ou supérieur à un an d'emprisonnement .

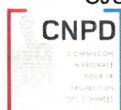
III. La question de l'intervention ou non d'un juge d'instruction

16. Les procédures relatives à l'enquête sous pseudonyme prévues à l'article 48-26 du Code de procédure pénale ont été mises en place dans le contexte des attentats terroristes ayant eu lieu dans nos pays voisins. Elles ont été introduites dans une situation d'urgence, pour des crimes très graves, mais également très rares. D'ailleurs, la CNPD ignore si l'enquête sous pseudonyme a été appliquée ne serait-ce qu'une seule fois depuis son introduction en 2018.
17. La Commission nationale se pose donc la question de savoir si ces procédures, jusqu'ici limitées et introduites dans un contexte particulier, sont adaptées à une extension à d'autres infractions.

⁴ Point I, B, 1 de l'avis de la Commission nationale pour la protection des données concernant le projet de loi n°6113 portant modification des articles 5 et 9 de la loi modifiée du 30 mai 2005 concernant la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et de l'article 67-1 du Code d'instruction criminelle et le projet de règlement grand-ducal déterminant les catégories de données à caractère personnel générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques ou de réseaux de communications publics https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/fr/decisions-avis/2010/retention-donnees/avis_CNPD_projet_loi_6113.pdf

⁵ Voir notamment les décisions suivantes:

- CJUE, Grande chambre, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland Ltd, C-293/12 et C-594/12,
- CJUE, Grande chambre, 21 décembre 2016, Tele2 Sverige AB, C-203/18 et C-698/15.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

relatif au projet de loi n°8015 portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale

18. Comme il a été expliqué en introduction, l'enquête sous pseudonyme représente une ingérence au droit au secret des communications. Normalement, en procédure pénale luxembourgeoise, les mesures portant ingérence au droit au secret des communications ne peuvent être décidées qu'au moyen d'une ordonnance d'un juge d'instruction (qui n'est pas exigée par de l'article 48-26 du Code de procédure pénale en l'état actuel). Tel est le cas aussi bien pour le contrôle du contenu des communications (articles 88-1 à 88-4 du Code de procédure pénale) que pour le contrôle des données de trafic (articles 67-1 du Code de procédure pénale). L'ordonnance d'un juge d'instruction est d'ailleurs même requise en cas de crime flagrant ou de délit flagrant⁶.
19. La CNPD estime qu'il conviendrait de maintenir ce niveau de protection en cas d'ingérence au secret des communications et dès lors soumettre le recours à l'enquête sous pseudonyme également à la condition d'une ordonnance d'un juge d'instruction.

IV. La distinction entre l'enquête sous pseudonyme et l'infiltration

20. La CNPD se demande quelles sont les limites entre l'infiltration prévue par les articles 48-17 et suivants du Code de procédure pénale d'une part et l'enquête sous pseudonyme qui fait l'objet du projet de loi sous avis de l'autre.
21. Il se pose la question de savoir si l'enquête sous pseudonyme n'aboutit pas à une version « en ligne » de l'infiltration. Si tel est le cas, il semble approprié d'assortir l'enquête sous pseudonyme de conditions et de garanties au moins équivalentes à celles de l'infiltration, dans la mesure où les relations humaines se déplacent de plus en plus vers le monde des communications numériques.
22. Le régime de l'infiltration se distingue de celui de l'enquête sous pseudonyme notamment sur les points suivants :
- le recours à une infiltration ne peut être décidé que si « *l'enquête ou l'instruction préparatoire l'exigent et que les moyens ordinaires d'investigation s'avèrent inopérants en raison de la nature des faits et des circonstances spéciales de l'espèce* »,
 - l'opération d'infiltration ne peut pas être ordonnée à l'égard d'un inculpé après son premier interrogatoire par le juge d'instruction,
 - l'infiltration est possible en matière d'infractions emportant une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement et non pour toutes infractions punies d'une peine d'emprisonnement comme le prévoit le projet de loi sous avis pour ce qui est de l'enquête sous pseudonyme.

⁶ Pour ce qui est de l'article 67-1, cf. la jurisprudence suivante : Cour d'appel, cinquième chambre, 26 février 2008, arrêt 106/08 V



V. L'aspect international

23. La disposition sous avis ne comporte pas de précision relative à son application territoriale. Le principe de souveraineté des Etats prohibe à un Etat de procéder à des actes d'enquête sur le territoire d'un autre Etat. Cela vaut aussi dans le monde numérique et un enquêteur luxembourgeois ne peut donc pas collecter, sous pseudonyme, des preuves sur n'importe quelle plateforme électronique dans le monde sans recourir aux mécanismes de coopération internationale en matière pénale⁷. Il ne peut en être autrement que dans l'hypothèse où une source de droit international permet, de manière explicite, une telle opération « transfrontalière ». Tel est le cas, dans une mesure limitée, de l'article 32 de la Convention 185 du Conseil de l'Europe sur la Cybercriminalité⁸.
24. Dans la mesure où il est à prévoir qu'au Luxembourg une enquête sous pseudonyme comportera souvent un volet international, il se pose la question s'il ne faudrait pas inclure des dispositions spécifiques à ce sujet afin de s'assurer de la légalité des opérations ainsi que pour fournir une guidance aux enquêteurs.

Ainsi adopté à Belvaux en date du 3 mars 2023.

La Commission nationale pour la protection des données



Tine A. Larsen
Présidente



Thierry Lallemand
Commissaire



Alain Herrmann
Commissaire

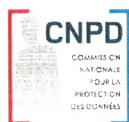
⁷ A ce sujet, voir notamment: Council of Europe Commissioner for Human Rights, « *The rule of law on the Internet and in the wider digital world* », et en particulier les points 3.4. et 3.5.

<https://book.coe.int/en/commissioner-for-human-rights/7321-pdf-the-rule-of-law-on-the-internet-and-in-the-wider-digital-world.html>

⁸ « Article 32 – Accès transfrontière à des données stockées, avec consentement ou lorsqu'elles sont accessibles au public

Une Partie peut, sans l'autorisation d'une autre Partie :

- a accéder à des données informatiques stockées accessibles au public (source ouverte), quelle que soit la localisation géographique de ces données; ou
- b accéder à, ou recevoir au moyen d'un système informatique situé sur son territoire, des données informatiques stockées situées dans un autre Etat, si la Partie obtient le consentement légal et volontaire de la personne légalement autorisée à lui divulguer ces données au moyen de ce système informatique. »



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

relatif au projet de loi n°8015 portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale