

Éléments d'explication du cas pratique

L'idée a été de proposer un cas pratique évoquant l'affaire du *Lotus* (v. *infra*), mais « version *cloud* ». Le choix de rédiger le cas pratique (qui s'inspire pour partie de faits réels¹) sous forme d'une succession d'extraits d'articles de presse a été guidé par deux raisons essentielles : d'une part, éviter par ce biais le déroulement d'une chronologie purement linéaire, ce qui oblige le lecteur à une reconstitution du cours des événements ; d'autre part, s'autoriser (volontairement donc) un relatif flou (y compris parfois juridique) dans les éléments rapportés, pour éviter de donner, d'emblée, des pistes argumentatives trop évidentes aux plaideurs. A titre purement anecdotique, les différentes dénominations employées dans le cas pratique participent du fonds commun de la « cyberculture » : *Wintermute* et *Lumierrante* sont tirés du roman *Neuromancien* de W. Gibson (qui a inspiré la trilogie *Matrix*, d'où viennent les noms de *Sion* et de *L'Oracle*) ; *L'Etat de Gabel* et le *Puppet Master* sont extraits du manga *Ghost in the Shell*, tandis que *Tech Noir* est une référence au film *Terminator*, et que *Blackbat* (qui désigne aussi, en général, un pirate informatique dans la langue anglaise) renvoie au film éponyme de M. Mann ; enfin, *Alderson* (nom du ministre lumierantais) et *E Corp.* sont issus de la série télévisée *Mr Robot*.

Bibliographie juridique générale : P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, coll. Précis, 13^{ème} éd., 2016. SFDI, *Internet et le droit international*, colloque Rouen 2013, Pedone 2014. Myriam Quémerner, *Le droit face à la disruption numérique. Adaptation des droits classiques. Emergence de droits nouveaux*, Gualino, 2018.

¹ Cf. Les données personnelles de 1,5 million de Singapouriens volées lors d'une cyberattaque, courrierinternational.com, 20 juill. 2018.

I – Sur la Cour internationale de Justice (CIJ)

La majorité des éléments rapportés est empruntée au manuel Dalloz précité, n° 548 et s., p. 635 et s.

La CIJ est l'organe judiciaire principal de l'ONU. Son Statut est annexé à la Charte des Nations Unies, de telle sorte que **tous les Etats membres des Nations Unies sont automatiquement partie à celui-ci** (cf. art. 92 et 93 de la Charte des Nations Unies²).

1. *Formations de jugement* – La CIJ rend ordinairement ses arrêts en formation plénière (un quorum de 9 juges est alors suffisant pour constituer la Cour, art. 25 du Statut de la CIJ). Néanmoins, la Cour comporte aussi des **formations restreintes**, les **chambres** : chambre de procédure sommaire (5 juges, art. 29 du Statut) ; chambre spéciale, pour connaître de « catégories déterminées d'affaires, par exemple d'affaires de travail et d'affaires concernant le transit et les communications » (3 juges au moins, art. 26 § 1 du Statut) ; et, surtout, **chambre ad hoc**, pour « connaître d'une **affaire déterminée** », étant précisé que le nombre des juges de cette chambre est « fixé par la Cour avec l'assentiment des parties » (**art. 26 § 2 du Statut** ; v. aussi art. 17 du Règlement de la CIJ). On ajoutera que, en vertu des art. 28 et 29 du Statut, « Tout arrêt rendu par l'une des chambres prévues aux articles 26 et 29 sera considéré comme rendu par la Cour » et que « Les chambres prévues par les articles 26 et 29 peuvent, avec le consentement des parties, siéger et exercer leurs fonctions ailleurs qu'à La Haye ».

2. *Compétences de la Cour* – La CIJ exerce deux compétences, l'une consultative, l'autre **contentieuse**.

a. On passera rapidement sur la compétence consultative. En vertu de celle-ci, diverses institutions (l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité de l'ONU, mais aussi l'OIT, l'OMS, l'Unesco...) peuvent, en application de l'art. 96 de la Charte, demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques (« sur toute question juridique », en ce qui concerne l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité ; « sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité », concernant les autres organes de l'ONU et les institutions spécialisées). Chose importante, « **les Etats, quant à eux, ne peuvent pas demander d'avis consultatif** » (P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *op. cit.*, n° 550, p. 641).

² Art. 92 de la Charte : « La Cour internationale de Justice constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Elle fonctionne conformément à un Statut établi sur la base du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et annexé à la présente Charte dont il fait partie intégrante ». Art. 93 § 1 de la Charte : « Tous les Membres des Nations Unies sont ipso facto parties au Statut de la Cour internationale de Justice ».

b. S'agissant de la compétence contentieuse, la Cour est compétente pour trancher les **différends**³ entre Etats qui ont consenti à sa juridiction. **La qualité pour agir dans le cadre de la compétence contentieuse de la Cour est donc limitée aux Etats** (cf. art. 34 § 1 du Statut : « Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour »). Le consentement des Etats nécessaire à la compétence contentieuse de la Cour peut s'exprimer de diverses manières⁴, et notamment par la voie d'un **compromis** : un accord conclu entre deux Etats pour saisir la Cour du différend qui les oppose (cf. art. 40 § 1 du Statut : « Les affaires sont portées devant la Cour [...] par notification du compromis » ; c'est **cette notification qui saisit la Cour** ; v. aussi art. 39 du Règlement⁵). Ce compromis doit nécessairement indiquer, outre les parties au différend, « **l'objet** » de ce dernier (même art.). L'intéressant, avec cette voie du compromis, est que « **la base de la compétence de la Cour ne saurait être contestée par l'une et l'autre partie** puisque l'une et l'autre l'ont reconnue spécifiquement » dans leur accord (P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *op. cit.*, n° 550, p. 637).

3. *Déroulement de la procédure contentieuse* – Deux phases se succèdent, la première écrite, la seconde **orale** (art. 43 § 1 du Statut). « La procédure écrite comprend la communication à juge et à partie des mémoires, des contre-mémoires et, éventuellement, des répliques, ainsi que de toute pièce et document à l'appui » (art. 43 § 2 du Statut ; v. aussi art. 49 du Règlement). La procédure orale, quant à elle, « **consiste dans l'audition par la Cour** des témoins, experts, agents, **conseils et avocats** » (art. 43 § 5 du Statut). L'audience est publique.

4. *Droit applicable* – En vertu de l'art. 38 du Statut, « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : **les conventions internationales**, soit générales, soit spéciales, établissant des **règles expressément reconnues par les Etats en litige** ; la **coutume internationale** comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ; **les principes généraux de droit** reconnus par les nations civilisées ; sous réserve de la disposition de l'article 59⁶, **les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations**, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

³ Etant entendu qu'un différend peut être défini comme « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts », P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *op. cit.*, n° 553, p. 649, qui précisent que cette définition a été donnée par le CPJI dans son arrêt *Mavrommatis* (26 mars 1925) et s'avère depuis « constamment reprise ».

⁴ La base de la juridiction de la Cour peut aussi être fournie par un traité, soit général et portant sur le règlement des différends, soit bilatéral (ex. : traité d'amitié et de commerce). Elle peut aussi être établie sur la base du système dit de la clause facultative de juridiction obligatoire (cf. art. 36 § 2 du Statut).

⁵ « Lorsqu'une instance est introduite devant la Cour par la notification d'un compromis conformément à l'article 40, paragraphe 1, du Statut, cette notification peut être effectuée conjointement par les parties ou par une ou plusieurs d'entre elles [...] ».

⁶ Art. 59 du Statut : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

5. *Arrêt de la Cour* – L'arrêt de la Cour est adopté à la majorité des juges présents. En cas de partage des voix, celle du président (ou de celui qui le remplace) est prépondérante (art. 55 du Statut).

II – Sur l'affaire du Lotus (CPJI, 7 sept. 1927)

La Cour permanente de justice internationale, créée par la SDN, est l'ancêtre de la CIJ

1. *Les faits* – Le 2 août 1926, un abordage (à entendre au sens de collision accidentelle) s'est produit, **en haute mer**, entre le **paquebot français Lotus**, qui naviguait à destination de Constantinople, et le **vapeur charbonnier turc Boz-Kourt**. Ce dernier, coupé en deux, a sombré, et **huit ressortissants turcs** se trouvant à son bord ont péri. L'arrêt précise que, « après avoir fait toute diligence pour venir à l'aide des naufragés, dont dix ont pu être sauvés [parmi lesquels Hassan Bey, capitaine du *Boz-Kourt*], le *Lotus* a continué sa route vers Constantinople, où il est arrivé le 3 août ». Dès ce 3 août, la police turque a procédé, à bord du *Lotus*, à une enquête sur l'abordage. Quelques jours plus tard, le lieutenant Demons, **citoyen français** et premier lieutenant à bord du *Lotus* lors de la collision, est **arrêté**. Hassan Bey, capitaine du *Boz-Kourt*, est également arrêté. Ces arrestations, est-il mentionné dans l'arrêt, ont eu « pour objet d'assurer le cours normal des **poursuite pénales intentées, sur plainte des familles des victimes de l'abordage, par le ministère public de Stamboul** contre les deux officiers sous l'inculpation d'homicide par imprudence⁷ ». Le 15 septembre 1926, la Cour criminelle de Stamboul, qui s'estime compétente pour connaître de l'affaire, **condamne** le lieutenant Demons à une peine de 80 jours de prison et à une amende de 22 livres (le capitaine Bey, lui, « étant condamné à une peine légèrement plus élevée »). Le Procureur de la République turque a formé contre cette décision un **pourvoi** en cassation, qui en a suspendu l'exécution.

2. *Le compromis signé entre la France et la Turquie* – Le 12 octobre 1926, et alors que le pourvoi formé contre la décision de la Cour criminelle de Stamboul n'a pas encore été examiné, la France et la Turquie signent (à Genève) un compromis tendant à soumettre à la CPJI « la question de **compétence judiciaire** qui s'est élevée entre eux à la suite de la collision » survenue entre les deux bateaux. Aux termes de ce compromis, il incombe à la Cour de statuer sur la question suivante : « **La Turquie a-t-elle, contrairement à l'article 15⁸ de la Convention de Lausanne du 24 juillet 1923 relative à l'établissement de la**

⁷ Il est acquis, aux termes de l'arrêt de la CPJI, « qu'aucune intention criminelle n'a été imputée ni à l'un ni à l'autre des officiers responsables des deux vapeurs », de telle sorte que seules étaient envisageables des poursuites pénales pour « homicide par imprudence ou négligence ».

⁸ Qui dispose : « En toutes matières, [...] les questions de compétence judiciaire seront, dans les rapports entre la Turquie et les autres Puissances contractantes, réglées conformément aux principes du droit international ».

compétence judiciaire, agi en contradiction des principes du droit international – et si oui, de quels principes – en exerçant, à la suite de la collision survenue le 2 août 1926 en haute mer entre le vapeur français *Lotus* et le vapeur turc *Boz-Kourt* et lors de l'arrivée du navire français à Stamboul, en même temps que contre le capitaine du vapeur turc, des poursuites pénales connexes en vertu de la législation turque, contre le sieur Demons, officier de quart à bord du *Lotus* au moment de la collision, en raison de la perte du *Boz-Kourt* ayant entraîné la mort de huit marins et passagers turcs ? »

Pour le dire d'une autre manière (et ainsi que cela ressort des conclusions écrites des parties au compromis), le différend opposant l'Etat français et l'Etat turc est celui-ci : d'un côté, la France estime que la compétence pour exercer des poursuites dans cette affaire (à tout le moins, s'agissant du lieutenant Demons) « **appartient exclusivement aux tribunaux français** » ; de l'autre côté, la Turquie estime qu'il doit être statué « **en faveur de la compétence judiciaire** » de ses juridictions.

3. *L'arrêt de la Cour* – a. A plusieurs reprises, la Cour prend soin de rappeler ce qui est son office (cf., p. ex. : « Les thèses avancées par les Parties dans les deux phases⁹ de la procédure ont trait exclusivement à la question de savoir si la Turquie a, ou n'a pas, d'après les principes du droit international, compétence pour exercer des poursuites en l'espèce. [...] Les débats ont roulé exclusivement sur l'existence ou l'inexistence de la compétence pénale en l'espèce » ; « La Cour est appelée à constater si, oui ou non, les principes du droit international s'opposent à ce que la Turquie, en vertu de sa législation, exerce des poursuites pénales contre le lieutenant Demons » ; « [Il convient de] rechercher si, oui ou non, le droit international comporte un principe en vertu duquel il aurait été interdit à la Turquie d'exercer, dans les circonstances de ce cas, des poursuites pénales contre le lieutenant Demons »).

b. Sur le fond, la Cour ne va suivre aucun des arguments de l'Etat français (étant précisé, toutefois, que seule la voix prépondérante du président va permettre qu'une majorité se dessine parmi les juges – cf. H. Donnedieu de Vabres, note à la RDIP 1928. 354, spéc. 380), arguments qui, en substance, étaient les suivants : 1) le droit international ne permettrait pas à un Etat de poursuivre des délits commis par les étrangers à l'étranger, en raison seulement de la nationalité de la victime ; 2) le droit international reconnaîtrait la compétence exclusive de l'Etat du pavillon pour tout ce qui se passe à bord du navire dans la haute mer ; 3) ce dernier principe s'imposerait avec une force particulière en cas d'abordage). La Cour

⁹ Ecrite puis orale.

décide donc « **qu'aucun principe du droit international** » n'est venu, en l'espèce, exclure « la compétence de la Turquie d'entreprendre les poursuites [...] exercées contre le lieutenant Demons ».

c. Si l'arrêt de la Cour est long, et, dans une assez large mesure, contient des développements éloignés des éléments rapportés dans le cas pratique proposé, on peut néanmoins en extraire **quelques formules générales**, par exemple :

« La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure [...] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale. [...] Mais **il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger** [...]. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une **large liberté** ». Ce que la Cour confirme en affirmant que « s'il est vrai que **le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations**, il n'en est pas moins vrai que **toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire ; et cela d'après des systèmes qui changent d'Etat à Etat. La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu** ».

Ou encore :

« Il est constant que **les tribunaux de beaucoup de pays** [...] interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits dont les auteurs, au moment de l'acte délictueux, se trouvent sur le territoire d'un autre Etat, doivent néanmoins **être considérés comme ayant été commis sur le territoire national, si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs du délit et surtout ses effets** ». Et d'ajouter, au regard de la situation d'espèce : « du moment que les effets du délit se sont produits sur le navire turc, il est impossible de soutenir qu'il y ait une règle de droit international qui défendrait à la Turquie d'exercer des poursuites pénales contre le lieutenant Demons en raison du fait que l'auteur français du délit se trouvait sur le navire français ».

III – Ce qui n'a pas à être plaidé

La **compétence de la CIJ n'a pas à être discutée**, dans la mesure où sa saisine est le fait d'un compromis entre le Lumierant et la Gabel : les deux Etats sont d'accord pour soumettre leur différend à la Cour, de telle sorte que ni l'un ni l'autre n'est fondé, à la suite, à contester la base de la compétence de la Cour (cf. *supra*). Dans le même ordre d'idées, **n'a pas non plus à être discutée la réalité de l'existence**

d'un différend entre les Etats (cf. P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *op. cit.*, n° 553, p. 649, qui font de l'absence de ce différend un cas d'incompétence *ratione materiae* de la Cour). Ce différend, en effet, doit être tenu pour **acquis** (cf. les éléments, rapportés en fin de cas pratique, selon lesquels « le Lumierrante avait fait état, par la voie diplomatique, de sa volonté de juger » les deux cyberpirates, « une enquête pénale [ayant été] ouverte à cette fin, dès octobre 2018, par trois magistrats d'un pôle judiciaire spécialisé dans la lutte contre la cybercriminalité. Une concertation entre les deux Etats avait également eu lieu aux fins de déterminer qui, du Lumierrante ou de la Gabel, était le plus à même d'exercer des poursuites – mais elle s'était soldée par un échec. **D'où le différend qui est né entre les deux Etats**, qui ont pris la décision, après qu'un tribunal gabelien se soit prononcé sur la culpabilité des deux *hackers* présumés, de s'en remettre à la Cour internationale de Justice »). Enfin, il n'a pas non plus à être plaidé que le Lumierrante et la Gabel auraient dû, avant de saisir la CIJ, et conformément à l'art. 22 § 5 de la Convention de Budapest (sur laquelle v. *infra*), procéder à une « **concertation** »¹⁰ (puisque le cas pratique, comme il l'est signalé dans la citation précédente, indique que cette concertation a bien eu lieu, mais a été un échec).

L'objet du différend porté devant la CIJ est exclusivement de résoudre des questions de compétence et de procédure internationales (V. *infra* VI) Cela implique d'évacuer également du champ des développements toute critique dirigée contre la législation interne gabelienne (ex. : inutile de soutenir que le *Puppet Master* n'avait pas à être jugé par défaut, ou de critiquer les qualifications pénales en présence).

IV – Droit applicable en l'espèce

Un mot sur l'affaire du Lotus elle-même, avant de revenir à la liste de l'article 38 du statut de la CIJ ci-dessus reproduit

a. La **jurisprudence Lotus** - en ce qu'elle peut être résumée en disant que tout ce qui n'est pas interdit est permis - n'a encore jamais vraiment été remise en cause par la Cour. Des arrêts sont quelques fois cités par la doctrine du droit international public (Barcelona Traction, 5 février 1970, ou Plateau continental de la Mer du Nord, 20 février 1969). Mais ils ne traitent pas directement de la possibilité d'une poursuite pénale (exercice de la protection diplomatique dans le premier cas et droits de l'Etat riverain sur cette zone maritime dans l'autre) et il semble bien acquis que la règle telle que résumée ci-dessus n'est pas réellement remise en cause.

¹⁰ Art. 22 § 5 Conv. Budapest : « 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 décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites ».

En revanche, l'arrêt lui-même a été critiqué et sa portée contestée en ce qu'il avait fallu recourir à la voix prépondérante du président et que la position l'ayant ainsi emporté n'était pas celle des Etats ayant une façade maritime. Par la suite, la solution a d'ailleurs été contredite, en cas d'abordage, par le droit conventionnel de la mer (conventions de Bruxelles 1952, Genève 1958 et Montego Bay 1962).

Ces considérations ne sont pas nécessairement attendues des plaideurs, qui ne sont a priori pas spécialistes de droit international public, mais elles pourraient habilement être évoquées à l'appui d'une demande d'évolution de la jurisprudence.

b. Les conventions internationales. Une seule est indiscutablement applicable et ce serait un lourd handicap de ne pas en parler. C'est une **convention du Conseil de l'Europe dite de Budapest** du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité. Le cas ne dit pas expressément que les deux Etats l'ont signée et ratifiée, mais cela peut se déduire de la procédure de concertation dont il est fait état (v. ci-dessus). Les équipes pourraient d'ailleurs poser une question à ce sujet. Sur la portée de cette convention, on peut faire valoir qu'elle est ouverte à la signature d'Etats non membres du Conseil de l'Europe.

Le droit de l'Union européenne n'engage pas les deux Etats. Il peut cependant être utilisé, en tout cas en ce qu'il traite spécifiquement de cybercriminalité, par des plaideurs à la recherche de principes émergents du droit international.

c. La coutume internationale. La définition en est complexe et subtile. Mais il ne saurait y en avoir une, c'est bien trop tôt, en la matière.

d. Les principes généraux de droit reconnus par les Nations. La nature et le contenu en sont également très discutés. Il serait prudent pour les équipes, sans qu'on puisse leur en tenir vraiment rigueur, de rester à l'écart de cette notion

e. Les décisions judiciaires et la doctrine nationales ... C'est sur cette dernière source prévue par l'article 38 que va porter une grande part des plaidoiries, à la recherche de "principes" à suggérer aux juges. Mais c'est seulement, ainsi que l'indique l'article 38, comme « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». V. Donnedieu de Vabres, note préc. ss l'affaire du *Lotus*, p. 378-379, qui rappelle que « **les actes législatifs et judiciaires des Etats**, c'est-à-dire les lois et les décisions émanant de juridictions nationales ne sont pas une sources directe du droit des gens. Mais ils valent **comme indices**. Lorsqu'ils se multiplient dans le sens d'une solution, ils témoignent d'un mouvement de l'opinion qui lui est favorable, ils font **présumer sa conformité au droit international**. C'est la même valeur qu'on doit reconnaître à la **doctrine** »

V – Pistes argumentatives pour les plaideurs

Le cas pose deux questions.

La plus évidente, expressément formulée par la question d'un commun accord soumise à la cour, est celle de la compétence pour juger (compétence judiciaire). Gabel était-il compétent pour juger ? Lumierrante ne le serait-elle pas aussi ?

Mais une autre question est soulevée par le fait que l'Empire de Gabel ait, en quelque sorte, effectué une "perquisition" (compétence pour enquêter ou pour exécuter relevant de l'imperium) sur le territoire de La République du Lumierrante. Il faut/ on peut inclure cette question dans la saisine de la cour qui ne porte pas strictement sur la compétence exercée par Gabel, mais sur "la procédure mise en œuvre" par cet Etat. "Saisir à distance" des données localisées en territoire étranger, est-ce bien autorisé par le droit international ?

Pour répondre à chaque question il faut partir d'un principe énoncé dans l'arrêt Lotus. Mais le droit international n'a-t-il pas évolué ? Et est-il vraiment adapté au "cyberespace" ?

A. Question de la compétence pour juger

« S'il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire ; et cela d'après des systèmes qui changent d'Etat à Etat. La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu ». (Arrêt de la CPJI)

1. Sous l'angle des compétences classiquement retenues

La première démarche à envisager est sans aucun doute de passer en revue, pour chaque Etat, les raisons de mettre en œuvre sa compétence territoriale ou l'une des compétences permettant de juger des infractions commises à l'étranger connues sous le nom de compétence personnelle, réelle et universelle.

LE RISQUE EST TOUTEFOIS D'Y CONSACRER TROP DE TEMPS car d'autres développements sont attendus : le droit international contemporain impose-t-il une hiérarchie entre les compétences applicables ? Le droit international classique est-il bien adapté aux problèmes soulevés par Internet ?

1) Titres de compétences à envisager

Le cas pratique a été rédigé de telle manière que chaque partie ait à faire valoir **un certain nombre de chefs de compétence**. Pour s'en tenir à l'essentiel, voici ce qui peut être signalé :

a. La compétence territoriale – Côté Lumierrante, il y a une « **assise territoriale** » (B. Tchikaya, Les infractions relatives aux télécommunications, à l'informatique et à l'internet, *in* H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2^{ème} éd., 2012, p. 445, spéc. p. 446) à défendre, dans la mesure où il est indiqué que c'est « **depuis le territoire lumierrantais** » que l'un des deux pirates (le *Puppet Master*) « se serait **introduit dans le système informatique** du groupe de santé [*E Corp.*] et aurait fait moisson des données contenues en son sein ». Ce qui ne signifie pas, certes, que l'infraction d'accès frauduleux se soit réalisée exclusivement en Lumierrante, mais permet peut-être au moins de soutenir, *a minima*, que **l'un des éléments constitutifs** de cette infraction (comme, du reste, de celle d'extraction/détention/reproduction... de données) a eu lieu en territoire lumierrantais. Peut donc, à la suite, trouver à s'appliquer, serait-ce au moyen d'un certain « forçage », la **théorie dite « de l'ubiquité** », théorie selon laquelle une infraction peut être localisée indifféremment « au lieu de la **manifestation de l'action** » (ou, au moins, de l'un des éléments de cette action – d'où l'idée de « forçage » de la théorie, ou encore « d'atomisation », « d'émiettement » de l'infraction) ou à celui « de **survenance du résultat** » (cf. A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis droit, 3^{ème} éd., 2005, n° 131, p. 220, et n° 135, p. 226-227 ; A. Huet, Le droit pénal international et internet, LPA 10 nov. 1999, p. 39 ; A. Huet, Droit pénal international et internet, *in Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 663, spéc. p. 667-668 : « il n'y a aucune raison de ne pas étendre la théorie de l'ubiquité aux infractions commises *on line* » ; J.-F. Chassaing, L'internet et le droit pénal, D. 1996, p. 329, qui évoque « la tentation des juridictions » (françaises en l'occurrence) « d'atomiser certaines infractions » pour les rendre territoriales – c'est-à-dire pour les rendre françaises au sens de l'art. 113-2 c. pén. : « L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire »). On rappellera que, la mise en œuvre du principe de territorialité admise sur la base de l'application de la théorie de l'ubiquité, **la nationalité des auteurs ou victimes devient alors totalement indifférente** (peu importe ainsi que, contrairement à *Tech Noir*, le *Puppet Master* ne soit pas de nationalité lumierrantaise ; peu importe également que la société *E Corp.* ait son siège social en Gabel – ce qui laisse entendre que sa nationalité est pareillement gabelienne ; peu importe que les victimes des usurpations d'identité commises grâce aux données mises à disposition par les cyberpirates sur le *Darknet* soient de nationalité gabelienne). Autre conséquence notable, la compé-

tence territoriale **peut s'appliquer à l'acte de complicité le cas échéant accompli à l'étranger**, accessoirement à l'infraction commise sur le territoire de l'Etat concerné : partant, et si l'on analyse cet acte (ce qui semble avoir été la vue du tribunal pénal de Sion) comme constitutif de complicité (par aide ou assistance, en ce qu'il a ensuite permis au *Puppet Master* d'infiltrer le système d'*E Corp.*), l'installation, par *Tech Noir*, du *keylogger* sur l'ordinateur d'un cadre du groupe de santé peut (doit) être regardé comme relevant de la compétence des tribunaux lumierrantais¹¹. Reste la question de la complicité des usurpations d'identité commises au préjudice de victimes gabeliennes, à propos desquelles l'idée de l'existence d'un « **lien d'indivisibilité** » avec l'accès frauduleux au système informatique d'*E Corp.* pourrait être suggérée.

Côté de Gabel, la **théorie de l'ubiquité** peut aussi trouver à jouer, sous l'angle de la « **survenance du résultat** » (cf. *supra*), dans la mesure où **les effets** de l'accès frauduleux (piratage des données) et de ses suites (usurpations d'identité) ont été ressentis sur le territoire gabelien (rapp. A. Yokaris, Les critères de compétence des juridictions nationales, in H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal, op. cit.*, p. 997, spéc. p. 1000 : « très fréquemment, les systèmes nationaux et les conventions internationales ont eu recours au principe de la territorialité objective pour autoriser des poursuites pénales concernant des agissements dont la réalisation d'une partie des conséquences a eu lieu sur le territoire du for. Le principe de la compétence territoriale objective se présente également sous la forme de la "théorie des effets" qui concerne des actes survenus à l'étranger avec continuité sur le territoire du for, à raison de leurs effets. La tendance générale est de considérer comme compétents les tribunaux de l'Etat où les conséquences du crime se font sentir [...] »). Mais peut, par ailleurs, être plaidée une compétence territoriale fondée sur la **domiciliation des victimes**, dans la mesure, en particulier, où *E Corp.* a son **siège social en Gabel**, dans la ville de Sion (ville qui est aussi celle du tribunal ayant condamné les deux pirates informatiques, ce qui peut induire que la domiciliation du groupe *E Corp.* a joué un rôle non négligeable en fait de détermination de la compétence des juridictions gabeliennes). L'idée, bien sûr, est ici de rapprocher la situation du texte de l'art. **113-2-1** c. pén., qui dispose : « **Tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique**, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une **personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République**, est **réputé commis sur le territoire de la République** ». Reste à savoir si un tel rattachement au principe de territorialité est bien pertinent, dans la mesure où le critère mobilisé – la domiciliation de la victime – relève plutôt du registre de la compétence personnelle (de sorte que l'on peut voir dans le mécanisme de l'art. 113-2-1 quelque chose comme un critiquable

¹¹ On ignore d'où a été envoyé le message contenant le *keylogger* dans sa pièce jointe. Mais on sait que c'est en Gabel que réside habituellement *Tech Noir*, ce qui peut laisser présumer que le message a été envoyé à partir de ce dernier territoire. Du reste, aurait-il été adressé depuis le Lumierrante que la compétence des tribunaux de cet Etat serait alors d'autant plus évidente.

« mélange des genres » ou une dénaturation du principe de territorialité ; cf., p. ex., les critiques de R. Parizot, RSC 2016, p. 376).

b. La compétence personnelle – L'Etat du Lumierante peut faire valoir que *Tech Noir* est de **nationalité lumierantaise**, ce qui lui offre, *de jure*, un **chef de compétence personnelle active** (étant relevé que le fait que tant le Lumierante que la Gabel aient entendu l'un et l'autre engager des poursuites envers les deux pirates peut autoriser à présumer l'existence d'une réciprocité d'incrimination). Pour le *Puppet Master*, de nationalité gabelienne, la mise en œuvre du principe de territorialité peut suffire à admettre des poursuites à son encontre (cf. *supra*). Certes, il pourrait être ajouté que, celui-ci résidant de manière habituelle sur le territoire du Lumierante (cf. : le *Puppet Master* « réside, de façon habituelle, en Lumierante, où il exerce [...] un emploi de conseiller en cybersécurité »), une compétence personnelle active pourrait aussi être retenue. La proposition, en effet, est volontiers défendue que, plus que la nationalité, c'est **la résidence habituelle** qui devrait justifier la compétence extraterritoriale d'un Etat : « **le lieu de vie d'une personne peut apparaître parfois comme un critère plus pertinent** que la nationalité de l'intéressé(e) pour justifier l'intérêt d'un système de droit pénal à connaître d'une situation infractionnelle dans laquelle cette personne est impliquée » (A. Giudicelli, *Le critère de la résidence habituelle en droit pénal international*, in *Mélanges G. Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 363, spéc. p. 366 ; v. aussi Rousseau, *Du contrat social*, livre IV, chap. II : « Quand l'Etat est institué, le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté »). Mais alors, plaider pour le critère de la résidence habituelle, c'est renoncer (en tout cas en l'espèce) à celui de la nationalité – de telle sorte que les équipes seront probablement amenées à faire un choix, en fait de compétence personnelle active, entre nationalité et résidence habituelle (choix qui lui-même pourra être conditionné par les orientations prises quant à la question de la compétence territoriale). En tout état de cause, le principe *non bis in idem* (cf. not. art. 50 CDFUE) **ne peut pas faire obstacle à un jugement des deux pirates en Lumierante** : aucune décision pénale définitive n'est intervenue en Gabel (le jugement du tribunal de Sion a été frappé d'un appel, au moment où le Lumierante et la Gabel décident de saisir la CIJ).

L'Empire de Gabel peut à son tour se réclamer d'un critère de **compétence personnelle active** puisque le *Puppet Master* est de nationalité gabelienne. Peut aussi être plaidé le fait que *Tech Noir* **réside habituellement** en Gabel (mais se retrouve à nouveau le choix à faire entre nationalité ou résidence habituelle). Surtout, l'Empire de Gabel peut arguer, **potentiellement à un double titre**, d'une **compétence personnelle passive** : 1) les **victimes des usurpations d'identité** commises par voie numérique (à la suite du dépôt sur le *Darknet*, par les deux *hackers*, des données piratées) sont de nationalité gabelienne ; 2) ayant son siège social en Gabel, *E Corp.* est selon toute vraisemblance une **personne morale de nationalité gabelienne** (ce qui offre donc un second critère de compétence personnelle passive, sauf à ce que

la domiciliation d'*E Corp.* ait été retenue comme critère permettant de réputer commis sur le territoire de Gabel les agissements des cyberpirates, spécialement ceux du *Puppet Master* – cf. *supra*).

c. La compétence réelle – Peut-être y-a-t-il ici quelque chose à exploiter, côté Lumierrantais, dans la mesure où le cas précise que les données personnelles du **Ministre de la défense et des armées** (hospitalisé en Gabel à la suite d'un empoisonnement présumé criminel) ont été « **particulièrement ciblées** » (le piratage des données des 250 000 patients gabeliens et leur mise à disposition sur le *Darknet* n'étant, après tout, peut-être qu'un leurre ou un écran destiné à dissimuler l'intérêt porté aux informations personnelles du Ministre). Pourrait, dès lors, être estimée en cause la défense nationale, et, partant, une atteinte aux intérêts de la République lumierrantaise. Le procureur de Gabel a également invoqué une atteinte à la sécurité nationale, mais plutôt pour justifier, semble-t-il, l'accès à des données situées à l'étranger

d. La compétence universelle – C'est, cette fois-ci, du côté gabelien qu'il y a éventuellement quelque chose à soulever, puisque c'est sur le sol de Gabel que *Tech Noir* a été arrêté. On sait, en effet, que « traditionnellement », c'est « **l'arrestation d'un suspect par sa police** » qui fonde, dans cette matière, « la compétence générale d'un Etat déterminé » (G. de La Pradelle, *La compétence universelle*, in H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, *Droit international pénal*, *op. cit.*, p. 1007, spéc. p. 1017). Il demeure que la compétence universelle « opère toujours à **titre subsidiaire** » (A. Yokaris, *art. préc.*, p. 1005 ; cf. égal. H. Donnedieu de Vabres, *note préc.*, p. 381 : le système de la compétence universelle « n'a d'autre objet que de procurer la certitude de la répression, en attribuant une compétence très subsidiaire au juge du lieu d'arrestation [...] dans les cas où aucune compétence préférable ne peut s'exercer »). Difficile, donc, de faire de ce chef de compétence un argument décisif.

2) Le droit international impose -t- il une hiérarchie ?

- *L'art. 22 de la Convention sur la cybercriminalité du 23 nov. 2001, dite Convention de Budapest* (Conseil de l'Europe) dispose : « 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** ; b. à bord d'un navire battant pavillon de cette Partie ; c. à bord d'un aéronef immatriculé dans cette Partie ; 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 conditions spécifiques, les règles de compétence définies aux paragraphes **1b à 1d** du présent article ou dans une partie quelconque de ces paragraphes. [...] 4. La présente Convention **n'exclut aucune compétence pénale** exercée par une Partie conformément

à son droit interne ». On le voit donc, même si elle ne veut exclure « aucune compétence pénale » exercée par une partie, même si elle retient expressément la possibilité d'une compétence personnelle active, c'est tout de même une **préférence pour le principe de territorialité** que marque la Convention – puisque les parties ne peuvent pas « ne pas appliquer » le § 1a de la Convention (au contraire des chefs de compétence définis au § 1b à 1d). Il est généralement considéré que cette convention « **exprime nettement la tendance répressive actuelle** contre la cybercriminalité » (B. Tchikaya, préc., p. 451).

- Dans le sillage des précédentes observations, on peut ajouter que l'importance à donner à « l'assise territoriale » des infractions commises par internet pourrait être d'autant mieux mise en avant en insistant sur la théorie de l'ubiquité (cf. *supra*), laquelle s'avère en effet « un **système extrêmement répandu sur le plan international** » (A. Huet et R. Koering-Joulin, *op. cit.*, n° 135, p. 227 ; A. Huet, Droit pénal international et internet, préc., p. 677 ; c'est ce qu'indiquait déjà la CPJI dans l'affaire du *Lotus* : il est « constant que **les tribunaux de beaucoup de pays** [...] interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits [...] doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire national, **si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs du délit** » ; à noter que certaines conventions internationales – ex. : en matière de corruption – vont jusqu'à faire obligation aux Etats contractants de consacrer la théorie de l'ubiquité).

- L'art. 12 de la directive 2013/40/UE du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information affirme, quant à lui : « 1. Les États membres établissent leur compétence à l'égard des infractions visées aux articles 3 à 8, lorsque l'infraction a été commise : a) **en tout ou en partie sur leur territoire** ; ou b) **par un de leurs ressortissants**, au moins dans les cas où l'acte constitue une infraction là où il a été commis. 2. Lorsqu'il établit sa compétence conformément au paragraphe 1, point a), un État membre veille à être compétent lorsque : a) l'auteur de l'infraction a commis celle-ci alors qu'il était physiquement présent sur son territoire, que l'infraction vise un système d'information situé sur son territoire ou non ; ou b) l'infraction vise un système d'information situé sur son territoire, que l'auteur de l'infraction soit physiquement présent sur son territoire ou non lors de la commission de l'infraction. 3. Un État membre informe la Commission de sa décision d'établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 3 à 8 qui ont été commises en dehors de son territoire, notamment dans les cas suivants : a) l'auteur de l'infraction réside habituellement sur son territoire ; ou b) l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire ». Cette directive envisage donc comme critère de compétence, outre le principe de territorialité, le **principe de compétence personnelle active**. Voilà qui rejoint, dans une assez large mesure, l'idée exprimée dans l'affaire du *Lotus* selon laquelle « s'il est vrai que **le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations**, il n'en est pas moins vrai que **toutes ou presque toutes ces législations étendent leur action à des délits commis hors du territoire ; et cela d'après des systèmes qui changent d'Etat à Etat. La territorialité du droit pénal**

n'est donc pas un principe absolu ». Le critère de la compétence personnelle (en tout cas active) n'est donc sûrement pas à sous-estimer dans les plaidoiries (même si on peut aussi rétorquer, en réponse à la précédente citation, que, dans l'affaire du *Lotus*, c'est tout de même « au principe de la territorialité objective » que la CIJ a « accordé plus d'attention », A. Yokaris, préc., p. 1002).

- On peut relever, à l'inverse, que les deux précédents textes (*Convention de Budapest et Directive sur les attaques contre les systèmes d'information*) n'évoquent guère la compétence personnelle passive. De fait, celle-ci à toujours fait l'objet de **larges critiques** (ex. : Donnedieu de Vabres, note préc. ss l'affaire du *Lotus*, p. 383, qui dénonce les législations attribuant « au forum de la victime » une « compétence principale » : au point de vue « d'une bonne administration de la justice », le juge national de la victime est « loin d'offrir les mêmes garanties que le juge territorial ou le juge personnel de l'inculpé », l'auteur ajoutant que la critique de la compétence personnelle passive remonte au moins jusqu'au temps de Bartole ; v. aussi A. Yokaris, préc., p. 1003, qui affirme que le principe de la compétence personnelle passive « est très discuté, surtout par la doctrine anglo-saxonne. Il est considéré comme un excès de compétence »). Bref, peut-être la compétence personnelle passive sera-t-elle, pour les plaideurs, à manier avec une certaine prudence.

2. Sous l'angle de la nécessité d'une compétence spécifique, ad hoc

Les plaideurs auront évidemment intérêt à accorder une place aux opinions doctrinales, et notamment à celles revendiquant un droit pénal international spécifique à internet (cf. déjà *supra* ; v., p. ex., A. Huet, Droit pénal international et internet, préc., p. 676, qui, entre autres choses, soutient que « **la mondialisation d'internet** » « exige » ni plus ni moins qu'un « **abandon du principe de territorialité** » ...).

La spécificité et « l'universalité d'internet » (J. Francillon, Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité, RLDI 2012/81, p. 99, spéc. p. 101 ; *id.*, La compétence pénale territoriale française à l'épreuve de la cybercriminalité, *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 205, spéc. p. 206) devraient obliger à l'élaboration, en la matière, d'un **droit pénal international spécial, ad hoc** (cf. not. A. Huet, préc. L'idée pourrait être l'un des enjeux ou temps fort des plaidoiries. Au plan doctrinal (et même des jurisprudences internes), deux théories s'affrontent : d'un côté, celle dite de **la réception ou de l'accessibilité**, qui consiste à admettre la compétence de tout Etat à partir duquel il est possible d'accéder à un site internet (théorie développée avant tout pour des infractions telles que la diffamation ou la contrefaçon commises par internet ; la théorie est certainement excessive, avec laquelle irait une multiplication sans pareil des conflits de compétence ; cf. A. Huet, Droit pénal international et internet, préc., p. 669, qui parle de la possibilité d'admettre une compétence territoriale « presque systématique » ; v. aussi *ibid.*, p. 674) ; et, de

l'autre côté, la théorie dite de **la focalisation**, qui repose sur l'idée que la compétence d'un Etat est subordonnée à la démonstration de ce qu'un site internet et son contenu s'avèrent **orientés vers un public** plutôt qu'un autre (cf. not. Crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088 ; 12 juill. 2016, n° 15-86.645). Si cette dernière théorie, comme la précédente, concerne avant tout des faits relevant du champ de la contrefaçon, ou des infractions de presse (diffamation, injure...), il ne serait pas interdit, pour autant, de tenter de l'appliquer en l'espèce au piratage informatique et aux personnes visées à travers lui : c'est ainsi que, au plan « quantitatif » (250 000 patients concernés), le piratage des données d'*E Corp.* apparaît clairement orienté vers le « public » gabelien ; mais, « qualitativement » parlant, c'est surtout le ministre lumierrentais qui paraît avoir été concerné (rappr. *supra*, sur la compétence réelle).

B. Question de la compétence pour enquêter à l'étranger

« La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure [...] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. » (Arrêt de la CPIJ)

Les autorités gabeliennes ont, compte tenu des effets potentiels de l'attaque (mise en danger des relations diplomatiques et, partant, atteinte à la sécurité nationale) décidé de recourir à un dispositif permettant d'accéder aux données stockées dans le système informatique de *Puppet Master*. Si la jurisprudence Lotus permet certainement à un Etat d'exercer, sur son territoire, une compétence judiciaire extraterritoriale, elle exclut - **sauf l'existence d'une règle permissive** conventionnelle ou coutumière **contraire** - **tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État.**

L'intrusion de Gabel et la saisie des données stockées dans le système de *Puppet Master* (a priori sur le territoire de Lumierrente) ne sont donc compatibles avec le droit international et le respect de la souveraineté de Lumierrente qu'à la condition de se fonder sur une règle permissive.

1. Existe-t-il une règle permissive ?

L'accès transfrontière aux données stockées est abordé par la Convention de Budapest dont l'article 32 distingue en effet deux cas dans lesquels l'intrusion transfrontière est autorisée :

- a) Lorsque les données informatiques stockées sont accessibles au public (source ouverte), quelle que soit la localisation géographique de ces données ; ou
- b) Lorsque cet accès se fait au moyen d'un système informatique situé sur son territoire, 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.

L'application de cette disposition ne semble pas possible en l'espèce, les données étant a priori « fermées » et le consentement de *Puppet Master* n'ayant pas été préalablement recueilli. Reste cependant à savoir si l'argument de sécurité nationale peut éventuellement être avancé pour justifier cette ingérence : il semble qu'au regard du principe de non-ingérence et d'égalité entre Etats qui domine le droit international public, cet argument doive être rejeté.

A défaut de pouvoir directement s'appuyer sur l'article 32 de la Convention de Budapest, Gabel pourrait cependant tenter d'en exploiter les potentialités. Cette disposition n'est pas en effet figée et pourrait bien être étendue à d'autres situations. Pour preuve, Gabel invoquera les travaux relatifs au protocole additionnel 2 à la convention, tendant à autoriser plus largement l'accès transfrontière aux données stockées par d'autres parties.

En effet, en 2015, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation 2077 (2015) intitulée « Accroître la coopération contre le cyberterrorisme et d'autres attaques de grande ampleur sur internet », qui recommande d'élargir la portée de l'article 32 de la Convention de Budapest à l'aide d'un Protocole additionnel. Le groupe de travail sur les preuves dans le cloud a complété la démarche en demandant que certaines propositions soient à nouveau examinées. Deux de ses propositions sont à retenir :

- La possibilité d'un accès transfrontalier sans consentement, mais par des moyens obtenus légalement. Une telle disposition pourrait permettre à une Partie de se passer de l'autorisation d'une autre Partie pour accéder, via un système informatique se trouvant sur son territoire, à des données stockées sur un système informatique situé dans une autre Partie ou pour recevoir ces données dans le cadre d'une enquête criminelle ou d'un procès pénal, à condition que les éléments obtenus l'aient été grâce à des activités d'investigation légales. La Partie menant l'enquête serait dans l'obligation d'en informer l'autre Partie avant, pendant ou après l'acquisition des données. Il serait nécessaire de définir des conditions et des garanties supplémentaires
- Le droit d'un accès transfrontalier sans consentement, de bonne foi ou dans des situations urgentes ou exceptionnelles. Une telle proposition permet d'autoriser l'accès transfrontalier dans des cas spécifiques, de manière à prévenir un danger imminent, une blessure physique, l'évasion d'un suspect ou autre cas semblable. Le risque de destruction de preuves pertinentes peut constituer l'un de ces cas.

Pareille évolution de l'article 32 pourrait sans doute être suggérée devant la Cour, à l'aide de jurisprudences comparées ? Mais si l'on revient à l'affaire Lotus, laquelle exige une règle permise **d'origine conventionnelle ou coutumière**, il semble difficile pour la Cour d'y faire droit sans réserve : ces autorisations d'accès transfrontière, à l'état de discussion, n'ont pas encore une origine conventionnelle et encore moins coutumière.

2. Une telle conception de la territorialité est-elle adéquate ?

Compte tenu de ces difficultés, peut être que l'argument le plus porteur consisterait à faire, ici également, état d'une conception de la territorialité totalement inadéquate. Gabel pourrait se référer aux travaux des groupes susmentionnés suggérant que le principe de territorialité doit être remplacé par celui de « pouvoir d'utilisation » ou de « maîtrise du système » (V. notamment, Rapport final du Groupe de travail du T-CY sur les preuves dans le cloud, 16 sept. 2016, p. 54). Selon cette théorie, qui a principalement été conçue pour les situations où l'on n'arrive pas à localiser les données, mais qui peut être étendue au cas qui nous intéresse en l'espèce : « *il est problématique d'invoquer le principe de territorialité pour déterminer la juridiction à même d'ordonner une perquisition ou une saisie de preuves électroniques. C'est pourquoi il a été avancé qu'il serait nécessaire d'adopter une approche allant plus loin que le principe de territorialité. Le « pouvoir d'utilisation » ou le « responsable du traitement ou du sous-traitement » pourrait être un critère permettant de faire le lien pour la légalité des recherches. Même si le lieu où se trouvent les données ne peut pas être déterminé avec certitude, les données peuvent être reliées à une personne qui a la capacité d'altérer, d'effacer, de supprimer ou de rendre inutilisables, et la capacité d'empêcher autrui d'accéder [aux données] ou de les utiliser, de quelque manière que ce soit* ». De ce point de vue, la compétence à l'égard de *Puppet Master* permettrait de considérer que l'accès à ses données, même localisées à l'étranger, ne constitue pas un fait internationalement illicite.

Remarques finales – En tout état de cause, il ne faut pas oublier que, au-delà des éléments précédents, c'est en rapport avec les questions posées dans le compromis que doivent se développer les plaidoiries.

La question principale (1) est de savoir si, oui ou non, Gabel a méconnu des principes de droit international. Elle se dédouble en ce que Gabel a poursuivi sur son territoire (1a) et enquêté en territoire étranger (1b). Une question accessoire (2), d'autant plus intéressante qu'il serait répondu négativement à la précédente, est de savoir si Lumierante n'aurait pas également des titres à intervenir.

Toute la difficulté pour les équipes, **QUI NE DISPOSENT QUE DE TRENTE MINUTES**, est d'identifier ces différentes questions, d'en privilégier certaines sans totalement négliger les autres et d'articuler leur examen dans un discours cohérent sur ce qu'elles demandent à la cour.