

Annexe I

IMMUNITÉ DE JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT (Roman Kolodkin)

A. Une question d'actualité

1. La question de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État suscite une attention accrue depuis quelques années, dans une large mesure en raison de l'extension de la notion de protection des droits de l'homme, d'une tendance à ne plus tolérer les violations flagrantes des droits de l'homme et des efforts faits pour lutter contre le terrorisme, la criminalité transnationale, la corruption et le blanchiment de capitaux. La société ne veut plus tolérer l'impunité de ceux qui commettent ces crimes, quelle que soit leur position officielle dans l'appareil d'État. Cela étant, il ne fait guère de doute que l'immunité des représentants de l'État est indispensable au maintien de la stabilité des relations entre États.

2. L'examen du cas de l'ancien dictateur chilien, le général Augusto Pinochet, par la justice britannique a sensiblement relancé le débat universitaire et public ainsi que la pratique des États dans ce domaine, notamment sur le plan de la jurisprudence interne¹. Entre 1998 et 2001, on a tenté par plus de 20 fois d'engager une action pénale devant les tribunaux internes contre de hauts représentants d'États étrangers². Plus précisément, on a tenté d'engager des poursuites contre M. Laurent-Désiré Kabila, Président de la République démocratique du Congo en Belgique et en France en 1998, contre M. Ariel Sharon, Premier Ministre israélien, en Belgique en 2001-2002 et contre le Chef d'État lybien Mouammar Khadafi, M. Denis Sassou Nguesso, Président de la République du Congo et le dirigeant Fidel Castro en 2000-2001 en France et M. Hissène Habré, ancien Président du Tchad, au Sénégal en 2001³.

3. En 2002, la Cour internationale de Justice a rendu un arrêt dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁴. Cet arrêt contient un exposé précieux de l'état du droit international dans ce domaine.

¹ Voir Haute Cour de justice du Royaume-Uni, Queen's Bench Division (Divisional Court): *In Re Augusto Pinochet Ugarte, International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 68 et suiv., notamment p. 68 à 90; Chambre des lords du Royaume-Uni: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, *ibid.*, vol. 37 (1998), p. 1302 et suiv., notamment p. 1302 à 1339; Chambre des lords du Royaume-Uni: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others – Ex Parte Pinochet*, *ibid.*, vol. 38 (1999), p. 581 et suiv., notamment p. 581 à 663.

² Voir par exemple: A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 361 à 369.

³ «Plusieurs affaires qui ont défrayé la chronique à la fin des années 1990 ont posé la question des limites de l'immunité de juridiction dont disposaient les chefs d'État ou anciens chefs d'État», P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 453.

⁴ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.

4. La Cour internationale de Justice est actuellement saisie d'une affaire concernant *Certaines procédures pénales engagées en France*, qui soulève également la question de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des hauts représentants de l'État. En 2003, la Cour a rendu une ordonnance sur les mesures conservatoires qui intéressent la question à l'examen⁵.

5. Suite à l'arrêt susmentionné de la Cour internationale de Justice, des tribunaux nationaux ont adopté un certain nombre de décisions qui intéressent également l'examen du sujet. Par exemple, en 2004, des cours d'appel des États-Unis ont adopté des décisions finales dans des affaires mettant en cause M. Robert Mugabe, Président du Zimbabwe et l'ancien dirigeant chinois Jiang Zemin⁶. Bien que ces deux arrêts concernent l'immunité de la juridiction civile, ils sont également intéressants s'agissant de l'immunité de la juridiction pénale.

6. Il faut souligner que la position de divers organes d'État, y compris ceux qui représentent l'exécutif, sur la question à l'examen du point de vue du droit international a été exprimée en plusieurs occasions récentes tant durant l'examen des affaires citées ci-dessus qu'en dehors de toute procédure judiciaire⁷.

7. La question de l'immunité de la juridiction pénale étrangère des représentants de l'État provoque très souvent une vive réaction dans le public lorsqu'il est question d'accuser de telles personnes de violations flagrantes des droits de l'homme (par exemple acte de torture ou

⁵ *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 juin 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 102.

⁶ *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2nd Cir. Oct. 6, 2004) (Tachiona II); *Wei Ye v. Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (7th Cir. Sept. 8, 2004). Pour des commentaires sur ces affaires, voir, par exemple, S. Andrews, «U.S. courts rule on absolute immunity and inviolability of foreign heads of State: The cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin», *The American Society of International Law, Insight* (novembre 2004), www.asil.org/insight041122.cfm (dernière consultation le 10 avril 2012).

⁷ Par exemple, en 2005, s'agissant d'une visite que Mme Yulia Timoshenko, Premier Ministre d'Ukraine, prévoyait de faire en Russie alors qu'une action pénale avait été engagée contre elle en Russie bien avant sa nomination, la position officielle sur la question de son immunité de la juridiction pénale en Fédération de Russie a été exposée publiquement par le Procureur général de la Fédération de Russie. Ce magistrat a en particulier fait observer que Mme Timoshenko, Premier Ministre d'Ukraine, n'aurait aucun problème si elle souhaitait venir en Russie, puisque les hauts dirigeants de l'État – dont les chefs de gouvernement – jouissent de l'immunité. Dans le même temps, il a ajouté que l'action pénale engagée contre Mme Timoshenko serait prorogée. Ce n'est que le 26 décembre 2006 que le Procureur militaire principal de Russie a annoncé qu'il avait été mis fin aux poursuites pénales engagées contre l'ancien Premier Ministre d'Ukraine en raison de l'expiration du délai de prescription (<http://genproc.gov.ru>).

génocide) et du droit international humanitaire. Certains États ont récemment essayé d'exercer une compétence universelle pour ce qui est de tels crimes. La question se pose non seulement s'agissant de l'exercice de la compétence universelle en ce qui concerne les crimes internationaux (ou crimes au regard du droit international) mais aussi de l'exercice d'autres types de compétence. Ceci arrive, par exemple, lorsqu'un État tente de poursuivre, en vertu de son droit pénal, des agents ou anciens agents d'un autre État suspectés d'infractions qui ne sont pas liées à des violations massives et flagrantes des droits de l'homme mais n'en sont pas moins dirigées contre l'État exerçant sa juridiction ou contre ses nationaux.

8. À l'origine, bien avant que la question des droits de l'homme ne soit d'actualité, le problème de l'immunité de l'État, de ses représentants et de ses biens est né du conflit entre, d'une part, les droits que l'État tire du principe de l'égalité souveraine des États et, d'autre part, des droits de l'État sur le territoire duquel ces représentants ou biens se trouvent, découlant du principe de la plénitude de juridiction territoriale de ce dernier. Il semble que ce conflit de droits et de principes demeure important aujourd'hui. De fait, il est évident qu'il apparaîtrait aujourd'hui dans de nouvelles nuances en raison du développement de la compétence pénale universelle et d'autres types de compétence pénale interne, y compris la compétence territoriale, dans le cadre des efforts menés pour lutter contre les violations flagrantes des droits de l'homme, le terrorisme, la criminalité transnationale, le blanchiment de capitaux, etc., sur fond de mondialisation.

9. Néanmoins, malgré cette relation, les problèmes d'immunité et de juridiction ont un caractère autonome et sont régis par différentes normes juridiques. Comme l'a fait observer la Cour internationale de Justice dans l'arrêt susmentionné,

les règles gouvernant la compétence des tribunaux nationaux et celles régissant les immunités juridictionnelles doivent être soigneusement distinguées: la compétence n'implique pas l'absence d'immunité et l'absence d'immunité n'implique pas la compétence. C'est ainsi que, si diverses conventions internationales tendant à la prévention et à la répression de certains crimes graves ont mis à la charge des États des obligations de poursuite ou d'extradition, et leur ont fait par suite obligation d'étendre leur compétence juridictionnelle, cette extension de compétence ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier...⁸

Dans l'une des récentes publications sur le sujet, il a été également noté, avec juste raison, que «face à une violation du droit international, un tribunal [devait] en premier lieu distinguer entre les immunités juridictionnelles et les règles gouvernant la compétence pénale des tribunaux nationaux»⁹. L'immunité est un obstacle à la compétence¹⁰ et, en tant que telle, elle mérite d'être analysée séparément.

⁸ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir la note 4 *supra*), p. 25, par. 59.

⁹ E. K. Bankas, *The State immunity controversy in international law*, Springer, Berlin, 2005, p. 296.

¹⁰ Selon ce qui a été affirmé à l'article 2 du projet de Déclaration sur les droits et les devoirs des États: «Tout État a le droit d'exercer sa juridiction sur son territoire ainsi que sur toutes les personnes et choses qui s'y trouvent, sous réserve des immunités consacrées par le droit international», annexé à la résolution 375 (IV) de l'Assemblée générale, en date du 6 décembre 1949. Voir aussi *La Commission du droit*

10. La question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des hauts représentants de l'État a été examinée par l'Institut de droit international à la fin du XX^e siècle. Il a adopté une résolution contenant 16 articles¹¹ qui, avec les travaux préparatoires correspondants, est une source doctrinale importante pour établir le contenu du droit international dans ce domaine.

11. En 2004, par sa résolution 59/38 du 2 décembre 2004, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Aux sous-alinéas i et iv de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention, le terme «État» désigne l'État et ses divers organes de gouvernement ainsi que les représentants de l'État agissant à ce titre. Dans le même temps, le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention indique que cette dernière n'affecte pas les privilèges et immunités que le droit international reconnaît *ratione personae* aux chefs d'État. Ce que ceci signifie, s'agissant de l'immunité *ratione personae* d'autres représentants de l'État et, en particulier, de hauts représentants comme les chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, n'est pas totalement clair¹². Néanmoins, quoi qu'il en soit, au paragraphe 2 de la résolution susmentionnée, l'Assemblée générale déclare qu'elle partage la conclusion générale à laquelle le Comité spécial est parvenu, à savoir que la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ne couvre pas les poursuites pénales¹³. Le Président du Comité spécial, lorsqu'il a présenté son rapport à l'Assemblée générale à sa cinquante-neuvième session, a fait observer que la Convention ne s'appliquait pas lorsqu'il y avait un régime d'immunité spécial, notamment pour les immunités *ratione personae* (*lex specialis*)¹⁴.

12. Les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (Nuremberg, Tokyo, ex-Yougoslavie, Rwanda) et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale contiennent des dispositions qui privent les représentants de l'État, notamment les hauts représentants de l'État, de l'immunité de juridiction devant ces instances

international et son œuvre, 6^e éd., vol. I (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.6), annexe IV, p. 265 et 266.

¹¹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 442 à 709.

¹² Le commentaire de la Commission du droit international sur le paragraphe 3 du projet d'articles adopté par la Commission en 1991 indique ce qui suit: «Le paragraphe 2 a pour but de faire entrer dans le projet d'articles une référence expresse aux immunités que le droit international en vigueur accorde *ratione personae* aux souverains étrangers et autres chefs d'État agissant à titre personnel. Quant aux immunités juridictionnelles des États qui sont reconnues aux souverains ou autres chefs d'État agissant en qualité d'organes ou de représentants de l'État, elles font l'objet de l'article 2, où l'alinéa b, i et v [dans la Convention il s'agit du sous-alinéa iv] du paragraphe 1 visent les divers organes de gouvernement d'un État et les représentants de l'État, y compris les chefs d'État [...]. La réserve énoncée au paragraphe 2 de l'article 3 porte donc exclusivement sur les actes accomplis à titre privé, ou sur les immunités et privilèges de caractère personnel qui sont reconnus et accordés dans la pratique, et dont le statut n'est en rien affecté par les présents articles. Les dispositions du droit coutumier en vigueur sont ainsi préservées.» *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 22, par. 6 du commentaire relatif au projet d'article 3.

¹³ La recommandation sur ce sujet figure au paragraphe 14 du rapport du Comité spécial. *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 22 (A/59/22)*.

¹⁴ *Ibid.*, Sixième Commission, 13^e séance (A/C.6/59/SR.13), par. 37.

internationales¹⁵. Il s'agit toutefois en l'occurrence d'une question touchant la juridiction pénale internationale¹⁶.

13. En ce qui concerne l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, les dispositions correspondantes sur ce sujet de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, la Convention de 1969 sur les missions spéciales, la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions commises contre des personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, et la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales à caractère universel sont bien connues. Néanmoins, les instruments en question ne concernent que certains aspects spécifiques de la question à l'examen. La principale source de droit international en la matière est la coutume internationale.

B. Le sujet de l'immunité des représentants de l'État dans les travaux de la Commission du droit international

14. La Commission s'est penchée sur ce sujet plus d'une fois sous une forme ou sous une autre. Elle l'a fait à l'occasion de ses travaux sur le projet de Déclaration sur les droits et les devoirs des États¹⁷, les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal¹⁸, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1954)¹⁹, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (1996)²⁰, le projet d'articles relatifs aux relations et immunités diplomatiques²¹ et consulaires²², le projet d'articles sur les missions spéciales²³, le projet d'articles sur les relations entre les États et les organisations internationales²⁴, le projet d'articles sur la

¹⁵ Art. 7 du Statut du Tribunal militaire international (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 289), art. 6 du Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (*Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. III, p. 354), art. 7, par. 2, du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie (S/25704, annexe), art. 6, par. 2, du Statut du Tribunal international pour le Rwanda [résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, 8 novembre 1994, annexe] et art. 27 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

¹⁶ Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (note 4 *supra*), la CIJ semble distinguer clairement, pour ce qui est de l'immunité des hauts responsables de l'État, entre la juridiction pénale internationale d'une part, et la juridiction pénale interne de l'autre. [Voir p. 23 et 24, par. 56 à 58 de l'arrêt.]

¹⁷ Voir en particulier le projet d'article 2 et le commentaire y relatif (note 10 *supra*).

¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, par. 95 à 127. Voir en particulier le projet de principe III et le commentaire y relatif, dans *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 192.

¹⁹ Voir en particulier le projet d'article 3 et le commentaire y relatif, dans *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, p. 119 et 120.

²⁰ Voir en particulier le projet d'article 7 et le commentaire y relatif. *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 27 et 28.

²¹ *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 92 à 109.

²² *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 92 à 133.

²³ Voir en particulier le projet d'article 21 et le commentaire y relatif. *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 395 et 396.

²⁴ *Annuaire... 1971*, vol. I, 1130^e séance, p. 297 et suiv. et *Annuaire... 1971*, vol. II (2^e partie), p. 105 à 115.

prévention et la répression des crimes commis contre les agents diplomatiques et autres personnes jouissant d'une protection internationale²⁵ et, comme on l'a déjà dit, le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens²⁶.

15. Dans le même temps, la Commission n'a jamais examiné la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère séparément d'une manière approfondie²⁷.

C. La Commission du droit international devrait-elle examiner la question de l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État?

16. Il semble que la pratique des États ainsi que la jurisprudence des tribunaux internes, les conventions susmentionnées, l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* et les travaux menés jusqu'ici par la Commission attestent qu'il existe un droit international coutumier en la matière. Bien qu'il y ait diverses opinions sur le sujet, cette conclusion est à notre avis confirmée par la doctrine²⁸.

17. À n'en pas douter, il importe que les représentants de l'État et en premier lieu les hauts dirigeants qui ont commis des infractions, en particulier des violations massives et flagrantes des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, voient leur responsabilité, y compris pénale, engagée. Il est important que lorsque les droits de ses nationaux ont été violés par des actes criminels, l'État puisse exercer sa compétence pénale à l'égard de ceux qu'il soupçonne d'avoir commis lesdits actes. Toutefois, il est aussi extrêmement important que les relations interétatiques, fondées sur des principes généralement reconnus du droit international et en particulier le principe de l'égalité souveraine des États, soient stables et prévisibles et, par suite, que les représentants agissant au nom de leur État soient indépendants vis-à-vis des autres États.

18. La Commission pourrait contribuer à garantir l'équilibre voulu entre ces deux notions, dans le cadre de la codification et du développement progressif du droit international, si elle examinait la question de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État et exposait sa vision du contenu du droit international dans ce domaine.

D. Portée de l'examen du sujet proposé

19. Il conviendrait que, lorsqu'elle étudie ce sujet, la Commission examine tout particulièrement les questions ci-après.

²⁵ *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 336 à 351.

²⁶ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 13 à 64, voir également la note 12 *supra*.

²⁷ Il a été proposé à un certain stade de faire figurer dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens une disposition sur l'immunité pénale des souverains ou chefs d'État. Voir en particulier le projet d'article 25 dans le septième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet, Sompong Sucharitkul. *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/388, p. 45 et 46.

²⁸ Une brève bibliographie sur le sujet est jointe.

1) L'étude ne doit porter que sur l'immunité de la juridiction interne. Le régime juridique de cette institution, comme on l'a vu ci-dessus, est distinct du régime juridique de l'immunité de la juridiction internationale.

– Il est proposé de limiter l'analyse aux questions d'immunité de la juridiction pénale. (Dans le même temps, on pourrait penser à ajouter des questions concernant l'immunité *ratione personae* de la juridiction civile et administrative étrangère aux questions concernant l'immunité de la juridiction pénale étrangère comme, par exemple, dans les projets d'article susmentionnés de l'Institut de droit international²⁹.)

– Bien entendu, l'accent doit être mis sur l'immunité de la juridiction étrangère (il est notoire que les systèmes juridiques internes accordent l'immunité de juridiction à certains représentants de l'État) et l'immunité en droit international et non en droit interne.

2) Il sera peut-être d'abord nécessaire d'étudier la notion d'immunité (*ratione materiae* et *ratione personae*) et celle de compétence pénale (notamment les principes sur lesquels elle repose) aux fins du sujet, et leur relation. Selon une opinion, la question de la compétence doit être étudiée avant celle de l'immunité, notamment parce qu'il n'y a immunité de juridiction que lorsque l'État a la juridiction voulue³⁰.

– Il importe que la Commission se prononce sur la nature de l'immunité – procédurale ou substantielle – et aussi, peut-être, sur le point de savoir si elle est impérative. L'étude de ce dernier point peut être utile dans le cadre de l'examen des relations entre l'immunité et les règles interdisant la torture, le génocide, etc., qui font partie du *jus cogens*³¹.

– Il faudrait examiner la question des relations entre l'immunité juridictionnelle et d'autres doctrines juridiques ayant des conséquences comparables, comme celles de l'«acte de gouvernement» et de la «non-justiciabilité»³².

– Il est aussi souhaitable de se pencher sur les relations entre l'immunité des représentants de l'État et de l'État lui-même et l'immunité diplomatique.

– Il est de même nécessaire d'analyser les relations entre les notions d'«immunité juridictionnelle», d'«inviolabilité», d'«immunité de procédure» et d'«immunité des mesures d'exécution».

– Il serait important que le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet (quelle que soit sa forme) contienne des dispositions relatives aux différences entre l'institution de l'immunité de juridiction des représentants de l'État d'une part et l'institution de la responsabilité pénale de l'autre. Immunité ne signifie pas impunité³³!

3) Il importe, au début de l'étude, d'examiner la question des fondements rationnels de l'immunité des représentants de l'État. Par exemple, découle-t-elle seulement d'une nécessité fonctionnelle, c'est-à-dire est-elle exclusivement liée aux fonctions exercées par les représentants de l'État? Ou l'élément important est-il aussi, outre l'élément fonctionnel, le fait par exemple que l'intéressé agit au nom d'un État souverain qui participe aux relations internationales sur un pied d'égalité avec les autres États, pour préserver la stabilité à laquelle tous les États ont intérêt? L'immunité des représentants de l'État est-elle une manifestation des droits de l'État qui découlent de sa souveraineté? Ou cette immunité de juridiction pénale tient-elle à ce que l'État compétent consent à ne pas exercer sa juridiction pour satisfaire aux nécessités reconnues de la courtoisie internationale³⁴? Le fondement de l'immunité des représentants de l'État peut-il être le même que celui de l'immunité de l'État lui-même³⁵? La logique régissant l'examen du sujet dépendra dans une large mesure de la conception qui sous-tend l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État.

4) Il est nécessaire d'indiquer quels représentants de l'État jouissent de cette immunité. Dans son arrêt dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la Cour internationale de Justice vise l'immunité des ministres des affaires étrangères et des chefs d'État et de gouvernement, et ces personnes sont citées en exemple de hauts représentants de l'État qui jouissent de l'immunité de juridiction³⁶. Le projet d'articles de l'Institut de droit international ne vise que les chefs d'État ou de gouvernement.

²⁹ Voir sur ce sujet *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, à la page 25, par. 60.

³⁰ Caplan, par exemple, considère que c'est la «courtoisie pratique» de l'État territorialement compétent qui est le fondement de l'immunité de l'État. L. M. Caplan, «State immunity, human rights and *jus cogens*: A critique of the normative hierarchy theory», *American Journal of International Law*, vol. 97, n° 4 (octobre 2003), p. 741 et suiv., notamment p. 745 à 757.

³¹ En ce qui concerne les fondements de l'immunité, y compris celle des représentants de l'État, dans la pratique de la CIJ, voir, par exemple: V. S. Vereschetin et C. J. Le Mon, «Immunities of individuals under international law in the jurisprudence of the International Court of Justice», dans *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2004*, vol. 1, p. 77 à 89.

³² «[I]l est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales.» *C.I.J. Recueil 2002*, p. 20 et 21, par. 51.

²⁹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 442 à 709.

³⁰ Voir en particulier dans *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3, l'opinion individuelle commune de Mme Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, p. 64, par. 3 à 5.

³¹ Sur ces relations, voir, par exemple: Arrêt sur le fond rendu par la Grande Chambre, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 57 à 67, CEDH 2001-XI; et l'opinion dissidente commune de MM. Rozakis et Cafilis, à laquelle ont déclaré se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Vajić, juges.

³² «Il importe toutefois de se souvenir que l'immunité de l'État peut apparaître comme une doctrine d'irrecevabilité ou de non-justiciabilité plutôt qu'une immunité au sens strict.», I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford University Press, 1998, p. 326; voir également, par exemple, A. Bianchi, «Immunity versus human rights: The Pinochet case», *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), n° 2, p. 266 à 270.

– La Commission peut essayer d'examiner les questions qui se posent en ce qui concerne l'immunité des hauts représentants de l'État, notamment des chefs d'État et de gouvernement et des ministres des affaires étrangères (elle doit toutefois être consciente des difficultés qu'il y a à définir avec précision qui sont les hauts représentants de l'État). Une autre solution consiste à examiner la question de l'immunité non seulement des hauts représentants de l'État mais de tous les représentants de l'État.

– Il serait néanmoins préférable que dans un premier temps la Commission limite son étude aux chefs d'État et de gouvernement et aux ministres des affaires étrangères. Au moins, en ce qui concerne ce groupe, la pratique des États (notamment judiciaire) et la doctrine sont suffisantes.

– Il faut examiner la question de l'immunité des représentants de l'État en exercice et des ex-représentants de l'État.

– De plus, la question de l'immunité des membres des familles de ces représentants de l'État mériterait d'être examinée.

5) Il semble approprié d'analyser la pertinence dans le cadre du sujet de la question de la reconnaissance des États et des gouvernements étrangers et de leurs chefs. Par exemple, dans l'affaire *Noriega*, une cour d'appel des États-Unis a fait observer que «le tribunal de district a rejeté la revendication par Noriega de l'immunité d'un chef d'État parce que le Gouvernement des États-Unis n'a jamais reconnu Noriega comme le dirigeant légitime et constitutionnel du Panama»³⁷.

6) La question centrale est celle de la portée ou des limites de l'immunité de la juridiction pénale des représentants de l'État. Un certain nombre de questions se posent.

– Premièrement, la période durant laquelle une personne jouit de l'immunité (la période pendant laquelle elle occupe le poste correspondant; une certaine période après qu'elle a quitté ce poste).

– Deuxièmement, les actes du représentant de l'État qui bénéficient de l'immunité de juridiction pénale. Les actes accomplis à titre officiel, les actes accomplis à titre privé. Les critères pour distinguer les uns des autres. Les actes accomplis avant d'occuper un poste, pendant la durée des fonctions et après avoir quitté ce poste. Il faut aussi se demander si les actes pénalement réprimés, et particulièrement les crimes internationaux, peuvent être considérés comme ayant été commis *ès qualités*³⁸.

– Troisièmement, la solution de la question de l'immunité de juridiction pénale d'un représentant de

l'État est-elle différente selon que l'infraction a été commise sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction ou hors de ce territoire? Ou selon qu'au moment de l'exercice de la juridiction pénale étrangère, son auteur se trouve sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction ou hors de ce territoire?

– Quatrièmement, l'immunité dépend-elle de la nature de la présence du représentant de l'État sur le territoire de l'État étranger exerçant sa juridiction (visite officielle, visite privée, exil, etc.)?

– Cinquièmement, l'immunité de la juridiction pénale étrangère signifie-t-elle qu'un État étranger ne peut engager aucune procédure pénale à l'encontre de la personne concernée, ou cette immunité exclut-elle seulement certaines procédures pénales (plus précisément, les seuls actes de procédure qui affectent directement la personne jouissant de l'immunité et limitent sa capacité d'exercer ses fonctions officielles)? Par exemple, si l'on en juge par l'ordonnance rendue dans l'affaire de *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, la Cour internationale de Justice ne considère pas que l'immunité d'un chef d'État fasse obstacle à l'engagement de procédures pénales par un État étranger³⁹.

– Sixièmement, l'immunité dépend-elle de la gravité du crime dont le représentant de l'État est soupçonné? Cette question, manifestement cruciale, peut être aussi considérée comme celle des exceptions à l'immunité.

– L'idée qu'il n'y a pas d'immunité, y compris pour les représentants de l'État en exercice, dans le cas des crimes les plus graves au regard du droit international a été formulée, par exemple, à la Chambre des lords de Grande-Bretagne à l'occasion de l'examen de l'affaire *Pinochet* et, de manière extrêmement détaillée, dans le mémoire présenté par la Belgique à la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*⁴⁰. Certains considèrent même qu'il existe un principe qui veut qu'il n'y ait pas d'immunité de juridiction pénale pour les crimes internationaux⁴¹.

³⁹ *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 102. Quoi qu'il en soit, la CIJ n'a pas considéré que les procédures pénales concernant des dirigeants congolais engagées en France et auxquelles le Congo exigeait qu'il soit mis fin violaient les droits découlant pour le Congo de l'immunité des intéressés. C'est pourquoi elle n'a pas jugé nécessaire d'interrompre ces procédures (voir en particulier, p. 109 et 110, par. 30 à 35).

⁴⁰ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, contre-mémoire du Royaume de Belgique, 28 septembre 2001, www.icj-cij.org, par. 3.5.10 à 3.5.150. Voir aussi Chambre des lords du Royaume-Uni, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others - Ex Parte Pinochet, International Legal Materials*, vol. 38 (1999), p. 581 et suiv., notamment Lord Millett, p. 651, Lord Phillips of Worth Matravers, p. 661. Voir en outre, par exemple, A. Watts, «The legal position in international law of heads of States, heads of governments and foreign ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1994-III*, vol. 247, p. 82 à 84 (il ne faut toutefois pas oublier que cette partie de l'exposé de Sir Arthur Watts est consacrée à la responsabilité internationale du chef de l'État); et *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, opinion dissidente de M. Al-Khasawneh, p. 97 et 98, par. 5 à 7.

⁴¹ A. Borghi, op. cit. (note 2 *supra*), p. 287 à 333.

³⁷ *United States v. Manuel Antonio Noriega*, 117 F.3d 1206; 1997 U.S. App. LEXIS16493; 47 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 786; 11 Fla. L. Weekly Fed. C 103.

³⁸ Voir, par exemple, dans *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, l'opinion individuelle commune de Mme Higgins, MM. Kooijmans et Burghenthal (note 30, *supra*), par. 85.

– Toutefois, pour la Cour internationale de Justice, l'immunité est un obstacle à l'exercice de la juridiction pénale à l'égard d'un haut représentant en exercice, quelle que soit la gravité du crime dont il est soupçonné⁴². Cette opinion est également reflétée dans les projets d'article établis par l'Institut de droit international en ce qui concerne les chefs d'État et de gouvernement en exercice⁴³.

– On notera que les questions touchant la portée ou les limites de l'immunité doivent être examinées séparément en ce qui concerne les représentants de l'État en exercice et les ex-représentants de l'État.

7) S'il est décidé que l'immunité d'un représentant de l'État n'inclut pas l'inviolabilité de ce représentant, son immunité de procédure ni son immunité des mesures d'exécution, la question se pose de savoir si ces questions doivent également être examinées dans le cadre de l'étude du sujet. Il serait possible d'examiner la question de l'immunité de procédure et de l'immunité des mesures d'exécution dont bénéficient les biens d'un représentant de l'État situés sur le territoire d'un État étranger exerçant sa juridiction pénale.

⁴² *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 23 à 25, par. 56 à 61.

⁴³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session de Vancouver, 2001), p. 442 à 709, en particulier l'article 2 de la résolution adoptée par l'Institut.

8) Il sera nécessaire d'examiner la question de la renonciation à l'immunité. Il est évident que ce n'est pas le représentant de l'État mais l'État qui a le droit de renoncer à son immunité. La question est de savoir quel organe de l'État (quel droit doit-on appliquer pour le déterminer – le droit interne ou le droit international?) et comment l'État a le droit de renoncer à l'immunité de son représentant (renonciation clairement exprimée, renonciation tacite, renonciation *ad hoc*, renonciation de caractère général, par exemple dans un traité international).

9) Il est nécessaire de se demander quelle forme prendra le résultat final des travaux de la Commission sur le sujet proposé. Si la Commission décide d'établir des projets d'article, il faudrait qu'elle se demande s'il convient d'y faire figurer des dispositions sur les deux questions suivantes.

10) *Lex specialis*. Les éventuels projets d'article devraient contenir une disposition définissant leur relation avec les régimes conventionnels spéciaux qui régissent la question de manière différente.

11) *Règlement des différends*. La Commission pourra juger souhaitable de créer un régime spécial pour le règlement des différends entre États en ce qui concerne l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État.

Bibliographie sommaire

- AKANDE, D.
«International law immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 98, n° 3 (juillet 2004), p. 407 à 433.
- ALEBEEK, R. VAN
«The Pinochet case: international human rights law on trial», *The British Year Book of International Law*, vol. 71 (2000), p. 29 à 70.
- AMBOS, K.
«Impunity and international criminal law/A case study on Columbia, Peru, Bolivia and Argentina», *Human Rights Law Journal*, vol. 18, n° 1-4 (29 août 1997), p. 1 à 15.
- ASCENSIO, H., E. DECAUX et A. PELLET (dir. publ.)
Droit international pénal, Paris, Pedone, 2000, p. 26 à 27, 84 à 87, et 183 à 237.
- AVELLÁN HONRUBIA, V.
«La responsabilité internationale de l'individu et les principes généraux du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1999, vol. 280 (2000), p. 219 à 230.
- BAKER, B.
«Twilight of impunity for Africa's presidential criminals», *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), p. 1487 à 1499.
- BANKAS, K. E.
The State immunity controversy in international law: Private suits against sovereign states in domestic courts, Heidelberg/Berlin, Springer, 2005.
- BARKER, J. C.
«State immunity, diplomatic immunity and act of State: A triple protection against legal action?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), p. 950 à 958.
- BASS, P. E.
«Note: ex-head of State immunity: A proposed statutory tool of foreign policy», *Yale Law Journal*, vol. 97, n° 2 (décembre 1987), p. 299 à 319.
- BASSIOUNI, Ch.
Introduction to international criminal law, Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2003, p. 64 à 89 et p. 712 à 715.
- BIANCHI, A.
«Immunity versus human rights: The Pinochet case», *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), n° 2, p. 237 à 277.
«Serious violations of human rights and foreign States' accountability before municipal courts», in L. Ch. Vohrah et autres (dir. publ.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 149 à 181.
- BOISTER, N. et R. BURCHILL
«The implications of the Pinochet decisions for the extradition or prosecution of former South African Heads of State for crimes committed under Apartheid», *African Journal of International and Comparative Law/Revue africaine de droit international et comparé*, t. 11 (1999), p. 619-637.
- BOJIC M.
«Immunity of high State representatives with regard to international crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still untouchable?», mémoire de Master, Faculté de droit, Université de Lund, 2005.
- BORCHI, A.
L'immunité des dirigeants politiques en droit international, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- BOUTRUCHE, T.
«L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice», *L'Observateur des Nations Unies*, n° 6 (printemps-été 1999), p. 77 à 103.
- BROHMER, J.
State immunity and the violation of human rights, La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 29 à 32.
- BULLIER, A. J.
«Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d'État et chefs de guerre en Afrique?», *Afrique contemporaine*, n° 194 (2^e trimestre 2000), p. 47 à 51.
- CAFLISCH, L.
«Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme», in L. Boisson de Chazournes et V. Gowlland-Debbas (dir. publ.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 651 à 676.
- CAHDI (COMITÉ DES CONSEILLERS JURIDIQUES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC)
Rapport de réunion, 23^e réunion, Strasbourg, 4 et 5 mars 2002 [CAHDI (2002) 8], «Les immunités de chefs d'État et de gouvernement et de certaines catégories de fonctionnaires», p. 9 à 12, par. 32 à 55.
- CALLAN, E. M.
«In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the grand jury and the head of State immunity doctrine», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22, n° 1 (automne 1989), p. 117 à 139.
- CAPLAN, L. M.
«State immunity, human rights, and *jus cogens*: A critique of the normative hierarchy theory», *American Journal of International Law*, vol. 97, n° 4 (octobre 2003), p. 741 à 781.
- CARA, J.-Y. DE
«L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords», *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), p. 72 à 100.
- CASEY, L. A. et D. B. RIVKIN
«The limits of legitimacy: The Rome Statute's unlawful application to non-State parties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n° 1 (automne 2003), p. 63 à 89.
- CASSESE, A.
International criminal law, Oxford University Press, 2003, p. 264 à 274.
«Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux? À propos de l'affaire Congo c/ Belgique (C.I.J.)», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, n° 3 (juillet-septembre), p. 479 à 499.
- CASSESE, A. et M. DELMAS-MARTY
Juridictions nationales et crimes internationaux, Paris, Presses universitaires de France, 2002.
- CHINKIN, C. M. (dir. publ.) et al.
«In re Pinochet», *American Journal of International Law*, vol. 93, n° 3 (juillet 1999), p. 690 à 711.

COSNARD, M.

«Les immunités du chef d'État», in Société française pour le droit international, Colloque de Clermont-Ferrand, *Le chef d'État et le droit international*, Paris, Pedone, 2002, p. 189 à 268.

«Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire *Pinochet*», *RGDIP*, 1999-2, p. 309 à 328.

COT, J.-P.

«Éloge de l'indécision. La Cour et la compétence universelle», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 546 à 553.

DANILENKO, G. M.

«The Statute of the International Criminal Court and third States», *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, n° 3 (printemps 2000), p. 445 à 494.

DAY, A.

«Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo* wrong», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22, n° 3 (2004), p. 489 à 512.

DE SENA, P.

«Immunity of State organs and defence of superior orders as an obstacle to the domestic enforcement of international human rights», in B. Conforti et F. Francioni (dir. publ.), *Enforcing international human rights in domestic courts*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 367 à 381.

DE SENA, P. et al.

«Italian practice relating to international law. Judicial decisions», *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1988-1992), p. 43 à 57.

DE SMET, L. et F. NAERT

«Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 471 à 511.

DE SMET, S.

«The immunity of heads of States in US Courts after the decision of the International Court of Justice», *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, n° 3 (2003), p. 313 à 339.

DELLAPENNA, J. W.

«Head-of-State immunity - Foreign Sovereign Immunities Act- suggestion by the Department of State», *American Journal of International Law*, vol. 88, n° 3 (juillet 1994), p. 528 à 532.

DOMINICÉ, Ch.

«Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», *RGDIP*, t. 103, 1999/2, p. 297 à 308.

DU PLESSIS, M. et S. BOSCH

«Immunities and universal jurisdiction – The World Court steps in (or on?)», *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), p. 246 à 262.

DUPUY, P.-M.

«Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes», *RGDIP*, t. 103, 1999/2, p. 289 à 295.

FASSBENDER, B.

«*S. v. Berlin Court of Appeal and District Court*», *American Journal of International Law*, vol. 92, n° 1 (janvier 1998), p. 74 à 78.

FENET, A.

«La responsabilité pénale internationale du chef d'État», *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), p. 585 à 615.

FITZGERALD, A.

«The *Pinochet* case: Head of State immunity within the United States», *Whittier Law Review*, vol. 22, n° 4 (été 2001), p. 987-1028.

FLAUSS, J.-F.

«Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 10 (2000), p. 299 à 324.

FOX, H.

«The first *Pinochet* case: immunity of a former Head of State», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), p. 207-216.

«The resolution of the Institute of International Law on the immunities of Heads of State and Government», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 119 à 125.

«Some aspects of immunity from criminal jurisdiction of the State and its officials: The *Blaskic* case», in L. C. Vohrah et autres (dir. publ.), *Man's inhumanity to man: Essays in international law in honour of Antonio Cassese*, La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 2003, p. 297 à 307.

The law of State immunity, Oxford/New York, Oxford University Press, 2002.

GAETA, P.

«Official capacity and immunities», in A. Cassese et autres (dir. publ.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. 1, Oxford/New York, Oxford University Press, 2002, p. 975 à 1002.

GARNETT, R. L.

«State immunity triumphs in the European Court of Human Rights», *The Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), p. 367-373.

GEORGE, S. V.

«Head of State immunity in the United States courts: still confused after all these years», *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995-1996), p. 1051 à 1088.

GROSSCUP, S.

«The trial of Slobodan Milosevic: the demise of head of State immunity and the specter of victor's justice», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32, n° 2 (printemps 2004), p. 355 à 381.

HENZELIN, M.

«L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2002, p. 179 à 212.

HICKEY, C. E.

«The dictator, drugs and diplomacy by indictment: head of State immunity in *United States v. Noriega*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4 (1988-1989), p. 729 à 765.

HOPKINS, J.

«Immunity - Head of foreign State», *The Cambridge Law Journal*, vol. 57 (1998), p. 4 à 6.

«Former Head of foreign State – Extradition – Immunity», *The Cambridge Law Journal*, vol. 58 (1999), p. 461 à 465.

HOPKINS, K.

«The International Court of Justice and the question of sovereign immunity: Why the *Yerodia* case is an unfortunate ruling for the development of public international law», *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), p. 256 à 263.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

«L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des États étrangers», in H. Wehberg (dir. publ.), *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bâle, Editions juridiques et sociologiques, 1957, p. 14 à 18.

Annuaire, vol. 69 (2000-2001), session de Vancouver, 2001, Paris, Pedone, p. 442 à 709.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION

«Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences», *Report of the sixty-ninth Conference held in London 25-29th July 2000*, Londres, 2000, p. 403 à 431.

- JACKSON, V. C.
«Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence», *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), p. 521 à 609.
- KAMTO, M.
«Une troublante “immunité totale” du Ministre des affaires étrangères (Sur un aspect de l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000)», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 518 à 530.
- KITTICHAISAREE, K.
International criminal law, New York, Oxford University Press, 2001, p. 43 à 63.
- KLINGBERG, V.
«(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone», *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), p. 537 à 564.
- KNOOPS, G. J.
Defences in contemporary international criminal law, Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2001, p. 70 à 72.
- KOFELE-KALE, N.
International law of responsibility for economic crimes: Holding Heads of State and other high ranking State officials individually liable for acts of fraudulent enrichment, La Haye/Boston, Kluwer Law International, 1995.
- KOIVU, V.
«Head-of-State immunity v. individual criminal responsibility under international law», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 12 (2001), p. 305 à 330.
- KOLLER, D. S.
«Immunities of Foreign Ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20 (2004-2005), p. 7 à 42.
- LABUSCHAGNE, J. M. T.
«Diplomatic immunity: a jurisdictional or substantive-law defence?», *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), p. 291 à 295.
- LANSING, P. et J. K. PERRY
«Should former government leaders be subject to prosecution after their term in office? The case of South African President P.W. Botha», *California Western International Law Journal*, vol. 30, n° 1 (automne 1999), p. 91 à 115.
- LLOYD JONES, D.
«Article 6 ECHR and immunities arising in public international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (avril 2003), p. 463 à 472.
- MALLORY, J. L.
«Resolving the confusion over Head of State immunity: the defined rights of kings», *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), p. 169 à 197.
- MANGU, A.
«Immunities of Heads of State and Government: a comment on the indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the reaction of the Ghanaian Government», *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), p. 238 à 245.
- McLACHLAN, C.
«The influence of international law on civil jurisdiction», *Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 6 (1993), p. 125 à 144.
«Pinochet revisited», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 959 à 966.
- MITCHELL, A. D.
«Leave your hat on? Head of State immunity and Pinochet», *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), p. 225 à 256.
- MOREAU-DEFARGES, Ph.
«Punir les tyrans», *Défense nationale*, vol. 55, n° 1 à 6 (janvier-juin 1999), p. 46 à 54.
- MURPHY, S. D. (dir. publ.)
«Head-of-State immunity for former Chinese President Jiang Zemin», *American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), p. 974 à 977.
«Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), p. 873 à 877.
- NEIER, A.
«Accountability for State crimes: The past twenty years and the next twenty years», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), p. 351-362.
- NICHOLLS, C.
«Reflections on Pinochet», *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), p. 140-151.
- O'NEILL, K. C.
«A new customary law of Head of State immunity? Hirohito and Pinochet», *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), p. 289-317.
- PANHUYS, H. F. VAN
«In the borderland between the act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), p. 1193-1213.
- PENROSE, M. M.
«It's good to be the king!: Prosecuting Heads of State and former Heads of State under international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), p. 193-220.
- PIERSON, Ch.
«Pinochet and the end of immunity: England's House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), p. 263-326.
- PROUVÈZE, R.
«Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXI^e siècle: l'affaire *Milosevic* ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale», *L'Observateur des Nations Unies*, n° 11 (2001), p. 201-221.
«L'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*): quelle contribution de la Cour internationale de Justice au droit international pénal?», *L'Observateur des Nations Unies*, n° 12 (2002), p. 285-309.
- PRZETACZNIK, F.
«Protection of foreign officials», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 33 (1977), p. 113-151.
«Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69 (1991), p. 51-81.
- RANDALL, K. C.
«Book review: *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*», *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 293-298.
- RAU, M.
«After *Pinochet*: Foreign sovereign immunity in respect of serious human rights violations – The decisions of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* case», *German Law Journal*, vol. 3 (2002).
- ROBERTSON, G.
Crimes against humanity. The struggle for global justice, Londres, Allen Lane, 1999, notamment p. 190-224 et 342-407.

- RODLEY, N. S.
«Breaking the cycle of impunity for gross violations of human rights: The *Pinochet* case in perspective», *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), p. 11-26.
- ROUSSEAU, Ch.
Droit international public. Tome IV: *Les relations internationales*, Paris, Sirey, 1980, p. 8-19, 123-126, 171-210, 247-263.
- SALMON, J.
«Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)*», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 512-517.
- SALMON, J. et E. DAVID
«Chef d'État, Chef de gouvernement, Ministre des affaires étrangères. Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives», in N. Angelet (dir.), «La pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives en matière de droit international (1995-1999)», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 122-125.
- SANDS, Ph.
«After Pinochet: The role of national courts», in Ph. Sands (éd.), *From Nuremberg to The Hague. The future of international criminal justice*, Cambridge University Press, 2003, p. 68-108.
«International law transformed? From Pinochet to Congo...?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), p. 37-53.
«What is the ICJ for?», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 537-545.
- SASSÓLI, M.
«L'arrêt *Yerodia*: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *RGDIP*, vol. 106 (2002), p. 797-817, notamment p. 797 et suiv.
- SEARS, J. M.
«Confronting the "culture of impunity": Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*», *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), p. 125-146.
- SHAW, M. N.
«The personality issue – Immunity for government figures», in *International Law*, Cambridge University Press, 5^e éd., 2003, p. 655-667.
«The *Yerodia* case: Remedies and judicial function», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 554-559.
- SHELTON, D.
Remedies in international human rights law, New York, Oxford University Press, 1999, p. 64-92.
- SIMBEYE, Y.
Immunity and international criminal law, Burlington (Vermont), Ashgate, 2004.
- SISON, G.
«A king no more: The impact of the *Pinochet* decision on the doctrine of Head of State immunity», *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), p. 1583-1602.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL
Colloque de Clermont-Ferrand: le chef d'État et le droit international, Paris, Pedone, 2002.
- STONE, C.
«Head of State immunity. New standard on a narrow issue», *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1988-1989), p. 491-502.
- SUMMERS, M. A.
«The International Court of Justice's decision in *Congo v. Belgium*: How has it affected the development of a principle of universal jurisdiction that would obligate all States to prosecute war criminals?», *Boston University International Law Journal*, vol. 21 (2003), p. 63-100.
- THOMAS, K. R. et J. SMALL
«Human rights and State immunity: Is there immunity from civil liability for torture?», *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), p. 1-30.
- TOMONORI, M.
«The individual as beneficiary of State immunity: Problems of the attribution of *ultra vires* conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2000-2001), p. 261-287.
- TOMUSCHAT, C.
«Jurisdictional immunity», in «General course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 281 (1999), p. 176-183.
- TONER, P. J.
«Competing concepts of immunity: The (r)evolution of the Head of State immunity defense», *Penn State Law Review*, vol. 108 (2003-2004), p. 899-927.
- TRIFFTERER, O. (éd.)
Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article, Baden-Baden, Nomos, 1999. Voir notamment le commentaire de l'article 27, «Irrelevance of official capacity», p. 501-514.
- TUNKS, M. A.
«Diplomats or defendants? Defining the future of Head-of-State immunity», *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002-2003), p. 651-682.
- VERHOEVEN, J.
«Quelques réflexions sur l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), p. 531-536.
- VICUÑA, F. O.
«Diplomatic and consular immunities and human rights», *International and Comparative Law Quarterly*, t. 40 (1991), p. 34-48.
- VILLALPANDO, S.
«L'affaire *Pinochet*: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999», *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), p. 393-427.
- WALSH, N. M.
«The President and Foreign Minister of Zimbabwe are entitled to Head-of-State immunity under United States and international law, but their political party is not immune and was properly served by notice of process served on it in New York», *New York International Law Review*, vol. 15 (2002), p. 91-99.
- WARBRICK, C.
«Immunity and international crimes in English law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), p. 769-774.
- WATTS, A.
«The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 247 (1994-III), notamment p. 52-63.
- WELLER, M.
«On the hazards of foreign travel for dictators and other international criminals», *International Affairs*, vol. 75 (1999), p. 599-617.
- WEYEMBERGH, A.
«Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire *Pinochet* le 6 novembre 1998», *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), p. 178-204.
- WHITE, M.
«Pinochet, universal jurisdiction, and impunity», *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), p. 209-226.

WHOMERSLEY, C. A.

«Some reflections on the immunity of individuals for official acts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), p. 848-858.

WICKREMASINGHE, C.

«Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), p. 724-730.

WILSON, R. A.

«Diplomatic immunity from criminal jurisdiction: Essential to effective international relations», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7 (1984), p. 113-138.

WILSON, R. J.

«Prosecuting Pinochet: International crimes in Spanish domestic law», *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), p. 927-979.

WOUTERS, J.

«The judgement of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* case: Some critical remarks», *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), p. 253-267.

YANG, X.

«Immunity for international crimes: a reaffirmation of traditional doctrine», *The Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), p. 242-246.

«State immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and misconceptions», *The British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), p. 333-408.

ZAPPALÀ, S.

«Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The *Gaddafi* case before the French *Cour de cassation*», *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), p. 595-612.

ZIMAN, G. M.

«Holding foreign Governments accountable for their human rights abuses: A proposed amendment to the foreign sovereign immunities Act of 1976», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21 (1999), p. 185-213.

ZUPPI, A. L.

«Immunity v. universal jurisdiction: the *Yerodia Ndobasi* decision of the International Court of Justice», *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2002-2003), p. 309-339.

Annexe II

IMMUNITÉ JURIDICTIONNELLE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

(Giorgio Gaja)

1. L'adoption de la Convention de Vienne de 1969 et du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en 2001 a conduit la Commission à effectuer des études parallèles au sujet des organisations internationales. L'adoption récente par l'Assemblée générale des Nations Unies de la résolution 59/38 en date du 2 décembre 2004, relative à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, amène la Commission à se demander s'il y a lieu d'entreprendre une étude sur l'immunité juridictionnelle des organisations internationales.

2. Pendant 30 ans, le sujet a été à l'ordre du jour de la Commission, dans le cadre de l'étude sur les «Relations entre les États et les organisations internationales». M. Abdullah El-Erian et M. Leonardo Diaz González ont été successivement rapporteurs spéciaux pour la deuxième partie du sujet, intitulée «Statut, privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents». Des projets d'article ont été renvoyés au Comité de rédaction mais n'ont pas été soumis à la plénière. En 1992, la Commission a décidé de «laisser de côté pour le moment un sujet qui ne semblait pas répondre à un besoin pressant des États ni des organisations internationales»¹.

3. Il est vrai que de nombreux instruments constitutifs d'organisations internationales, des protocoles sur les privilèges et immunités ou des accords de siège prévoient l'immunité. Toutefois, ces dispositions ont souvent un caractère très général. Qui plus est, il n'est pas rare que la question de l'immunité se pose devant les juridictions des États qui ne sont liés par aucun traité en la matière. La pertinence du sujet dépend également des activités de plus en plus nombreuses d'un grand nombre d'organisations internationales. Ainsi, l'organisation de réunions hors du territoire des États ayant conclu des accords de siège soulève certains problèmes.

4. Plusieurs juridictions ont eu l'occasion d'affirmer l'existence d'une obligation, en droit international général, d'accorder l'immunité aux organisations internationales. Dans l'affaire *ZM v. Permanent Delegation of the League of Arab States to the United Nations*, le tribunal des prud'hommes de Genève a précisé que «les organisations internationales, à caractère universel ou régional», jouissent d'une «immunité juridictionnelle absolue»². Dans l'affaire *Iran-United States Claims Tribunal v. AS*, la Cour suprême des Pays-Bas a estimé que «même en l'absence de traité [...] il découle du droit

international non écrit qu'une organisation internationale jouit de l'immunité de juridiction dans les mêmes conditions que ce qui est généralement prévu dans les traités susmentionnés, et en tout état de cause dans l'État sur le territoire duquel l'organisation a son siège, avec l'accord du gouvernement de l'État hôte»³. Dans l'affaire *T.M. c. Ligue des États arabes*, la Cour de cassation de Belgique s'est référée à l'immunité reconnue, soit par le principe général du droit international public qui la consacre, soit par des accords spécifiques, aux organisations internationales⁴.

5. Des décisions similaires ont été prises par la cour d'appel du district de Columbia dans l'affaire *Weidner v. International Telecommunications Satellite Organization*⁵, et dans une série d'arrêts de la Cour suprême des Philippines. Par exemple, dans l'affaire *South-East Asian Fisheries Development Center v. Danilo Acosta et al.*, cette dernière a déclaré: «L'une des immunités fondamentales d'une organisation internationale est l'immunité de juridiction locale, ce qui signifie qu'elle est à l'abri des actions et procédures juridiques engagées par les tribunaux du pays où elle se trouve.»⁶

6. Des précédents comme ceux susmentionnés permettent de penser qu'il est nécessaire de procéder à un examen approfondi de la pratique des États, afin de parvenir à des conclusions appropriées, que ce soit dans la perspective de la codification ou du développement progressif.

7. Une étude portant sur l'immunité juridictionnelle des organisations internationales n'aurait pas simplement pour objet de déterminer dans quelle mesure les règles régissant l'immunité des États pourraient également s'appliquer aux organisations internationales. L'immunité de ces dernières doit être étudiée dans l'optique des voies de recours qui s'offrent pour engager une action contre une organisation, en fonction des règles de celle-ci ou de compromis d'arbitrage. Il est nécessaire d'éviter le risque d'un déni de justice. Ainsi, par exemple, dans la décision susmentionnée du tribunal des prud'hommes de Genève, le tribunal s'est demandé s'il existait une «possibilité réelle de recours devant le tribunal administratif de l'Organisation défenderesse»⁷. Plus récemment, dans l'affaire *Pistelli c. Istituto universitario europeo*, la Cour de cassation italienne a jugé que l'immunité de juridiction d'une

³ Arrêt du 20 décembre 1985, *International Law Reports*, vol. 94, p. 327 et suiv., à la page 329.

⁴ Arrêt du 3 décembre 2001, disponible sur www.cassonline.be.

⁵ Arrêt du 21 septembre 1978, *International Law Reports*, vol. 63, p. 191 et suiv.

⁶ Arrêt du 2 septembre 1993, disponible sur www.lawphil.net.

⁷ *ZM v. Permanent Delegation of the League of Arab States to the United Nations* (voir la note 2, *supra*), p. 649.

¹ *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 56, par. 362.

² Arrêt du 17 novembre 1993, *International Law Reports*, vol. 116, p. 643 et suiv., à la page 647.

organisation internationale peut être invoquée lorsque les règles de l'organisation assurent «une protection juridictionnelle des mêmes droits et intérêts devant un tribunal indépendant et impartial»⁸.

8. Les principales questions soulevées par le sujet visent:

- La définition des organisations internationales visées par l'étude;
- L'immunité de juridiction contentieuse. En particulier: modalités pour donner effet à l'immunité, consentement à l'exercice de la juridiction, effet de la participation à une procédure devant un tribunal, demandes reconventionnelles, questions relatives aux transactions commerciales, contrats de travail, affaires touchant à la propriété, participation à des sociétés ou autres groupements; effet d'un compromis d'arbitrage;
- L'immunité à l'égard de mesures de contrainte en relation avec une procédure devant un tribunal;
- La protection des droits des personnes physiques et morales en relation avec les immunités juridictionnelles des organisations internationales. En particulier, le rôle d'autres modes de règlement des différends.

9. *Traités applicables, principes généraux ou législations ou décisions judiciaires pertinentes.* Il a été fait brièvement référence plus haut aux tendances relevées dans les traités, ainsi que dans les législations nationales et les décisions judiciaires. Tandis que les traités et les législations ne visent qu'un nombre restreint d'organisations, certaines décisions judiciaires ont aussi envisagé la question de l'immunité juridictionnelle des organisations internationales de manière générale.

10. *Doctrine existante.* Actuellement, les avis sont partagés quant à l'existence de règles de droit international général régissant les immunités des organisations internationales. Tandis que certaines études nient encore l'existence d'une telle règle⁹, la tendance dominante dans

les ouvrages récents est plus favorable à l'idée qu'une certaine forme d'immunité¹⁰ – parfois même une immunité absolue – fait partie du droit international. L'immunité d'exécution est plus largement admise¹¹. Une note bibliographique est jointe.

11. Intérêt de l'élaboration d'un projet de convention:

- Vu le nombre de cas dans lesquels les traités relatifs aux immunités des organisations internationales ne s'appliquent pas, ainsi que le caractère général de la plupart des dispositions conventionnelles, il serait dans l'intérêt de toutes les parties concernées de faciliter la détermination des règles de droit international régissant les immunités des organisations internationales. Il faudrait envisager, le cas échéant, la nécessité d'un développement progressif. L'importance croissante des activités économiques des organisations internationales, souvent en concurrence directe avec le secteur privé, rend la question d'autant plus urgente.
- Si le sujet était retenu, il se prêterait à l'élaboration d'un projet de convention. Cet instrument s'appliquerait parallèlement à la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

dalla giurisdizione, Bari, Cacucci, 1992, p. 18; P. Klein, *La responsabilità des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 230; et H. Fox, *The law of State immunity*, Oxford University Press, 2004, p. 469.

¹⁰ Voir J.-F. Lalive, «L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales», in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953-III*, vol. 84 (1955), p. 209 et suiv., à la page 304; E. H. Fedder, «The functional basis of international privileges and immunities: a new concept in international law and organization», *American University Law Review*, vol. 9 (1960), p. 60 à 69; et B. Conforti, *Diritto internazionale*, Naples, Editorial scientifica, 2002, p. 259. Dominicé a affirmé que l'apparition d'une règle coutumière ne concernait que l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées [in «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-IV*, vol. 187 (1985), p. 145 et suiv., à la page 220].

¹¹ Voir F. Schroër, «Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive», *Rivista di diritto internazionale Privato e processuale*, vol. 13 (1977), p. 575 et suiv., à la page 584; Dominicé, loc. cit. (note supra), p. 225; J. Mousse, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 376 et 377; et C. Zanghi, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2001, p. 330.

⁸ Arrêt du 28 octobre 2005, *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 248 et suiv., à la page 254.

⁹ Voir P. Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, Paris, LGDJ, 1990, p. 122; S. De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali*

Bibliographie sommaire*

- ABRAHAMSON, N. G.
«Waiver of immunity for World Bank denied, *Mendaro v. The World Bank*», *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 8 (1984), p. 413-422.
- AHLUWALIA, K.
The legal status, privileges, and immunities of the specialized agencies of the United Nations and certain other international organizations, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1964.
- AKEHURST, M.
«Settlement of claims by individuals and companies against international organisations», *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 37/38 (1967-1968), p. 69-98.
- AMERASINGHE, C. F.
The law of the international civil service as applied by international administrative tribunals, Oxford, Clarendon Press, 2^e éd., 1994.
Principles of the institutional law of international organizations, Cambridge University Press, 1996.
- ARCHER, C.
International organizations, New York/Londres, Routledge, 1992.
- ARISTODEMOU, M.
«Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the privileges and immunities of the United Nations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), p. 695-701.
- ARSANJANI, M. H.
«Claims against international organizations: *Quis custodiet ipsos custodes*», *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 7 (1981), p. 131-176.
- AUFRICHT, H.
«The expansion of the concept of sovereign immunity, with special reference to international organizations», *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 46 (1952), p. 85-101.
- BARDOS, R.
«Judicial abstention through the act of State doctrine», *The International Trade Law Journal*, vol. 7 (1981-1982), p. 177-192.
- BATTAGLIA, R. M.
«Jurisdiction over NATO employees», *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 4 (1978-1979), p. 166-184.
- BAXTER, R. R.
«Jurisdiction over visiting forces and the development of international law», *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 52 (1958), p. 174-180.
- BEDERMAN, D. J.
«The souls of international organizations: Legal personality and the lighthouse at Cape Spartel», *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995), p. 275-377.
- BEKKER, P.
The legal position of intergovernmental organizations, A functional necessity analysis of their legal status and immunities, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- BENTIL, J. K.
«Involvement of an international organization in litigation in England», *Litigation*, vol. 8 (1989), p. 90-97.
«Suing an international organisation for debt payment», *The Solicitors' Journal*, vol. 134 (1990), p. 475-479.
- BERTRAND, C.
«La nature juridique de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)», *Revue générale de droit international public*, vol. 102 (1998), p. 365-406.
- BISCOTTINI, G.
Il diritto delle organizzazioni internazionali, t. 1, Padoue, CEDAM, 1981.
- BOWETT, D. W.
The law of international institutions, Londres, Stevens, 4^e éd., 1982.
- BRADLOW, D.
«International organizations and private complaints: The case of the World Bank Inspection Panel», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), p. 553-613.
- BROWER, C. H.
«International immunities: Some dissident views on the role of municipal courts», *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), p. 1-92.
- BYK, C.
«Commentaire de l'arrêt *Hintermann c. Union de l'Europe occidentale*», *Journal du droit international* (1997), p. 142-151.
- CAHIER, P.
Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les États où elles résident, Milan, A. Giuffrè, 1959.
- CANE, P.
«Prerogative acts, acts of State and justiciability», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29 (1980), p. 680-700.
- CASSESE, A.
«L'immunité de juridiction civile des organisations internationales dans la jurisprudence italienne», *Annuaire français de droit international*, vol. 30 (1984), p. 556-566.
- CHANDRASEKHAR, S.
«Cartel in a can: the financial collapse of the International Tin Council», *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 10 (1989), p. 309-332.
- CHEN, K.
«The legal status, privileges and immunities of the specialized agencies», *The American Journal of International Law*, vol. 42 (1948), p. 900-906.
- CHEYNE, I.
«Status of international organisations in English law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), p. 981-983.
- CULLY, K.
«Jurisdictional immunities of intergovernmental organizations», *The Yale Law Journal*, vol. 91 (1982), p. 1167-1195.
- D'ARGENT, P.
«Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003)», *Revue belge de droit international*, n° 2 (2003).

* Bibliographie établie par Stefano Dorigo, doctorant (Université de Pise).

- DAVID, E.
«Observations» (*Ligue des États arabes c. T.M.*), *Journal des tribunaux*, n° 6020 (2001), p. 610-613.
«Observations: Une décision historique?» (*Bruxelles, 9^e ch., 4 mars 2003*), *Journal des tribunaux*, n° 6110 (2003), p. 686-687.
- DE BELLIS, S.
L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione, Bari, Cacucci, 1992.
- DE VISSCHER, P.
«De l'immunité de juridiction de l'Organisation des Nations Unies et du caractère discrétionnaire de la compétence de protection diplomatique», *Revue critique de jurisprudence belge* (1971), p. 456-462.
- DINH, N. Q.
«Les privilèges et immunités des organismes internationaux d'après les jurisprudences nationales depuis 1945», *Annuaire français de droit international*, vol. 3 (1957), p. 262-304.
- DISTEFANO, G.
«La CICR et l'immunité de juridiction en droit international contemporain: fragments d'investigation autour d'une notion centrale de l'organisation internationale», *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2002), p. 355-370.
- DOMINICÉ, C.
«Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées», *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), p. 623-648.
«Problèmes actuels des immunités juridictionnelles internationales», *Cours euroméditerranéens Bancaja de droit international*, vol. 2 (1998), p. 305-348.
«L'arbitrage et les immunités des organisations internationales», in Dominicé, Patry, Reymond (éd.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 483-497.
«L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol. 187 (1984), p. 145-238.
- DROUILLAT, R.
«L'actualité judiciaire. L'immunité de juridiction des organismes internationaux», *Recueil Sirey. Jurisprudence* (1954), p. 97.
- DUFFAR, J.
Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales, Paris, LGDJ, 1982.
- DURANTE F. et E. SPATAFORA
Gli accordi di sede. Immunità e privilegi degli enti e dei funzionari internazionali in Italia, Milan, Giuffrè, 1993.
- EBENROTH, C. T.
«Shareholders' liability in international organizations. The settlement of the International Tin Council case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 4 (1991), p. 171-183.
- EHRENFELD, A.
«United Nations immunity distinguished from sovereign immunity», *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 52 (1958), p. 88-94.
- EISEMANN, P. M.
«Crise du Conseil international de l'étain et insolvabilité d'une organisation internationale», *Annuaire français de droit international*, vol. 31 (1985), p. 730-746.
- FARRUGIA, A.
«Boimah v. United Nations General Assembly: International organizations immunity is absolutely not restrictive», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 15 (1989), p. 497-525.
- FEDDER, E. H.
«The functional basis of international privileges and immunities: A new concept in international law and organization», *American University Law Review*, vol. 9 (1960), p. 60-69.
- FISCHER, G.
«Organisation internationale du Travail. Privilèges et immunités», *Annuaire français de droit international* (1955), p. 385-392.
- FLAUSS, J.-F.
«Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, n° 3 (2000), p. 299-324.
«Contentieux de la fonction publique européenne et Convention européenne des droits de l'homme», in J.-F. Flauss et P. Wachsmann (éd.), *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 157-173.
- FOX, H.
The law of State immunity, Oxford University Press, 2002.
- FREYMOND, P.
«Remarques sur l'immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière», *Die Friedens-Warte*, n° 4 (1956), p. 365-379.
- GAILLARD, E.
«Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», *Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage*, vol. 18 (2000), p. 471-481.
- GAJA, G.
«L'esecuzione su beni di Stati esteri: l'Italia paga per tutti?», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 68 (1985), p. 345-347.
- GLAVINIS, P.
Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées, Paris, LGDJ, 1990.
- GLAZER, J. H.
«A functional approach to the international finance corporation», *Columbia Law Review*, vol. 57 (1957), p. 1089-1112.
- GLENN, G. H., M. M. KEARNEY et D. J. PADILLA
«Immunities of international organizations», *Virginia Journal of International Law*, vol. 22 (1982), p. 247-290.
- GOETTEL, J. G.
«Is the International Olympic Committee amenable to suit in a United States court?», *Fordham International Law Journal*, vol. 7 (1983-1984), p. 61-82.
- GORDON, M.
«International organizations: immunity – *Broadbent v. Organization of American States*», *Harvard International Law Journal*, vol. 21 (1980), p. 552-561.
- GREGORIDES, F.
Die Privilegien und Immunitäten der internationalen Beamten, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich, Vienne, [s. n.], 1972.
- GRIFFITH, J. C.
«Restricting the immunity of international organizations in labor disputes: Reforming an obsolete shibboleth», *Virginia Journal of International Law*, vol. 25 (1985), p. 1007-1033.
- HABSCHIED, W. J.
«Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess», *Zeitschrift für Zivilprozess* (1997), p. 269-286.

- HAILBRONNER, K.
«Immunity of international organizations from German national jurisdiction», *Archiv des Völkerrechts* (2004), p. 329-342.
- HAMMERSCHLAG, D.
«*Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development*» (commentaire de l'arrêt), *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 16 (1992), p. 279-303.
- HENDERSON, F. W.
«How much immunity for international organizations? *Mendaro v. World Bank*», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 10 (1985), p. 487-497.
- JENKS, C. W.
International immunities, Londres, Stevens & Sons, 1961.
- KING, J. K.
The privileges and immunities of the personnel of international organizations, Odense, Strandberg Bogtryk, 1949.
- KLABBERS, J.
An introduction to international institutional law, Cambridge University Press, 2002.
- KLEIN, P.
La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- KNAPP, B.
«Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux», *Revue générale de droit international public*, t. 36 (1965), p. 615-681.
- KUNZ, J. L.
«Privileges and immunities of international organizations», *The American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), p. 828-862.
- LA ROSA, R.
«Immunità delle organizzazioni internazionali dall'esecuzione e principi costituzionali», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 3, 1987, p. 453-474.
- LALIVE, J.-F.
«L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 84 (1953-III), p. 209-396.
- LEE, K. R.
«International organizations. Immunity. Personnel decisions of an international organization are not "commercial activities" and thus may not form the basis for an action against the organization», *Virginia Journal of International Law*, vol. 20 (1980), p. 913-923.
- LEWIS, R. P.
«Sovereign immunity and international organizations: *Broadbent v. OAS*», *Journal of International Law and Economics*, vol. 13 (1978-1979), p. 675-693.
«The status of international organizations under the law of the United States», *Harvard Law Review*, vol. 71 (1957-1958), p. 1300-1324.
- MACGLASHAN, M. E.
«The International Tin Council: Should a trading organisation enjoy immunity?», *The Cambridge Law Journal*, vol. 46 (1987), p. 193-195.
- MERKATZ, H. J. VON
«Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 46 (1968), p. 147-164.
- MICHAELS, D. B.
International privileges and immunities. A case for a universal statute, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1971.
- MITRANY, D.
A working peace system: An argument for the functional development of international organization (and other essays), Oxford University Press, 1943.
- MORGENSTERN, F.
Legal problems of international organizations, Cambridge, Grotius, 1986.
- MOUSSE, J.
Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- MULLER, A. S.
International organizations and their host States: Aspects of their legal relationship, La Haye, Kluwer Law International, 1995.
- NAKAMURA, O.
«The status, privileges and immunities of international organizations in Japan», *Japanese Annual of International Law*, vol. 35 (1992), p. 116-129.
- OPARIL, R. J.
«Immunity of international organizations in United States Courts: absolute or restrictive?», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1991), p. 689-710.
- O'TOOLE, T. J.
«Sovereign immunity redivivus: Suits against international organizations», *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 4 (1979-1980), p. 1-16.
- PATEL, B. N.
«The accountability of international organisations: A case study of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons», *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2000), p. 571-597.
- PERRENOUD, G.
Régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organisations internationales en Suisse, F. Rouge, Lausanne, 1949.
- PESCATORE, P.
«Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 103 (1962), p. 1-244.
- PINGEL, I. (éd.)
Droit des immunités et exigences du procès équitable: actes du colloque du 30 avril 2004, Paris, Pedone, 2004.
- PINGEL-LENUZZA, I.
«Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié: concilier les contraires», *Revue générale de droit international public*, t. 104 (2000), p. 445-464.
- PINGEL-LENUZZA, I. et E. GAILLARD
«International organisations and immunity from jurisdiction: To restrict or to bypass», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), p. 1-15.
- PISILLO MAZZESCHI, R.
«Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 59 (1976), p. 489-521.
- PREUSS, L.
«The international organizations immunities Act», *American Journal of International Law*, vol. 40 (1946), p. 332-345.
- PUSTORINO, P.
«Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi *Waite et Kennedy* e *Beer et Regan*», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83 (2000), p. 132-150.

- REINISCH, A.
International organizations before national courts, Cambridge University Press, 2000.
- REINISCH, A. et U. A. WEBER
 «In the shadow of *Waite and Kennedy*. The jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement», *International Organizations Law Review*, vol. 1 (2004), p. 59-110.
- SALMON, J.
 «Immunités et actes de la fonction», *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), p. 314-357.
- SCHNEIDER, M. E.
 «International organizations and private persons: The case for a direct application of international law», in Dominicé, Patry, Reymond (éd.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 345-358.
- SCHREUER, C. H.
 «Concurrent jurisdiction of national and international tribunals», *Houston Law Review*, vol. 13 (1976), p. 508-526.
- SCHRÖER, F.
 «De l'application de l'immunité juridictionnelle des États étrangers aux organisations internationales», *Revue générale de droit international public*, t. 75 (1971), p. 712-741.
 «Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 13 (1977).
- SCOBBIÉ, I.
 «International organizations and international relations», in R. J. Dupuy (éd.), *Manuel sur les organisations internationales – A handbook on international organizations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2^e éd., 1998, p. 831-896.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I.
 «Functional immunity of international organizations and human rights», in W. Benedek (éd.), *Development and developing international and european law: essays in honour of Konrad Ginther on the occasion of his 65th birthday*, Francfort, Peter Lang, 1999, p. 137-149.
 «L'immunité de juridiction des Communautés européennes», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 338 (1990), p. 475-479.
 «L'immunité de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», in P. Weil (éd.), *Cours et travaux de l'Institut des hautes études internationales de Paris, droit international I*, Paris, Pedone, 1981, p. 109-167.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I. et G. LOIBL
Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der supranationalen Gemeinschaften, Cologne, C. Heymanns, 1996.
- SEYERSTED, F.
 «Jurisdiction over organs and officials of States, the Holy See and inter-governmental organisations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), p. 31-82.
- SINCLAIR, I. M.
 «The law of sovereign immunity: Recent developments», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 167 (1980-II), p. 113-284.
- SINGER, M.
 «Jurisdictional immunity of international organizations: Human rights and functional necessity concerns», *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995), p. 53-165.
- TIGROUDJA, H.
 «L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 41 (2000), p. 83-106.
- VERHOEVEN, J. (éd.)
Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?, Bruxelles, Larcier, 2004.
- WENCKSTERN, M.
Die Immunität internationaler Organisationen, Tübingen, Mohr, 1994.
- WHITE, N. D.
The law of international organisations, Manchester University Press, 1996.
- YUEN-LI LIANG
 «The legal status of the United Nations in the United States», *The International Law Quarterly*, vol. 2 (1948-1949), p. 577-602.
- ZACKLIN, R.
 «Diplomatic relations: Status, privileges and immunities», in R. J. Dupuy (éd.), *Manuel sur les organisations internationales – A handbook of international organizations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 179-198.
- ZANGHI, C.
Diritto delle organizzazioni internazionali, Turin, G. Giappichelli, 2001.

Annexe III

PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE

(Secrétariat)

A. Introduction

1. Le sujet intitulé «Protection des personnes en cas de catastrophe» entrerait dans la catégorie de ceux qui correspondent à des «tendances nouvelles du droit international et à des préoccupations pressantes de l'ensemble de la communauté internationale» envisagée par la Commission à sa quarante-neuvième session lors de l'établissement des critères à retenir pour l'inscription de sujets au programme de travail à long terme¹. L'accent serait mis au stade initial sur la protection des personnes dans le cadre des catastrophes naturelles ou des volets «catastrophe naturelle» de situations d'urgence plus vastes, en entreprenant des activités visant la prévention et l'atténuation des conséquences des catastrophes naturelles ainsi que la fourniture de secours humanitaires immédiatement après des catastrophes naturelles. Compte tenu de l'état actuel de développement du droit international régissant les secours en cas de catastrophe, ainsi que du besoin d'une systématisation de ce droit que ressentent en particulier les membres des organismes de secours en cas de catastrophe (tant au sein qu'en dehors des Nations Unies), l'examen d'un tel sujet par la Commission paraît justifié.

2. Les catastrophes naturelles sont cependant un sous-ensemble d'une gamme plus étendue de types de catastrophes comprenant les catastrophes anthropiques et autres catastrophes technologiques. Une autre distinction peut être faite entre les situations d'urgence découlant de la survenance d'une seule catastrophe (naturelle ou d'un autre type), et les «situations d'urgence complexes» dans lesquelles peuvent intervenir de multiples catastrophes, notamment naturelles et anthropiques (telles qu'un conflit armé)². Par ailleurs, on constate qu'une telle distinction entre les catastrophes naturelles et les autres types de catastrophes, par exemple les catastrophes technologiques, n'est pas toujours faite dans les textes juridiques et autres textes existants qui traitent des catastrophes, et qu'il n'est pas toujours possible de maintenir une délimitation claire. Par conséquent, si l'on peut considérer qu'il serait bon dans l'immédiat d'examiner les activités entreprises dans le cadre d'une catastrophe naturelle, cela serait sans préjudice de l'inclusion éventuelle de l'examen des principes et règles internationaux régissant les mesures prises dans le cadre d'autres types de catastrophes.

¹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 72, par. 238.

² La définition suivante des situations d'urgence complexes a été donnée: «Crise humanitaire qui frappe un pays, une région ou une société largement ou totalement en proie à l'anarchie par suite d'un conflit interne ou externe et qui nécessite une réaction internationale allant au-delà du mandat ou des capacités d'une seule institution et/ou du programme que les Nations Unies auraient en cours dans le pays.» (Document de travail sur la définition des situations d'urgence complexes, Comité permanent interorganisations, décembre 1994.)

B. Contexte général

CATASTROPHES NATURELLES

3. Si l'on met de côté des considérations telles que les incidences des activités humaines sur l'environnement et le lien de causalité potentiel de ces activités avec la fréquence et la gravité des catastrophes naturelles, ces catastrophes se distinguent par le fait qu'elles découlent d'épisodes naturels de l'histoire géologique ou hydro-météorologique, selon le cas, de la planète. Ces «aléas naturels» comprennent notamment les tremblements de terre, les inondations, les éruptions volcaniques, les glissements de terrain, les ouragans (typhons et cyclones), les tornades, les tsunamis (raz-de-marée), les sécheresses et les aléas biologiques. Elles coûtent aussi généralement cher en termes de pertes en vies humaines et de destruction de biens³. Les tremblements de terre surviennent souvent sans signe avant-coureur et provoquent d'importantes destructions et de nombreuses pertes de vies humaines en raison de l'effondrement de bâtiments, de glissements de terrains ou de tsunamis⁴. Bien que les cyclones, les ouragans, les typhons, les tornades et même les éruptions volcaniques puissent être prévus à l'avance, ils peuvent survenir de façon soudaine et violente et provoquer des destructions sur une vaste superficie géographique entraînant une désorganisation généralisée, des ruptures dans l'approvisionnement en produits alimentaires et en eau saine et des épidémies. Par contre, les sécheresses, les pénuries alimentaires ou les mauvaises récoltes qui provoquent des famines sont des catastrophes à évolution lente mais qui ont des effets tout aussi dévastateurs. En mettant en péril en très peu de temps les avancées réalisées dans le domaine du développement, ces catastrophes constituent également un obstacle majeur au développement durable et à l'élimination de la pauvreté⁵.

4. Le fait que ces événements deviennent des «catastrophes» reflète davantage la vulnérabilité des êtres

³ Selon une estimation, pendant la seule année 2004, «360 catastrophes ont frappé plus de 145 millions de personnes et causé des dégâts matériels s'élevant à plus de 103 milliards de dollars». [Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par les organismes des Nations Unies» (A/60/87-E/2005/78), par. 4.]

⁴ On estime que lors du tremblement de terre de grande ampleur qui est survenu au large de Sumatra le 26 décembre 2004 et du tsunami qui y a fait suite, qui ont touché 12 pays dans l'ensemble de l'océan Indien, plus de 240 000 personnes ont péri et plus d'un million d'autres ont été déplacées. (Ibid.)

⁵ Déclaration de Hyogo, adoptée par la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, le 22 janvier 2005 [«Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes» (A/CONF.206/6), résolution 1].

humains face aux effets négatifs des aléas naturels⁶. En effet, avec l'augmentation considérable des établissements humains dans les zones qui ont toujours été exposées aux catastrophes telles que les plaines inondables, les régions côtières et les failles géologiques (zones sujettes aux tremblements de terre dites «points chauds»), les risques de perte et de destruction se sont accrus d'autant. En outre, la nature ne connaît pas de frontières politiques. Un grand nombre de catastrophes naturelles touchent plusieurs États à la fois, voire des régions entières, comme l'a démontré le tsunami de 2004. En pareil cas, les opérations de secours acquièrent une dimension et un caractère internationaux.

ACTIVITÉS CONTEMPORAINES LIÉES À LA FOURNITURE DE SECOURS EN CAS DE CATASTROPHE

5. Lors d'une catastrophe, la responsabilité pour ce qui est des mesures d'intervention et de la coordination des secours incombe à l'État touché mais celui-ci peut aussi solliciter l'assistance de la communauté internationale. Effectivement, la participation de la communauté internationale n'est pas limitée aux catastrophes touchant plusieurs pays mais peut être spécifiquement demandée par tel ou tel État ayant besoin d'aide pour faire face aux conséquences d'événements catastrophiques qui surviennent entièrement à l'intérieur de ses frontières. De nos jours, toutes sortes d'entités, y compris des organisations internationales telles que l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées, la communauté des principaux donateurs et des organisations non gouvernementales consacrent une part importante de leurs ressources à la fourniture d'une assistance aux États et à leur population qui ont été victimes de catastrophes⁷.

6. L'Assemblée générale, dans sa résolution 46/182 du 19 décembre 1991, a reconnu que les principales activités entreprises dans ce domaine sont les suivantes: la prévention des catastrophes et l'atténuation de leurs effets; la planification préalable y compris grâce au renforcement des capacités d'alerte rapide; l'amélioration de la capacité de réserve telle que le mécanisme de financement pour imprévus; le lancement d'appels communs; et la coordination, coopération et direction des opérations dans le cadre de la fourniture de secours en cas de catastrophe⁸. Cette classification des activités reste en grande partie valable aujourd'hui, même si le type d'activités entreprises a considérablement évolué depuis 1991.

7. Au plan opérationnel, le temps joue un rôle essentiel après une catastrophe, la coordination sur place des moyens d'intervention en temps réel revêtant une

importance particulière⁹. Pourtant, le personnel des organismes de secours humanitaires se heurte d'ordinaire à un certain nombre de difficultés dans l'accomplissement de son mandat, notamment: des problèmes de coordination sectorielle (aussi bien au sein des secteurs qu'entre les secteurs); une aptitude limitée à mobiliser les compétences techniques nécessaires dans les délais requis; un manque de capacités en matière d'approvisionnement en eau et d'assainissement, ainsi que dans la gestion des abris et des camps et dans le domaine de la protection; des possibilités limitées de disposer d'un financement suffisant et rapide; des problèmes posés par les capacités insuffisantes nationales et locales en matière de planification préalable et d'intervention; et des agents humanitaires délibérément pris pour cible et tués.

8. Certains obstacles sont d'ordre technique mais on se heurte aussi à des obstacles juridiques lorsqu'un cadre de réglementation permettrait d'accélérer considérablement la mise au point des arrangements techniques. On citera, entre autres exemples, les lacunes dans les cadres de réglementation existants souvent conçus pour être appliqués en temps normal mais inadaptés ou inappropriés pour faciliter l'application des mesures d'intervention dans des situations d'urgence. L'accès rapide du personnel des organismes de secours humanitaires sur le lieu de la catastrophe peut être entravé par des formalités de visa, d'immigration et de douane ainsi que par les procédures et autorisations liées aux droits de survol et d'atterrissage. Des contraintes logistiques et des retards aux points de transbordement peuvent résulter de l'imposition de contrôles des exportations et importations ainsi que de l'obligation de présenter certains documents et de payer des droits de douane. Des questions peuvent se poser au sujet des immunités et privilèges ainsi que de la délimitation de la responsabilité civile. En outre, la sécurité du personnel des organismes de secours humanitaires, en particulier le personnel des Nations Unies et le personnel associé, est une question qui suscite depuis peu l'intérêt de la communauté juridique internationale¹⁰. Dans des situations d'urgence complexes, ces problèmes peuvent être aggravés par la situation politique qui règne dans l'État touché par une catastrophe naturelle.

PROTECTION DES VICTIMES

9. L'aide humanitaire, y compris les secours en cas de catastrophe, s'inscrit, entre autres, dans le cadre plus large de l'action menée pour assurer la protection des victimes de catastrophes, y compris de catastrophes naturelles, question qui continue de faire l'objet d'un débat au sein

⁶ Voir *infra* la note 45 sur le terme «aléa» et son rapport avec le terme «catastrophes».

⁷ Au sein de l'ONU, la responsabilité de la coordination des mesures d'intervention internationales en cas de catastrophe est confiée au Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe qui est aussi Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires responsable du Bureau de la coordination des affaires humanitaires (BCAH).

⁸ L'Assemblée générale reconnaît également dans la résolution le lien existant entre la phase de secours et celle du relèvement et du développement.

⁹ Voir A. Katoch, «International natural disaster response laws, principles and practice, reflections, prospects and challenges», in V. Bramont (dir. publ.), *International disaster response laws, principles and practice: Reflections, prospects and challenges*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, p. 48.

¹⁰ Voir la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, adoptée en 1994, ainsi que le Protocole facultatif relatif à la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 60/42 du 8 décembre 2005 (élargissant la portée de la Convention de 1994 aux opérations des Nations Unies menées notamment aux fins d'apporter une aide humanitaire d'urgence sous réserve de la possibilité qu'un État hôte de déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de ce protocole à une opération d'aide humanitaire menée à seule fin de réagir à une catastrophe naturelle).

des organismes de secours en cas de catastrophe¹¹. La présente proposition doit néanmoins aussi être envisagée dans le contexte de la réflexion contemporaine sur un principe nouveau, celui de la responsabilité de protéger¹², qui est apparu en premier lieu dans le contexte des conflits mais peut aussi s'appliquer dans celui des catastrophes naturelles.

10. Des trois éléments spécifiques composant ce principe et identifiés par le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement en 2004 comme faisant partie implicitement de la responsabilité générale de protéger, la responsabilité de prévenir qui incombe à la communauté internationale est celui qui est jugé le plus pertinent au regard du sujet à l'étude¹³. Le principe de prévention, notamment par la réduction des risques, est un principe bien établi dans le domaine des secours en cas de catastrophe et a été tout récemment réaffirmé dans la Déclaration de Hyogo¹⁴ adoptée à la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes tenue en janvier 2005. Tout en reconnaissant qu'il importe d'associer toutes les parties prenantes, notamment les organisations et les institutions financières régionales et internationales, la société civile, y compris les organisations non gouvernementales et les volontaires, le secteur privé et la communauté scientifique, la Déclaration affirme que les États ont la responsabilité première de protéger les populations et les biens présents sur leur territoire contre les différents aléas, qu'ils soient naturels ou provoqués par des activités humaines¹⁵.

C. Bref aperçu des normes et règles existantes

11. Les diverses activités entreprises au niveau international en réaction à des catastrophes sont réglementées désormais par une série de normes juridiques dont l'ensemble constitue ce que l'on appelle le «droit international des interventions lors de catastrophes»¹⁶. Il ne s'agit pas d'un domaine entièrement nouveau du droit international¹⁷. On peut retracer ses origines au milieu du

XVIII^e siècle au moins, époque où Emmerich de Vattel a écrit:

Toute nation doit travailler, dans l'occasion, à la conservation des autres et à les garantir d'une ruine funeste, autant qu'elle peut le faire sans trop s'exposer elle-même.¹⁸

[...] Si un peuple est désolé par la famine, tous ceux qui ont des vivres de reste doivent l'assister dans son besoin, sans toutefois s'exposer eux-mêmes à la disette ... L'assistance, dans cette dure extrémité, est si essentiellement conforme à l'humanité qu'on ne voit guère de nation un peu civilisée y manquer absolument ... De quelque calamité qu'un peuple soit affligé, la même assistance lui est due.¹⁹

12. Sous sa forme moderne, le droit international des interventions lors de catastrophes établit les règles et principes régissant l'aide internationale humanitaire qui s'appliquent dans le contexte d'une catastrophe, qu'elle soit naturelle ou technologique, en temps de paix²⁰. Plus précisément, les éléments essentiels du droit international des interventions lors de catastrophes ont été définis comme suit: «les législations, règles et autres principes propres à faciliter l'accès aux victimes, coordonner et améliorer les interventions internationales lors de catastrophes ne résultant pas de conflits, et à en rendre compte, y compris les activités de préparation aux catastrophes sur le point de se produire ainsi que la conduite des opérations de secours et d'aide humanitaire»²¹.

13. Les catastrophes n'ont pas été considérées comme étant elles-mêmes une source directe d'obligations et de droits internationaux. Elles ont néanmoins parfois conduit à la conclusion d'accords internationaux²². Aujourd'hui, le droit international des interventions lors de catastrophes se compose d'un corpus relativement important de normes conventionnelles, y compris un certain nombre d'accords multilatéraux (à la fois mondiaux et régionaux)²³, ainsi

¹⁸ E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite des affaires des nations et des souverains*, vol. 1, reproduction des livres I et II de l'édition de 1758, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916, Livre II, chap. I, p. 259.

¹⁹ *Ibid.*, p. 260. Il a noté en même temps que si ce peuple a de quoi payer les vivres qu'on lui fournit il est très permis de les lui vendre à juste prix et «qu'on ne lui doit point ce qu'il peut se procurer lui-même et par conséquent on n'est point obligé de lui donner pour rien des choses qu'il est en état d'acheter».

²⁰ Voir Hoffman, loc. cit. (note 17, *supra*), p. 13.

²¹ Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, «Droit international des interventions lors de catastrophes (DIIC): Rapport sur l'Initiative pour le DIIC 2002-2003», 2003, p. 17.

²² Voir J. H. W. Verzijl, *International law in historical perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, p. 47.

²³ Seuls deux grands accords multilatéraux traitent spécifiquement des secours en cas de catastrophe ont été adoptés pendant la période de l'après-guerre, à savoir la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique de 1986 et la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe (adoptée à la Conférence intergouvernementale sur les télécommunications d'urgence tenue à Tampere, en Finlande, du 16 au 18 juin 1998), mais plusieurs autres traités multilatéraux peuvent aussi présenter un intérêt en ce sens qu'ils traitent de certains aspects des secours en cas de catastrophe dans le contexte des transports terrestres, aériens et maritimes ainsi que des procédures douanières. C'est le cas notamment de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies de 1946; la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires de 1980; la Convention relative à l'aviation civile internationale de 1944; la Convention visant à faciliter le trafic maritime international de 1965; la Convention relative à l'admission temporaire de 1990; la Convention internationale

¹¹ Voir *Humanitarian Response Review*, Étude mandatée par le Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe et Secrétaire général adjoint aux affaires humanitaires, Bureau de la coordination des affaires humanitaires, août 2005, Nations Unies, New York et Genève, 2005, chap. II, p. 30 et 31, par. 4.2.

¹² Voir le rapport de 2004 du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, «Un monde plus sûr: notre affaire à tous» (A/59/565).

¹³ Il est proposé que la Commission du droit international, conformément à son approche traditionnelle consistant à s'intéresser avant tout aux échanges pacifiques entre États, n'examine pas la question de la responsabilité de réagir, y compris en recourant à des mesures coercitives et, dans les cas extrêmes, à l'intervention militaire.

¹⁴ A/CONF.206/6, résolution 1 (voir la note 5, *supra*).

¹⁵ *Ibid.*, par. 2 et 4, respectivement.

¹⁶ On a opté dans le titre de la présente proposition pour le terme «secours» en cas de catastrophe afin d'indiquer clairement que le champ d'application du sujet est plus large, c'est-à-dire qu'il n'est pas limité à la phase d'«intervention». Cela dit, dans la mesure où le terme «intervention» peut désigner d'autres actions connexes telles que les activités d'atténuation des risques préalables à la catastrophe, les deux termes pourraient être utilisés de façon interchangeable.

¹⁷ M. H. Hoffman, «What is the scope of international disasters response law?», in V. Bramont (dir. publ.), *International disaster response laws, principles and practice: Reflections, prospects and challenges*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, p. 13.

qu'un réseau étoffé de traités bilatéraux qui sont apparus en Europe et ailleurs²⁴. Bon nombre de ces accords ont trait à l'entraide, la réglementation des demandes et des offres d'aide, la facilitation de l'entrée sur un territoire souverain, la coopération technique, le partage d'informations et la formation. D'autres dispositions communes portent sur la réglementation de l'accès du personnel et du matériel et leur circulation à l'intérieur du pays, l'entrée des fournitures de secours et les règlements douaniers, le statut, l'immunité et la protection du personnel et le coût des opérations de secours lors de catastrophes²⁵.

14. Autre source possible de règles: le nombre considérable de mémorandums d'accord et d'accords de siège généralement conclus entre des organisations intergouvernementales ou non gouvernementales et des États. Même si bon nombre de ces instruments ont tendance à être adaptés à un contexte particulier, il est possible de discerner un certain nombre de dispositions générales ou communes réputées désormais refléter le point de vue généralement admis en droit international.

15. En outre, une bonne partie du droit international des interventions lors de catastrophes s'est développée sous forme de *soft law* notamment à travers des résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil économique et social de l'ONU et d'autres organismes tels que la Conférence internationale de la Croix-Rouge; des déclarations politiques, ainsi que des codes de conduite, des directives opérationnelles et des règles et règlements internes de l'ONU qui fournissent des outils d'interprétation en ce qui concerne la préparation aux catastrophes, la mobilisation des organismes de secours ainsi que la coordination, la facilitation et la conduite des opérations d'aide humanitaire lors de catastrophes²⁶. La résolution contemporaine

pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers (adoptée en 1973 sous les auspices du Conseil de coopération douanière) ainsi que la Convention internationale pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers révisée (adoptée à Kyoto en 1999 sous les auspices de l'Organisation mondiale des douanes), qui contiennent des dispositions visant à faciliter le départ, l'entrée ou le transit des fournitures de secours ainsi qu'à assouplir les procédures douanières. Sont également pertinents la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé de 1994 et son protocole de 2005, qui énoncent, entre autres, l'obligation qui incombe aux États de prévenir et de réprimer les attaques dirigées contre une catégorie spécifique de personnel protégé.

²⁴ Au nombre des accords régionaux figurent l'Accord partiel ouvert du Conseil de l'Europe en matière de prévention, de protection et d'organisation des secours contre les risques naturels et technologiques majeurs, résolution (87) 2 (adoptée par le Comité des ministres le 20 mars 1987) et l'Accord pour l'importation temporaire en franchise de douane, à titre de prêt gratuit et à des fins diagnostiques ou thérapeutiques, de matériel médico-chirurgical et de laboratoire destiné aux établissements sanitaires de 1960; la Convention interaméricaine visant à faciliter l'assistance en cas de catastrophe (adoptée à la vingt et unième session ordinaire de l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains tenue à Santiago-du-Chili, le 6 juillet 1991); et l'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur la gestion des catastrophes et les interventions d'urgence (adopté à Vientiane, le 26 juillet 2005).

²⁵ Voir «Droit international des interventions lors de catastrophes (DIIC): Rapport sur l'Initiative pour le DIIC 2002-2003» (*supra*, note 21), p. 18.

²⁶ Voir par exemple les «Mesures propres à accélérer les secours internationaux», résolution 6 adoptée à la vingt-troisième Conférence internationale de la Croix-Rouge, in Comité international de la Croix-Rouge, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 13^e édition, 1994, p. 811 à 815, résolution 2102 (LXIII) du Conseil économique et social en date du 3 août 1977

«fondamentale» est la résolution 46/182 de l'Assemblée générale, en date du 19 décembre 1991, qui est avec d'autres instruments tels que la résolution de la Conférence internationale de la Croix-Rouge sur les mesures propres à accélérer les secours internationaux²⁷ un des éléments clefs d'un cadre de réglementation en développement fondé sur une série de résolutions de l'Assemblée générale²⁸ et a été complété par d'autres résolutions et d'autres instruments dont le plus récent est le Cadre d'action de Hyogo²⁹.

APPLICABILITÉ DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET D'AUTRES RÈGLES PERTINENTES DE DROIT INTERNATIONAL

16. En général, pour tous les commentateurs des efforts de développement du droit international des interventions lors de catastrophes, le droit international humanitaire sert de point de référence et de comparaison³⁰. Les liens entre ces deux domaines résultent d'une tradition humanitaire commune et des missions respectives spécifiques du Comité international de la Croix-Rouge et de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge. Il n'est pas certain que le droit international des interventions lors de catastrophes se développe sur le modèle du droit international humanitaire³¹, mais il existe des exemples de règles du droit international humanitaire qui seraient applicables à la fourniture de secours en cas de catastrophe, ne serait-ce que par analogie.

17. De même, certains principes et aspects d'autres règles de droit international telles que celles qui ont trait à l'environnement, aux droits de l'homme, aux réfugiés et aux personnes déplacées à l'intérieur de leur pays peuvent présenter un intérêt dans le cadre juridique plus large des secours en cas de catastrophe.

(E/60/20); la Déclaration de principe relative aux actions de secours en faveur des populations civiles en cas de désastre de 1969, adoptée par la vingt et unième Conférence internationale de la Croix-Rouge, *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, p. 808; la Recommandation du Conseil de coopération douanière en vue d'accélérer l'acheminement des envois de secours lors de catastrophes du 8 juin 1970, document T2-423 (<http://www.wcoomd.org/>); le projet Sphère 2004, *Charte humanitaire et normes minimales pour les interventions lors de catastrophes*; et le Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales lors des opérations de secours en cas de catastrophe, annexe VI des résolutions de la vingt-sixième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 310 (janvier-février 1996), p. 119 ou www.icrc.org.

²⁷ Voir la note *supra*.

²⁸ Voir les résolutions de l'Assemblée générale suivantes: 2816 (XXVI) du 14 décembre 1971; 36/225 du 17 décembre 1981; 37/144 du 17 décembre 1982; 39/207 du 17 décembre 1984; 41/201 du 8 décembre 1986; 45/221 du 21 décembre 1990; 48/57 du 14 décembre 1993; 49/139 du 20 décembre 1994; 51/194 du 17 décembre 1996; 52/12 du 12 novembre 1997; 52/172 du 16 décembre 1997; 54/233 du 22 décembre 1999; 55/163 du 14 décembre 2000; 56/103 du 14 décembre 2001; 56/164 du 19 décembre 2001; 56/195 du 21 décembre 2001; 57/150 du 16 décembre 2002; 57/153 du 16 décembre 2002; 58/177 du 22 décembre 2003 et 59/231 du 22 décembre 2004.

²⁹ Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015: Pour des nations et des collectivités résilientes face aux catastrophes, adopté le 22 janvier 2005 par la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes [«Rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes» (A/CONF.206/6), résolution 2].

³⁰ Voir Hoffman, loc. cit. (note 17 *supra*), p. 14 et 15.

³¹ *Ibid.*, p. 15.

SYSTÉMISATION PAR LA CODIFICATION ET
LE DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF

18. Bien que l'on reconnaisse de plus en plus l'existence du droit international des interventions lors de catastrophes, on relève aussi l'absence d'un ensemble cohérent de règles constituant un corpus unifié de normes³². Des propositions de codification ont été formulées dès la fin du XIX^e siècle et il a été suggéré par la suite sans succès d'étendre l'application du «droit de Genève» ou droit international humanitaire aux victimes de catastrophes. La création de l'Union internationale de secours en 1927³³ sous les auspices de la Société des Nations a été la première grande tentative qui ait été faite au XX^e siècle pour mettre en place un cadre juridique et institutionnel pour la fourniture de secours internationaux en cas de catastrophe. Dans le préambule de la Convention portant création de l'Union, il est indiqué expressément que l'un des buts de cette dernière est de «préparer tout progrès du droit international dans ce domaine».

19. Bien que l'Union se soit révélée en grande partie inefficace et ait été remplacée dans sa tâche par l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées, plusieurs propositions de codification de certains aspects du droit international des interventions lors de catastrophes ont continué à être formulées par la suite³⁴. À l'ONU, dès 1971, l'Assemblée générale, dans la résolution 2816 (XXVI), a invité les gouvernements des pays appelés à bénéficier d'une aide à envisager l'adoption de mesures appropriées, législatives ou autres, pour faciliter la réception de l'aide, notamment en ce qui concerne les droits de survol et d'atterrissage et les privilèges et immunités nécessaires aux équipes de secours. Au début des années 80, une étude a été réalisée, à l'initiative du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe, sur la possibilité de négocier l'élaboration d'un instrument sur les opérations de secours en cas de catastrophe. Cette étude a été ultérieurement examinée en 1983 par un groupe de spécialistes du droit international présidé par le Président de la Commission du droit international de l'époque, ce qui a débouché sur une proposition du Secrétaire général tendant à l'élaboration d'un projet de convention internationale sur l'accélération de l'acheminement des secours d'urgence³⁵. Cette proposition n'a pas été examinée plus avant après sa présentation initiale au Conseil économique et social en 1984. Une proposition ultérieure d'élaboration d'une

convention sur le devoir d'assistance humanitaire présentée à la fin des années 80 n'a pas non plus été approuvée en raison en grande partie de la résistance opposée par plusieurs grandes organisations non gouvernementales³⁶. Une initiative analogue a été prise lors de la quinzième session, tenue au Caire en 1989, du Conseil mondial de l'alimentation du Programme alimentaire mondial qui était saisi d'une proposition d'élaboration d'un accord international pour garantir le transport en toute sécurité de l'aide alimentaire d'urgence aux populations touchées par les troubles civils, la guerre et les catastrophes naturelles³⁷.

20. Résumant la situation en 1990, le Secrétaire général, dans son rapport sur l'assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre, a de nouveau pris acte du fait que l'élaboration de nouveaux instruments juridiques était jugée souhaitable pour surmonter les obstacles qui entravent la fourniture de l'aide humanitaire mais s'est borné à indiquer que l'on pourrait envisager «de nouveaux instruments juridiques: déclarations des droits des sinistrés à recevoir des secours, accords bilatéraux entre pays donateurs et pays bénéficiaires ou entre ceux-ci, etc.»³⁸

21. L'idée de mettre en place un cadre juridique pour l'assistance internationale en cas de catastrophe naturelle et d'urgence écologique a été relancée ces dernières années. Dans son rapport de 2000 sur le renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies³⁹, le Secrétaire général a fait observer qu'un tel cadre permettrait de mettre en lumière les responsabilités des pays fournissant et recevant une assistance. En conséquence, il a suggéré que les États Membres envisagent d'élaborer une convention sur le déploiement et l'utilisation d'équipes internationales de recherche et de secours en zone urbaine, affirmant ce qui suit:

Cette convention offrirait un cadre opérationnel pour les questions complexes, comme l'utilisation de l'espace aérien, les règlements douaniers en matière d'importation d'équipement et les responsabilités respectives des pays bénéficiaires et des pays donateurs, qui doivent être réglées avant l'envoi d'une assistance internationale pour faire face à une catastrophe naturelle soudaine.⁴⁰

22. De même, dans le *Rapport sur les catastrophes dans le monde* (2000), la Fédération internationale des sociétés

³² Voir Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, «International disaster response law: A preliminary overview and analysis of existing treaty law-summary of the study on existing treaty law prepared by Professor Horst Fischer, Bochum University, Germany», janvier 2003, p. 2 (http://w3.ifrc.org/docs/pubs/disasters/IDRL_lawtreaty.pdf, consulté le 15 mars 2012).

³³ Créée en vertu de la Convention établissant une Union internationale de secours, qui est entrée en vigueur en 1932 avec 30 États parties. Voir B. Morse, «Practice, norms and reform of international rescue operations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1977-IV*, vol. 157 (1980), p. 121 à 194, en particulier p. 132 et 133.

³⁴ Par exemple, en 1980, l'Association de droit international, lors de sa cinquante-neuvième Conférence tenue à Belgrade, a adopté un rapport auquel était annexé un projet d'accord de coopération dans la fourniture de secours en cas de catastrophe. Voir Association de droit international, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade 17-23 August 1980*, Londres, 1982, p. 5.

³⁵ Voir A/39/267/Add.1-E/1984/96/Add.2.

³⁶ Voir A/45/587, par. 43 et 44. Une résistance analogue avait été opposée précédemment à une proposition d'examen d'un nouvel ordre international humanitaire qui impliquait entre autres l'élaboration d'un cadre internationalement reconnu de principes juridiques généraux régissant les relations entre les peuples et les nations en temps de guerre et en temps de paix. Voir A/40/348.

³⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 19 (A/44/19)*, première partie. À sa seizième session à Bangkok en 1990, le Directeur exécutif du Conseil mondial de l'alimentation a été prié par la réunion des ministres du Conseil de tenir «avec toutes les institutions concernées d'autres consultations sur l'élaboration de directives concernant des mesures plus efficaces pour assurer le transport en toute sécurité de l'aide alimentaire d'urgence» [*Ibid.*, quarante-cinquième session, *Supplément n° 19 (A/45/19)*, par. 31.] Il a également été recommandé que le Secrétaire général envisage de demander le soutien de l'Assemblée générale pour rédiger un projet d'accord international (*ibid.*).

³⁸ A/45/587, par. 45.

³⁹ A/55/82-E/2000/61.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 135 m.

de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a déploré également en général les progrès limités réalisés sur le plan juridique. Après avoir relevé l'existence dans certains traités d'éléments pouvant servir de cadre juridique aux opérations de secours humanitaires, elle a décrit la situation comme suit:

Une lacune essentielle reste à combler. Il n'existe aucune source largement acceptée de droit international qui énonce les normes juridiques, les procédures, les droits et les obligations se rapportant à l'intervention et à l'assistance en cas de catastrophe. Aucune tentative systématique n'a été faite pour regrouper les éléments épars du droit existant, donner un caractère officiel au droit coutumier ou trouver de nouveaux moyens d'expansion et de développement du droit.⁴¹

23. En outre, une importance accrue a été accordée aux aspects réduction et prévention des risques du sujet à la suite de l'adoption de la Déclaration de Hyogo et du cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015 dans lequel il est expressément demandé d'envisager d'assurer notamment le renforcement des instruments juridiques internationaux pertinents relatifs à la réduction des risques de catastrophes⁴².

D. Proposition d'examen du sujet par la Commission

24. L'objectif de la proposition serait d'élaborer un ensemble de dispositions qui constitueraient un cadre juridique pour la gestion des activités internationales de secours en cas de catastrophe, clarifiant les principes et concepts juridiques fondamentaux et créant ainsi un «espace» juridique qui offrirait une base solide à ce type d'activités. On pourrait utiliser comme modèle la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies de 1946 qui, s'agissant exclusivement des privilèges et des

⁴¹ Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *World Disasters Report, Focus on Public Health* (2000), p. 145. En 2001, la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge a entrepris une étude sur l'adéquation des mécanismes juridiques et autres existants pour faciliter les activités humanitaires à la suite de catastrophes naturelles et technologiques. Cette étude a pour but de déterminer quels sont les problèmes juridiques les plus courants qui se posent dans le cadre des interventions internationales lors de catastrophes, d'analyser le champ d'application et la mise en œuvre des normes internationales existantes et de proposer des solutions pour combler les lacunes. (Voir Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *International Disaster Response Law, Briefing paper*, avril 2003, p. 2, et *Revised IDRL Strategic Plan, 2005-2007*, disponible sur le site www.ifrc.org/idrl.) Dans le préambule de sa résolution 57/150, l'Assemblée générale a pris note de cette évolution et a souligné la nécessité d'assurer un suivi intergouvernemental de ce processus, particulièrement en ce qui concerne ses principes, sa portée et ses objectifs. En 2003, la vingt-huitième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (qui regroupait toutes les composantes du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et les États parties aux Conventions de Genève de 1949) a demandé à la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et aux sociétés nationales de «jouer un rôle directeur dans les efforts déployés en collaboration avec les États, les Nations Unies et d'autres organismes compétents dans les domaines de la recherche et de la sensibilisation» et de faire rapport à la Conférence internationale en 2007. (Voir Objectif final 3.2.6, vingt-huitième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2-6 décembre 2003, «Déclaration, agenda pour l'action humanitaire, résolutions», p. 27.) Pour une optique différente sur l'efficacité du recours au droit international dans ce domaine, voir D. P. Fidler, «Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), p. 458 et suiv., en particulier p. 471 à 473.

⁴² Cadre d'action de Hyogo (note 29 *supra*), par. 22.

immunités, sert de point de référence pour la conception juridique dominante, et qui est couramment incorporée par référence dans les accords conclus entre les Nations Unies et les États et autres entités. De même, le texte envisagé pour réglementer les secours en cas de catastrophe pourrait constituer le cadre de référence pour une série d'accords spécifiques entre les divers acteurs concernés, y compris, mais pas uniquement, les Nations Unies.

25. Compte tenu de la nature de ce domaine, qui évolue rapidement, il est prévu que les travaux sur le sujet soient principalement limités à la codification des normes et règles existantes, l'accent étant mis sur le développement progressif selon qu'il conviendra. Il s'agira donc essentiellement de concrétiser les règles existantes en vue de faciliter les activités entreprises sur le terrain, plutôt que d'élaborer inutilement de nouvelles normes qui risqueraient d'entraver ces activités opérationnelles de manière imprévisible.

VUE D'ENSEMBLE

a) Champ d'application

26. Comme on l'a déjà mentionné (par. 1 et 2 *supra*), il est proposé que la Commission limite initialement le champ d'application *ratione materiae* du sujet aux catastrophes naturelles (catastrophes liées à des aléas naturels), ou au volet «catastrophes naturelles» de situations d'urgence plus vastes. Dans le même temps, on pourrait réfléchir aux implications de l'établissement d'une telle distinction entre les catastrophes naturelles et les autres, fût-ce en insérant une clause de sauvegarde. En outre, les différentes catastrophes naturelles ont des traits distinctifs différents, qu'il faudrait peut-être analyser au moment de délimiter le champ d'application *ratione materiae*.

27. En ce qui concerne le champ d'application *ratione loci*, le sujet couvrirait principalement les règles relatives au lieu de la catastrophe, mais s'étendrait également au lieu où se déroulent les activités de planification, de coordination et de suivi. *Ratione temporis*, le champ d'application du sujet n'inclurait pas seulement les phases d'intervention lors de la catastrophe, mais aussi les phases pré- et postcatastrophe⁴³.

28. Pour ce qui est du champ d'application *ratione personae*, la nature du sujet veut que s'il existe une pratique des États, c'est principalement par l'intermédiaire des organes d'organisations intergouvernementales, telles que l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'à travers les activités d'organisations non gouvernementales et autres entités non étatiques, telles que la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qu'une grande part de l'action est menée et, en conséquence, qu'une grande part de l'élaboration de normes juridiques a lieu. Alors que les instruments antérieurs tendent à exclure les organisations non gouvernementales de leur champ d'application, explicitement ou implicitement, il est proposé que la Commission adopte une approche plus large et couvre également le personnel de ces organisations. Cela serait conforme aux tendances actuelles, comme le montre la démarche adoptée dans

⁴³ Voir *supra* la note 16.

la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe, qui étend, par exemple, les dispositions relatives aux privilèges et immunités aux membres du personnel des organisations non gouvernementales qui s'occupent de fournir une aide en matière de télécommunication conformément à la Convention⁴⁴. Cela serait également conforme à la réalité contemporaine selon laquelle une part considérable de la composante opérationnelle des opérations de secours en cas de catastrophe est assurée par des organisations non gouvernementales.

29. Étant donné que les obligations internationales existantes en matière de droits de l'homme s'appliquent dans le contexte des catastrophes naturelles, sous réserve de la possibilité d'y déroger en situation d'urgence, dans la mesure autorisée dans le droit international applicable, il pourrait également être nécessaire d'examiner les implications, en matière de droits de l'homme, du sort des victimes de ces catastrophes, en particulier en ce qui concerne le droit à la protection et à l'accès aux secours ainsi que les besoins essentiels. On peut se borner à réaffirmer l'obligation qui incombe à l'État touché de respecter et de garantir les droits de l'homme de toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire. Cette réaffirmation peut également être l'un des facteurs permettant de déterminer l'importance à accorder au champ d'application du sujet *ratione personae*.

b) Définitions

30. La définition des principaux concepts qui seraient couverts par le texte envisagé constituerait un élément important du travail à entreprendre. La définition des expressions «catastrophe naturelle» et «aléas naturels»⁴⁵ servirait à distinguer les autres types de catastrophes, tels que les «catastrophes technologiques».

31. Parmi les expressions qui ont été définies dans divers textes concernant, notamment, la fourniture de secours en cas de catastrophe, figurent les exemples suivants: «personnel chargé des secours en cas de catastrophe», «biens appartenant au personnel chargé des secours en cas de catastrophe», «envoi de secours», «opération de secours des Nations Unies», «secours internationaux en cas de catastrophe», «État ou organisation fournisseurs d'aide»,

⁴⁴ De même, dans le cadre du régime de protection établi par la Convention des Nations Unies sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, l'Assemblée générale, dans sa résolution 58/82 du 9 décembre 2003, a, entre autres, noté que le Secrétaire général avait rédigé une clause standard à faire figurer dans les accords conclus entre l'Organisation des Nations Unies et les organisations non gouvernementales ou organismes humanitaires afin qu'il soit clair que la Convention s'applique aux personnes déployées par ces organisations ou organismes. Voir A/58/187.

⁴⁵ Le Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015 (note 29, *supra*) met l'accent sur la réduction de la vulnérabilité et de l'exposition à un «aléa» qui est défini comme suit: «manifestations physiques, phénomènes ou activités humaines susceptibles d'occasionner des pertes en vies humaines ou des préjudices corporels, des dommages aux biens, des perturbations sociales et économiques ou une dégradation de l'environnement. Font partie des aléas les conditions latentes qui peuvent à terme constituer une menace. Celles-ci peuvent avoir des origines diverses: naturelles (géologiques, hydrométéorologiques ou biologiques) ou anthropiques (dégradation de l'environnement et risques technologiques)» [par. 1, note 2].

«État bénéficiaire», «État de transit», «ressources militaires et de la protection civile», «fournitures de secours», «services de secours», «atténuation des effets des catastrophes», «risque de catastrophe», «risque pour la santé», «organisation non gouvernementale», «entités non étatiques» et «télécommunications».

32. En outre, il pourrait être envisagé d'inclure des expressions techniques spécifiques relatives à certains aspects opérationnels des secours en cas de catastrophe, si toutefois on décide de traiter ces questions.

c) Principes fondamentaux

33. Les activités contemporaines de protection des personnes en cas de catastrophe reposent sur un certain nombre de principes fondamentaux. Nombre d'entre eux reflètent les principes existants en matière d'aide humanitaire, c'est-à-dire des principes applicables dans un contexte ne se limitant pas aux secours d'urgence en cas de catastrophes naturelles, mais qui sont tout aussi valides. D'autres sont issus de domaines tels que le droit international des droits de l'homme. Si la résolution 46/182 de l'Assemblée générale en date du 19 décembre 1991, dans laquelle l'Assemblée a adopté, entre autres, un ensemble de principes directeurs concernant l'aide humanitaire d'urgence, est largement considérée comme l'instrument clef, d'autres énoncés de principes similaires existent⁴⁶. Tous ont en commun de souligner l'importance de l'aide humanitaire pour les victimes des catastrophes naturelles et autres situations d'urgence.

34. Ces principes sont notamment les suivants⁴⁷:

Le principe d'humanité. Il faut répondre aux souffrances humaines où qu'elles existent, et respecter et protéger la dignité et les droits de toutes les victimes;

Le principe de neutralité. La fourniture d'une aide humanitaire s'effectue en dehors du contexte politique, religieux, ethnique ou idéologique;

Le principe d'impartialité. La fourniture d'une aide humanitaire s'appuie sur une évaluation des besoins effectuée conformément aux normes internationalement reconnues, en accordant la priorité aux situations de détresse les plus urgentes et conformément au principe de non-discrimination;

Le principe du plein respect de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des États, conformément à la Charte des Nations Unies. L'aide humanitaire doit être fournie avec le consentement du pays touché;

Le principe de l'accès. Les États dont les populations ont besoin d'une aide humanitaire doivent faciliter la mise en œuvre de l'aide humanitaire par les organisations intergouvernementales et non gouvernementales, notamment l'apport de nourriture, de médicaments,

⁴⁶ Voir, par exemple, le Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales lors des opérations de secours en cas de catastrophe (note 26 *supra*).

⁴⁷ Sans préjudice de l'applicabilité de certains des principes à un niveau plus général.

d'abris et de soins médicaux, pour lesquelles un accès sans restriction aux zones touchées et aux victimes est indispensable;

Le principe de non-discrimination. Les secours doivent être apportés sans discrimination aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance, d'âge, de handicap ou de toute autre situation;

Le principe de responsabilité. Les organismes d'aide humanitaire et les autres entités qui fournissent une aide humanitaire doivent rendre des comptes aux personnes qu'ils aident et à celles dont ils acceptent des ressources;

Le principe de coopération. La coopération internationale⁴⁸ doit être mise en œuvre conformément au droit international et dans le respect des législations nationales;

Le principe de protection. C'est à chaque État qu'il incombe, au premier chef, de prendre soin des victimes de catastrophes naturelles et autres situations d'urgence survenant sur son territoire;

Le principe de sécurité. La sûreté et la sécurité des travailleurs humanitaires, de leur matériel et de leurs biens est la base sur laquelle cette aide est fournie;

Le principe de prévention. Les États doivent revoir les législations et politiques existantes en vue d'intégrer des stratégies de réduction des risques de catastrophe dans tous leurs instruments juridiques, moyens d'action et outils de planification pertinents, aux échelons national et international, afin de parer à la vulnérabilité aux catastrophes;

Le principe d'atténuation. Les États doivent prendre des mesures opérationnelles pour diminuer les risques de catastrophe aux échelons local et national en vue de réduire au minimum les effets d'une catastrophe naturelle à l'intérieur et au-delà de leurs frontières.

35. Il faudrait déterminer à la fois dans quelle mesure ces principes correspondent à des obligations juridiques des États et à des droits des particuliers spécifiques et s'ils s'appliquent à un niveau plus général.

d) *Dispositions spécifiques*

36. Il est proposé que la Commission examine également un certain nombre de questions juridiques spécifiques ayant trait aux aspects opérationnels de la fourniture de secours en cas de catastrophe. Ces questions ne seraient pas limitées aux lacunes que présente le cadre juridique actuel. L'approche serait plus holistique et viserait à couvrir la plupart des aspects juridiques des activités entreprises dans ce domaine – ne serait-ce que de manière générale.

37. Dans l'appendice ci-après sont énumérés les points à prendre en considération dans tout instrument juridique dans ce domaine.

⁴⁸ Tant entre États qu'entre l'État touché et les organismes qui participent à l'opération de secours internationaux en cas d'urgence.

Appendice

ÉBAUCHE PROPOSÉE

1. Dispositions générales
 - a) Champ d'application
 - b) Définitions
2. Principes applicables
 - a) Humanité
 - b) Neutralité
 - c) Impartialité
 - d) Souveraineté et intégrité territoriale des États, conformément à la Charte des Nations Unies
 - e) Accès
 - f) Non-discrimination
 - g) Responsabilité
 - h) Coopération
 - i) Protection
 - j) Sécurité
 - k) Prévention
 - l) Atténuation
3. Secours en cas de catastrophe et protection
 - a) Droit des victimes à la protection, à la sûreté et à la sécurité
 - b) Droit des victimes d'avoir accès aux secours en cas de catastrophe et besoins essentiels
 - c) Obligation de l'État bénéficiaire de protéger le personnel chargé des secours en cas de catastrophe, ainsi que les biens, les locaux, les installations, les moyens de transport, les envois de secours et l'équipement à utiliser dans le cadre de l'aide
4. Fourniture de secours en cas de catastrophe
 - a) Conditions de la fourniture d'une aide
 - b) Offres et demandes d'aide
 - c) Coordination
- d) Communications et échanges d'informations
- e) Distribution et utilisation des secours en cas de catastrophe
- f) Coûts afférents aux opérations d'intervention lors des catastrophes
- g) Conformité aux lois, normes et règlements nationaux
- h) Responsabilité civile
- i) Assurance
5. Accès
 - a) Personnel
 - i) Visas, autorisations d'entrée et de travail
 - ii) Reconnaissance des qualifications professionnelles
 - iii) Liberté de circulation
 - iv) Statut
 - v) Identification
 - vi) Privilèges et immunités
 - vii) Prescriptions en matière de notification
 - b) Envois de secours
 - i) Douanes, droits de douane, tarifs douaniers et quarantaine
 - ii) Statut
 - iii) Transport et transit de marchandises
 - iv) Prescriptions en matière de notification
 - v) Identification
6. Réduction des catastrophes et atténuation des risques
 - a) Alerte rapide
 - b) Activités de coordination
 - c) Formation et échange d'informations

Bibliographie sommaire

1. Ouvrages

ALEXANDER, D.

Natural disasters, Londres, UCL Press, 1993.*Confronting catastrophe: New perspectives on natural disasters*, New York, Oxford University Press, 2000.

BEIGBEDER, Y.

The role and status of international humanitarian volunteers and organizations: The right and duty to humanitarian assistance, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

BROWN, B. J.

Disaster preparedness and the United Nations: Advance planning for disaster relief, New York, Pergamon Press, 1979.

DYNES, R. R.

Organized behavior in disaster, Lexington (Massachusetts), Heath Lexington Books, 1974.

EL BARADEI, M.

Model rules for disaster relief operations, New York, United Nations Institute for Training and Research, 1982.

FIDLER, D. p.

International law and infectious diseases, New York, Oxford University Press, 1999.

GREEN, S.

International disaster relief: Toward a responsive system, New York, McGraw-Hill, 1977.

HOLBORN, L. W.

The International Refugee Organization, a specialized agency of the United Nations: Its history and work, 1946-1952, Londres, Oxford University Press, 1956. Voir aussi l'adaptation en français: *L'Organisation internationale pour les réfugiés, agence spécialisée des Nations Unies: 1946-1952*, Paris, Presses universitaires de France, 1955.

INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION (ISDR)

Living with risk: A global review of disaster reduction initiatives, volumes I et II, New York/Genève, Nations Unies, 2004.

KÄLIN, W.

Guiding principles on internal displacement: Annotations, Studies in Transnational Legal Policy, Washington D.C., The American Society of International Law and the Brookings Institution, 2000.

MACALISTER-SMITH, p.

International humanitarian assistance: Disaster relief actions in international law and organization, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION

Humanitarian assistance in disaster situations: A guide for effective aid, Washington D.C., PAHO/WHO Emergency Preparedness and Disaster Relief Coordination Program, 1999.

POSNER, R. A.

Catastrophe: Risk and response, New York, Oxford University Press, 2004.

RAMCHARAN, B. G.

The international law and practice of early-warning and preventive diplomacy: The emerging global watch, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

2. Articles et documents divers

ALEXANDER, D.

«The study of natural disasters, 1977-1997: Some reflections on a changing field of knowledge», *Disasters*, vol. 21, n° 4 (1997), p. 284-304.

AWOONOR, K. N.

«The concerns of recipient Nations», in K. M. Cahill (éd.), *A framework for survival: Health, human rights, and humanitarian assistance in conflicts and disasters*, New York, Council on Foreign Relations and BasicBooks, 1993, p. 63-81.

BANNON, V. et D. FISHER

«Legal lessons in disaster relief from the tsunami, the Pakistan earthquake and hurricane Katrina», *The American Society of International Law, Insights*, vol. 10, n° 6 (2006), www.asil.org/insights.cfm.

BAUDOT-QUÉGUINER, E.

«The laws and principles governing preparedness, relief and rehabilitation operations: the unique case of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies», in V. Bannon (éd.), *International disaster response laws, principles and practice: Reflections, prospects, and challenges*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, p. 128-137.

BERRAMDANE, A.

«L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 113 (1997), p. 1717-1751.

BETTATI, M.

«Un droit d'ingérence?», *Revue générale de droit international public*, tome 95 (1991), p. 639-670.

BOTHE, M.

«Relief actions», in R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam, Elsevier, vol. 4 (2000), p. 168-173.«Relief actions: The position of the recipient State», in F. Kalshoven (éd.), *Assisting the victims of armed conflict and other disasters: papers delivered at the International conference on humanitarian assistance in armed conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 91-97.«Rapport spécial sur un projet d'accord-type relatif aux actions de secours humanitaires», in Association de droit international, *Report of the 58th Conference, Manille, 1978*, Londres, 1980, p. 461-466.«Rapport spécial sur un projet d'accord-type relatif aux actions de secours humanitaires», in Association de droit international, *Report of the 59th Conference, Belgrade, 1980*, Londres, 1982, p. 520-527.

BROWN, B. J.

«An overview of the structure of the current system», in L. H. Stephens et S. J. Green (éd.), *Disaster assistance: Appraisal, reform and new approaches*, New York University Press, 1979, p. 3-27.

BURLEY, L. A.

«Disaster relief administration in the Third World», *International Development Review*, vol. 15 (1973), p. 8-12.

- CALLAMARD, A.
«Accountability to disaster-affected populations», in V. Bannon (éd.), *International disaster response laws, principles and practice: Reflections, prospects, and challenges*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, p. 153-164.
- CARON, D. D.
«Addressing catastrophes: Conflicting images of solidarity and separateness», in D. D. Caron et C. Leben (éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles – The international aspects of natural and industrial catastrophes*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 3-29.
- COURSEN-NEFF, Z.
«Preventive measures pertaining to unconventional threats to the peace such as natural and humanitarian disasters», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30 (1997-1998), p. 645-707.
- DE LA PRADELLE, P.
«L'organisation des secours en cas de désastre naturel», in Association de droit international, *Report of the 55th Conference*, New York, 1972, Londres, 1974, p. 317-327.
«L'organisation des secours en cas de désastre naturel», in Association de droit international, *Report of the 57th Conference*, Madrid, 1976, Londres, 1978, p. 309-320.
- EBERSOLE, J. M.
«The Mohonk criteria for humanitarian assistance in complex emergencies, task force on ethical and legal issues in humanitarian assistance», *Human Rights Quarterly*, vol. 17 (1995), p. 192-208.
- EL-KHAWAS, M.
«A reassessment of international relief programs», in M. H. Glantz (éd.), *The politics of natural disaster: The case of the Sahel drought*, New York, Praeger, 1976, p. 77-100.
- FARAH, A. A.
«Responding to emergencies: A view from within», in K. M. Cahill (éd.), *A framework for survival: Health, human rights, and humanitarian assistance in conflicts and disasters*, New York, Council on Foreign Relations and BasicBooks, 1993, p. 259-274.
- FIDLER, D. p.
«The Indian Ocean tsunami and international law», *The American Society of International Law, Insights* (janvier 2005), www.asil.org/insights.cfm.
«Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: What role for international law?», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), p. 458-473.
- FINUCANE, A.
«The changing roles of voluntary organizations», in K. M. Cahill (éd.), *A framework for survival: Health, human rights, and humanitarian assistance in conflicts and disasters*, New York, Council on Foreign Relations and BasicBooks, 1993, p. 175-190.
- FISCHER, H.
«International disaster response law treaties: Trends, patterns, and lacunae», in V. Bannon (éd.), *International disaster response laws, principles and practice: Reflections, prospects, and challenges*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, p. 24-44.
- FONROUGE, J. M.
«Droit international: approche des problèmes liés à la survenue des catastrophes technologiques ou naturelles», *Médecine de catastrophe – urgences collectives*, vol. 1 (1998), p. 113-123.
- GOLD, J.
«Natural disasters and other emergencies beyond control: Assistance by the IMF», *International Lawyer*, vol. 24 (1990), p. 621-641.
- GOLDSTEIN, R. J.
«Proposal for institutionalization of emergency response to global environmental disasters», *Pace Yearbook of International Law*, vol. 4 (1992), p. 219-240.
- GOSTELOW, L.
«The Sphere project: The implications of making humanitarian principles and codes work», *Disasters*, vol. 23, n° 4 (1999), p. 316-325.
- GREEN, S. J.
«Expanding assistance for national preparedness and prevention programs», in L. H. Stephens et S. J. Green (éd.), *Disaster assistance: Appraisal, reform and new approaches*, New York University Press, 1979, p. 83-103.
- GUNN, S. W. A.
«The language of disasters: A brief terminology of disaster management and humanitarian action», in K. M. Cahill (éd.), *Basics of international humanitarian missions*, New York, Fordham University Press and The Center for International Health and Cooperation, 2003, p. 35-46.
- HARDCASTLE, R. J. et A. T. L. CHUA
«Humanitarian assistance: Towards a right of access to victims of natural disasters», *International Review of the Red Cross*, n° 325 (1998), p. 589-609. Voir aussi «Assistance humanitaire: pour un droit à l'accès aux victimes des catastrophes naturelles», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 832.
«Victims of natural disaster: The right to receive humanitarian assistance», *The International Journal of Human Rights*, vol. 1 (1997), p. 35-49.
- HELTON, A. C.
«The legality of providing humanitarian assistance without the consent of the sovereign», *International Journal of Refugee Law*, vol. 4 (1992), p. 373-375.
«Legal dimensions of responses to complex humanitarian emergencies», *International Journal of Refugee Law*, vol. 10 (1998), p. 533-546.
- HOFFMAN, M.
«Towards an international disaster response law», in P. Walker et J. Walter, *World disasters report 2000*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2000, p. 144-157.
«What is the scope of international disaster response law?», in V. Bannon (éd.), *International disaster response laws, principles and practice: Reflections, prospects, and challenges*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, p. 13-20.
- HOLLAND, G. L.
«Observations on the international decade for natural disaster reduction», *Natural Hazards*, vol. 2 (1989), p. 77-82.
- JAKOVLJEVIĆ, B.
«The right to humanitarian assistance: Legal aspects», *International Review of the Red Cross*, n° 260 (1987), p. 469-484.
«International disaster relief law», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), p. 251-286.
- JAKOVLJEVIĆ, B. et J. PATRNOGIC
Protection of human beings in disaster situations – A proposal for guiding principles, San Remo, Villa Nobel, 1989.
- KALSHOVEN, F.
«Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters», in F. Kalshoven (éd.), *Assisting the victims of armed conflicts and other disasters: Papers delivered at the International conference on humanitarian assistance in armed conflict*, The Hague, 22-24 June 1988, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 13-26.

KATOCH, A.

«International natural disaster response and the United Nations», in V. Bannon (éd.), *International disaster response laws, principles and practice: Reflections, prospects, and challenges*, Genève, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2003, p. 47-56.

LEBEN, C.

«Vers un droit international des catastrophes?», in D. D. Caron et C. Leben (éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles – The international aspects of natural and industrial catastrophes*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 31-91.

LIENHARD, C.

«Pour un droit des catastrophes», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, n° 13 (1995), p. 91-98.

MACALISTER-SMITH, p.

«Disaster relief: Reflections on the role of international law», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), p. 25-43.

«The International Relief Union: Reflections on the Convention establishing an international relief union of July 12, 1927», *Legal History Review – Revue d'histoire du droit*, vol. 54 (1986), p. 363-374.

«Les organisations non gouvernementales et la coordination de l'assistance humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 767 (1987), p. 524-531.

«The right to humanitarian assistance in international law», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques – The International Law Review*, vol. 66 (1988), p. 211-233.

International guidelines for humanitarian assistance operations, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 1991.

OKERE, B. et E. M. MAKAWA

«Global solidarity and the international response to disasters», in D. D. Caron et C. Leben (éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles – The international aspects of natural and industrial catastrophes*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 429-456.

OWEN, D.

«Obligations and responsibilities of donor nations», in K. M. Cahill (éd.), *A framework for survival: Health, human rights, and humanitarian assistance in conflicts and disasters*, New York, Council on Foreign Relations and BasicBooks, 1993, p. 52-62.

PATRNOGIC, J.

«Some reflections on humanitarian principles applicable in relief actions», in C. Swinarski (éd.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet – Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 925-936.

PETIT, E. W.

«Les actions d'urgence dans les catastrophes: évolution des activités des organisations interétatiques et des organisations non gouvernementales», in D. D. Caron et C. Leben (éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles – The international aspects of natural and industrial catastrophes*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 537-589.

RABIN, R. L.

«Dealing with disasters: Some thoughts on the adequacy of the legal system», *Stanford Law Review*, vol. 30 (1977-1978), p. 281-298.

ROMANO, C. P. R.

«L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», in D. D. Caron et C. Leben (éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles – The international aspects of natural and industrial catastrophes*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 379-428.

SAMUELS, J. W.

«Organized responses to natural disasters», in R. S. J. Macdonald, D. M. Johnson et G. L. Morris (éd.), *The international law and policy of human welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1978, p. 675-690.

«The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», in L. H. Stephens et S. J. Green (éd.), *Disaster assistance: Appraisal, reform and new approaches*, New York University Press, 1979, p. 245-266.

SÉGUR, p.

«La catastrophe et le risque naturels: essai de définition juridique», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 113 (1997), p. 1693-1716.

SHIBATA, A.

«Creating an international urgent assistance mechanism in case of natural and industrial catastrophes», in D. D. Caron et C. Leben (éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles – The international aspects of natural and industrial catastrophes*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 457-535.

SLIM, H.

«By what authority? The legitimacy and accountability of non-governmental organisations», *The Journal of Humanitarian Assistance*, mars 2002.

THOUVENIN, J.-M.

«L'internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle», *Revue générale de droit international public*, tome 102 (1998), p. 327-363.

TOMAN, J.

«Towards a disaster relief law: Legal aspects of disaster relief operations», in F. Kalshoven (éd.), *Assisting the victims of armed conflicts and other disasters: Papers delivered at the International conference on humanitarian assistance in armed conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 181-199.

TSUI, E.

«Initial response to complex emergencies and natural disasters», in K. M. Cahill (éd.), *Emergency relief operations*, New York, Fordham University Press and the Center for International Health and Cooperation, 2003, p. 32-54.

WALKER, p.

«Victims of natural disaster and the right to humanitarian assistance: a practitioner's view», *International Review of the Red Cross*, n° 325 (1998), p. 611-617.

WALTER, J. (éd.)

«Risk reduction: Challenges and opportunities», in *World disasters report 2002*, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2002, p. 9-39.

«Accountability: a question of rights and duties», in *World disasters report 2002*, Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 2002, p. 149-169.

WESTGATE, K. N. et P. O'KEEFE

Some definitions of disaster, University of Bradford Disaster Research Unit, Occasional Paper No. 4, 1976.

3. Documents des Nations Unies

Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Assistance en cas de catastrophe naturelle», document A/5845, 5 janvier 1965.

Conseil économique et social, Rapport complet du Secrétaire général, «Assistance en cas de catastrophe naturelle», document E/4994, 13 mai 1971.

Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe», document A/32/64 et Corr.1, 12 mai 1977.

- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Nouvel ordre humanitaire international», document A/40/348 et Add.1, 9 octobre 1985.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Nouvel ordre humanitaire international: Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre», document A/45/587, 24 octobre 1990.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, Additif, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/49/177/Add.1-E/1994/80/Add.1, 1^{er} novembre 1994.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/54/154-E/1999/94, 15 juin 1999.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/55/82-E/2000/61, 30 mai 2000.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Mise en œuvre de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes», document A/56/68-E/2001/63 (et Corr.1), 8 mai 2001.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/56/95-E/2001/85, 18 juin 2001.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Coopération internationale en matière d'aide humanitaire à la suite de catastrophes naturelles: de la phase des secours à celle de l'aide au développement», document A/56/307, 20 août 2001.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/57/77-E/2002/63, 14 mai 2002.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Secours d'urgence en cas de catastrophe», document A/57/320, 16 août 2002.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Coopération internationale en matière d'aide humanitaire à la suite de catastrophes naturelles: de la phase des secours à celle de l'aide au développement», document A/57/578, 29 octobre 2002.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Coopération internationale en matière d'aide humanitaire à la suite de catastrophes naturelles: de la phase des secours à celle de l'aide au développement», document A/58/434, 14 octobre 2003.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/59/93-E/2004/74, 11 juin 2004.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Mise en œuvre de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes», document A/59/228, 11 août 2004.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Coopération internationale en matière d'aide humanitaire à la suite de catastrophes naturelles: de la phase des secours à celle de l'aide au développement», document A/59/374, 21 septembre 2004.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/60/87-E/2005/78, 23 juin 2005.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Mise en œuvre de la Stratégie internationale de prévention des catastrophes», document A/60/180, 1^{er} août 2005.
- Rapport du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixantième session, Supplément n° 1*, document A/60/1, 8 août 2005.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Coopération internationale en matière d'aide humanitaire à la suite de catastrophes naturelles: de la phase des secours à celle de l'aide au développement», document A/60/227, 12 août 2005.
- Assemblée générale, Rapport du Secrétaire général, «Droits de l'homme et exodes massifs», document A/60/325, 1^{er} septembre 2005.
- Assemblée générale, «Lettre datée du 31 janvier 2006, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Secrétaire général», document A/60/664, 2 février 2006.
- Assemblée générale, Conseil économique et social, Rapport du Secrétaire général, «Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies», document A/61/85-E/2006/81, 2 juin 2006.

Annexe IV

PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES DANS LA CIRCULATION TRANSFRONTIÈRE DE L'INFORMATION

(Secrétariat)

1. Il est proposé que la Commission envisage d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet intitulé «Protection des données personnelles dans la circulation transfrontière de l'information».

A. La nature du problème

2. Recueillir ou stocker des données n'a rien d'une nouveauté. Institutions publiques et personnes privées, tant physiques que morales, pratiquent la collecte de données et la tenue d'archives depuis des temps immémoriaux¹. En revanche, les changements radicaux inimaginables apportés par les progrès de la science et de la technologie depuis la Seconde Guerre mondiale², et plus particulièrement ceux des technologies de l'information et de la communication (TIC)³ depuis les années 60, ont redéfini les modes de production, collecte, stockage, archivage, diffusion et transfert de l'information et des données personnelles. En particulier, l'Internet s'est révélé très puissant comme infrastructure de l'information à l'échelle mondiale en se jouant des frontières physiques traditionnelles et remettant ainsi du même coup en question les conceptions traditionnelles de la souveraineté des États⁴. La circulation électronique des données entre les États est devenue plus facile, meilleur marché, presque instantanée et omniprésente. Le temps et l'espace ont été remarquablement comprimés. Les données générées sont détaillées, retraitables en machine, indexées sur l'individu et permanentes⁵. Les divers acteurs – gouvernements, industrie, autres entreprises et organisations et utilisateurs individuels – sont de plus en plus tributaires des TIC pour leur approvisionnement en biens et services essentiels, la conduite de leurs opérations et l'échange d'information dans une multitude d'activités et entreprises humaines⁶.

Chaque jour, des données personnelles sont recueillies sur des particuliers, pour diverses raisons, par des moyens divers et par toutes sortes d'acteurs qui les conservent, tant dans le secteur privé que dans le secteur public⁷. Le partage ou la distribution de ces données de la part de différents acteurs a soulevé de graves questions de respect du droit de chacun à la protection de sa vie privée, qui, il est vrai, ne sont pas neuves⁸.

3. Du fait de la facilité avec laquelle les technologies nouvelles permettent d'identifier et de localiser les sources, ce sont les risques d'atteinte à la vie privée qui ont déclenché le débat⁹. Les avancées technologiques en matière de surveillance des données comme de la technologie audionumérique, le réseau numérique à intégration de services (RNIS), le téléphone numérique, y compris la localisation par téléphone cellulaire, l'ADN et la biométrie, la boîte noire, les puces de radio-identification (RFID) et les puces implantables connectées au système mondial de localisation (GPS) ainsi que leur

cybersécurité. Voir aussi la résolution 59/220 de l'Assemblée en date du 15 février 2005 et le Communiqué ministériel du débat de haut niveau [de la session de fond du Conseil économique et social] présenté par le Président du Conseil en 2000, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 3 (A/55/3/Rev.1)*, chap. III.

⁷ Il est possible d'avoir accès, par exemple, à l'information stockée dans les fichiers de données informatisées intéressant des personnes physiques et portant sur la banque, les salaires, les voyages, la sécurité sociale, les assurances, ainsi que les inscriptions ou abonnements divers à des clubs, journaux et autres activités sociales de loisirs qui sont à présent faciles à classer dans des fichiers et à traiter.

⁸ Le risque de voir des problèmes de protection de la vie privée se poser dans les relations horizontales entre des personnes physiques ou des personnes morales en tant que personnes physiques est, semble-t-il, ce qui distingue les préoccupations contemporaines de celles des décennies antérieures, où l'on s'intéressait avant tout aux relations verticales entre l'État et les particuliers; voir, en général, le rapport du Secrétaire général de 1974 sur «Les utilisations de l'électronique qui peuvent affecter les droits de la personne et les limites que devraient comporter ces utilisations dans une société démocratique» (E/CN.4/1142 [et Corr.2] et Add.1 et 2). Voir aussi le rapport du Secrétaire général de 1973 intitulé «Respect de la vie privée des individus et de l'intégrité et de la souveraineté des nations face aux progrès des techniques d'enregistrement et autres» (E/CN.4/1116 et Corr.1 et Add.1 à 3 [et Add.3/Corr.1] et Add.4).

⁹ Voir, en général, S. Hetcher, «Changing the social meaning of privacy in cyberspace», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 15 (2001-2002), p. 149 à 209. Voir aussi Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), *Privacy framework*, Singapour, APEC Secrétariat, 2005, par. 1. On notera que les progrès de l'interconnectivité ont aussi exposé les systèmes et réseaux d'information à des dangers et révélé des points faibles de plus en plus nombreux et variés, alimentant ainsi les appels à la cybersécurité. Les pirates s'en sont pris à l'intégrité des réseaux. L'Internet a été mis au service de discours de haine et de différentes formes de délinquance, dont la pédopornographie et l'usurpation d'identité.

¹ Daniel J. Solove, dans «Privacy and power: computer databases and the metaphors for information privacy», in *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), p. 1393 à 1462, note, à la page 1400, qu'au XI^e siècle Guillaume le Conquérant avait recueilli des renseignements sur ses sujets aux fins de l'impôt. Beaucoup d'États sinon tous procèdent à présent à des recensements périodiques de la population, au cours desquels diverses questions sont posées sur des caractéristiques personnelles très précises.

² *Ibid.*, p. 1402. L'apparition en 1946 du gros ordinateur a révolutionné la collecte d'informations.

³ Ordinateurs, caméras, capteurs, communications sans fil, GPS, biométrie, télédétection et autres.

⁴ J. S. Baugnier, «State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), p. 689 à 722.

⁵ J. Kang, «Information privacy in cyberspace transactions», *Stanford Law Review*, vol. 53 (1997-1998), p. 1193 à 1294, voir p. 1199.

⁶ Résolution n° 57/239 de l'Assemblée générale, en date du 20 décembre 2002, sur la création d'une culture mondiale de la

généralisation font que les observateurs et les défenseurs des libertés publiques mettent en garde, dans une métaphore très orwellienne¹⁰, contre le risque de se retrouver dans une société placée sous haute surveillance¹¹.

4. Il ne faut pas s'en étonner, la communauté internationale, récemment, à l'occasion du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), s'est déclarée préoccupée par les questions de confiance et de sécurité dans l'utilisation des TIC et a cherché les moyens de renforcer «l'environnement de confiance», y compris en améliorant la protection de l'information et des données à caractère personnel ainsi que de la vie privée¹². En outre, un appel a été lancé à l'ONU pour qu'elle élabore un instrument juridique contraignant qui définisse dans le détail les droits à la protection des données personnelles et au respect de la vie privée en tant que droits de l'homme exécutoires¹³.

5. Il fut un temps où les sceptiques se demandaient s'il n'y avait pas plus de droit du «cyberespace» qu'il n'existe de «droit du cheval»¹⁴. Ce débat – sur le point de savoir si le cyberespace peut ou devrait être réglementé – s'est pratiquement éteint et n'est plus guère qu'un moment dans l'histoire¹⁵. Néanmoins, un certain nombre de thèmes s'en sont dégagés, dont l'un est la question de savoir quels sont les droits et les attentes des utilisateurs de l'espace électronique et numérique en vertu de leur participation au

cyberespace et de leur recours croissant aux TIC¹⁶. On peut discerner trois réponses juridiques différentes pour le traitement des problèmes liés à l'informatique¹⁷. De toute évidence, ces réponses ne sont pas si faciles à distinguer, et il y a des chevauchements. En premier lieu, le droit existant a souvent été appliqué à des situations inédites; deuxièmement, le droit existant n'est sans doute pas adéquat mais il n'en est pas moins adapté et appliqué à ces situations inédites; troisièmement, des problèmes nouveaux exigent la création d'un droit nouveau¹⁸. Dans ce droit du cyberespace, on a appliqué ou adapté à cette fin diverses branches du droit pour s'attaquer aux problèmes posés par les TIC¹⁹. D'une part, plusieurs problèmes du

¹⁶ Les autres thèmes ont trait à la gouvernance: qui devrait gouverner et donc réglementer l'espace électronique et numérique qu'offrent les TIC améliorées et comment faudrait-il réglementer cet espace et quels outils peut-on appliquer à cette fin? En général, les divers acteurs ont répondu à la question de la gouvernance dudit espace en défendant l'une des trois positions suivantes: a) la démarche étatiste traditionnelle, selon laquelle c'est essentiellement l'État qui réglemente les activités liées à l'Internet et aux TIC; b) la démarche libérale, qui perçoit l'Internet et les activités liées aux TIC comme une nouvelle frontière sociale où les règles traditionnelles ne sont ni applicables ni appropriées et où ce sont au contraire l'autonomie et l'autodiscipline qui sont les modèles d'exploitation dominants; enfin, c) une posture plus internationaliste. Dans cette dernière optique, l'universalité et l'interconnexion de l'Internet ainsi que l'avènement d'une société de l'information se prêtent beaucoup mieux à une réglementation par le droit international. Ces attitudes se recoupent, s'entremêlent et se renforcent mutuellement. Voir, en général, V. Mayer-Schönberger, «The shape of governance: analysing the world of Internet regulation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, n° 3 (printemps 2003), p. 605 à 674, qui suggère ces trois types de discours sur le droit du cyberespace, qu'il désigne respectivement comme a) le discours traditionaliste faisant fond sur l'État; b) le discours cyberséparatiste; et c) le discours cyberinternationaliste, et dont il fait en chaque cas la critique [p. 610 à 630]. L'autre thème est la question de savoir comment il convient de réglementer cet espace électronique et numérique et quels outils on peut employer à cette fin.

¹⁷ F. W. Hondius, «Data law in Europe», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 87 à 111, notamment p. 88. Les quatre sortes de contraintes qui s'exercent sur les comportements dans la vie ordinaire – l'espace réel, à savoir le droit, les normes sociales, le marché et l'«architecture» – sont toutes en place et elles se conjuguent et interagissent pour donner une interprétation analytique du droit du «cyberespace». Le plus souvent, les divers acteurs intervenant dans la circulation transfrontière des données se sont servis de ces outils pour assurer une réglementation à différents niveaux. Il peut arriver, par exemple, que les pouvoirs publics adoptent une loi sur la protection de la vie privée et que les fournisseurs de lignes et moyens de transmission s'entendent sur un cadre prévoyant les normes de compatibilité technique, les tarifs et les protocoles applicables, que les fournisseurs de services aient leur propre code de protection de la vie privée, que les utilisateurs respectent les règles de conduite de la «netiquette» et que les fabricants se mettent d'accord sur certains codes assurant la compatibilité et la mise en réseau. Voir, en général, L. Lessig, «The law of the horse: what cyberlaw might teach», *Harvard Law Review*, vol. 113 (1999-2000), p. 501 à 549, qui définit l'architecture comme «l'univers physique tel que “nous le trouvons” ou “comme il a été fait”» (p. 507); l'architecture du cyberespace est son code – «les logiciels et les matériels qui en font ce qu'il est» (p. 509).

¹⁸ Hondius, loc. cit. (note *supra*), p. 88.

¹⁹ L'Union internationale des télécommunications (UIT) s'intéresse en priorité aux infrastructures institutionnelles et au fonctionnement technique des flux transfrontières de données, cependant que d'autres organisations s'occupent d'élaborer des normes de traitement des données, de transmission des données et de sûreté des données; voir M. Bothe, «Data, transborder flow and protection», in R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 950 à 961, notamment p. 954. En 1985, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) avait adopté une recommandation sur la valeur juridique des enregistrements informatiques [*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, chap. IV, par. 360], que l'Assemblée générale avait entérinée par sa résolution 40/71 du 11 décembre 1985. Voir aussi la Convention des Nations Unies sur

¹⁰ Voir l'emploi que George Orwell faisait, dans son *1984* (1949), de la métaphore du Grand frère (*Big Brother*).

¹¹ Rapport de l'American Civil Liberties Union (ACLU), Jay Stanley et Barry Steinhardt, «Bigger monster, weaker chains: the growth of an American surveillance society» (2003), accessible à l'adresse: www.aclu.org/technology-and-liberty/bigger-monster-weaker-chains-growth-american-surveillance-society (consulté le 16 mars 2012).

¹² Sommet mondial sur la société de l'information, documents adoptés, Genève 2003-Tunis 2005. Ce sommet s'est tenu en deux temps, du 10 au 12 décembre 2003 à Genève et du 16 au 18 novembre 2005 à Tunis. La Déclaration de principes de Genève, le Plan d'action de Genève, l'Engagement de Tunis et l'Agenda de Tunis pour la société de l'information sont accessibles sur le site www.itu.int/wsis (consulté le 16 mars 2012).

¹³ Déclaration de Montreux intitulée «Dans un monde globalisé, un droit universel à la protection des données personnelles et à la vie privée dans le respect des diversités», adoptée par les Commissaires à la protection des données et à la vie privée réunis à Montreux pour leur vingt-septième Conférence internationale, du 14 au 16 septembre 2005, accessible à l'adresse suivante: <http://www.privacyconference2005.org> (consulté le 16 mars 2012). Voir aussi l'intérêt pour ce sujet qui s'exprime au paragraphe 51 de la Déclaration de Ouagadougou, à la X^e Conférence des chefs d'État et de gouvernement des pays ayant le français en partage, en novembre 2004:

«Nous sommes convenus d'attacher une importance particulière à la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes, notamment de leur vie privée, dans l'utilisation des fichiers et traitements des données à caractère personnel. Nous appelons à créer ou consolider les règles assurant cette protection. Nous encourageons la coopération internationale entre les autorités indépendantes chargées dans chaque pays de contrôler le respect de ces règles.» [www.francophonie.org/IMG/pdf/decl-ouagadougou-2004.pdf, consulté le 16 mars 2012]

Le Forum sur la gouvernance de l'Internet a aussi désigné la protection de ces données comme l'une des questions qu'il faut discuter; voir, en général, <http://www.intgovforum.org> (consulté le 16 mars 2012).

¹⁴ F. H. Easterbrook, «Cyberspace and the law of the horse», *University of Chicago Legal Forum* (1996), p. 207 à 216.

¹⁵ R. S. R. Ku, M. A. Farber, A. J. Cockfield, *Cyberspace law: Cases and materials*, New York, Aspen Law and Business, 2002, p. 37, cité par V. N. Nguy, «Using architectural constraints and the game theory to regulate international cyberspace behaviour», *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), p. 431 à 463, à la page 432.

droit – contrats, responsabilité civile (*torts*), preuve, propriété intellectuelle ou conflit de lois – présentent de l'intérêt pour résoudre les questions que posent l'application et l'utilisation des TIC, mais, d'autre part, la protection des données est un exemple du troisième type de réponse juridique: un droit nouveau à appliquer à une situation nouvelle²⁰. C'est sur cet aspect-là qu'est axée la présente proposition. Par protection des données, on entend la protection des droits et libertés et des intérêts essentiels de l'individu dans le traitement des renseignements personnels qui le concernent, en particulier lorsque les TIC sont l'auxiliaire des procédures de traitement²¹. Le but recherché est de faire en sorte qu'il n'y ait pas de détournement des données et que les personnes concernées soient et demeurent à même de corriger les erreurs²².

B. Aperçu succinct des normes et règles existantes

6. La communauté internationale s'intéresse à la protection des données depuis la fin des années 60²³, le souci général étant d'assurer la liberté de circulation de l'information²⁴. Cette orientation générale implique des consé-

l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Voir encore, par exemple, la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*Journal officiel des Communautés européennes*, L. 167, 22 juin 2001, p. 10), ainsi que la loi sur le droit d'auteur à l'ère du numérique (*Digital Millennium Copyright Act*) adoptée aux États-Unis en 1998.

²⁰ Hondius, loc. cit. (note 17, *supra*), p. 88.

²¹ Ibid., p. 89.

²² B. P. Smith, critique de *Policing across national boundaries*, M. Anderson (dir. publ.), dans *Yale Journal of International Law*, vol. 20, n° 1 (hiver 1995), p. 215 à 217, voir notamment p. 216 et 217.

²³ Au paragraphe 18 de la Proclamation de Téhéran et dans la résolution XI relative aux droits de l'homme et aux progrès de la science et de la technique, adoptées le 12 mai 1968, la Conférence internationale des droits de l'homme [Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme, Téhéran, 22 avril-13 mai 1968 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.XIV.2), A/CONF.31/41, p. 3 et 13, respectivement] s'inquiétait du risque de voir les découvertes scientifiques et l'évolution de la technique, qui avaient, dans un passé récent, ouvert de vastes perspectives au développement économique, social et culturel, mettre néanmoins en danger les droits et libertés de l'individu. À son tour, dans sa résolution 2450 (XXIII) du 19 décembre 1968, l'Assemblée générale invitait le Secrétaire général à entreprendre une étude des problèmes que les développements de la science et de la technologie posaient du point de vue des droits de l'homme. Voir les rapports cités *supra*, note 8. La Commission des droits de l'homme fut finalement saisie de la question, voir, par exemple, sa résolution 10 (XXVII) du 18 mars 1971. De son côté, le Conseil de l'Europe avait créé en 1968 le Comité d'experts chargé de l'harmonisation des instruments juridiques de programmation des données introduites dans les ordinateurs, et l'OCDE constitué en 1969 son premier groupe d'experts, le Sous-Groupe sur les banques de données, le suivant, dénommé Groupe *ad hoc* d'experts sur les obstacles au mouvement transfrontière des données et la protection des libertés individuelles, datant de 1978.

²⁴ Le droit de chercher, recevoir et répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées est reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 19) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 19), ainsi que par les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme. Voir aussi l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme; l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; l'article 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; le Document de clôture de la réunion de Vienne de 1986 des représentants des États ayant participé à la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe [*International Legal Materials*, vol. 28, n° 2 (mars 1989), p. 531 et suiv., aux pages 540 et 541, par. 34 à 46]; le Document de la Réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE [ibid., vol. 29, n° 5 (septembre 1990), p. 1305 et suiv., notamment à

quences pour les courants d'échanges internationaux, la protection de la propriété intellectuelle et la protection des droits de l'homme, et en particulier du droit au respect de la vie privée. Les diverses démarches adoptées par les États ou l'industrie tendent à accentuer les différences que l'on observe dans la hiérarchie des diverses valeurs. Toutes sortes d'instruments, ayant ou non force obligatoire, de législations nationales et de décisions judiciaires réglementent la matière. Les premiers travaux menés au sein de l'ONU, du Conseil de l'Europe et de l'OCDE trouvèrent leur aboutissement, à partir des années 70, dans l'adoption des instruments «de la première génération» et assurèrent au plan interne les synergies voulues pour la promulgation de législations «de la première génération»²⁵. Ces instruments admettent que le problème fondamental est le conflit qui existe entre l'idéal de la protection des données et celui de la liberté de circulation de l'information entre les États²⁶. C'est le Land allemand de Hesse qui fut le premier, en 1970, à promulguer une législation assurant une protection générale des données²⁷,

la page 1311], par. 9; le Document de la Réunion de Moscou de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE [ibid., vol. 30, n° 6 (novembre 1991)], par. 26, et l'article 23 de la Déclaration sur les droits de l'homme en islam, adoptée le 5 août 1990 au Caire par l'Organisation de la Conférence islamique.

²⁵ C'est en 1973 que le Conseil de l'Europe adopta pour la première fois une résolution relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé [résolution (73) 22 du 26 septembre 1973], qui fut suivie un an plus tard d'une autre résolution sur le même sujet visant le secteur public [résolution (74) 29 E du 20 septembre 1974]. En 1980, l'OCDE adoptait ses Lignes directrices sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel et, en 1981, le Conseil de l'Europe, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Au sein de l'ONU, les fruits des travaux furent plus longs à mûrir. En 1977, dans sa résolution 10B (XXXIII) du 11 mars 1977, la Commission des droits de l'homme avait chargé la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de faire une nouvelle étude des principes directeurs à retenir pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel. M. Louis Joinet, Rapporteur spécial de la Sous-Commission, recommanda dans son rapport que soient examinées plusieurs formes possibles pour élaborer les normes minimales à retenir dans les législations nationales et la réglementation internationale (E/CN.4/Sub.2/1983/18). C'est par sa résolution 45/95 du 14 décembre 1990 que l'Assemblée générale a adopté les Principes directeurs des Nations Unies pour l'utilisation des fichiers personnels informatisés, énoncés dans la résolution 1990/38 du Conseil économique et social en date du 25 mai 1990. Pour les développements ultérieurs concernant la mise en œuvre des Principes directeurs, voir, par exemple, le document E/CN.4/1995/75, établi en application de la décision de la Commission des droits de l'homme 1993/113 du 10 mars 1993, le document E/CN.4/1997/67, établi en application de la décision de la Commission des droits de l'homme 1995/114 du 8 mars 1995, et le document E/CN.4/1999/88, établi en application de la décision de la Commission des droits de l'homme 1997/122 du 16 avril 1997. Par sa décision 1999/109 du 28 avril 1999, adoptée sans vote, la Commission des droits de l'homme décida: a) de retirer la question de son ordre du jour, compte tenu de la prise en considération progressive par les États des principes directeurs applicables; b) de prier le Secrétaire général de confier aux organismes d'inspection compétents le soin de s'assurer de la mise en œuvre des Principes directeurs par les organisations concernées du système des Nations Unies.

²⁶ Voir J. Bing, «The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection», *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), p. 271 à 303, en particulier p. 273.

²⁷ La protection des données tire son nom de l'allemand *Datenschutz*. Suède: loi sur les données de 1973 (*Datalagen*, 1973, 289), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1974. Voir aussi, par exemple, Norvège, loi sur les registres de données personnelles de 1978 (*lov om personregistre mm av 9 juni 1978 nr 48*), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980;

et la Suède le premier pays à le faire en 1973²⁸. D'autres États ont opté pour des lois plus sectorielles, différentes selon le sujet²⁹.

7. Les disparités et divergences qui ont caractérisé la mise en œuvre des législations de la «première génération» ont suscité, dans le cadre, entre autres, de l'Union européenne, des décisions et de nouveaux travaux, qui devaient déboucher sur l'adoption d'instruments de la «deuxième génération»³⁰, dont certains, comme la directive de l'Union européenne, ont des conséquences pour

(Suite de la note 27.)

Danemark, loi sur les registres privés de 1978 (*lov nr 293 af 8 juni 1978 om private registre mv*) et loi sur les registres officiels de 1978 (*lov nr 294 af 8 juni 1978 om offentlige myndigheders registre*), toutes deux entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1979; Canada, loi canadienne sur les droits de la personne de 1977 et loi fédérale sur la vie privée de 1982; Allemagne, loi fédérale sur la protection des données (*Bundesdatenschutzgesetz* ou BDSG), de 1977; France, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés; Royaume-Uni, *Data Protection Act 1984*.

²⁸ Bing, loc. cit. (note 26 *supra*), p. 271.

²⁹ Aux États-Unis, plusieurs lois ont été promulguées, dont les suivantes: *Privacy Act*, Pub. L. No. 93-579 (1974); *Fair Credit Reporting Act*, Pub. L. No. 91-508 (1970); *the Right to Financial Privacy Act*, Pub. L. No. 95-630 (1978); *Cable Communication Policy Act*, Pub. L. No. 98-549 (1984); *Family Educational Rights and Privacy Act*, Pub. L. 93-380, 1974.

³⁰ L'article XIV, relatif aux exceptions générales, de l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services (annexé à l'Accord de Marrakech instituant l'OMC), de 1994, envisage, entre autres possibilités, l'adoption ou l'application de mesures «c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent: [...] ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels». Voir aussi la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, qui prévoit une structure réglementaire détaillée sur le sujet, destinée à être adoptée par les États membres sur le plan interne (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L. 281 du 23 novembre 1995, p. 31); le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données de 2001; la directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L. 201 du 31 juillet 2002, p. 37); directive qui abroge la directive n° 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (ibid., n° L. 24 du 30 janvier 1998, p. 1). Voir encore la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive n° 2002/58/CE (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L. 105, du 13 avril 2006, p. 54). L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 (mais qui n'est pas encore en vigueur), consacre une disposition spéciale à la protection des données à caractère personnel, libellée comme suit:

«1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

«2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

«3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.» (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° C. 364 du 18 décembre 2000, p. 1.)

les États tiers³¹, et des législations de la «deuxième génération»³². Certains États se sont efforcés de promouvoir

De son côté, l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) a adopté en 2004 un cadre de la protection de la vie privée visant à favoriser une démarche cohérente en matière de protection des renseignements de caractère personnel comme moyen d'assurer la liberté de circulation de l'information dans la région Asie-Pacifique (voir la note 9 *supra*).

³¹ L'article 25 de la directive n° 95/46/CE (voir la note *supra*) subordonne le transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers à la condition que celui-ci leur assure un niveau de protection adéquat, et l'article 26 énonce les conditions auxquelles des dérogations sont admissibles. Aux États-Unis, le Département du commerce a réagi à la directive de l'Union européenne en adoptant les *Safe Harbour Privacy Principles* (Principes de la «sphère de sécurité» applicables à la protection des données personnelles), publiés par ses soins le 21 juillet 2000 [*Federal Register*, vol. 65, n° 142 et 182 (2000), accessibles sur www.export.gov/index.asp (consulté le 16 mars 2012)]. Dans la décision 2000/520/CE relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées et afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique, la Commission a admis que ces principes assuraient une protection adéquate (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L. 215 du 25 août 2000, p. 7). Le caractère adéquat du niveau de protection afférent au transfert de données aux États-Unis est une question sur laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a rendu un arrêt le 30 mai 2006, dans les affaires jointes C-317/04 et C-318/04 (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° C. 178 du 29 juillet 2006, p. 1). Le Parlement européen demandait notamment l'annulation de la décision de la Commission 2004/535/CE du 14 mai 2004 qui autorisait le transfert des données de dossiers passagers (les «PNR») au Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L. 235 du 6 juillet 2004, p. 11). La Cour a annulé cette décision pour une considération technique, à savoir que la question ne relevait pas de la compétence communautaire.

³² Allemagne, loi fédérale sur la protection des données (*Bundesdatenschutzgesetz*) du 18 mai 2001 et lois des Länder sur cette question adoptées pour mettre en œuvre la directive européenne; Argentine, loi sur la protection des données à caractère personnel (*Ley de Protección de los datos personales*), loi n° 25.326 du 4 octobre 2000; Australie, *1988 Privacy Act* et *2000 Privacy Amendment Act* (secteur privé); Autriche, loi sur la protection des données personnelles du 17 août 1999 et lois des Länder transposant la directive communautaire en droit interne; Belgique, loi sur la protection de la vie privée à l'occasion du traitement de données à caractère personnel du 8 décembre 1992, modifiée par la loi d'application du 11 décembre 1998 et l'acte de droit dérivé du 13 février 2001; Brésil, avant-projet de loi n° 61/1996, avant-projet de loi n° 151; Canada, loi de 2001 sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (PIPEDA); Chili, loi n° 19.628 sur la protection de la vie privée (*sobre la protección de la vida privada*), du 28 août 1999; Chypre, loi de 2001 sur le traitement des données personnelles (protection de la personne), modifiée en 2003, et loi de 2004 sur la réglementation des communications électroniques et des services postaux; Danemark, loi (n° 429) sur le traitement des données à caractère personnel du 31 mai 2000; Espagne, *Ley organica No. 15/1999 de protección de datos de carácter personal* (loi organique pour la protection des données personnelles), du 13 décembre 1999; Estonie, loi du 12 février 2003 sur la protection des données; Fédération de Russie: loi de la Fédération de Russie sur l'information, l'informatisation et la protection de l'information, du 25 janvier 1995; Finlande, loi finlandaise sur les données à caractère personnel (n° 523/1999), du 22 avril 1999, modifiée le 1^{er} décembre 2000, et loi sur la protection des données sur le lieu de travail, de 2004; France, loi n° 2004-801 modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978; Grèce, loi d'application n° 2472 sur la protection des personnes vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel, entrée en vigueur le 10 avril 1997; Hongrie, loi n° LXIII, de 1992, sur la protection des données personnelles et l'accès du public aux données d'intérêt général, loi n° IV, de 1978, sur les dispositions du Code pénal relatives au détournement des données à caractère personnel et au détournement d'informations personnelles et loi sur la protection des données du 14 décembre 2001 (loi n° XXVI), modifiée par la loi n° XXXI de 2002; Irlande, loi de 1998 sur la protection des données, modifiée par la loi du 10 avril 2003; Israël, loi sur la protection des données promulguée en 1981 et modifiée en 1996; Italie, loi n° 675 du 31 décembre 1996 sur la protection des personnes physiques et autres sujets vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel et nouveau Code de la protection des données, entré en vigueur

voir la promulgation de lois établies sur le modèle de la législation type élaborée dans un cadre multilatéral³³. Quelques autres continuent de préférer une législation sectorielle spéciale variant selon le sujet³⁴. Les choix opérés par les États en la matière sont profondément ancrés dans leurs traditions historiques, juridiques et politiques³⁵. Plus généralement, les lois adoptées dans le contexte européen assignent des limites à la collecte de données³⁶. Elles prescrivent la notification préalable des fins pour lesquelles les données sont exigées. Au surplus, toute utilisation subséquente des données, à moins d'avoir été autorisée par le consentement de la personne concernée ou sauf disposition contraire de la loi, doit obligatoirement

correspondre aux fins spécifiées. Deuxièmement, la législation impose des contrôles *a posteriori*, destinés à garantir dans la durée la fiabilité des données. La notification de l'existence de ces fichiers de données, leur accès et la possibilité d'apporter des corrections à celles qui sont erronées sont des éléments constitutifs de cette fiabilité³⁷. Troisièmement, enfin, cette législation régleme les questions de sécurité et de protection desdites données en prévoyant leur stockage et leur usage, y compris des procédures pour les mettre à l'abri des pertes, de la destruction et d'une divulgation sans autorisation. Toute utilisation ou divulgation doit être enregistrée, et la personne concernée informée en cas d'utilisation ou de divulgation sans autorisation³⁸. Un mécanisme de contrôle est mis sur pied pour ces questions. Quatrièmement, un régime de recours et de réparation est également prévu.

le 1^{er} janvier 2004; Japon, loi n° 57 de 2003 visant la protection des renseignements personnels; Lettonie, loi sur la protection des données à caractère personnel, modifiée par la loi du 24 octobre 2004; Lituanie, loi n° IX-1296 du 21 janvier 2003 sur la protection juridique des données à caractère personnel, et modifications du 13 avril 2004; Luxembourg, loi sur la protection des données du 2 août 2001; Nouvelle-Zélande, *Privacy Act* du 1^{er} juillet 1993; Paraguay, protection des données au Paraguay, loi n° 1682 régissant l'information privée; Pays-Bas, loi sur la protection des données à caractère personnel du 6 juillet 2000 (les anciens codes de conduite sectoriels sont à l'étude en vue de leur transformation en textes de lois); Pologne, loi sur la protection des données à caractère personnel du 29 août 1997, modifiée le 1^{er} janvier 2004; Portugal, loi n° 67/98 sur la protection des données à caractère personnel, du 26 octobre 1998; République de Corée, loi sur la protection des données à caractère personnel conservées par les services et administrations publics (loi n° 4734) de 1994 et loi sur la promotion et la protection des infrastructures de l'information (loi n° 5835), de 1999; République tchèque, loi sur la protection des données à caractère personnel du 4 avril 2000; Royaume-Uni, *Data Protection Act*, du 16 juillet 1998, et instrument législatif y relatif du 17 février 2000; Slovaquie, loi de 1999 sur la protection des données à caractère personnel (sur le modèle de la Convention du Conseil de l'Europe) et loi portant modification de cette dernière, de juillet 2001; Slovaquie, loi n° 428/2002 sur la protection des données à caractère personnel, modifiée par la loi n° 602/2003; loi n° 576/2004 et loi n° 90/2005; Suède, loi n° 204 du 29 avril 1998 et Règlement n° 1998:1191 du 3 septembre 1998 sur les données à caractère personnel; Suisse, loi fédérale n° 235.1 sur la protection des données (LPD), du 19 juin 1992; et Tunisie, loi n° 2004-63 du 27 juillet 2004 sur la protection des données personnelles.

³³ La réunion de 2002 de la Conférence des ministres de la justice du Commonwealth à Kingstown (Saint-Vincent-et-les Grenadines) a proposé deux projets de loi type sur la protection de la vie privée (à l'intention des secteurs privé et public, respectivement). La loi type s'inspirait du système canadien de protection des données personnelles, de la loi britannique de 1998 sur la protection des données portant application de la directive européenne ainsi que des Lignes directrices de l'OCDE.

³⁴ Les États-Unis ont adopté les lois suivantes: *Privacy Act*, 5 U. S. C. §552a (2001); *Fair Credit Reporting Act*, 15 U. S. C. §1681 (2001); *Video Privacy Protection Act*, 18 U. S. C. §2710-11 (2000); *Cable Communications Policy Act*, 20 U. S. C. §551 (2000); *Drivers Privacy Protection Act*, 18 U. S. C. §2721-2725 (2000); *Telephone Consumer Protection Act*, 47 U. S. C. §227 (2000); *Family Educational Rights and Privacy Act*, 20 U. S. C. §1232 (2000); *Health Insurance Portability and Accountability Act*, Pub. L. n° 104-91 (1996); *Children On-line Privacy Protection Act*, 15 U. S. C. §6501-06 (2000).

³⁵ Hondius, loc. cit. (note 17 *supra*), p. 87 à 110. Selon les cas, les États ont adopté une seule loi visant également le secteur public et le secteur privé (tels les États membres de l'Union européenne, l'Argentine, le Chili, la Fédération de Russie, Israël ou la Suisse), une loi unique dans laquelle les deux secteurs sont traités dans deux chapitres différents ou deux lois différentes traitant séparément chacun des deux secteurs (cas de l'Australie, du Canada, du Paraguay ou de la Tunisie, par exemple), ou encore une loi pour le secteur public et des textes distincts pour divers aspects des activités du secteur privé (comme au Japon ou dans la République de Corée). Dans quelques cas, la législation générale s'assortit de codes de conduite pouvant la remplacer pour divers secteurs (Nouvelle-Zélande, par exemple).

³⁶ Voir G. M. Epperson, «Contracts for transnational information services: securing equivalency of data protection», *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), p. 157 à 175, voir notamment p. 162.

8. D'un autre côté, la démarche, aux États-Unis en particulier, est sectorielle et s'appuie sur un mélange de législation, réglementation et autorégulation³⁹, avec des solutions qui laissent davantage jouer les mécanismes du marché. La législation vise essentiellement le secteur public ou des branches spécialisées de ce secteur et assure la protection des nationaux et des étrangers résidents. De plus, il n'y a pas d'organisme unique chargé des questions de répression.

9. On notera aussi que l'industrie a assumé un rôle actif en adoptant des codes d'autorégulation pour protéger les données personnelles⁴⁰.

10. La jurisprudence aussi a admis l'importance de la protection des données. Dans l'affaire *Fisher*, la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé que les principes de la protection des données constituaient des principes généraux du droit communautaire. Elle a affirmé que la directive 95/46/CE consacrait, au niveau communautaire, les principes généraux qui faisaient déjà partie du droit des États membres dans le domaine considéré⁴¹. Dans l'affaire *Rechnungshof*, la Cour a noté que, dans la mesure où elles régissent le traitement de données à caractère personnel susceptibles de porter atteinte, en

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Observations des États-Unis d'Amérique sur la gouvernance de l'Internet, lors du Sommet mondial sur la société de l'information, Genève 2003-Tunis 2005, communiquées et diffusées par le Bureau des affaires économiques et commerciales, 15 août 2005: «*Data Protection and Privacy* [...] Toute démarche efficace pour assurer la protection des renseignements personnels comprend: les lois voulues pour protéger la vie privée des consommateurs dans des domaines extrêmement sensibles comme les renseignements financiers, médicaux et la vie privée des enfants; le respect de ces lois imposé par l'État et l'encouragement des efforts du secteur privé pour protéger la vie privée des consommateurs» [in «Compilation of comments received on the report of the Working group on internet governance» (WSIS-II/PC-3/DT/7E), p. 24]. Ces observations peuvent être consultées sur le site Internet de l'IUT, www.itu.int/wsis/docs2/pc3/contributions/co80.doc (consulté le 19 mars 2012).

⁴⁰ La Chambre de commerce internationale joue un rôle de premier plan à cet égard. Voir, par exemple, sa «trousse à outils» des décideurs (*Privacy toolkit: An international business guide for policymakers*), à l'adresse: www.iccwbo.org/policy/ebitt/ (consulté le 19 mars 2012).

⁴¹ Affaire n° C-369/98, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fisher*, arrêt de la Cour du 14 septembre 2000, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 335 du 25 novembre 2000, p. 4. Concernant la directive européenne 95/46/CE, voir la note 30 *supra*.

particulier, au droit à l'intimité de la vie privée, les dispositions de la directive doivent nécessairement être interprétées à la lumière des droits fondamentaux, lesquels font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire. Elle a aussi jugé que:

[L]es articles 6, paragraphe 1, sous c), et 7, sous c) et e), de la directive 95/46 sont directement applicables, en ce sens qu'ils peuvent être invoqués par un particulier devant les juridictions nationales pour écarter l'application des règles de droit interne contraires à ces dispositions⁴².

La Cour européenne des droits de l'homme a expressément reconnu la protection des données à caractère personnel comme un droit fondamental de l'être humain du fait qu'elle s'inscrit dans le droit au respect de la vie privée institué par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴³.

11. Les instruments internationaux ayant ou non force obligatoire, de même que les législations nationales adoptées par les États membres et les décisions judiciaires, révèlent un certain nombre de principes essentiels, à savoir: a) licéité et loyauté de la collecte et du traitement des données; b) exactitude; c) spécification et limitation des finalités; d) proportionnalité; e) transparence; f) participation de l'intéressé, et en particulier droit d'accès; g) non-discrimination; h) responsabilité; i) contrôle et sanction juridique; j) équivalence des données dans le cas des flux transfrontières de données à caractère personnel; k) principe de la possibilité de dérogations.

C. Élaboration d'une proposition à soumettre à l'examen de la Commission

12. Il s'agirait d'élaborer les principes généraux qu'implique la protection des données de caractère personnel. Il ressort d'un aperçu des normes et règles existantes que, malgré la disparité des démarches, un certain nombre de principes essentiels se retrouvent dans la plupart des cas. Les précédents, comme d'autres documents pertinents – traités, législations nationales, décisions judiciaires et instruments sans force obligatoire – indiquent qu'il est possible d'élaborer un ensemble de dispositions qui précisent des questions concernant la protection des données à la lumière de la pratique contemporaine. Cela faciliterait la mise au point d'un ensemble de principes directeurs sur les meilleures pratiques acceptables à l'échelle internationale et serait utile aux gouvernements pour établir leur législation nationale. Ce serait utile aussi à l'industrie pour concevoir des modèles d'autoréglementation. L'élaboration d'une «troisième génération» de principes en matière de vie privée serait de bon augure à l'heure où des

voix de plus en plus nombreuses réclament une réaction de la communauté internationale sur cette question. Ce domaine a beau être technique et spécialisé, la pratique des États n'y est pas encore très vaste, ni parfaitement au point. En recourant à ses méthodes de travail habituelles, la Commission sera sans doute néanmoins en mesure de déceler dans la doctrine et la pratique les tendances naissantes susceptibles de modeler tout régime juridique universel qui finirait par voir le jour.

DÉLIMITER LE CHAMP DU SUJET

13. Il y a un lien entre le respect de la vie privée et la protection des données. Le droit au respect de la vie privée est vieux de plusieurs siècles et il est désormais reconnu et consacré par la Constitution dans un grand nombre de pays⁴⁴, de même que dans des instruments internationaux ayant ou non force obligatoire⁴⁵. Pourtant ce droit n'est pas absolu, et ses paramètres et son périmètre ne sont pas toujours faciles à mesurer et à délimiter. Du double point de vue philosophique et analytique, la vie privée évoque toutes sortes de possibilités et d'idées qui peuvent se ranger dans l'un des groupes suivants: a) espace, b) décision, c) information⁴⁶ et d) inviolabilité des communications – ou recouper n'importe lequel ou lesquels d'entre eux.

14. Malgré les implications et incidences mutuelles qui caractérisent ces quatre groupes, la présente proposition ne vise pas la question générale du respect de la vie privée, mais couvrirait un champ plus étroit et plus restreint sous quatre rapports.

15. En premier lieu, elle serait axée d'abord sur le troisième groupe, à savoir le sous-ensemble «information» de la vie privée, dans lequel il s'agit du droit de regard exercé par l'intéressé sur le traitement de l'information qui le concerne personnellement – son acquisition, sa divulgation et son utilisation⁴⁷, notion commodément dénommée

⁴⁴ En 1361, par exemple, en Angleterre, la loi 34 Edw. 3 c. 1 sur les juges de paix promulguée par Edouard III prévoyait l'arrestation des voyeurs et oreilles indiscrettes; une loi suédoise de 1776 sur les archives publiques exigeait que toute l'information détenue par l'exécutif fût utilisée à des fins légitimes; en 1890, aux États-Unis, Warren et Brandeis écrivaient dans un article intitulé «The law of privacy», paru dans la *Harvard Law Review*, vol. 4, n° 5 (1890), p. 193 à 220, que le droit au respect de la vie privée était «le droit d'être laissé tranquille», de ne pas être importuné par autrui (p. 195). Dans l'affaire *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S.479 (1965), la Cour suprême a donné une interprétation extensive de la Charte des droits (*Bill of Rights*) en affirmant que tout individu a droit en vertu de la Constitution au respect de sa vie privée.

⁴⁵ Art. 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voir aussi les articles V, IX et X de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée par la neuvième Conférence, 1948, Bogota, l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, Rome, l'article 11 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1969, San José, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, 1990, Addis-Abeba, l'article 18 de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam. Voir aussi l'article 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En matière d'éthique médicale, voir, par exemple, le Code de Nuremberg, la Déclaration de Genève de 1948 et la Déclaration d'Helsinki de 1964.

⁴⁶ Voir Kang, loc. cit. (note 5 *supra*), p. 1202 et 1203. Dans *Whalen v. Roe*, 429 U.S.589 (1977), la Cour suprême des États-Unis a étendu la garantie constitutionnelle de la protection de la vie privée à la confidentialité des renseignements personnels.

⁴⁷ Kang, loc. cit. (note 5 *supra*), p. 1203.

⁴² Dans les affaires jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01 (demandes de décision préjudicielle du *Verfassungsgerichtshof* et de l'*Oberster Gerichtshof*): *Rechnungshof* (C-465/100) contre *Österreichischer Rundfunk* et autres et entre *Christa Neukomm* (C-138/01) et *Joseph Lauermann* (C-139/01) et *Österreichischer Rundfunk* («Protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel – Directive 95/46/CE – Protection de la vie privée – Divulgaration des données sur les revenus de salariés d'entités soumises au contrôle du *Rechnungshof*»), arrêt de la Cour du 20 mai 2003, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 171, du 19 juillet 2003, p. 3, par. 2.

⁴³ Voir aussi *Amann c. Suisse*, n° 27798/95, CEDH 2000-II (16 février 2000); *Leander c. Suède*, n° 9248/81, 26 mars 1987, série A n° 116; *Rotaru c. Roumanie*, n° 28341/95, CEDH 2000-V (4 mai 2000); *Turek c. Slovaquie*, n° 57986/00, CEDH 2006-II (14 février 2006).

«gestion loyale des dossiers»⁴⁸. Il serait nécessaire d'examiner les droits que possèdent la personne concernée et les utilisateurs des données.

16. Deuxièmement, l'étude porterait sur la protection à accorder aux moyens de communication, c'est-à-dire aux aspects du quatrième groupe qui ont trait à l'inviolabilité des communications dans la mesure où il y a là un lien avec le souci d'assurer la confidentialité de l'information: sécurité et secret de la correspondance, des relations téléphoniques, mais aussi du courrier électronique et des autres formes de communication par le truchement des TIC. Avec les perfectionnements apportés aux technologies, la possibilité d'avoir accès à l'information qui est dans le domaine public remet en question le paradigme traditionnel du respect de la vie privée comme «protection du jardin secret de chacun»⁴⁹. La sécurité des données, les données de localisation et les données de trafic sont désormais des éléments qui s'inscrivent dans le périmètre de la protection. La sécurité des données s'adresse à leur sécurité matérielle; il s'agit de faire en sorte qu'elles ne soient pas détruites ni trafiquées au lieu où elles se trouvent. De plus, les données sont toujours en mouvement et en constante évolution et souvent confiées à la garde de tiers. Le lieu où l'on se trouve (données de localisation)⁵⁰ et ce qui est adressé à quelqu'un d'autre (données de trafic)⁵¹ sont des éléments dont l'anonymat ne peut plus être garanti. Le genre et la nature de la protection à assurer aux données, qu'elles soient stationnaires ou en circulation, sont des questions qui entreraient dans le champ du sujet. Cela dit, la protection offerte doit être mise en balance avec les outils dont la société aurait besoin pour assurer efficacement la détection et la répression de la délinquance, notamment dans la lutte contre le terrorisme international et la criminalité internationale organisée.

17. Troisièmement, seule serait étudiée la circulation des données personnelles⁵². La circulation transfrontière de données peut faire intervenir différents types

de données, telles que a) données opérationnelles⁵³, b) transactions financières effectives⁵⁴, c) information scientifique ou technique⁵⁵, et d) informations permettant l'identification d'une personne, relatives par exemple au crédit, aux antécédents médicaux, au casier judiciaire ou aux réservations de voyages ou consister simplement en un nom ou un numéro d'identification. Seules les données permettant l'identification personnelle sont censées entrer dans le champ de la présente proposition, encore que ces données puissent aussi se présenter sous forme de transactions opérationnelles ou financières⁵⁶, de même que dans le cadre d'enquêtes scientifiques et techniques, et notamment démographiques.

18. L'information permettant l'identification personnelle peut se rapporter à la personne concernée a) parce que celle-ci en est l'auteur, b) en ce qu'elle décrit ladite personne, ou c) dans la mesure où elle répond à des fins précises d'identification⁵⁷. Ce sont ces aspects-là qui peuvent exiger une protection contre la divulgation. Ce sont des personnes physiques qui sont ordinairement associées à l'information en question, mais dans certains États les personnes morales et d'autres entités peuvent être touchées⁵⁸. Le champ du sujet *ratione personae* déterminerait le traitement à réserver aux entités autres que les personnes physiques.

19. Les mouvements de données comprennent les flux de données circulant parmi les divers acteurs, lesquels peuvent être des gouvernements, des organisations intergouvernementales, des organisations non gouvernementales ou des entités du secteur privé comme les entreprises et les sociétés multinationales, dont certaines assurent un service de traitement de données. Il faudrait tenir compte dans l'étude du sujet de l'éventail des activités menées dans le secteur public ou privé qui peuvent entrer en jeu.

20. Quatrièmement, enfin, la protection des données informatives reconnaît des restrictions et exceptions et des intérêts concurrents. De fait, la protection de la vie privée qu'offrent les constitutions nationales et les décisions

⁴⁸ Epperson, loc. cit. (note 36 *supra*), «La protection des données ne signifie pas que tous ces intérêts afférents au respect de la vie privée soient pleinement protégés. Le terme renvoie moins à une interdiction absolue d'accumulation et d'usage qu'à l'institution de procédures garantissant aux personnes concernées la possibilité de connaître l'existence des données les concernant et les utilisations qui seront faites de ces données.» (p. 160 et 161)

⁴⁹ Solove, «Privacy and power...», loc. cit. (note 1, *supra*), p. 1437.

⁵⁰ Latitude, longitude et altitude du terminal de l'utilisateur, direction du transport, niveau et précision de l'information de localisation, identification de la cellule de réseau et heure à laquelle l'information de localisation a été établie sont autant d'éléments faciles à enregistrer.

⁵¹ Itinéraire, durée, heure ou volume de la communication, protocole utilisé, localisation du terminal de l'expéditeur ou du destinataire, réseau d'où part la communication ou sur lequel elle s'achève, début, fin ou durée d'une communication, mode de transport de la communication sont autant d'éléments faciles à identifier dans le trafic de données.

⁵² E. J. Novotny, «Transborder data flows and international law: a framework for policy-oriented inquiry», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 141 et suiv. Les termes «données» et «information» sont parfois employés comme synonymes. Toutefois, techniquement:

«Données» désigne un ensemble de symboles organisés qui se prêtent au traitement machine et à l'information. Le terme «information» implique une catégorie supérieure de données intelligibles pour l'être humain. Les flux de données transfrontières ont pour but de créer, stocker, extraire et utiliser de l'information; parfois, l'information est réduite à des données à des fins intermédiaires. (p. 144, note 7)

⁵³ Ibid., p. 156. Ces données sont destinées à appuyer les décisions organisationnelles ou entretiennent certaines fonctions administratives.

⁵⁴ Ibid., p. 157. Ces transactions comportent des inscriptions en crédit et en débit et transferts d'argent.

⁵⁵ Ibid., p. 158. Il s'agit des résultats d'expériences, d'enquêtes, de mesures environnementales ou météorologiques ou de statistiques économiques.

⁵⁶ Ibid., p. 157. Voir aussi une action en instance (*Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, n° 62332/00), qui a été déclarée recevable le 20 septembre 2005. La Cour européenne des droits de l'homme devra déterminer si la collecte et le stockage d'informations concernant des personnes physiques qui sont «liées à leurs activités publiques», «déjà dans le domaine public», exactes et recueillies pour des raisons de sécurité nationale peuvent constituer une atteinte au droit au respect de la vie privée. Cela comporte aussi le droit de refuser d'avertir les personnes concernées de toute l'étendue de l'information recueillie. Voir sur cette affaire la décision de la Cour en date du 6 juin 2006, CEDH 2006-VII. Dans son arrêt n° 151/2003 du 27 novembre 2003, *Guomundsdottir v. The States of Islande*, la Cour suprême islandaise se penchait sur la question de la définition des «données personnelles» dans le contexte de données sur l'ADN et de questions de possibilité d'identification à propos d'un parent qui était décédé. Voir R. Gertz, «An analysis of the Icelandic Supreme Court judgment on the Health Sector Database Act», *SCRIPTed - A Journal of law and technology*, vol. 1, n° 2 (juin 2004), p. 241 à 258.

⁵⁷ Kang, loc. cit. (note 5, *supra*), p. 1207 et 1208.

⁵⁸ Novotny, loc. cit. (note 52, *supra*), p. 157.

judiciaires aussi bien que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme admet des possibilités de restrictions et exceptions, sous forme de dérogations ou limitations.

DÉFINITIONS

21. Selon une définition, le flux transfrontière de données est la «transmission électronique de données à travers les frontières politiques à des fins de traitement et/ou de stockage de fichiers [TIC]»⁵⁹. Il faudrait étudier avec soin la question du champ *ratione materiae* du sujet, en particulier pour déterminer si celui-ci ne devrait couvrir que les données informatisées automatiques ou n'importe quel type de données, y compris celles qui sont générées et traitées manuellement, et s'il conviendrait de le définir par la technologie employée ou par n'importe quel type de données en jeu, indépendamment de la technologie.

22. Il serait nécessaire de définir des termes tels que données, personne concernée, utilisateur de données, fichier de données, conservation des données, préservation des données, données permettant l'identification personnelle, données sensibles, données de trafic, données de localisation, circulation transfrontière de données personnelles, traitement des données personnelles, communication, utilisateurs tiers, données d'enregistrement et données transactionnelles, données de flux de saisie (*clickstream*). Les définitions n'ont qu'une valeur illustrative, elles doivent nécessairement tenir compte des progrès technologiques qui adviennent continuellement dans le monde des réseaux.

PRINCIPES FONDAMENTAUX

23. Un certain nombre de principes fondamentaux peuvent être dégagés des changements observés dans ce domaine en l'espace de près de 40 ans. Ce sont les suivants⁶⁰:

– *Licéité et loyauté de la collecte et du traitement.*

Ce principe présuppose que la collecte de données personnelles serait limitée au minimum indispensable. En particulier, ces données ne devraient pas être obtenues de manière illicite ou par des moyens déloyaux.

– *Exactitude.* Le principe de la qualité de l'information est une obligation, mettant en jeu la responsabilité, de faire en sorte que les données soient exactes et si nécessaire complétées et mises à jour pour les fins auxquelles elles sont destinées.

– *Spécification des finalités et limitation.* Suivant ce principe, il faut que la finalité pour laquelle les données sont recueillies soit précisée à la personne concernée. Les données ne doivent pas être divulguées, rendues accessibles ou utilisées d'une autre manière à des fins autres que celles qui ont été précisées. Cela doit se faire avec le consentement ou au su de la personne concernée, ou en vertu de la loi. Tout usage subséquent est limité à cette fin, ou à toute autre fin qui n'est pas incompatible avec elle. Les différences résident dans les démarches retenues par les États. Dans certains cas, l'obligation du consentement est perçue comme une condition préalable.

– *Proportionnalité.* La proportionnalité exige que les mesures nécessaires prises soient proportionnées aux objectifs légitimes poursuivis.

– *Transparence.* Le terme dénote une politique générale d'ouverture aux faits nouveaux, pratiques et politiques en matière de protection des données de caractère personnel.

– *Participation de la personne concernée et, en particulier, droit d'accès.* Ce principe est sans doute le plus important aux fins de la protection des données. La personne concernée devrait avoir accès à ces données – de même qu'à la possibilité de déterminer si le maître du fichier détient ou non des données à son sujet, d'obtenir cette information ou de se la faire communiquer sous une forme, d'une manière et à un coût qui soient raisonnables. Cela cadre avec le droit de toute personne de connaître l'existence de tout fichier de données la concernant et son contenu, de contester ces données et de les faire rectifier, modifier ou effacer.

– *Non-discrimination.* Ce principe signifie que les données appelées à donner lieu à une discrimination illicite et arbitraire ne doivent pas être recueillies. Cela recouvre les informations compilées sur l'origine raciale ou ethnique, la couleur de la peau, la vie sexuelle, les opinions politiques, les croyances religieuses, philosophiques et autres, de même que l'appartenance à une association ou à un syndicat.

– *Responsabilité.* Ce principe recouvre la sécurité des données. Celles-ci doivent être protégées par des mesures raisonnables et appropriées pour éviter leur perte, leur destruction ainsi que leur accès, utilisation, modification ou divulgation sans autorisation – et le maître du fichier devrait avoir à en répondre.

– *Contrôle indépendant et sanctions.* Le contrôle et les sanctions exigent qu'il y ait un mécanisme assurant le respect des garanties fondamentales et de la légalité et celui de l'obligation redditionnelle. Il devrait y avoir une autorité tenue de donner effet aux prescriptions visant la protection des données et d'en répondre.

– *Équivalence des données dans le cas de la circulation transfrontière de données personnelles.* C'est un principe de compatibilité; il est destiné à éviter la création d'obstacles et restrictions injustifiés à la liberté de circulation des données, pour autant que

⁵⁹ International Barriers to Data flows, Background Report, Committee on Interstate and Foreign Commerce, House of Representatives, Ninety-sixth Congress, First session, avril 1979, cité dans Panel on Legal Issues of Transborder Data Transmission, *American Society of International Law Proceedings* (Actes de la Société américaine de droit international), vol. 74 (1980), p. 175.

⁶⁰ Voir, en général, M. D. Kirby, «Transborder data flows and the basic rules of data privacy», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 27 à 66. Voir aussi J. M. Eger, «The global phenomenon of teleinformatics: an introduction», *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), p. 203 à 236. Voir encore Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, United States Department of Health, Education and Welfare, *Records, Computers and the Rights of Citizens* (1973), appendice A, p. 147.

leurs mouvements soient compatibles avec la norme ou jugés adéquats à cette fin.

– *Le principe de la possibilité de dérogations.* Ce principe implique le pouvoir de faire des exceptions et d'imposer des limitations si elles sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques ou pour protéger les droits des tiers.

POSSIBILITÉ DE DÉROGATIONS

24. Si le souci de la vie privée est d'une importance décisive, il n'en doit pas moins être mis en balance avec l'intérêt qui s'attache à d'autres valeurs. La valeur du respect de la vie privée pour éviter les situations embarrassantes, bâtir son intimité et se protéger contre les abus, qui va de pair avec la nécessité de protéger l'individu, doit être mise en balance avec d'autres valeurs contraires, qui vont à l'encontre du droit de regard de chacun sur les renseignements personnels le concernant, comme la nécessité de ne pas dérégler le cours des échanges commerciaux internationaux et intérieurs et la circulation de l'information, l'importance de la manifestation de la vérité et la nécessité de vivre dans un environnement sûr⁶¹. Il y a des restrictions admissibles, par exemple au nom de la sécurité nationale, de l'ordre public⁶², de la santé ou la moralité publiques⁶³, ou en vue de protéger les droits et libertés des tiers, ainsi qu'à cause de la nécessité d'une répression et d'une coopération judiciaire efficaces pour combattre la criminalité au niveau international, et notamment les menaces que font planer le terrorisme international et la criminalité organisée.

25. Il faut que le traitement des données personnelles soit interprété dans le sens des principes qui gouvernent les droits de l'homme⁶⁴. En conséquence, n'importe lequel des objectifs d'intérêt général justifierait une ingérence dans la vie privée dès lors que celle-ci a) est prévue par la loi; b) est nécessaire dans une société démocratique à la poursuite d'objectifs légitimes; et c) n'est pas disproportionnée à l'objectif visé⁶⁵. L'expression «prévue par la loi» va au-delà du formalisme qui impose l'existence d'une base en droit interne, en exigeant que cette

base légale soit «accessible» et «prévisible»⁶⁶. Pour être prévisible, il faut que la norme soit rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne de régler sa conduite⁶⁷.

26. Un certain nombre de questions subsistent dans la pratique des États. La première a trait à la conservation des données et la préservation des données. Dans le cyberspace, il y a deux grands modes de collecte d'informations à caractère personnel: a) la sollicitation directe des utilisateurs (données d'enregistrement et données transactionnelles)⁶⁸, et b) la pratique subreptice consistant à retracer les itinéraires de la navigation des internautes (données de flux de saisie [*clickstream*])⁶⁹. L'une des manières dont les États ont mis le droit à contribution pour surveiller les activités dans le cyberspace à des fins répressives est la promulgation de législations sur la conservation de données⁷⁰. En substance, les fournisseurs d'accès à l'Internet (ISP) sont tenus d'analyser, recueillir et stocker les données de navigation indiquant les activités de leurs clients dans le cyberspace. Cette exigence a suscité des inquiétudes particulières parce qu'elle

«[r]éarchitecture» l'Internet en conférant une plus grande transparence à ce qui était un contexte de relative obscurité. C'est en partie cette manipulation du contexte qui détermine quelles sont les valeurs privilégiées sur l'Internet. Plus précisément, en facilitant le rattachement des actes à des acteurs, la conservation de données rehausse la valeur de l'obligation de rendre des comptes, au détriment d'autres valeurs, comme l'intimité de la vie privée et l'anonymat⁷¹.

27. Par rapport à la conservation des données, la préservation des données est d'une portée plus restreinte comme moyen de permettre aux services répressifs de préserver des enregistrements et autres pièces à propos d'un client déterminé faisant l'objet d'une enquête en attendant une décision de justice⁷². La protection des données personnelles sous une forme qui permet d'identifier la personne concernée peut parfois exiger qu'une fois la finalité devenue caduque les données soient détruites, dûment archivées ou traitées pour réidentification. Plus longtemps les

⁶¹ Voir, en général, C. Crump, «Data retention: privacy, anonymity and accountability online», *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), p. 191 à 229.

⁶² Voir, par exemple, la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, adoptée le 23 novembre 2001 à Budapest.

⁶³ L'UNESCO, par exemple, avait adopté le 11 novembre 1997 la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (UNESCO, *Actes de la Conférence générale, vingt-neuvième session*, vol. I, *Résolutions*, résolution 16), entérinée par l'Assemblée générale le 9 décembre 1998 dans sa résolution n° 53/152. Voir aussi la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine de 1997 et le Protocole additionnel à cette même convention de 1998.

⁶⁴ Affaires jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01 (note 42, *supra*).

⁶⁵ *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I, arrêt du 21 janvier 1999. Dans l'examen de la proportionnalité, par exemple, il est tenu compte de la mesure dans laquelle les données touchent la vie privée. Celles qui ont trait à l'intimité de la vie privée, à la santé, à la vie familiale ou à la sexualité doivent être protégées plus vigoureusement que celles qui se rapportent aux revenus et aux impôts car, tout en étant elles aussi personnelles, ces dernières concernent l'identité dans une moindre mesure et sont de ce fait moins sensibles.

⁶⁶ *Amann c. Suisse* (note 43, *supra*), par. 55 à 64.

⁶⁷ *Malone c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 août 1984, CEDH, série A n° 82, p. 31 et 32.

⁶⁸ Solove, «Privacy and power...», loc. cit. (note 1, *supra*), p. 1408.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 1411.

⁷⁰ Voir, par exemple, la décision n° 2004/535/CE de la Commission des Communautés européennes du 14 mai 2004 (note 31, *supra*). En Suisse, les fournisseurs de services d'accès à l'Internet sont tenus par la loi d'enregistrer l'heure, la date, l'identité de l'expéditeur et l'identité du destinataire de tous les courriels. L'Espagne exige aussi d'eux qu'ils conservent durant un an certains types de données concernant leurs clients. Voir aussi la directive 2004/24/CE du Parlement européen et du Conseil de 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE (note 30, *supra*).

⁷¹ C. Crump, loc. cit. (note 61, *supra*), p. 194.

⁷² Aux États-Unis, la loi de 2001 dite *Patriot Act* (*The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*) a institué une multitude de modifications de la législation existante en vue d'accroître les pouvoirs d'instruction et de surveillance des services répressifs. Les lois qu'elle a modifiées sont les suivantes: *The Wiretapping Statute*, *Electronic Communications Privacy Act*, *Computer Fraud and Abuse Act*, *Foreign Intelligence Surveillance Act*, *Family Education Rights and Privacy Act*, *Pen Register and Trap and Trace Statute*, *Money Laundering Act*, *Immigration and Nationality Act*, *Money Laundering Control Act*, *Bank Secrecy Act*, *Right to Financial Privacy Act*, *Fair Credit Reporting Act*.

données sont conservées, ou plus le mandat de conservation est général, plus on peut nourrir de craintes pour le respect de la vie privée au regard des principes relatifs aux droits de l'homme.

28. Un autre aspect de la question, qui est lié au précédent, est la possibilité pour les gouvernements d'avoir accès aux bases de données privées et publiques, leur aptitude à acheter à des fins répressives de l'information sur des personnes physiques contenue dans des bases de données privées. Bien souvent, ces bases de données sont constituées spontanément et partagées spontanément avec les pouvoirs publics⁷³.

29. Il sera peut-être nécessaire de voir quelles garanties permettraient de s'assurer que la conservation ou la préservation de données et la possibilité d'avoir accès à des bases de données n'aient pas pour effet en pratique de vider de son sens le respect de la vie privée.

30. Il est également admis qu'il existe des limites à l'utilisation de fichiers pour l'établissement de statistiques,

⁷³ Voir, en général, D. J. Solove, «Digital dossiers and the dissipation of Fourth Amendment privacy», *Southern California Law Review*, vol. 75 (2002), p. 1083 à 1167. Dans un article paru dans le *New York Times* du mardi 21 mars 2006, p. B.6, sous le titre «Librarian is still John Doe, despite Patriot Act revision», l'auteur note que 30 000 lettres dites de sécurité nationale sont envoyées chaque année pour exiger les dossiers des usagers des bibliothèques. Voir aussi *John Doe; American Civil Liberties Union; et American Civil Liberties Union Foundation v. Attorney-General, et al.*, United States Southern District Court of New York, opinion, décision et ordonnance du juge Victor Marrero.

pour la recherche scientifique, l'activité journalistique ou l'expression artistique ou littéraire. L'importance de la manifestation de la vérité et celle de la liberté de circulation de l'information nécessitent un traitement différent de certains fichiers de données, même s'il peut y avoir un rapport avec les données permettant l'identification personnelle. L'utilisation de fichiers pour la recherche statistique, technique ou scientifique, l'activité journalistique ou l'expression artistique ou littéraire entre dans cette catégorie. Le droit d'accès à l'information peut être soumis à des restrictions, à condition que celles-ci soient prévues par la loi et absolument nécessaires pour assurer le respect des droits et de la réputation des tiers ou la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la santé ou la moralité publiques.

ADÉQUATION/ÉQUIVALENCE DES DONNÉES

31. Le transfert de données d'un État à un autre État soulève des questions de sécurité et de protection: il faut déterminer si et dans quelles circonstances un transfert devrait avoir lieu quand l'autre État n'est pas capable de garantir des niveaux de protection adéquats, quel serait le droit applicable et comment faire face aux problèmes qui se poseraient. En conséquence, il faudra peut-être faire une certaine place dans le cadre du sujet au traitement des questions d'adéquation des données ou d'équivalence des données.

32. On trouvera dans l'appendice ci-après, à titre indicatif seulement, un aperçu des questions qui pourraient devoir être traitées.

Appendice

Champ. Protection des données personnelles et inviolabilité des communications privées:

– *Champ* *ratione personae*: données de caractère personnel.

– *Champ* *ratione materiae*: secteurs privé et public; voir s'il convient de retenir les organisations internationales.

– *Exclusions possibles*: activités purement personnelles et domestiques.

Définitions. Données; personne concernée; utilisateur de données; fichier de données; conservation des données; préservation des données; données permettant l'identification personnelle; données sensibles; données de trafic; données de localisation; circulation transfrontière des données de caractère personnel; traitement des données de caractère personnel; communication; utilisateurs tiers; données d'enregistrement et données transactionnelles; données dites de flux de saisie ou de navigation (*clickstream*).

Principes cardinaux. Licéité et loyauté de la collecte et du traitement des données; exactitude; spécification des finalités et limitation; proportionnalité; transparence; participation individuelle, et en particulier droit d'accès des personnes physiques; non-discrimination; responsabilité; contrôle indépendant et sanction juridique; équivalence des données dans le cas de la circulation transfrontière de données personnelles; possibilité de dérogations.

Restrictions au droit d'accès. Protection de l'ordre public; défense et sûreté de l'État; santé publique, et ainsi de suite.

Confidentialité et sécurité. Confidentialité des communications; sécurité des données sensibles.

Droits de la personne concernée. Être informée; ne pas accorder son autorisation; droit d'accès, de rectification, d'opposition au traitement des données pour un motif légitime et de recours.

Traitement des données. Loyauté et licéité; obligation de rendre des comptes.

Critères du traitement légitime des données. Autorisation; obligation contractuelle; autre obligation juridique; nécessité de protéger un intérêt vital de la personne concernée; nécessité dans l'intérêt général; nécessité aux fins d'un intérêt légitime.

Exceptions et limitations. Sécurité nationale; défense; sûreté publique; répression; impératifs budgétaires et fiscaux et bien-être économique; protection de la personne concernée et des tiers:

– Élaboration des politiques (recensement, registres de l'état civil, enquêtes); recherche scientifique et statistiques; journalisme et activités artistiques.

– Sanctions et recours: administratifs; judiciaires.

– Adéquation du niveau de protection transfrontière: principe de l'adéquation; détermination de l'adéquation; dérogations.

– Mise en œuvre: législation; réglementation; autoréglementation.

Bibliographie sommaire

ALL EUROPEAN ACADEMIES

Privacy protection in the information society, Amsterdam, Allea, 2002.

BAUCHNER, J. S.

«State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: A case study of the privacy debate», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), p. 689-722.

BAUCHNER, J. S. et R. RAMANI

International regulatory devices: Legal research guides to the EU data protection Directive and the Convention on biological diversity, Buffalo (New York), Hein, 2001.

BEARDWOOD, J. et D. FABIANO

«Approaches to “extra-jurisdictional” data transfers in Canadian and European outsourcing: a comparative approach», *Computer Law Review International*, vol. 6 (2005), p. 166-177.

BECKER, R. K. A.

«Transborder data flows: Personal Data – Recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development concerning Guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data, O.E.C.D. Doc. C(80)58 (Oct. 1, 1980), *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), pp 241-247.

BELLEIL, A.

E-privacy – Le marché des données personnelles: protection de la vie privée à l’âge d’Internet, Paris, Dunod, 2001.

BERGKAMP, L.

European Community law for the new economy, Anvers/Oxford/New York, Intersentia, 2003.

BEYLEVELD, D et al. (éd.)

The data protection Directive and medical research across Europe, Burlington (Vermont), Ashgate, 2004.

BIGNAMI, F.

«Transgovernmental networks vs. democracy: the case of the European information privacy networks», *Michigan Journal of International Law*, vol. 26 (2005), p. 807-868.

BING, J.

«The Council of Europe Convention and the OECD guidelines on data protection», *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), p. 271-303.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL

Protection des données personnelles des travailleurs, Genève, Bureau international du Travail, 1997.

BOTHE, M.

«Transborder data flows: Do we mean freedom or business?», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), p. 333-344.

«Data, transborder flow and protection», in R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 950-961.

BOURGEOS, C.

«L’anonymat et les nouvelles technologies de l’information», Université René Descartes (Paris 5), thèse dirigée par J. Huet, 2003.

BOYLE, D. C.

«Proposal to amend the United States privacy Act to extend its protections to foreign nationals and non-resident aliens», *Cornell International Law Journal*, vol. 22 (1989), p. 285-305.

BRULIN, H.

«La protection des données: quête et errements dans le troisième pilier», *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 133-152.

BURKE M. E. et al.

«Information services, technology, and data protection», *International Lawyer*, vol. 39 (2005), p. 403-416.

CARR, J. G.

«Wiretapping in West Germany», *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), p. 607-645.

CHASSIGNEUX, C.

«L’encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne», Université de Panthéon-Assas (Paris 2) et Université de Montréal, thèse dirigée par P. Trudel et J. Huet, 2003.

CHATILLON, G. (dir.)

Le droit international de l’Internet: actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l’Université Paris I Panthéon Sorbonne et l’Association Arpeje, Bruxelles, Bruylant, 2003.

CHENE, T.

«La protection des données personnelles face aux fichiers des renseignements généraux», Université Panthéon-Assas (Paris 2), mémoire de DESS Droit du multimédia et de l’informatique, dirigé par G. Kostic, 2005.

CHUNG, C.-M. et I. SHIN

«On-line data protection and cyberlaws in Korea», *Korean Journal of International and Comparative Law*, vol. 27 (1999), p. 21-43.

COMMISSION NATIONALE DE L’INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS

Voix, image et protection des données personnelles, Paris, La Documentation française, 1996.

CRUMP, C.

«Data retention: Privacy, anonymity, and accountability online», *Stanford Law Review*, vol. 56, n° 1 (2003), p. 191-229.

DAMON, L. J.

«Freedom of information versus national sovereignty: the need for a new global forum for the resolution of transborder data flow problems», *Fordham International Law Journal*, vol. 10, n° 2 (1986), p. 262-287.

DANIEL-PACZOSA, A.

«Data protection and the right to privacy in the United States and West Germany», *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1987), p. 154-163.

DE GRAAF, F.

«The protection of privacy in Dutch law», *Human Rights*, vol. 5 (1975-1976), p. 177-192.

DE SCHUTTER, B.

«Data protection in the area of freedom, security and justice», *Collegium*, n° 22 (2001), *Proceedings of the Conference integrated security in Europe: A democratic perspective*, Bruges, 14-17 November 2001, p. 51-55.

- DE SCHUTTER, O.
«Article II-68 – Protection des données à caractère personnel», in L. Burgorgue-Larsen *et al.*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 122-152.
- DEMPSEY, J. X. et L. M. FLINT
«Commercial data and national security», *George Washington Law Review*, vol. 72 (2004), p. 1459-1502.
- DHONT, J. et M. V. PEREZ ASINARI
«New physics and the law. A comparative approach to the EU and US privacy and data protection regulation», in F. R. van der Mensbrughe (éd.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Presses universitaires de Namur, 2003, p. 67-97.
- DI LASCIO, T.
«How safe is the safe harbor? U.S. and E.U. data privacy law and the enforcement of the FTC's safe harbor program», *Boston University International Law Journal*, vol. 22 (2004), p. 399-424.
- DURKA W. *et al.* (panel)
«Legal issues of transborder data transmission», *American Society of International Law, Proceedings of the 74th annual meeting*, vol. 74 (1980), p. 175-190.
- EASTERBROOK, F. H.
«Cyberspace and the law of the horse», *University of Chicago Legal Forum* (1996), p. 207-216.
- EGER, J. M.
«The global phenomenon of teleinformatics: An introduction», *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), p. 203-236.
- EGUIGUREN PRAELI, F. J.
«El hábeas data y su desarrollo en el Perú», in Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio, vol. 1, San José, Corte interamericana de derechos humanos, 1998, p. 611-625.
- ELMAJZOUB, M.
«La gestion des données personnelles dans le secteur de la police en Europe», Université Montpellier I, UFR Droit, thèse dirigée par J. Frayssinet, 2004.
- EPPERSON, G. M.
«Contracts for transnational information services: Securing equivalency of data protection», *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), p. 157-175.
- ESTADELLA-YUSTE, O.
«The draft directive of the European Community regarding the protection of personal data», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), p. 170-179.
- EVANS, A. C.
«European data protection law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), p. 571-605.
- FENOLL-TROUSSEAU, M.-P. et G. HAAS
Internet et protection des données personnelles, Paris, Litec, 2000.
- FISHMAN, W. L.
«Introduction to transborder data flows», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 1-26.
«Some policy and legal issues in transborder data flow», *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), p. 179-188.
- FRAZIER, L. E.
«Extraterritorial enforcement of Pipeda: A multi-tiered analysis», *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 203-225.
- GAO, F.
«The e-commerce legal environment in China: Status quo and issues», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18 (2004), p. 51-75.
- GARCIA BELAUNDE, D.
«El Habeas data y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)», in Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio, vol. 1, San José, Corte interamericana de derechos humanos, 1998, p. 715-722.
- GERARDS, J. H., A. W. HERINGA et H. L. JANSSEN
Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective, Anvers, Intersentia, 2005.
- GEVERS, S.
«Human tissue research with particular reference to DNA banking», in J. K. M. Gevers, E. H. Hondius et J. H. Hubben (éd.), *Health law, human rights and the biomedicine convention: Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 231-244.
- GILBERT, F.
«Emerging issues in global AIDS policy: Preserving privacy», *Whittier Law Review*, vol. 25 (2003), p. 273-306.
- GOEMANS, C. et J. DUMORTIER
«Enforcement issues – Mandatory retention of traffic data in the EU: Possible impact on privacy and on-line anonymity», in C. Nicoll, J. E. J. Prins et M. J. M. van Dellen (éd.), *Digital anonymity and the law: Tensions and dimensions*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 161-183.
- GOURAS, E. K.
«The reform of West German data protection law as a necessary correlate to improving domestic security», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1985-1986), p. 597-621.
- GROETKER, R.
«Looking for Mohammed: Data screening in search of terrorists», in G. Meggle *et al.*, *Ethics of terrorism & counter-terrorism*, Francfort, Ontos, 2005, p. 301-318.
- GUBITZ, A. S.
«The U.S. aviation and transportation security Act of 2001 in conflict with the E.U. data protection laws: How much access to airline passenger data does the United States need to combat terrorism?», *New England Law Review*, vol. 39 (2004-2005), p. 431-475.
- HEISENBERG, D.
Negotiating privacy: The European Union, the United States, and personal data protection, Boulder (Colorado), Lynne Rienner, 2005.
- HERRAN ORTIZ, A. I.
El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.
- HETCHER, S.
«Changing the social meaning of privacy in cyberspace», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2001-2002), p. 149-209.
- HONDIUS, F. W.
«Data law in Europe», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 87-111.
Emerging data protection in Europe, Amsterdam, North Holland Publishing Co., 1975.
- HOOFNAGLE, C. J.
«Big Brother's little helpers: How ChoicePoint and other commercial data brokers collect and package your data for law enforcement», *North Carolina Journal of international Law and Commercial Regulation*, vol. 29 (2003-2004), p. 595-637.
- INSTITUT INTERNATIONAL D'ADMINISTRATION PUBLIQUE (éditeur scientifique)
La protection des données personnelles, Paris, Institut international d'administration publique, 1999.
- IVASCANU, D.
«Legal issues in electronic commerce in the Western Hemisphere», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17 (2000), p. 219-255.

- KANG, J.
«Information privacy in cyberspace transactions», *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997-1998), p. 1193-1294, notamment p. 1193-1220.
- KIRBY, J. M. D.
«Transborder data flows and the “basic rules” of data privacy», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 27-66.
- KOSSICK, R.
«The Internet in Latin America: New opportunities, developments, & challenges», *American University International Law Review*, vol. 16 (2000-2001), p. 1309-1341.
- LEHDONVIRTA, V.
«European Union data protection directive: Adequacy of data protection in Singapore», *Singapore Journal of Legal Studies* (2004), p. 511-546.
- LEMAY, V.
«La protection des données personnelles face aux nouvelles conditions d'entrée aux États-Unis», mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II, dirigé par G. Kostic, 2004.
- LESSIG, L.
«The law of the horse: What cyberlaw might teach», *Harvard Law Review*, vol. 113 (1999-2000), p. 501-549.
- LIPOWICZ, I.
«Right to information versus data protection: a challenge for modern constitution and modern society», in G. Amato, G. Braibant et E. Venizelos (éd.), *The Constitutional Revision in Today's Europe*, Londres, Esperia, 2002, p. 479-482.
- LOBATO DE FARIA, M. P. M. G.
Données génétiques informatisées: un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé, Ville-neuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1999.
- LOWTHER, R.
«U.S. privacy regulations dictated by EU law: How the healthcare profession may be regulated», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), p. 435-454.
- LUJAN FAPPIANO, O.
«Habeas data: una aproximación a su problemática y a su posible solución normativa», in *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Corte interamericana de derechos humanos, 1998, p. 643-666.
- MANLEY, T. J. et S. M. HOBBY
«Globalization of work: Offshore outsourcing in the IT age», *Emory International Law Review*, vol. 18 (2004), p. 401-419.
- MARCELIN, F.
«La protection des données personnelles et la régulation conventionnelle», Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, thèse dirigée par J.-M. Bruguière, 2002.
- MARKS, S. p.
«Tying Prometheus down: The international law of human genetic manipulation», *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), p. 115-136.
- MARLIAC-NEGRIER, C.
La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, vol. 1, 2001.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V.
«The shape of governance: Analyzing the world of Internet regulation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), p. 605-673.
- MERL, S. R.
«Internet communication standards for the 21st century: International terrorism must force the U.S. to adopt “carnivore” and new electronic surveillance standards», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 27 (2001-2002), p. 245-284.
- MINISTÈRE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT (P. TRUCHE, J.-P. FAUGÈRE et P. FLICHY)
Administration électronique et protection des données personnelles: livre blanc, Paris, La Documentation française, 2002.
- MONCAYO VON HASE, A.
«El comercio electrónico: problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional», in C. M. Correa (éd.), *Derecho del comercio internacional: acuerdos regionales y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, p. 275-342.
- MONNIER, G.
Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média: droit suisse de la personnalité; aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure, Berne, Stämpfli, 1999.
- MUÑOZ, R.
«La protection des données des passagers», *Revue du droit de l'Union européenne* (2004), p. 771-795.
- NGUY, Van N.
«Using architectural constraints and game theory to regulate international cyberspace behavior», *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), p. 431-463.
- NOVOTNY, E. J.
«Transborder data flows and international law: A framework for policy-oriented inquiry», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 141-180.
- OBLE-LAFFAIRE, M.-L.
Protection des données à caractère personnel, Paris, Éditions d'Organisation, 2005.
- ORENGO, E.
«La protection des personnes dans le cadre des flux transfrontières de données personnelles», Université Panthéon-Assas (Paris 2), thèse dirigée par J. Huet et G. Kostic, 2002.
- PAGE, G.
Le droit d'accès et de contestation dans le traitement des données personnelles: étude de base en droit privé suisse et américain, Zurich, Schulthess, 1983.
- PALAZZI, P. A.
La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad: Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- PEREZ ASINARI, M. V.
«Legal constraints for the protection of privacy and personal data in electronic evidence handling», *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18 (2004), p. 231-250.
- PERRIN, J.-F.
«La notion d'“effectivité” en droit européen, international et comparé de la protection des données personnelles», in R. Bieber, *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Genève, Librairie Droz, 2002, p. 197-208.
- PIERRE-BEAUSSE, C.
La protection des données personnelles, Luxembourg, Éditions Promoculture, 2005.
- PLOEM, C.
«Freedom of research and its relation to the right to privacy», in J. K. M. Gevers, E. H. Hondius et J. H. Hubben (éd.), *Health law, human rights and the biomedicine convention: Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 161-173.

- POOL, I. de S. et R. J. SOLOMON
«Intellectual property and transborder data flows», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 113-139.
- POULLET, Y. et M. V. PERES ASINAN
«Données des voyageurs aériens: le débat Europe – États-Unis», in *Journal des tribunaux: Droit européen*, n° 102 (2004), p. 266-274.
- QUILLERE-MAJZOUB, F.
«Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne: l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen?», *Journal du droit international*, vol. 132 (2005), p. 609-635.
- REHDER, J. et E. C. COLLINS
«The legal transfer of employment-related data to outside the European Union: Is it even still possible?», *International Lawyer*, vol. 39 (2005), p. 129-160.
- RENARD, A.
«Les enjeux mondiaux de la protection des données personnelles dans le cadre de la communication en ligne», Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), mémoire de DESS Gestion européenne et internationale, 2002.
- RIBS, J.
«20 ans de protection des données, ou Les droits de l'homme de la troisième génération», in *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelone, Bosch, 1998, p. 597-611.
- SALBU, S. R.
«Regulation of borderless high-technology economies: Managing spillover effects», *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), p. 137-153.
- SAUVANT K. P. *et al.* (panel)
«Trade in services: The case of transborder data flows», *American Society of International Law, Proceedings of the 79th Annual meeting*, vol. 79 (1985), p. 246-260.
- SEITZ, N.
«Transborder search: A new perspective in law enforcement?», *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 7 (2004-2005), p. 23-50.
- SÉNAT, SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES, DIVISION DES ÉTUDES DE LÉGISLATION COMPARÉE
«La protection des données personnelles», *Études de législation comparée*, n° 62 (octobre 1999), Paris, Sénat.
- SHAFFER, G.
«Globalization and social protection: The impact of EU and international rules in the ratcheting up of U.S. privacy standards», *Yale Journal of International Law*, vol. 25 (2000), p. 1-88.
«The power of EU collective action: the impact of EU data privacy regulation on US business practice», in P. S. Berman (éd.), *The globalization of international law*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 497-515.
- SIEGENTHALER, J.
«La protection des données à caractère personnel en Europe: spécificités de l'Union européenne et régime suisse», in T. Balmelli (éd.), *La Suisse saisie par l'Union européenne: thèmes choisis sur le droit et les politiques de l'UE*, Fribourg, Edis, 2003, p. 213-249.
- SIEMEN, B.
«The EU-US agreement on passenger name records and EC-Law: Data protection, competences and human rights issues in international agreements of the Community», *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004), p. 629-665.
- SIHANYA, B.
«Infotainment and Cyberlaw in Africa: Regulatory Benchmarks for the Third Millennium», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), p. 583-640.
- SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE
«La protection des données personnelles (troisièmes Journées franco-suisse, Dijon, 13-15 octobre 1986)», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n° 3 (1987).
- SOLOVE, D. J.
«Privacy and power: Computer databases and metaphors for information privacy», *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), p. 1393-1462.
- SOMA, J. T., S. D. RYNERSON et B. D. BEALL-EDER
«An analysis of the use of bilateral agreements between transnational trading groups: the U.S./EU e-commerce privacy safe harbor», *Texas International Law Journal*, vol. 39 (2003-2004), p. 171-214.
- SUSSMANN, M. A.
«The critical challenges from international high-tech and computer-related crime at the millennium», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9 (1998-1999), p. 451-489.
- SWIRE, P. P. et R. E. LITAN
None of your business: World data flows, electronic commerce, and the european privacy Directive, Washington DC, Brookings Institution Press, 1998.
- TABATONI, p. (dir. publ.)
La protection de la vie privée dans la société d'information, Paris, Presses universitaires de France, 2002.
- TAUSSIG, E. A.
«European Union data protection Directive», in A. P. Morriss et S. Estreicher, *Cross-border human resources, labour and employment issues: Proceedings of the New York University 54th Annual Conference on labour*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 327-337.
- TURN, R.
«Privacy protection and security in transnational data processing systems», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), p. 67-86.
- WAKANA, J. M.
«The future of online privacy: A proposal for international legislation», *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 26 (2003-2004), p. 151-179.
- WALDEN, I.
«Anonymising personal data under European law», in C. Nicoll, J. E. J. Prins et M. J. M. van Dellen (éd.), *Digital anonymity and the law: Tensions and dimensions*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 147-159.
- YARN, D.
«The development of Canadian law on transborder data flow», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), p. 825-855.
- ZGAJEWSKI, T.
«L'échange des données personnelles des passagers aériens entre l'Union européenne et les États-Unis: une mise en lumière des faiblesses de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme», *Studia diplomatica*, vol. 57 (2004), p. 117-158.

Annexe V

LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

(Secrétariat)

A. Le contexte général

1. Jusqu'ici, l'État s'était toujours borné à exercer sa compétence à l'égard des personnes, des biens et des actes essentiellement à l'intérieur de son territoire et dans les situations assez exceptionnelles où ses nationaux voyageaient au-delà de ses frontières. Aujourd'hui, l'exercice par l'État d'une compétence extraterritoriale à l'égard de personnes, de biens ou d'actes hors de son territoire est devenu un phénomène de plus en plus courant, sous l'influence surtout des facteurs suivants: *a)* l'augmentation des mouvements de personnes au-delà des frontières nationales¹; *b)* le nombre croissant des sociétés multinationales; *c)* la globalisation de l'économie mondiale², y compris l'activité bancaire internationale et les marchés financiers internationaux; *d)* l'essor des activités criminelles transnationales, trafic de drogues, blanchiment d'argent, délits d'initié ou autres fraudes en valeurs mobilières et terrorisme international; *e)* l'expansion des migrations clandestines³; *f)* le recours croissant à l'Internet à travers les frontières nationales à des fins licites ou illicites comme les contrats électroniques, le commerce électronique et la cybercriminalité.

2. En exerçant sa compétence extraterritoriale, l'État tente de régler par la législation nationale l'activité juridictionnelle ou l'exécution forcée, les comportements de personnes, les biens ou les actes qui, au-delà de ses frontières, le lèsent dans ses intérêts, en l'absence d'une telle réglementation jouant ce rôle en droit international. L'exercice de cette compétence tend à être plus courant dans le cas de certaines branches du droit interne, où les personnes, les biens ou les actes hors du territoire de l'État sont davantage appelés à léser ses intérêts, aux premiers rangs desquelles le droit pénal et le droit commercial.

3. Sur «la compétence extraterritoriale», la pratique des États en est à un stade avancé, et le sujet est concret. Bien que la codification apparaisse nécessaire, certains se demanderont peut-être si la pratique est suffisamment

uniforme ou répandue pour justifier un effort de codification à l'heure actuelle. Or, à en juger par l'évolution récente à cet égard, on peut penser qu'il y a une convergence dans la pratique vers une vision plus uniforme du droit. Au surplus, les innovations dans le secteur des télécommunications et des transports font de la codification et du développement progressif des limites de la compétence extraterritoriale des États un exercice aussi opportun qu'important.

B. Aperçu succinct des normes et règles existantes

1. LA NOTION DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

4. On peut considérer que la notion de compétence extraterritoriale s'entend de l'exercice de l'autorité ou du pouvoir souverain de l'État hors de son territoire. Elle présente trois aspects qui demanderont sans doute à être examinés, à savoir, la compétence, l'extraterritorialité et le droit applicable.

5. Par compétence de l'État, on peut entendre de manière générale l'autorité ou le pouvoir souverain de l'État⁴. Plus précisément, la compétence de l'État peut se diviser en trois catégories, la compétence normative, la compétence juridictionnelle et la compétence d'exécution⁵. Le terme compétence normative désigne le pouvoir de l'État d'adopter une législation prévoyant

⁴ Voir, par exemple, B. H. Oxman, «Jurisdiction of States», in R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, p. 55 à 60, notamment p. 55.

⁵ «Le terme "compétence" sert le plus souvent à décrire le pouvoir légitime de l'État de définir et faire respecter les droits et les devoirs, ainsi que de régler les comportements, des personnes physiques et morales. L'État exerce sa compétence en établissant des règles (ce que l'on appelle parfois l'exercice de sa compétence législative ou normative), en définissant les procédures applicables pour déterminer les manquements aux règles et les conséquences précises qui en découlent (la compétence juridictionnelle) et en imposant par la contrainte des conséquences comme la perte de la liberté ou des biens pour les violations ou, en attendant la décision de justice, les violations alléguées des règles (la compétence d'exécution, dite aussi parfois d'exécution "forcée" ou "exécutive").» [Oxman, loc. cit. (note 4, *supra*), p. 55.] Voir aussi R. O'Keefe, «Universal jurisdiction», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), p. 736 à 740; F. A. Mann, «The doctrine of jurisdiction in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964-I*, vol. 111, p. 1 à 62; D. W. Bowett, «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», *The British Year Book of International Law*, 1982, vol. 53, p. 1 à 26, voir p. 1; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford University Press, 2003, p. 297; et M. N. Shaw, *International Law*, 4^e éd., Cambridge University Press, 1997, p. 452; voir, parmi les auteurs de langue française, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 501 et 504, par. 334 et 336; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 78 et suiv.; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 343 et suiv.

¹ «Depuis 1965, le nombre des migrants internationaux a doublé. En l'an 2000, il y en avait à peu près 175 millions de par le monde.» [J.-D. Gerber, «Foreword», in Alexander T. Aleinikoff et V. Chetail (dir. publ.), *Migration and international legal norms*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, p. vii.]

² «Le processus de mondialisation a transformé le monde. Les pays, les sociétés et les cultures des différentes régions du monde deviennent de plus en plus intégrés et interdépendants. Les nouvelles technologies permettent de transférer rapidement des capitaux, biens, services, informations et idées d'un pays ou d'un continent à un autre.» (*Les migrations dans un monde interconnecté: Nouvelles perspectives d'action*, Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales, octobre 2005, p. 1, par. 1 et 2.)

³ «On estime que, chaque année, 2,5 à 4 millions de migrants franchissent les frontières internationales sans autorisation.» (Ibid., p. 85.)

des normes de conduite qui régissent les personnes, les biens ou les comportements. La compétence juridictionnelle renvoie au pouvoir de l'État de déterminer les droits des parties en vertu de son droit dans une affaire déterminée. Quant à la compétence d'exécution, elle s'entend du pouvoir de l'État d'imposer le respect de son droit. L'examen des divers types de compétence peut être important pour deux raisons. En premier lieu, la validité internationale de l'exercice de la compétence normative pour l'adoption d'une loi est la condition de validité de l'exercice de la compétence juridictionnelle ou d'exécution relativement à cette loi⁶. Deuxièmement, les conditions de licéité de l'exercice de différents types de compétence peuvent varier⁷. L'ingérence que peut entraîner l'exercice extraterritorial de la compétence normative est moindre que celle qui découlerait de celui de la compétence juridictionnelle ou de la compétence d'exécution.

6. La notion d'extraterritorialité s'entend relativement à un État comme recouvrant la sphère située au-delà de son territoire, c'est-à-dire de son sol, ses eaux intérieures, sa mer territoriale et l'espace aérien surjacent. La sphère située au-delà du territoire de l'État peut entrer dans le territoire d'un autre État ou se trouver en dehors de la juridiction territoriale de tout État, s'il s'agit de la haute mer et de l'espace aérien surjacent⁸ ou de l'espace⁹. Dans une perspective pratique aussi bien que juridique, les organes de l'État ne remplissent généralement les fonctions législative, juridictionnelle ou d'exécution que sur le territoire de l'État¹⁰. Les principes

⁶ «Si la compétence au fond sort des limites de la licéité, toute compétence d'exécution qui en découlerait est illicite.» [Brownlie, op. cit. (note 5, *supra*), p. 308]; «Il est très généralement admis que l'État ne peut pas imposer l'application de ses règles à moins qu'il ne soit compétent pour les édicter.» [Oxman, loc. cit. (note 4, *supra*), p. 55]; «Un État peut recourir à des mesures judiciaires ou autres pour induire ou forcer le respect ou punir le non-respect de ses lois ou règlements, à condition qu'il soit compétent pour [les] édicter...» [*Restatement of the Law Third, Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, p. 321, par. 431 (1)]. En ce qui concerne le droit pénal, «[u]n tribunal ne saurait exercer sa compétence à l'égard d'un délit sur lequel la Constitution n'autoriserait pas les États-Unis (ou un État des États-Unis) à légiférer.» [Ibid., par. 422, observation c.) Il y a des vues divergentes au sujet de la distinction entre le deuxième et le troisième types de compétence, étant donné les rapports étroits qui existent entre les deux. Voir, par exemple, à propos de la compétence juridictionnelle, R. Y. Jennings et A. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992, vol. I, *Peace*, p. 456; M. Akehurst, «Jurisdiction in international law», *The British Year Book of International Law, 1972-1973*, vol. 46, p. 145 et suiv.; et Oxman, loc. cit. (note 4, *supra*), p. 55.

⁷ «Ces distinctions peuvent être importantes pour déterminer les limites de la compétence. Les contacts avec un État qui sont nécessaires pour justifier l'exercice de la compétence diffèrent selon la nature de la compétence qui est exercée.» [Oxman, loc. cit. (note 4, *supra*), p. 55].

⁸ Cette question est en majeure partie régie par des traités, tels l'article 8 du Traité de Montevideo sur le droit pénal international, de 1940, les articles 1, 3 et 4 de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives à la compétence pénale en matière d'abordage et autres événements de navigation de 1952; les articles 5, 6 et 11 de la Convention sur la haute mer de 1958; les articles 19 et 21 de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958.

⁹ Il convient cependant de noter que le droit de l'espace constitue une branche à part du droit international, qui n'aurait pas sa place dans l'étude du présent sujet.

¹⁰ Dans des cas exceptionnels, un tribunal d'un État peut siéger sur le territoire d'un autre État en vertu d'un accord entre les États intéressés. Voir l'*Affaire de l'incident aérien de Lockerbie*, résolution 1192

du droit international relatifs à l'intégrité territoriale et l'indépendance des États empêchent les organes d'un État d'être matériellement présents ou d'exercer leurs fonctions sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier¹¹. Au surplus, les cas exceptionnels dans lesquels un État a pu tenter d'exercer sa compétence sur le territoire d'un autre État en y envoyant ses représentants sans le consentement de cet État sont généralement considérés comme une atteinte à l'intégrité territoriale et à l'indépendance d'un autre État¹². Certaines situations spéciales, dans lesquelles les autorités d'un État sont matériellement présentes et exercent leur compétence sur le territoire d'un autre État, dans le cas, par exemple, de locaux diplomatiques ou consulaires ou de bases militaires se trouvant sur le territoire d'un autre État, sont régies par des règles spécifiques de droit international¹³, et non par le droit international relatif à la compétence extraterritoriale.

7. En ce qui concerne le droit applicable, la notion de compétence extraterritoriale peut s'entendre de l'exercice par un État de sa compétence en vertu de son droit interne dans son propre intérêt national, plutôt que de l'application d'un droit étranger ou du droit international. L'application par un État d'un droit étranger ou du droit international au lieu de son propre droit interne serait par conséquent exclue du champ de ce sujet, puisque ces situations ne constitueraient pas l'exercice par un État d'une compétence extraterritoriale au regard de son droit interne sur le fondement de ses intérêts nationaux.

(1998) du Conseil de sécurité en date du 27 août 1998, par. 4; pour le verdict et l'arrêt d'appel des juridictions écossaises, des 31 janvier 2001 et 14 mars 2002 respectivement, www.scotcourts.gov.uk/library/lockerbie/index.asp (consulté le 22 mars 2012).

¹¹ Les principes de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique des États sont parmi ceux que consacre le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Dans l'*Affaire de l'île de Palmas*, l'arbitre unique, Max Huber, avait formulé les observations suivantes: «La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation internationale des États durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l'État en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux.» *Affaire de l'île de Palmas* (Pays-Bas/États-Unis d'Amérique), sentence du 4 avril 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 838. «Le principe directeur est qu'un État ne peut pas prendre de mesures en exécution de ses lois nationales sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier.» Ian Brownlie, *supra*, note 5, p. 306.

¹² «Il ne manque pas de cas où des États ont revendiqué le droit d'assurer eux-mêmes l'exécution de leurs lois à l'étranger. Mais l'accomplissement (au grand jour ou en secret) sur le territoire d'un autre État, sans son consentement, d'actes étatiques comme l'enlèvement du criminel nazi Eichmann en Argentine par Israël en 1960 ou celui d'*Alvarez-Machain* par des agents des États-Unis, ou encore le naufrage du *Rainbow Warrior* coulé par des agents français dans un port de Nouvelle-Zélande, même si quelques-uns sont contestés, constituent généralement des violations des principes d'intégrité territoriale et de non-ingérence.» [P. Malanczuk (dir. publ.), *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd. rev., Londres, Routledge, 1997, p. 110.]

¹³ Des accords spéciaux régissent l'exercice de la compétence de l'État d'envoi ou de l'État d'accueil en ce qui concerne les étrangers, militaires ou civils, présents sur une base militaire; voir H. Rumpf, «Military bases on foreign territory», in R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, p. 381 à 388, voir notamment p. 381 et 382.

2. LES PRINCIPES DE LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

8. L'exercice de la compétence ou de l'autorité souveraine de l'État est souvent prévu dans son droit interne. En revanche, c'est le droit international qui détermine la licéité de l'exercice de cette compétence ou autorité – y compris la compétence extraterritoriale¹⁴.

9. L'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale dans l'*Affaire du «Lotus»* peut être considéré comme le point de départ de la prise en considération des règles du droit international régissant l'exercice extraterritorial de la juridiction de l'État¹⁵. La Cour y indique que la juridiction de l'État est de nature territoriale et que celui-ci ne saurait l'exercer hors de son territoire, en l'absence d'une règle permissive contraire du droit international. Cela dit, elle fait une distinction quand il s'agit de personnes, de biens ou d'actes hors du territoire, selon que l'État exerce sa juridiction hors de son territoire ou sur son territoire et constate que les États jouissent d'une large liberté à cet égard, en ces termes:

Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international.

[...]

Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté.¹⁶

10. Depuis l'*Affaire du «Lotus»*, jugée par la Cour permanente de justice internationale en 1927, il s'est produit un certain nombre de changements importants en ce qui concerne la compétence extraterritoriale de l'État. Il existe en particulier plusieurs principes que le droit international contemporain permet d'affirmer pour justifier la compétence extraterritoriale de l'État, à savoir: a) la territorialité «objective»; b) la théorie ou «doctrine» des effets; c) la protection; d) la nationalité; et e) la personnalité passive. L'élément qui sous-tend tous les principes divers autorisant l'exercice extraterritorial de la compétence de l'État en droit international est l'intérêt légitime de l'État à affirmer sa compétence en pareil cas sur le fondement d'un lien suffisant de rattachement aux personnes, biens ou actes considérés.

11. Le principe de la territorialité objective peut s'entendre comme désignant la compétence que l'État peut exercer à l'égard de personnes, biens ou actes hors de son

territoire lorsqu'un élément constitutif du comportement qu'il s'agit de régler s'est manifesté sur son territoire.

12. Par théorie des effets, on peut entendre la compétence affirmée à l'égard du comportement d'un étranger hors du territoire de l'État qui produit un effet substantiel dans ce territoire. Ce fondement, certes intimement lié au principe de la territorialité objective, n'exige pas pour autant qu'un élément du comportement se manifeste sur le territoire de l'État régulateur.

13. Le principe de la protection peut s'entendre comme désignant la compétence qu'un État peut exercer à l'égard de personnes, de biens ou d'actes qui, à l'étranger, mettent en péril ses intérêts nationaux fondamentaux, telle une menace étrangère contre sa sécurité nationale. Ce principe de compétence peut être envisagé comme une application particulière de la territorialité objective ou de la théorie des effets.

14. Le principe de la nationalité peut s'entendre comme désignant la compétence qu'un État peut exercer à l'égard des activités de ses nationaux à l'étranger, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés, aéronefs ou navires¹⁷. Ce principe de compétence bien établi repose sur l'autorité souveraine de l'État à l'égard de ses nationaux.

15. Le principe de la personnalité passive peut s'entendre comme désignant la compétence qu'un État peut exercer à l'égard d'un comportement qui se produit à l'étranger et lèse un ou plusieurs de ses nationaux. Ce principe de compétence, qui a pu dans le passé être contesté par certains États, est plus largement accepté depuis quelques années¹⁸.

16. Le principe de l'universalité peut s'entendre comme désignant la compétence que tout État peut exercer à l'égard de certains crimes de droit international dans l'intérêt de la communauté internationale. L'État peut exercer cette compétence même en l'absence de lien particulier avec l'auteur, la victime ou le *locus situs* du crime, dans le cas, par exemple, d'un crime commis par un étranger sur la personne d'un autre étranger hors de son territoire. Toutefois, comme l'État exerce cette compétence dans l'intérêt de la communauté internationale, et non pas exclusivement dans son propre intérêt national, ce principe de compétence sortirait du champ du présent sujet.

17. Les principes relatifs à la compétence extraterritoriale de l'État seront brièvement examinés ci-dessous par rapport aux branches du droit interne qui

¹⁴ *Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*, arrêt n° 9 du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A, n° 10, p. 18 et 19.

¹⁵ Ibid. Dans l'*Affaire du «Lotus»*, la Turquie avait exercé sa compétence juridictionnelle en matière pénale à l'égard d'un national français se trouvant sur un bateau français pour la mort de nationaux turcs se trouvant sur un bateau turc à la suite de la collision qui s'était produite entre les deux navires en haute mer, en le poursuivant après l'arrivée du vapeur français à Istanbul.

¹⁶ Ibid., p. 18 et 19.

¹⁷ La nationalité d'une personne, d'une société, d'un aéronef ou d'un navire relève des règles applicables du droit interne comme du droit international. La Commission du droit international s'est déjà penchée sur ces règles au cours de l'examen d'autres sujets.

¹⁸ En ce qui concerne le droit pénal, voir l'opinion individuelle commune de M^{me} Higgins et MM. Kooijmans et Buergenthal, juges, dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3 et suiv., en particulier p. 77, par. 47. Voir aussi l'article 4 de la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs de 1963 et l'article 5 de la Convention internationale contre la prise d'otages de 1979.

sont particulièrement pertinentes à cet égard, à savoir, le droit pénal et le droit commercial¹⁹.

3. LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE DANS CERTAINES BRANCHES DU DROIT

a) Droit pénal

18. L'affirmation par les États de leur compétence normative ou juridictionnelle dans les affaires de droit pénal a toujours reposé sur un certain nombre de principes de compétence solidement établis. Bien que celui de la «territorialité» soit considéré comme le titre primordial de compétence dans les affaires de droit pénal²⁰, la «territorialité objective» et la «nationalité» sont aussi des principes bien établis²¹, tandis que le recours à la personnalité passive, la protection ou la théorie des effets, par exemple, a été plus controversé. Il n'empêche que, dans la période toute récente, la pratique des États indique qu'ils ont généralement tendance à élargir les bases classiques de la compétence pénale pour certains types bien précis d'actes criminels commis à l'étranger, qui ont un caractère international particulièrement marqué dans leur portée et leur effet, comme le terrorisme, la cybercriminalité et les infractions liées aux drogues²².

19. Le principe de la personnalité passive, suivant lequel l'État est compétent pour les crimes commis à l'étranger sur la personne de l'un de ses nationaux, quoique

controversé dans le passé²³, trouve «à présent son expression ... dans la législation de divers pays ... et suscite aujourd'hui relativement peu d'opposition, au moins en ce qui concerne une certaine catégorie d'infractions»²⁴. Dans le cas du terrorisme, en particulier, certains États qui à l'origine étaient réticents à appliquer le principe de la personnalité passive reconnaissent à présent qu'il est approprié comme titre de compétence. Les lois²⁵ et la jurisprudence²⁶ récentes en matière de terrorisme offrent à cet égard des exemples particulièrement intéressants.

20. Bien qu'il soit d'ordinaire limité à des crimes très précis et aux actes politiques²⁷, le principe de protection, qui permet à l'État d'exercer sa compétence à l'égard de l'étranger ayant commis à l'étranger un acte jugé mettre

²³ En particulier aux États-Unis et au Royaume-Uni: voir, par exemple, *United States v. Columba-Colella* [604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)] et *United States v. Vasquez-Velasco* [15 F.3d 833 (9th Cir. 1994)]; voir aussi l'affaire *Cutting* (in J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., Government Printing Office, 1906, vol. 2, p. 228 à 242), dans laquelle les États-Unis avaient vivement protesté contre l'affirmation par le Mexique de sa compétence pour un crime commis par un citoyen des États-Unis sur la personne d'un Mexicain aux États-Unis. Voir, toutefois, le rejet en 1974 par la France de la demande israélienne d'extradition d'un terroriste palestinien au motif que cette demande reposait sur le principe de la personnalité passive [Voir E. Cafritz et O. Tene, «Article 113-7 of the French Penal Code: the passive personality principle», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, n° 3 (2003), p. 585 à 599, voir p. 594].

²⁴ Opinion individuelle commune des juges Higgins et Koojijmans et Buergenthal, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (voir la note 18, *supra*), p. 77, par. 47. De fait, il ressort de la pratique internationale que la plupart des États, y compris les États-Unis, donnent effet à ce principe mais en limitent l'application à des crimes déterminés (sur le terrorisme, voir *infra*). Dans le cas des États-Unis, voir, par exemple, *The Restatement of the Law Third* (note 6 *supra*), par. 402, p. 240, où il est dit que le principe de la personnalité passive n'a pas été généralement admis pour les délits ou les crimes de droit commun; la Chine, l'Italie et le Danemark limitent l'exercice de la compétence sur le fondement de la personnalité passive à certaines catégories de crimes ou aux crimes punis de peines atteignant un certain minimum; la double incrimination est une condition légale obligatoire de la compétence au titre de la personnalité passive en Grèce, Finlande, Norvège et Suède; selon le Code pénal norvégien, seul le Roi peut engager des poursuites lorsque la compétence repose sur la personnalité passive; la Finlande, l'Italie et la Suède exigent aussi le consentement de l'exécutif pour l'application du principe [Cafritz et Tene (note 23, *supra*), p. 594]. Et de fait, voir, à cet égard, l'article 113-7 nouveau du Code pénal français, qui prévoit l'application du principe de la personnalité passive à n'importe quelle catégorie de crimes.

²⁵ Voir, par exemple, 18 U.S.C.A. 2332a (a)(1) (2004), concernant l'utilisation d'armes de destruction massive en rapport avec le terrorisme; 18 U.S.C.A. 2332f (b)(2)(B) (2002), concernant le bombardement de lieux publics, installations officielles, réseaux de transport en commun et équipements d'infrastructure en rapport avec le terrorisme. En ce qui concerne la France, voir, par exemple, la loi n° 75-624 du 11 juillet 1975, *Journal officiel*, 13 juillet 1975, p. 7219.

²⁶ Voir, par exemple, *United States v. Yunis*, 681 F. Suppl. 896 (1988); *United States v. Vasquez-Velasco*, 15 F.3d 833 (9th Cir. 1994).

²⁷ Voir Faculté de droit de Harvard, Harvard Research in International Law, «Draft convention on jurisdiction with respect to crime», *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), Codification of International Law, Part. II-Jurisdiction with respect to crime, p. 435 à 652, en particulier p. 543 et 561. Ce projet de convention rattache la notion de «protection» à celles de «sûreté de l'État» et de «falsification». Le principe de la protection est aussi appliqué habituellement aux infractions concernant la monnaie, l'immigration ou l'économie [I. Brownlie, op. cit. (note 5, *supra*), p. 302]. Voir, par exemple, pour des applications nationales de ce principe, les décisions de tribunaux des États-Unis et du Royaume-Uni, respectivement, dans les affaires *United States v. Pizzarusso*, 388 F.2d 8 (2th Cir. 1968), *United States v. Egan*, 501 F. Suppl. 1252 (S.D.N.Y. 1980) et *Naim Molvan v. A.G. for Palestine* [(1948) AC 531, *Ann. Digest*, 15 (1948), 115], *Joyce v. D.P.P.* [(1946) AC 347, *Ann. Digest*, 15 (1948), 91].

¹⁹ La compétence extraterritoriale a sans doute aussi de plus en plus de sens dans le droit de l'immigration et celui de l'environnement. L'application extraterritoriale des lois sur l'immigration est de plus en plus fréquente depuis quelques années, avec l'interdiction des étrangers en situation irrégulière qui tentent de gagner par la mer les côtes d'un autre État et celle des étrangers soupçonnés d'activités terroristes. Du côté du droit de l'environnement, un État pourra être tenté de régler les comportements ou les situations pouvant produire des effets dommageables sur l'environnement, dans son propre territoire ou à l'échelle planétaire, qui se manifestent en haute mer ou sur le territoire d'un autre État. Voir, par exemple, A. L. Parrish, «Trail Smelter déjà vu: extraterritoriality, international environmental law, and the search for solutions to Canadian-U.S. transboundary water pollution disputes», *Boston University Law Review*, vol. 85, n° 2 (avril 2005), p. 363 à 429.

²⁰ Voir l'*Affaire du «Lotus»* (note 14, *supra*), p. 20.

²¹ Les pays de *common law* ont tendance à limiter les infractions pénales pour lesquelles ils exercent leur compétence à l'égard de leurs nationaux à l'étranger aux actes très graves (comme la trahison, le meurtre ou la bigamie), mais ils n'ont jamais protesté contre le recours extensif à la nationalité comme fondement de la compétence pénale. Il est intéressant de noter à cet égard que le Congrès des États-Unis a récemment voté une loi qui établit la compétence fédérale pour les crimes et délits commis par des civils accompagnant les forces militaires hors des États-Unis, ainsi que pour ceux qui ont été commis par des membres des forces armées quittant le service actif avant d'être poursuivis en cour martiale. Cette loi de 2000, intitulée *Military Extraterritorial Jurisdiction Act* [Publ. L. n° 106-523, 114 Stat. 2488 (2000), codifiée dans le *Recueil des lois* 18 U.S.C. 3261-67 (2002)], était destinée à combler une lacune en matière de compétence dans le cas de crimes et délits comme le viol, l'incendie criminel, le vol qualifié, le vol et la fraude [voir M. J. Yost et D. S. Anderson, «The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: closing the gap», *American Journal of International Law*, vol. 95, n° 2 (avril 2001), p. 446 à 454]. Pour la jurisprudence des pays de *common law*, voir *United States v. Bowman*, 260 U.S. 94 (1922), *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421 (1932) ou *United States v. Boshell*, 952 F.2d 1101 (9th Cir. 1991).

²² Voir, pour cette extension générale en ce qui concerne le blanchiment d'argent, la loi américaine de 2001 (*International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act*), Pub. L. n° 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

en péril certains intérêts nationaux fondamentaux, est sans doute particulièrement pertinent pour les nouveaux types de cybercriminalité et de terrorisme. À ce propos, quelques États ont élargi leur interprétation de la notion d'«intérêts vitaux» pour faire face à leurs problèmes de sécurité contre le terrorisme, ils ont intégré le principe de la protection à leur législation²⁸ et l'ont appliqué dans quelques affaires judiciaires²⁹.

21. La théorie des effets, qui justifie l'exercice de la compétence de l'État lorsqu'un comportement qui s'est manifesté à l'étranger a des effets substantiels sur le territoire de cet État, a récemment été appliquée aussi en matière pénale³⁰. La législation nationale de certains États prévoit un effet extraterritorial en autorisant son application aux personnes qui s'en tiennent à l'intention d'importer des drogues de l'étranger ou qui conspirent à cet effet, encore qu'aucun comportement ne se soit concrétisé sur le territoire de l'État exerçant sa juridiction³¹.

22. En ce qui concerne la compétence d'exécution, l'État ne peut pas imposer l'application de son droit pénal, c'est-à-dire enquêter sur des crimes ou délits ou arrêter des suspects, sur le territoire d'un autre État sans le consentement

²⁸ Voir, par exemple, 18 U.S.C.A. 2332f (b) (2) E (2002), concernant le bombardement de lieux publics, installations de services officiels, réseaux de transport en commun et équipements d'infrastructure en rapport avec le terrorisme; 18 U.S.C.A. 2332g (b) (4) (2004), concernant les systèmes de missiles destinés à détruire des avions en rapport avec le terrorisme.

²⁹ Pour une affaire récente, voir *United States v. Ben Laden*, 92 F. Suppl. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000), où le juge fédéral a conclu que la compétence extraterritoriale prévue par la loi antiterrorisme se justifiait par le principe de la protection en droit international [voir J. T. Gathii, «Torture, extraterritoriality, terrorism, and international law», *Albany Law Review*, vol. 67, n° 2 (2003), p. 335 à 370, notamment à la page 343]; voir, pour des affaires plus anciennes liées au «terrorisme», *Wechsler* [Conseil de Guerre de Paris, 20 juillet 1917, *Journal du droit international*, t. 44 (1917), p. 1745], *Urios* [Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 janvier 1920, *Journal du droit international*, t. 47 (1920), p. 195], *Bayot* [Cour de cassation, Chambre criminelle, 22 février 1923, Paris, Dalloz, *Recueil périodique et critique* (1924), 1^{re} partie, p. 136], *Nusselein c. L'État belge* (Cour de cassation, 2^e chambre, 27 février 1950, Bruxelles, Bruylant, *Pasicrisie belge, Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'État de Belgique*, 1950, III^e partie, p. 449).

³⁰ Bien que dans la jurisprudence de certains États (d'Europe occidentale surtout), le principe de la territorialité paraisse être le principal titre de compétence retenu pour lutter contre la cybercriminalité, l'interprétation qui en est donnée est si large qu'il ressemble sans doute à une application de la théorie des effets ou du principe de la protection. Voir, pour des applications apparentes du principe de la territorialité, la décision d'un tribunal britannique au sujet des contenus pornographiques d'un site Internet [Southwark, Crown Court, *R. v. Graham Waddon*, (2002) All ER D 502, 30 juin 1999] et l'arrêt de la Haute Cour australienne, *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*, HCA 56, 10 décembre 2002. Voir, en sens contraire, pour des interprétations larges du principe de la territorialité ressemblant à des applications de la théorie des effets ou du principe de la protection, la décision de la Cour de justice fédérale allemande dans l'affaire *Toben* (BGH 46, 212, arrêt du 12 décembre 2000), au sujet de la négation de l'holocauste sur l'Internet, et la décision d'un tribunal français dans l'affaire *Yahoo!* (suivie aux États-Unis d'une autre: *Yahoo! Inc v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme* [169 F. Suppl. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)]). Voir Y. A. Timofeeva, «Worldwide prescriptive jurisdiction in Internet content controversies: a comparative analysis», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), p. 199 à 225, notamment p. 202 et suiv.

³¹ Aux États-Unis, voir les textes appliqués par le juge américain dans *United States v. Noriega* [117 F.3d 1206, at. 1515-19 (11th Cir. 1997)]; voir aussi la loi sur les voyages [US Travel Act, 18 U.S.C. 1952 (a) (3) (2002)].

de cet autre État³². Dans certains cas, toutefois, des États ont envoyé des représentants sur le territoire d'un autre État en vue d'imposer l'application de leur droit pénal en procédant, notamment, à des enquêtes³³ ou en arrêtant des suspects sur le territoire d'autres pays³⁴ dans des affaires de terrorisme, cybercriminalité et trafic de drogues³⁵.

b) Droit commercial

23. La mondialisation accrue de l'économie a amené les États, pour protéger leurs intérêts économiques face aux sociétés multinationales et autres acteurs économiques mondiaux, à invoquer de plus en plus souvent une compétence extraterritoriale. Bien que l'affirmation d'une compétence extraterritoriale dans des lois nationales dans le domaine commercial se soit heurtée à une résistance substantielle, dans certains domaines, comme celui du droit de la concurrence et du droit antitrust, de telles mesures ont peu à peu fini par être acceptées. Si les États-Unis³⁶ sont le pays qui a promulgué le plus de

³² Il est à noter toutefois que l'incapacité de l'État d'imposer sa compétence a été jugée par certains tribunaux nationaux ne pas porter atteinte à sa capacité de légiférer ou de statuer sur la question considérée. Voir, par exemple, la décision de la Cour de justice fédérale allemande en l'affaire *Toben* (note 30, *supra*) et l'affaire *Yahoo!* (note 30, *supra*).

³³ Les États-Unis, par exemple, ont reconnu avoir mené dans la période récente des enquêtes sur le territoire russe à la recherche de certaines données, au motif que ces données auraient autrement été perdues [voir pour plus de détails P. L. Bellia, «Chasing bits across borders», *University of Chicago Legal Forum* (2001), p. 40].

³⁴ L'importante question soulevée par ces enlèvements était de savoir si les tribunaux étaient compétents pour juger des gens illicitement conduits devant eux. La jurisprudence est très divisée sur ce point: en ce qui concerne les tribunaux des États-Unis, voir *Ker v. Illinois* [119 U.S. 436 (1866)], *Frisbie v. Collins* [342 U.S. 519 (1952)], *United States v. Yunis* [924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)] et *United States v. Alvarez-Machain* [504 U.S. 655 (1992)]; mais aussi, pour une autre solution donnée par un juge américain, voir *United States v. Toscanino* [500 F.2d 267 (2th Cir. 1974)]; dans le cas d'autres États: en Israël, l'affaire *Eichmann* [District Court of Jerusalem, *Attorney General of Israel v. Eichmann* (1961), *International Law Reports*, vol. 36, p. 5]; en Angleterre, *Ex parte Susannah Scott* (1829) [*The English Reports*, vol. 109 (1910), p. 166]; mais aussi, pour une autre solution, voir *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett)* [1993, 3 P. 138 (H.L.)]; pour le Canada, voir *In re Hartnett* [1973, 1 O.R.(2nd) 206, 207 (Can.)]; pour l'Allemagne, voir la décision de la Cour constitutionnelle fédérale, dans laquelle celle-ci jugeait qu'une personne enlevée ne doit être restituée que lorsque la nation victime proteste contre l'enlèvement [39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986), Cour const. féd. all. 1985]; pour l'Afrique du Sud, voir *State (South Africa v. Ebrahim)*, *International Law Reports*, vol. 95, p. 417; à cet égard, voir Timofeeva, loc. cit. (note 30, *supra*), p. 202 et suiv.

³⁵ On dit habituellement que ces actes constituent une atteinte à la souveraineté des États protégée par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et, en ce qui concerne les enlèvements, une violation de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que des États européens s'y trouvent mêlés [voir, sur ce dernier point, l'affaire *Stocké c. Allemagne*, requête n° 11755/85, 19 mars 1991, CEDH, série A, vol. 199, p. 5 et l'affaire *Ocalan c. Turquie*, n° 46221/99 [GC], CEDH 2005-IV (12 mai 2005)].

³⁶ À cet égard, il faut citer deux lois commerciales des États-Unis: la loi Sherman de 1890 et la loi Sarbanes-Oxley de 2002. La première est la principale loi antitrust américaine, qui interdit tout contrat, convention ou entente visant à limiter le commerce interétatique ou avec l'étranger et toute monopolisation ou tentative de monopolisation d'une part quelconque de ce commerce. Elle prévoit des sanctions financières en cas d'infraction. La loi Sarbanes-Oxley de 2002 réglemente l'administration des sociétés commerciales cotées sur les bourses des États-Unis d'Amérique et «a vocation à s'appliquer à toutes les sociétés cotées sur les marchés de capitaux des États-Unis» sans aucune exception pour les sociétés étrangères. [C. A. Falencki, «Sarbanes-Oxley: ignoring the presumption against extraterritoriality», *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 1216.]

mesures extraterritoriales dans ce domaine, des organisations régionales comme l'Union européenne³⁷, et d'autres États comme la France³⁸, l'Allemagne³⁹ et, tout récemment, la République de Corée⁴⁰ ont également adopté des lois d'application extraterritoriale.

24. En droit commercial, les États ont spécialement fondé leur compétence extraterritoriale sur le principe de la nationalité et la «théorie des effets». L'Union européenne, par exemple, a invoqué, à l'égard des sociétés nationales ayant des filiales locales, une théorie élargie de la nationalité pour établir sa compétence en ce qui concerne leurs activités⁴¹. Les États-Unis, quant à eux,

invoquent de plus en plus la «théorie des effets» pour établir leur juridiction sur le comportement des acteurs étrangers à l'étranger, dès lors qu'il vise à avoir et a effectivement un effet sur le marché interne des États-Unis⁴², bien que cette démarche se soit heurtée à une certaine opposition au niveau international⁴³.

25. L'élargissement de la juridiction extraterritoriale d'un État et de la «théorie des effets» à des activités contraires aux intérêts de la politique étrangère d'un État s'est révélé particulièrement controversé. Un exemple en est fourni par les tentatives faites par les États-Unis pour imposer des sanctions économiques à Cuba et à la Libye au moyen de mesures extraterritoriales comme la loi Helms-Burton⁴⁴ et la loi D'Amato-Kennedy⁴⁵ de 1996. Ces mesures ont provoqué des protestations diplomatiques, l'adoption de lois visant à en bloquer les effets, l'engagement de procédures de règlement des différends à l'Organisation mondiale du commerce par les États susceptibles d'être affectés (voir ci-dessous le projet de plan d'un instrument sur la compétence extraterritoriale, sect. IV). Finalement, il a été convenu que l'application des dispositions extraterritoriales de ces mesures serait indéfiniment suspendue.

26. L'invocation par un État du principe de la personnalité passive pour établir sa compétence judiciaire dans le domaine du droit commercial s'est également révélée controversée s'agissant d'une disposition du Code civil français autorisant les tribunaux français à connaître de tout différend découlant d'un contrat conclu entre un Français et un étranger⁴⁶.

27. En ce qui concerne la compétence en matière d'exécution, bien que d'une manière générale le droit international interdise l'invocation d'une juridiction extraterritoriale en matière d'exécution sans le consentement de l'État territorial, des États ont parfois conclu des accords internationaux permettant l'exécution extraterritoriale de leur législation dans le domaine du commerce et de la concurrence⁴⁷.

³⁷ L'Union européenne, bien qu'ayant initialement résisté à la compétence territoriale et vivement critiqué la pratique des États-Unis à cet égard, a *de facto* élargi sa compétence pour contrôler les fusions, acquisitions et coentreprises intervenant hors du territoire de ses États membres. De fait, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que certaines sociétés étrangères et leurs activités à l'étranger relevaient de sa compétence et elle leur a appliqué les dispositions relatives à la concurrence des articles 81 et 82 (les anciens 85 et 86) du Traité instituant la Communauté européenne et le Règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (n° 4064/89) modifié par le Règlement du Conseil n° 1310/97. Voir D. J. Feeney, «The European Commission's extraterritorial jurisdiction over corporate mergers», *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), p. 425 à 491, en particulier p. 427.

³⁸ L'exemple le plus connu est la disposition très critiquée du Code civil français autorisant les tribunaux français à connaître des contrats signés à l'étranger entre un Français et un étranger. Voir Combacau et Sur, op. cit. (note 5 *supra*), p. 354.

³⁹ La loi allemande contre les entraves à la concurrence a été initialement adoptée en 1957 et a subi plusieurs révisions majeures, dont la dernière remonte à 1998, pour être encore amendée en 1999: le paragraphe 2 de l'article 130 dispose que «la présente loi s'applique à toutes les entraves à la concurrence qui ont un effet dans le domaine auquel la présente loi s'applique, même si elles résultent d'actes accomplis en dehors de ce territoire». Toutes les interdictions et les prescriptions en matière de notification s'appliquent donc aux activités qui ont un effet direct, raisonnablement prévisible et significatif (pas nécessairement substantiel). Cette loi a été régulièrement appliquée aux entreprises étrangères. (Voir également www.antitrust.de/, consulté pour la dernière fois le 22 mars 2012.) Voir également A. V. Lowe, «The problems of extraterritorial jurisdiction: economic sovereignty and the search for a solution», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34 (1985), p. 736, citant également D. J. Gerber, «The extraterritorial application of the German antitrust laws», *American Journal of International Law*, vol. 77, n° 4 (octobre 1983), p. 756 à 783.

⁴⁰ Récemment, la République de Corée a elle aussi appliqué sa législation antitrust extraterritorialement. Le 1^{er} avril 2005, la loi sur la réglementation des monopoles et les pratiques commerciales équitables, applicable extraterritorialement, est entrée en vigueur. Cet amendement vise à harmoniser la loi avec la pratique récente de certains tribunaux coréens depuis 2002 consistant à appliquer la loi antitrust nationale à certains fabricants étrangers. Voir la décision du 4 avril 2002 (affaire 02-77) de la Commission coréenne de la concurrence, confirmée par la décision en date du 26 août 2003 (2002nu 14647) de la Haute Cour de Séoul et la décision du 29 avril 2003 (affaire 03-98) de la Commission coréenne de la concurrence; voir également Youngjin Jung, «Korean competition law: first step towards globalization», *Journal of Korean Law*, vol. 4, n° 2 (2005), p. 177 à 200 et Won-Ki Kim, «The extraterritorial application of U.S. antitrust law and its adoption in Korea», *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), p. 386 à 411.

⁴¹ Cour de justice des Communautés européennes, *Imperial Chemical Industries c. Commission des Communautés européennes*, affaire 48/69, 14 juillet 1972, *Recueil de jurisprudence 1972*, p. 619; *Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. c. Commission des Communautés européennes*, affaire 6/72, 21 février 1973, *Recueil de jurisprudence 1973*, p. 215; *Istituto Chemioterapico Italiano SpA. et Commercial Solvents Corporation c. Commission des Communautés européennes*, affaires jointes 6 et 7/73, 6 mars 1974, *Recueil de jurisprudence 1974*, p. 223. Voir également Feeney, loc. cit. (note 36, *supra*), p. 426 et J. J. Norton, «The European Court of Justice judgment

in *United Brands*: extraterritorial jurisdiction and abuse of dominant position», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8, n° 2 (printemps 1979), p. 379 à 414.

⁴² Voir, par exemple, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. c. Empagran*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004).

⁴³ «La théorie de la compétence territoriale dite "des effets", quels que soient son contenu exact et ses critères, a suscité une importante controverse dans les milieux juridiques internationaux et a fait l'objet de vifs débats au sein de la Communauté.» [J. J. Norton, loc. cit. (note 40, *supra*), p. 385.]

⁴⁴ «Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act» du 12 mars 1996, in *International Legal Materials*, vol. 35, n° 2 (mars 1996), p. 357. Pour une traduction française du Ministère des affaires étrangères, *Documents d'actualité internationale*, Paris, La Documentation française, n° 16, 15 août 1996, p. 674 à 689.

⁴⁵ «Iran and Libya Sanctions Act of 1996», *International Legal Materials*, vol. 35, n° 5 (septembre 1996), p. 1274. Pour une traduction française du Ministère des affaires étrangères, *Documents d'actualité internationale*, Paris, La Documentation française, n° 19, 1^{er} octobre 1996, p. 778 à 782.

⁴⁶ Voir Combacau et Sur, op. cit. (note 5 *supra*), p. 354.

⁴⁷ Voir la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée (entre les États membres de la Communauté européenne); la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des

C. Conséquences de l'exercice illicite de la compétence extraterritoriale

28. L'exercice d'une compétence extraterritoriale par un État ne doit être admis par les autres États que dans la mesure où il est compatible avec le droit international. Si un État juge excessive la compétence extraterritoriale exercée par un autre État, il peut s'opposer à cet exercice de différentes manières. Cette opposition a notamment pris diverses formes: protestations diplomatiques⁴⁸; non-reconnaissance de lois, ordonnances ou jugements⁴⁹; mesures législatives comme des «lois de blocage»⁵⁰, lois

(Suite de la note 47.)

décisions en matière civile et commerciale (entre les États membres de la Communauté européenne et de l'AELE); la Convention inter-américaine sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et sentences arbitrales rendus à l'étranger (entre les États membres de l'Organisation des États américains); la Convention interaméricaine sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères; le règlement n° 44/2001 du Conseil [de l'Union européenne], en date du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L.012, du 16 janvier 2001, p. 1 à 23. Voir également les Statuts du Fonds monétaire international, dont l'article VIII.2 b dispose: «Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre maintenu ou imposé conformément aux présents statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre.» Voir Lowe, «The problems of extraterritorial jurisdiction...», loc. cit. (note 39, *supra*), p. 732.

⁴⁸ Par exemple, aussi bien la Communauté européenne que le Royaume-Uni ont protesté lorsque les États-Unis ont amendé leur Règlement sur l'administration des exportations pour interdire l'exportation de matériel d'exploitation pétrolière et gazière à destination de l'Union soviétique. Dans ses observations, la Communauté européenne énonçait les dispositions des mesures contestées et déclarait notamment: «Les mesures prises par les États-Unis telles qu'elles s'appliquent en l'espèce sont inacceptables en droit international en raison de leurs aspects extraterritoriaux. Elles visent à régir les activités hors des États-Unis de sociétés qui n'ont pas la nationalité des États-Unis, et en particulier le traitement des biens et données techniques de ces sociétés en dehors des États-Unis.» Voir Note et observations de la Communauté européenne sur les modifications en date du 22 juin 1982 de la loi sur l'administration des exportations, présentées au Département d'État des États-Unis le 12 août 1982; note sur le même sujet présentée par le Gouvernement du Royaume-Uni le 18 octobre 1982; et aide-mémoire supplémentaire présenté par la Communauté européenne le 14 mars 1983, dans A. V. Lowe, *Extraterritorial jurisdiction: An annotated collection of legal materials*, Cambridge, Grotius, 1983, p. 201. On peut citer, comme autres exemples de protestations diplomatiques à l'exercice d'une compétence extraterritoriale, l'aide-mémoire du Japon en date du 23 août 1960 et du 20 mars 1961 adressé au Département d'État des États-Unis, *ibid.*, p. 121 (extrait), et l'aide-mémoire du Royaume-Uni adressé à la Commission des Communautés européennes, 20 octobre 1969, *ibid.*, p. 144.

⁴⁹ «Lorsqu'un État ou ses tribunaux ont agi à l'encontre du droit international, y compris aux règles relatives à l'exercice de la compétence, les autres États sont, en droit international, habilités à (mais non obligés de) refuser de donner effet à tout acte juridique [...] En pratique, la plupart des États, dans leurs règles de droit international privé, font en sorte que les lois et décisions d'États étrangers qui outrepassent les limites de compétence autorisées par le droit international ne soient pas reconnues ni exécutées à l'étranger.» [Oppenheim's *International Law* (note 6, *supra*), p. 485]. En particulier, certains États refusent généralement de donner effet aux lois de droit public des autres États, comme les lois fiscales, pénales et d'expropriation. Voir, d'une manière générale, *ibid.*, p. 488 à 498.

⁵⁰ Une loi «de blocage» est une loi adoptée par l'État contestant la licéité de l'exercice de la compétence qui vise à empêcher l'application de la disposition contestée, souvent en créant un conflit direct de lois. Ses dispositions peuvent, par exemple, interdire aux nationaux de coopérer aux procédures ou enquêtes de tribunaux étrangers ou de se conformer aux lois extraterritoriales des autres États, déclarer les jugements fondés sur de telles dispositions inexécutables et autoriser l'indemnisation du préjudice qu'elles causent. Par l'effet de la doctrine

de «recouvrement» (*claw-back statutes*)⁵¹; mesures judiciaires telles qu'ordonnances de ne pas faire⁵², et introduction d'instances internationales⁵³. Les limites de la reconnaissance d'une compétence extraterritoriale ainsi que les réactions possibles à l'exercice illicite d'une telle juridiction pourraient être envisagées dans le projet.

D. Priorité lorsque deux compétences sont en concurrence

29. Il peut arriver que l'État revendiquant une compétence extraterritoriale soit le seul État ayant un lien avec la personne, le bien ou la situation en cause, qui ne se trouve sur le territoire d'aucun État. Dans un tel cas, l'État aura compétence exclusive. Plus fréquemment, la compétence extraterritoriale d'un État coïncide avec la compétence d'un ou plusieurs autres États, en particulier l'État territorial. Les compétences concurrentes peuvent donner lieu à des différends quant à celle qui est prioritaire. Dans la relation entre compétence extraterritoriale et compétence

de la nécessité imposée par un État étranger examinée ci-après, les lois de blocage peuvent avoir pour effet additionnel de limiter l'applicabilité d'une mesure extraterritoriale même dans l'État qui l'a prise. Dans les États qui appliquent cette doctrine, un tribunal national n'exigera pas l'application de la mesure extraterritoriale en cause, car cette application nécessiterait une violation des lois de l'État territorial. Par exemple, plusieurs États ont adopté des mesures de protection en réaction à l'adoption par les États-Unis du *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* de 1996 (également appelée «loi Helms-Burton») [voir la note 44, *supra*], qui visait à punir les sociétés non américaines commerçant avec Cuba. Le Canada a modifié sa loi sur les mesures extraterritoriales étrangères [R.S.C., chap. F-29, par. 3 (1985) amendée par le chapitre 28, 1996 S. C. (Can.)]; le Mexique a adopté la loi sur la protection du commerce et des investissements contre les politiques étrangères contraires au droit international (disponible à l'adresse <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/doc/63.doc>); et l'Union européenne a adopté le Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 309, du 29 novembre 1996, p. 1 à 6). Voir J. Boscarion, «An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States», *Law and Policy in International Business*, vol. 30 (1999), p. 439 à 499, p. 441 et 442 et 471 à 474 (décrivant la loi canadienne sur les mesures extraterritoriales étrangères); A. Layton et A. M. Parry, «Extraterritorial jurisdiction – European responses», *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), p. 311 et 312 [décrivant le *Protection of Trading Interests Act* de 1980 du Royaume-Uni, c. 11 par. 1 (1)(b)(Eng.)]; H. L. Clark, «Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), p. 81 à 92. Voir également A. V. Lowe, *Extraterritorial jurisdiction...*, op. cit. (note 48, *supra*), p. 79 à 219 (textes de diverses lois de blocage de différents États).

⁵¹ Voir par exemple le Règlement CE n° 2271/96 (note *supra*), art. 6, et la loi canadienne sur les mesures extraterritoriales étrangères (note *supra*), par. 9 (1) (a).

⁵² Par exemple, dans l'affaire *U.S. v. Imperial Chemical Industries*, une société britannique a pu obtenir d'un tribunal britannique une ordonnance interdisant à une partie au procès d'exécuter une ordonnance d'effet extraterritorial rendue par un tribunal des États-Unis. Voir *Oppenheim's International Law* (note 6 *supra*), p. 477, note 50 [citant notamment *U.S. v. Imperial Chemical Industries* (1952) F. Suppl. 215].

⁵³ «En principe, lorsqu'un État outrepassé sa compétence, sa responsabilité est engagée même en l'absence d'intention de causer un préjudice à un autre État.» [Brownlie, op. cit. (note 5, *supra*), p. 312.] Ainsi, des États ont pu demander réparation devant des juridictions internationales lorsque d'autres États avaient outrepassé leur compétence. L'exemple le plus frappant de tels recours est l'*Affaire du «Lotus»* (voir la note 14 *supra*) elle-même, dans laquelle la France demandait réparation à la Turquie au motif que ce pays avait outrepassé sa compétence. Dans l'affaire *Eichmann* (voir la note 34, *supra*), le différend concernant l'exercice par Israël d'une compétence d'exécution en Argentine a été porté devant le Conseil de sécurité, et les deux États sont parvenus à un accord.

territoriale, la question se pose en termes de priorité⁵⁴. À cet égard, il peut être nécessaire de distinguer entre compétence législative ou juridictionnelle et compétence en matière d'exécution.

30. C'est en effet en matière législative ou juridictionnelle que ces questions de priorité se posent le plus fréquemment. Certains États ont élaboré des principes ou règles généraux pour régler de telles situations. Par exemple, les tribunaux d'un État peuvent être appelés à appliquer extraterritorialement la législation d'un autre État. Pour réduire au minimum le risque de conflits et faire preuve de déférence envers les États étrangers, les tribunaux de certains États ont adopté une présomption contre l'application extraterritoriale de leur loi nationale⁵⁵. Ainsi, en l'absence d'indication expresse quant à l'intention du législateur de rendre telle loi ou tel règlement applicable aux étrangers pour des actes commis à l'étranger, le tribunal considérera que le législateur n'avait pas une telle intention. Cette règle est fondée en partie sur les principes de la courtoisie et de la non-ingérence dans les affaires intérieures des autres États, en partie sur des considérations pratiques.

31. Une autre règle élaborée par les tribunaux face aux revendications concurrentes de compétence résultant de mesures extraterritoriales est la doctrine de la nécessité imposée par un État étranger. Selon cette doctrine, peut être considérée comme pénalement ou civilement responsable la partie qui a, dans un autre État, fait quelque chose qui était imposé par la législation de cet État⁵⁶. C'est pourquoi une mesure extraterritoriale directement contraire à une disposition pénale de l'État territorial ne sera pas appliquée par un tribunal compétent, même s'il est établi que l'exercice de la compétence était raisonnable.

32. Les questions de compétences concurrentes ne se posent pas souvent en matière de compétence d'exécution. De manière générale, les États ne sont pas autorisés à appliquer leurs lois sur le territoire d'un autre État sans le consentement de cet État. Comme la Cour permanente de justice internationale l'a déclaré dans l'*Affaire du «Lotus»*, «la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure [...] tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État»⁵⁷. Ainsi, lorsque Israël a capturé Adolf Eichmann en territoire argentin et l'a amené en Israël pour le juger, le Conseil de

sécurité a demandé au Gouvernement israélien d'assurer une réparation adéquate à l'Argentine⁵⁸.

E. Élaboration d'un instrument

33. Un instrument sur le sujet pourrait viser à énoncer des principes généraux et des règles plus spécifiques régissant l'exercice d'une compétence extraterritoriale en droit international public. L'examen des normes et règles existantes indique qu'il existe en la matière une très abondante pratique des États dont la Commission pourrait s'inspirer.

34. Les développements technologiques récents et la mondialisation de l'économie, qui limitent la capacité des États de protéger leurs intérêts nationaux au moyen des seuls principes traditionnels régissant la compétence, ont contribué à un accroissement des désaccords et de l'incertitude au sujet de certains aspects du droit régissant la compétence extraterritoriale. Il faudra donc peut-être, pour élaborer un projet d'instrument sur le sujet, compléter la codification du droit par une activité substantielle de développement progressif. Si la pratique des États révèle, dans l'apparition de nouvelles règles ou l'extension des règles traditionnelles, plusieurs tendances marquées susceptibles de guider la Commission s'agissant de résoudre les points de désaccord et donc d'améliorer la clarté et la certitude dans un domaine du droit international d'une importance pratique croissante, l'élaboration d'un projet d'instrument sur le sujet pourrait exiger un développement progressif du droit.

1. PORTÉE DU SUJET

35. Le sujet de la compétence en général étant vaste, il sera important de bien délimiter la portée du sujet. Des tentatives de codification ont envisagé la compétence extraterritoriale du point de vue plus large de la compétence en général⁵⁹, mais le sujet peut être limité au seul exercice d'une compétence extraterritoriale. En outre, il peut être limité au seul droit national appliqué extraterritorialement.

36. Il est certains domaines du droit dans lesquels les questions de compétence extraterritoriale susceptibles de se poser sont dans une certaine mesure réglementées par des régimes spéciaux. Les plus importants de ces domaines sont le droit de la mer, le droit de l'espace, l'exercice d'une compétence extraterritoriale en matière d'assistance et de coopération judiciaires et policières ainsi que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont, pour la plus grande part, régis par des accords internationaux, régionaux et bilatéraux existants. Ces règles spéciales peuvent fournir des indications dans l'élaboration des principes et règles généraux en matière de compétence extraterritoriale, mais le projet d'instrument sera sans préjudice des régimes juridiques existants.

⁵⁴ Voir *Oppenheim's International Law* (note 6, *supra*), p. 458: «La territorialité est le premier fondement de la compétence; même si un autre État a une base de compétence concurrente, son droit d'exercer cette compétence est limité si, ce faisant, il allait à l'encontre des droits de l'État territorialement compétent.» Daillier et Pellet, op. cit. (*supra*, note 5), p. 502: «La rigidité de solutions théoriques résultant de la hiérarchie des compétences et, en particulier, de la primauté de la souveraineté territoriale sur la compétence personnelle, qui exclut en principe toute application, au moins forcée, du droit national à l'étranger.»

⁵⁵ Voir Mann, loc. cit. (note 5, *supra*), p. 63 et 64; et l'arrêt *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran* (note 42, *supra*): «Premièrement, la Cour interprète généralement les lois ambiguës de manière à éviter toute atteinte déraisonnable à l'autorité souveraine des autres nations.»

⁵⁶ Voir Clark, loc. cit. (note 48, *supra*), p. 92 et 93; Brownlie, op. cit. (note 5, *supra*), p. 308 (citant le juge R. Y. Jennings, «Extraterritorial jurisdiction and the United States antitrust laws», *The British Year Book of International Law*, 1957, vol. 33, p. 151); R. K. Gardiner, *International Law*, Londres, Pearson, 2003, p. 325; et *Oppenheim's International Law* (note 6 *supra*), p. 464 et 465.

⁵⁷ *Affaire du «Lotus»* (note 14 *supra*), p. 18.

⁵⁸ Résolution 138 (1960) du Conseil de sécurité du 23 juin 1960. Voir également *Eichmann* et *Alvarez-Machain* (cités note 34 *supra*).

⁵⁹ Voir le projet de Harvard Research in International Law (note 27 *supra*), p. 439; et *Restatement of the Law Third* (note 6, *supra*). Il convient de noter que le *Restatement*, en particulier, est d'une pertinence limitée aux fins de la présente étude, étant principalement axé sur la pratique des États-Unis.

37. Même si, souvent, l'exercice par les États d'une compétence extraterritoriale peut entraîner l'exercice d'une compétence concurrente, il ne sera pas nécessaire de revenir sur les règles de droit international privé dégagées par les États pour résoudre de tels conflits. Il peut toutefois être utile d'énoncer dans le projet les principes généraux de courtoisie particulièrement pertinents s'agissant de régler les différends résultant de l'exercice d'une compétence extraterritoriale.

38. Un aspect du sujet qui n'a pas été pleinement traité lors des précédentes entreprises de codification est celui des conséquences de l'exercice illicite d'une compétence extraterritoriale. Bien que cet aspect soit dans une certaine mesure envisagé dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, il existe aussi dans ce domaine une abondante pratique des États qui pourrait être étudiée afin d'établir des règles et procédures pour le règlement des problèmes spécifiques qui peuvent se poser dans le cadre des différends relatifs à l'exercice illicite d'une compétence extraterritoriale.

2. DÉFINITIONS

39. L'un des aspects essentiels de l'étude consiste à définir les principaux concepts qui seront utilisés dans l'instrument. La définition des termes «compétence» et «extraterritoriale» est cruciale pour déterminer le champ d'application de l'instrument. Au fur et à mesure que l'étude du sujet progressera, il faudra peut-être définir d'autres termes dans le projet.

40. La notion de compétence de l'État peut être comprise comme désignant d'une manière générale la puissance ou l'autorité souveraine de l'État. A cet égard, on peut distinguer trois types de compétences, la compétence normative, la compétence juridictionnelle et la compétence d'exécution.

41. La notion d'«extraterritorialité» peut s'entendre comme visant la zone se trouvant au-delà du territoire de l'État, constitué par son territoire terrestre, ses eaux intérieures, sa mer territoriale ainsi que son espace aérien. Cette zone peut faire partie du territoire d'un autre État ou ne relever de la compétence territoriale d'aucun État.

3. PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

42. Il est généralement admis que pour qu'un État puisse valablement exercer sa compétence à l'égard d'une personne physique ou morale, d'un bien ou d'une situation, un lien doit exister entre lui et cette personne, ce bien ou cette situation. Les types de liens susceptibles de justifier l'exercice d'une compétence extraterritoriale sont reflétés dans les principes généraux du droit international qui régissent cet exercice. Ces principes sont les suivants:

- Principe de territorialité en tant qu'il a trait à la compétence extraterritoriale:
- Territorialité objective,
- Théorie des effets;
- La nationalité;
- La personnalité passive;
- La protection.

43. Tout exercice de compétence extraterritoriale doit reposer sur au moins un des principes ci-dessus pour être licite au regard du droit international. Plus d'un de ces principes peuvent être pertinents s'agissant de déterminer en fonction des circonstances la licéité d'un tel exercice dans un cas particulier.

4. RÈGLES RELATIVES À L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

44. La force du lien qui doit rattacher l'État à une personne, à un bien ou une situation pour qu'il puisse valablement exercer sa compétence extraterritoriale peut varier selon le type de compétence que l'État entend exercer. Il sera donc nécessaire d'indiquer dans quelle mesure les divers principes de compétence peuvent valablement fonder l'exercice d'une compétence extraterritoriale normative, juridictionnelle ou d'exécution. L'exercice d'une compétence extraterritoriale peut aussi poser des problèmes particuliers dans certains domaines du droit, comme ceux que posent la cybercriminalité en droit pénal ou le commerce électronique en droit commercial. Il pourrait donc aussi être utile de prévoir des dispositions spécifiques sur ces types de problèmes spéciaux qui risquent de n'être pas suffisamment pris en compte dans la formulation de règles et principes généraux.

5. LIMITES À L'EXERCICE PAR LES ÉTATS D'UNE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

45. L'exercice d'une compétence extraterritoriale est assujéti à des limites découlant de principes fondamentaux du droit international, tels que l'égalité souveraine des États, l'intégrité territoriale de l'État et la non-intervention dans les affaires intérieures des autres États, qui sont consacrés dans la Charte des Nations Unies. Des considérations de courtoisie doivent également intervenir dans l'exercice de la compétence extraterritoriale.

6. CONSÉQUENCES DE L'EXERCICE ILLICITE D'UNE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

46. Lorsqu'un État considère l'exercice par un autre État d'une compétence extraterritoriale comme illicite au regard du droit international, les États concernés ont une obligation générale de coopérer pour régler le différend. Un instrument juridique sur le sujet devrait également prévoir une procédure de règlement de ces différends qui comprendrait: une notification indiquant que l'exercice de la compétence est considéré comme illicite, un examen de la licéité de l'exercice de la compétence par l'État qui l'a exercée à la lumière des principes fondamentaux et la prise en compte des objections de l'État affecté.

7. PROJET DE PLAN D'UN INSTRUMENT SUR
LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE

I. Dispositions générales

1. Champ d'application
2. Relations avec d'autres régimes juridiques
 - a) *Lex specialis*
 - b) Régimes conventionnels préexistants
3. Définitions

II. Principes de compétence

1. Principe de la territorialité
 - a) Territorialité objective
 - b) Théorie des effets
2. Principe de la nationalité
3. Principe de la personnalité passive
4. Principe de la protection

III. Exercice d'une compétence extraterritoriale

1. Compétence normative

2. Compétence juridictionnelle

3. Compétence d'exécution

4. Domaines spécifiques du droit

IV. Limites à l'exercice d'une compétence extra-territoriale

1. Souveraineté, intégrité territoriale et non-intervention
2. Courtoisie
 - a) Présomption contre l'extraterritorialité
 - b) Doctrine de la contrainte imposée par un État étranger
 - c) Principe du caractère raisonnable

V. Règlement des différends

1. Obligation générale de coopérer
2. Obligation de notification
3. Obligation d'examiner les mesures extra-territoriales
4. Droit général de prendre des contre-mesures

5. Mécanisme de règlement des différends.

Bibliographie sommaire

A. Jurisprudence internationale

1. ORGANES JUDICIAIRES

a) Cour permanente de justice internationale

Affaire du «Lotus» (France c. Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, C.P.J.I. série A, n° 10.

b) Cour internationale de Justice

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, opinion individuelle commune de Mme Higgins, MM. Koojimens et Buergenthal, C.I.J. Recueil 2002, p. 63.

c) Cour européenne des droits de l'homme

Stocké c. Allemagne, arrêt au principal, 19 mars 1991, requête n° 11755/85, série A, Arrêts et décisions, vol. 199.

Loizidou c. Turquie, arrêt au fond, 18 décembre 1996, requête n° 15318/89, Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI, p. 2216.

Öcalan c. Turquie, n° 46221/99 [GC], CEDH 2005-IV (12 mai 2005).

d) Cour de justice des Communautés européennes

Imperial Chemical Industries c. Commission des Communautés européennes, affaire 48/69, 14 juillet 1972, Recueil de jurisprudence 1972, p. 619.

Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. c. Commission des Communautés européennes, affaire 6/72, 21 février 1973, Recueil de jurisprudence 1973, p. 215.

Istituto Chemioterapico Italiano SpA. et Commercial Solvents Corporation c. Commission des Communautés européennes, affaires jointes 6 et 7/73, 6 mars 1974, Recueil de jurisprudence 1974, p. 223.

2. COUR D'ARBITRAGE

Fur Seal Arbitration, in John B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. 1, Washington, United States Government printing office, 1898, p. 755-961.

Cutting, in John B. Moore, *Digest of International Law*, vol. 2, Washington, United States Government printing office, 1906, p. 228-242.

B. Jurisprudence nationale

Ex parte Susannah Scott (1829) [*The English Reports*, vol. 109 (1910), p. 166].

Ker v. Illinois (119 U.S. 436 (1866)).

In re Urios [Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 janvier 1920, *Journal du droit international*, t. 47 (1920), p. 195].

U.S. v. Bowman (260 U.S. 94 (1922)).

Bayot [Cour de cassation, Chambre criminelle, 22 février 1923, Paris, Dalloz, *Recueil périodique et critique* (1924), 1^{re} partie, p. 136].

Joyce v. D.P.P. [(1946) AC 347, *Ann. Digest*, 15 (1948), 91].

Wechsler [Conseil de Guerre de Paris, 20 juillet 1917, *Journal du droit international*, t. 44 (1917), p. 1745].

Naim Molvan v. A.G. for Palestine ((1948) AC 531, *Ann. Digest*, 15 (1948), 115).

Nusselein c. L'État belge [Cour de cassation, 2^e chambre, 27 février 1950, Bruxelles, Bruylant, *Pasicrisie belge, Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'État de Belgique*, 1950, III^e partie, p. 449].

Eichmann [District Court of Jerusalem, *Attorney General of Israel v. Eichmann* (1961), *International Law Reports*, vol. 36, p. 5].

In re Harnett (1973, 1 O.R.2d 206 (Can)).

United States v. Columba-Colella (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)).

Tel-Oren v. Libyan Arab Republic (726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)).

Federal Constitutional Court (39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985).

United States v. Yunis (681 F. Supp. 896 (1988)).

State (South Africa v. Ebrahim), *International Law Reports*, vol. 95, p. 417.

United States v. Yunis (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)).

United States v. Alvarez-Machain (504 U.S. 655 (1992)).

R. v. Horseferry Road Magistrates' Court (Ex parte Bennett) (1993, 3 P, 138 (H.L.)).

United States v. Vasquez-Velasco (15 F.3d 833 (9th Cir. 1994)).

United States v. Noriega (117 F.3d 1206, at. 1515-19 (11th Cir. 1997)).

Bangoura v. Washington Post ([2004] 235 D.L.R. (4th) 564) and the Italian Court of Cassation (Corte di Cassazione, closed session, sect. V, 27 December 2000, Judgment No. 4741).

Toben (BGH 46, 212, arrêt du 12 décembre 2000).

United States v. Ben Laden [92 F. Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000)].

Estate of Cabello v. Fernandez-Larios, 157 F.Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001).

United States v. Bustos-Useche, 273 F.3d 622 (5th Cir. 2001), cert. denied, 535 U.S. 1071 (2002).

Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme (169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)).

Aguinda v. Texaco, Inc., 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002).

Korea Fair Trade Commission decision of 4 April 2002 (case 02-77), confirmed by the Seoul High Court Decision of 26 August 2003 (2002nu 14647) and KFTC decision of 29 April 2003 (case 03-98).

Sinaltrainal v. Coca-Cola Co., 256 F. Supp. 2d 1345 (S.D.Fla. 2003).

F. Hoffman-LaRoche Ltd. c. Empagran, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004).

C. Organisations internationales

1. NATIONS UNIES

Résolution 1192 (1998) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 3920^e séance le 27 août 1998.

2. CONSEIL DE L'EUROPE

Conseil de l'Europe, Recommendation N° R (97) 11 du Comité des ministres aux États membres relative au plan modèle révisé de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public, 12 juin 1997, Appendice, Partie 8 (II).

D. Ouvrages et articles

AKEHURST, M.

«Jurisdiction in international law», *The British Year Book of International Law*, vol. 46 (1972-1973), p. 145-257.

BELLIA, P. L.

«Chasing bits across borders», *University of Chicago Legal Forum* (2001), p. 35-101.

BOSCARIOL, J. W.

«An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States», *Law and Policy in International Business*, vol. 30 (1998-1999), p. 439-499.

BOWETT, D. W.

«Jurisdiction: Changing patterns of authority over activities and resources», *The British Year Book of International Law*, vol. 53 (1982), p. 1-26.

CAFIRITZ, E. et O. TENE

«Article 113-7 of the French Penal Code: The passive personality principle», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), p. 585-599.

CLARK, H. L.

«Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), p. 61-96.

DUNNING, T. S.

«D'Amato in a China shop: Problems of extraterritoriality with the Iran and Libya sanctions Act of 1996», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19 (1998), p. 169-199.

FALENCKI, C. A.

«Sarbanes-Oxley: Ignoring the presumption against extraterritoriality», *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), p. 1211-1238.

FEENEY, D. J.

«The European Commission's extraterritorial jurisdiction over corporate mergers», *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), p. 425-494.

FERNANDES, S.

«F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran and the extraterritorial limits of United States antitrust jurisdiction: Where comity and deterrence collide», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2004-2005), p. 267-317.

GATHI, J. T.

«Torture, extraterritoriality, terrorism, and international law», *Albany Law Review* (2003-2004), vol. 67, p. 335-370.

GERBER, D. J.

«The extraterritorial application of the German antitrust laws», *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 756-783.

JUNG, Y.

«Korean competition law: First step towards globalization», *Journal of Korean Law*, vol. 4, n° 2 (2005), p. 177-200.

KIM, W.-K.

«The extraterritorial application of U.S. antitrust law and its adoption in Korea», *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), p. 386-411.

LAYTON, A. et A. M. PARRY

«Extraterritorial jurisdiction – European responses», *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2003-2004), p. 309-325.

MENG, W.

«Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts», in R. Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 2, Amsterdam, Elsevier, 1995, p. 337-343.

NORTON, J. J.

«The European Court of Justice judgment in *United Brands*: Extraterritorial jurisdiction and abuse of dominant position», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), p. 379-414.

O'KEEFE, R.

«Universal jurisdiction: Clarifying the basic concept», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n° 1 (2004), p. 735-760.

TIMOFEEVA, Y. A.

«Worldwide prescriptive jurisdiction in Internet content controversies: A comparative analysis», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2004-2005), p. 199-225.

WHITMAN, C. B. (éd.)

«Extraterritorial jurisdiction and jurisdiction following forcible abductions: A new Israeli precedent in international law» (Notes), *Michigan Law Review*, vol. 72 (1973-1974), p. 1087-1113.

YOST, M. J. et D. S. ANDERSON

«The military extraterritorial jurisdiction Act of 2000: Closing the gap», *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), p. 446-454.

E. Autres

FACULTÉ DE DROIT DE HARVARD, HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW

«Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime», *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), p. 435-651.