

Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale

Brigitte Stern

Volume 3, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1101414ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1101414ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Stern, B. (1986). Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 3, 49–78.
<https://doi.org/10.7202/1101414ar>

Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale

BRIGITTE STERN *

Personne n'ignore la complexité théorique — sans parler des imbroglios pratiques qu'ils peuvent entraîner — des problèmes d'application extraterritoriale des lois — cette complexité venant en partie de ce qu'ils présentent aussi bien des aspects de droit international public que des aspects de droit international privé ^{*1}. Aussi serait-il prétentieux de tenter autre chose que quelques réflexions sur la théorie générale de l'application extraterritoriale des lois, ou plus précisément de l'application extraterritoriale du droit — expression plus globale permettant de prendre en considération aussi bien les normes générales que les normes individuelles

* Professeure à l'Université de Paris X (Nanterre) et directrice du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN).

1. Voir par exemple H.G. MAIER, «Extraterritorial Jurisdiction at a Cross-roads: an Intersection Between Public and Private International Law », (1982) 76 *A. J.L.L.* 280 ; A. LOWENFELD, « Public Law in the International Arena : Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for their Interaction », (1979) 163 *R. C.A.D.I.* 321 ; P. MAYER, « Droit international public et droit international privé sous l'angle de la notion de compétence », (1979) 68 *R.C.D.I.P.* 1, 349 et 537 ; J.-M. JACQUET, «La norme extraterritoriale dans le commerce international», (1985) 112 *J.D.I.* 327, note 346. Voir également, CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL DE NANTERRE, *L'application extraterritoriale du droit économique* (1987).

d'une part, et aussi bien les normes issues du pouvoir législatif que les décisions prises par le pouvoir exécutif ou juridictionnel, d'autre part.

Ce problème de l'application extraterritoriale du droit a toujours existé du fait de la division de la communauté internationale en une pluralité d'États, ayant chacun sur leur territoire le monopole de la force armée organisée. Cependant, les conflits de compétence résultant inévitablement de la répartition de compétences entre les différents États, dès lors qu'existent des relations transfrontalières, atteignent aujourd'hui une ampleur sans précédent, en particulier dans le domaine du droit économique : il n'y a là qu'une des conséquences des deux phénomènes qui caractérisent les relations économiques internationales contemporaines, à savoir *le développement de l'intervention de l'État* et *l'internationalisation croissante des phénomènes économiques*, avec son corollaire qui est le développement de l'interdépendance entre les différents États. Il est inévitable que les conflits de compétence entre États se multiplient parallèlement au mouvement d'internationalisation de l'économie comme l'écrit fort justement un auteur :

Nul doute que la transnationalisation de l'activité économique, l'interprétation croissante des économies nationales, doublées de l'intensification sans précédent du dirigisme étatique, créent des problèmes nouveaux qui ne trouvent guère de solution adéquate dans les règles classiques... De par la complexité de leurs structures, les multinationales se laissent difficilement appréhender à titre exclusif par un ordre juridique déterminé comme le voudrait le dogme traditionnel de la souveraineté territoriale. Il en résulte inéluctablement des chevauchements de compétence générateurs certes d'insécurité juridique, mais — plus préoccupant encore — susceptibles de provoquer de graves tensions politiques².

Il ne fait donc aucun doute que l'application extraterritoriale du droit pose problème aujourd'hui, l'un des principaux enjeux politiques étant de savoir qui de l'État d'origine ou de l'État d'accueil va contrôler les firmes multinationales.

Mais que signifie exactement «application extraterritoriale» du droit?

Il y a là une expression qui est constamment utilisée, mais dans des sens très différents, et il nous semble de ce fait que toute approche théorique doit commencer par une tentative d'élucidation du concept même d'«application extraterritoriale». Certes, ce concept une fois

2. R. ERGEC, *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc euro-sibérien* (1984), p. 106.

précisé, de nombreux problèmes posés par l'extraterritorialité restent ouverts : il convient en effet, face aux applications extraterritoriales du droit effectuées ou tentées par les États, de déterminer quelles sont les applications extraterritoriales autorisées par le droit international et quelles sont au contraire les applications extraterritoriales contraires à ce droit et les conséquences qui découlent de ces qualifications; mais la question de la validité au regard du droit international n'épuise pas le sujet : reste à savoir comment les différents ordres juridiques nationaux règlent, lorsqu'ils apparaissent, les conflits de compétence.

Ces vastes questions — dont certaines sont extrêmement complexes — ne seront cependant pas toutes abordées ici, où il ne s'agit que de poser les prolégomènes conceptuels du problème de l'application extraterritoriale du droit.

On peut dire qu'*zī y a extraterritorialité de l'application d'une norme, si tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'État qui l'a émise.*

L'application d'une norme étant une opération complexe — dont la première étape est l'édition même de la norme, — il y a bien des façons pour celle-ci d'être extraterritoriale : c'est ainsi qu'on trouve des éléments d'extraterritorialité quand une norme est mise en œuvre par une autorité extérieure au territoire, ou encore lorsqu'il est tenu compte dans la mise en œuvre d'une norme d'éléments extérieurs au territoire ou encore lorsque l'application de la norme implique des effets juridiques à l'extérieur du territoire.

Il semble cependant que deux modalités d'extraterritorialité doivent d'emblée être distinguées: l'extraterritorialité peut en effet résulter de deux processus extrêmement différents : à savoir soit d'une application par des autorités extérieures à l'État auteur de la norme, soit d'une application par l'État auteur de la norme qui ne se réalise pas en totalité sur le territoire de cet État.

I. — LA DISTINCTION ENTRE L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE MÉDIATISÉE ET L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DIRECTE

A. — L'application extraterritoriale médiatisée

Nous semblent devoir être analysés selon une problématique propre tous les cas d'application extraterritoriale d'une norme effectuée par des

autorités étatiques extérieures à F État auteur de la norme, sur leur propre territoire: dans cette hypothèse, nous parlerons [^]*application extraterritoriale médiatisée*, dans la mesure où l'application extraterritoriale n'est pas le fait de F État auteur de la norme, mais le fait de F État sur le territoire duquel elle est mise en œuvre, plus précisément des tribunaux de cet État, par le biais d'une de ses propres règles de conflits.

L'État, dans l'énoncé de ses règles de droit interne, est libre, mais doit cependant tenir compte des nécessités de l'ordre international ainsi qu'il est énoncé dans le commentaire de l'article 6 du *Restatement (Second) of Conflicts of Law s* (1971) :

[TRADUCTION] La plus importante fonction des règles de rattachement est probablement d'assurer le bon fonctionnement des systèmes interétatiques et internationaux. Les règles de rattachement devraient, entre autres choses, voir à développer des relations harmonieuses entre États et faciliter les rapports commerciaux entre eux. En formulant des règles de rattachement, un État devrait tenir compte des besoins et politiques des autres États et de la communauté des États. Les règles de rattachement formulés en tenant compte de ces besoins et politiques pourraient inspirer les autres États et être adoptés par ceux-ci. L'adoption des mêmes règles de rattachement par plusieurs États permettrait de satisfaire les besoins des systèmes interétatiques et internationaux, ainsi que les critères de certitude, de prédiction et d'uniformité de résultat³.

On pourrait dire aussi dans ce cas qu'il s'agit en fait d'une application formellement ou organiquement extraterritoriale d'une norme qui matériellement peut être territoriale ou extraterritoriale.

Il convient d'examiner successivement comment se présente le problème de l'application extraterritoriale médiatisée du droit privé, puis du droit public.

3. Probably the most important function of choice-of-law rules is to make the interstate and international Systems work well. Choice-of-law rules, among other things, should seek to further harmonious relations between States and to facilitate commercial intercourse between them. In formulating rules of choice of law, a state should have regard for the needs and policies of other states and of the community of states. Rules of choice of law formulated with regard for such needs and policies are likely to commend themselves to other states and to be adopted by these states. Adoption of the same choice-of-law rules by many states will further the needs of the interstate and international Systems and likewise the values of certainty, predictability and uniformity of result». Pour des commentaires sur cet article, voir H.G. MAIER, *loc. cit. supra*, note 1, p. 286.

1. — *L'application extraterritoriale médiatisée du droit privé*

L'application extraterritoriale médiatisée du *droit privé*, par le jeu des règles de conflit de lois, est, on le sait, monnaie courante dans les litiges privés ayant un élément d'extranéité.

L'application extraterritoriale du droit dans un cas de ce genre ne risque pas d'entraîner un conflit de souveraineté, puisque c'est précisément l'État sur le territoire duquel cette application a lieu qui en décide en toute souveraineté et sans être soumis à aucune obligation générale du droit international.

Comme l'écrit un auteur, «dans ces conditions, il apparaît que l'extraterritorialité de la loi, situation *a priori* anormale eu égard à la perception la plus élémentaire des phénomènes de pouvoir qui sont liés au droit, ne saurait constituer ici un obstacle en soi, ou un sujet de scandale puisqu'il suffit qu'elle serve les buts particuliers du droit international privé »⁴.

Une réserve cependant doit être faite pour les lois d'application immédiate et pour la principale catégorie de ces lois constituée par les lois de police, par lesquelles l'État manifeste son intervention souveraine dans des relations privées, dont le régime doit être assimilé à celui des règles de droit public. Selon M. Mayer, «il n'est pas indispensable de distinguer les lois de police d'autres normes du droit qui ont en commun avec elles d'échapper à la règle de conflit bilatérale : lois de droit public, règles de conflit unilatérales, décisions législatives »⁵.

2. — *L'application extraterritoriale médiatisée du droit public*

L'application extraterritoriale médiatisée du *droit public* est au contraire beaucoup plus rare et problématique dans la mesure où elle entraîne une confrontation des souverainetés.

4. JAQUET, *loc. cit. supra*, note 1, p. 340.

5. P. MAYER, «Les lois de police étrangères», (1981) 108 *J.D.I.* 280; voir aussi P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », (1971) 60 *R.C.D.I.P.* 1 ; P. FRANCESCAKIS, «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », (1966) 55 *R. C. D. I.P.* 1. La classification adoptée par les auteurs n'est pas toujours la même : voir G. DE LA PRADELLE, « Les lois d'application immédiate englobent les lois de police », (1970) 97 *J.D.I.* 934.

Il convient cependant de distinguer les hypothèses dans lesquelles cette mise en œuvre extraterritoriale se fait dans le cadre d'un litige privé, de celles fondées sur une requête de F État auteur de la norme dont est réclamée la mise en œuvre extraterritoriale.

• *Dans un litige privé*

La doctrine admet très généralement aujourd'hui que le principe de la territorialité du droit public, — droit pénal, droit fiscal, droit de la concurrence, droit de la réglementation économique, du contrôle des changes, etc. — ne s'applique pas de façon absolue, bien que subsiste « la tendance à exclure le droit public du processus des conflits de lois »^{6 7}.

Le principe de la territorialité absolue du droit public a fréquemment été affirmé: [TRADUCTION] «Un tribunal n'a pas compétence pour accueillir une action aux fins d'exécution d'une loi d'un État étranger de nature pénale, fiscale ou d'une autre loi de nature publique».

Mais une évolution est aujourd'hui perceptible comme l'a souligné l'Institut de droit international à sa session de Wiesbaden où il a reconnu que «le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition sous la réserve fondamentale de l'ordre public»⁸. L'Institut va même jusqu'à parler du « prétendu principe » de l'inapplicabilité du droit public, puisqu'il affirme dans le point II de la résolution adoptée en 1975 sur ce sujet que :

6. A. LOWENFELD, *loc. cit. supra*, note 1, p. 394.

7. A.W. DICEY, and J.C.H. MORRIS, *The Conflict of Laws* (3rd ed., 1973), p. 84. «A court has no jurisdiction to entertain an action for the enforcement of a penal, revenue, or other public law of a foreign State ».

8. Voir M. FEYRIA, «La notion de conflit de lois en droit public», dans *Travaux du Comité français de droit international privé* (1962-64), p. 103. Voir aussi P. LALIVE, «Sur l'application du droit public étranger», (1971) *A.S.D.I.* 103 ; «Le droit public étranger et le droit international privé», dans *Travaux du Comité français de droit international privé* (1973-75), p. 215; Rapports à l'Institut de droit international, (1976) 56 *A. Inst. D.I.* 157 et 219 et Projet de résolution et résolutions, p. 274 et 550 ; cf également A. HUET, « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », (1982) 109 *J.D.I.* 625. Cf également ce qu'écrit P. Mayer à ce propos, in *Les lois de police étrangères*, *loc. cit. supra*, note 5, p. 278 : « La notion de territorialité absolue est en déclin ; l'I.D.I. l'a condamnée en 1954 pour les lois politiques, en 1975 pour les lois de droit public ».

Le prétendu principe de l'inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, non appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays :

- a) n'est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable,
- b) fait souvent double emploi avec les principes de l'ordre public,
- c) est susceptible d'entraîner des résultats peu souhaitables et peu conformes aux exigences actuelles de la collaboration internationale.

L'Institut constate aussi dans sa résolution que «le droit étranger demeure moins fréquemment appliqué pour diverses raisons»⁹, parmi lesquelles le fait que la disposition étrangère a une portée limitée au territoire du législateur, c'est-à-dire constitue une norme purement territoriale, et que cette limitation est en principe respectée.

Certes, le juge n'a jamais refusé de tenir compte du droit public étranger comme élément préalable à l'application de la règle qui gouverne le fond du litige^{10 11}, mais il y a là un problème d'effet extraterritorial qui doit être distingué de celui de l'application extraterritoriale ainsi qu'il sera indiqué ci-dessous^H.

Dans quel cas un juge acceptera-t-il d'appliquer le droit public étranger ?

Si l'on cherche dans la jurisprudence une réponse synthétique à cette question, l'on constate que le juge accepte en général d'appliquer le droit public d'un État étranger à une situation qui s'est entièrement déroulée sur le territoire de cet État étranger, car une telle application n'entraîne aucun conflit de souveraineté, alors qu'il est très réticent lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit public étranger à une situation qui ne se déroule pas entièrement sur le territoire de cet État étranger.

En d'autres termes, il convient de distinguer l'application extraterritoriale médiatisée d'une norme de droit public purement territoriale, de l'application extraterritoriale médiatisée d'une norme de droit public extraterritoriale.

L'application extraterritoriale médiatisée d'une norme de droit public territoriale est très fréquemment admise, y compris parfois lorsqu'elle contredit l'ordre public du pays du for, ce qui est logique, car cet ordre

9. (1975) 56 *A. Inst. D.I.* 550.

10. R. ERGEC, *op. cit. supra*, note 2, p. 79.

11. Voir *infra*, p. 65.

public n'a aucune vocation à s'appliquer sur le territoire de F État régi par la norme territoriale, extraterritorialement mise en œuvre.

Une espèce relativement récente tirée de la jurisprudence française illustre une telle situation.

On peut, en effet, citer ici la façon dont la Cour de cassation française a dans les dernières années réglé un problème de ce genre, à savoir un conflit de deux compétences, la compétence personnelle de la France et la compétence territoriale de l'Afrique du Sud ¹².

La société Spie Batignolles avait un chantier en Afrique du Sud et comme cela se fait de plus en plus fréquemment aujourd'hui, avait fait signer aux personnes envoyées sur ce chantier un avenant à leur contrat de travail : cet avenant précisait que ces personnes « s'engagent à respecter les lois du pays et que toute remise en cause des conditions convenues dans leur contrat est une faute grave ». Des salariés de la société travaillant sur son chantier sud-africain se mettent en grève, et sont renvoyés sur-le-champ sans indemnité. L'argumentation de la société Batignolles est que la grève étant interdite en Afrique du Sud, le contrat n'a pas été respecté, ce qui constitue une faute grave autorisant le licenciement sans indemnité. La Cour d'appel de Nîmes et la Cour d'appel de Paris avaient déclaré ces licenciements abusifs, car contraires au droit de grève qui est constitutionnellement reconnu en France.

La Cour de cassation a cassé ces deux arrêts en se fondant sur l'application territoriale de la loi: il y a donc là une mise en œuvre extraterritoriale médiatisée, c'est-à-dire par des autorités extérieures à l'Afrique du Sud d'une norme territoriale sud-africaine, qui aboutit à appliquer à des salariés français des règles contraires à l'ordre public français.

L'application extraterritoriale médiatisée d'une norme de droit public à des faits extérieurs au territoire de P État auteur de la norme semble quant à elle difficile à admettre au regard des règles internationales relatives à la non-intervention d'un État dans les affaires d'un autre.

C'est ce qui ressort implicitement d'une espèce jurisprudentielle célèbre : était en cause une règle de droit public indienne, interdisant des

12. Cass. SC. 18 juin 83. Aff. £4. *Spie Batignolles c. Maltiesen*, Cass. soc. 27 oct. 83, Aff. *Spie Batignolles c. Cassara et autres*, reproduites dans (1984) 111 *J.D.I.* 332 note P. RODIER et le commentaire de J.F. LACHAUME, « Jurisprudence française relative au droit international », (1984) 30 *A.F.D.I.* 918.

exportations directes ou indirectes vers l'Afrique du Sud de marchandises à partir du territoire indien. Un certain Regazzoni a signé un contrat soumis à la loi anglaise avec une société anglaise, la société Sethia, pour lui livrer du jute indien, puis a refusé les livraisons en arguant de la violation de la loi de droit public indienne que l'exécution du contrat entraînerait. La Chambre des Lords, devant laquelle est arrivée la demande de dommages et intérêts de la société Sethia, a refusé de donner effet au contrat, suivant une argumentation extrêmement claire, où sont rappelés les grands principes gouvernant la portée extraterritoriale des règles de droit public :

[TRADUCTION] Un tribunal anglais n'exécutera pas les lois pénales ou fiscales d'un autre pays à la demande de ce pays [...] Mais, [...] il ne s'agit pas du cas qui nous intéresse ici, il s'agit d'une question très différente, *viz*, celle de savoir si dans un litige entre personnes privées, la cour donnera effet à un contrat qui implique qu'un acte illégal et en violation du droit d'un État étranger soit posé dans cet État étranger. [...] Dans l'énoncé de la question, j'attire particulièrement l'attention sur les mots "l'acte [...] posé dans un État étranger", puisqu'il se peut que plusieurs considérations entrent en jeu et que l'on parvienne à une différente conclusion si la loi du contrat est la loi anglaise et le contrat est exécuté dans sa totalité en Angleterre, ou à tout le moins dans un autre pays dont le droit rend le contrat illégal¹³.

En d'autres termes, la réglementation de droit public indienne ne se serait pas appliquée au contrat si celui-ci avait été entièrement exécuté hors du territoire indien, c'est-à-dire soit au Royaume-Uni, soit dans un autre État, mais elle s'appliquait territorialement aux activités se déroulant sur le territoire indien.

Rappelons enfin ici que si l'application extraterritoriale médiatisée du droit privé comme du droit public est possible dans les litiges privés, celle-ci n'est jamais obligatoire puisqu'existe toujours la réserve de

13. *Regazzoni N. K.C. Sethia (1944) Ltd.*, (1957) 24 I.L.R. 15, à la p. 17.[A]n English court will not enforce the penal or revenue law of another country at the suit of that country [...] But, [...] we are not concerned with such a case, but with a very different question, *viz*, whether in a suit between private persons, the court will enforce a contract which involves the doing in a foreign country of an act which is illegal by and violates the law of that country [...] In the statement of the question, I call particular attention to the words «the doing in a foreign country», for it may well be that different considerations will arise and a different conclusion will be reached if the law of the contract is English and the contract is wholly performed in England, or at least in some other country than that whose law makes the act illegal.

l'ordre public de P État du for: c'est ce qu'a indiqué sans ambiguïté la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des emprunts serbes et brésiliens. Dans cette affaire, la Cour a en effet déclaré à propos de la détermination par un État de la loi applicable au contrat qu'« il y a lieu de rappeler qu'il se peut que la loi qui pourrait être jugée par la Cour applicable aux obligations de l'espèce, soit, sur un territoire déterminé, tenue en échec par la loi nationale de ce territoire, loi d'ordre public et d'application inéluctable, bien que le contrat ait été conclu sous le régime d'une loi étrangère »¹⁴.

Ainsi, sous la réserve de l'ordre public, l'application extraterritoriale médiatisée du droit privé ne pose problème ni pour les normes territoriales ni pour les normes extraterritoriales ; il semble au contraire, toujours sous la réserve de l'ordre public, que si l'application extraterritoriale médiatisée d'une norme de droit public territoriale ne soulève pas de difficulté, il n'en va évidemment pas de même de l'application extraterritoriale médiatisée d'une norme de droit public qui se voudrait extraterritoriale. Si une telle application était effectuée, cela impliquerait la reconnaissance de la souveraineté d'un État, celui sur le territoire duquel la norme de droit public émise par un autre État s'appliquerait.

• *À la requête de l'État auteur de la norme*

En principe, un État ne mettra pas en œuvre une norme de droit public émanant d'un autre État, à la demande de celui-ci. C'est ce que la Chambre des Lords a rappelé lorsqu'elle déclara clairement: «Un tribunal anglais n'exécutera pas les lois pénales ou fiscales d'un autre pays à la demande de ce pays »¹⁵.

Un État par exemple ne peut poursuivre le recouvrement des impôts dus par un national résidant à l'étranger devant les juridictions de cet État étranger¹⁶ ou demander à une telle juridiction de mettre en œuvre ses lois de contrôle des exportations ou de contrôle de la concurrence.

14. Voir *Emprunts serbes*, arrêt n° 14, 1929, C.P.J.I., série A, n° 20. Voir dans le même sens *Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, arrêt, C.I.J. Recueil 1958, p. 55.

15. Voir *supra*, note 13.

16. Cass. fr. 3 juillet 1928, *Héritiers Vogt c. Felin* (1929) *J.D.I.* 385; Civ. Charleroi 8 janv. 1930 *Institut régional d'assurances de la province rhénane c. SA Ateliers de Godaville*, (1930) *J.D.I.* 1097 ; cf. également *Government of India v. Taylor*, [1955] AC 491 at 506 (H.L.).

L'attitude adoptée par un État à l'égard des normes de droit public d'un autre État semble dans la doctrine juridique consubstantielle à la notion même de droit public. C'est ainsi que le P^r Lowenfeld a pu définir le droit public [TRADUCTION] «comme étant un droit dont la nature n'entraînerait pas, de façon traditionnelle, une application (soit directement ou par le biais d'un jugement) par les tribunaux d'un autre État». Et il ajoute: [TRADUCTION] «L'autre composante de la définition semble suggérer que les pays ne s'attendaient pas à ce que les sanctions pénales, fiscales ou relatives au contrôle de leur commerce soient appliquées au-delà de leurs propres territoires »^{17 18}.

L'Institut du droit international a rappelé ce principe, en le nuancant quelque peu lors de sa session d'Oslo de 1977.

Dans le projet provisoire de résolution, une distinction avait été proposée entre les demandes d'un État fondées sur son droit public présentées dans l'exercice de la puissance publique — qui ne sont en principe pas accueillies et les demandes fondées sur son droit public, d'un État agissant en tant que personne privée ou présentant ses demandes accessoirement à des prétentions de droit privé¹⁹.

Mais cette distinction n'a pas été reprise dans la résolution adoptée qui déclare que :

Dans la mesure où, du point de vue de l'État du for, leur objet est lié à l'exercice de la puissance publique, les demandes en justice d'une autorité étrangère ou d'un organisme public étranger, fondées sur des dispositions de son droit public, devraient en principe être considérées comme irrecevables.

Ces demandes pourraient néanmoins être considérées comme recevables si, du point de vue de l'État du for, et compte tenu du droit du défendeur à un traitement équitable dans ses rapports avec cette autorité ou cet organisme, l'objet particulier de la demande, les exigences de la solidarité internationale ou la convergence des intérêts des États en cause le justifient.²⁰

17. *Loc. cit. supra*, note 1, p. 324 «as the kind of law that would not, traditionally, be applied (directly or under a judgment) by the courts of another state».

18. *Ibid.* «The other side of that définition seems to have been that countries did not expect that their trade control, or taxes or criminal sanctions would be applied beyond their own territories ».

19. *A. Inst. D.I.*, 1977, vol. II, p. 16; *cf.* également le rapport de P. LALIVE, «Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public», *id.*, p. 2.

20. *A. Inst. D.I.*, 1977, vol. II, p. 328.

Mais en réalité toutes ces hypothèses d'application extraterritoriale médiatisée du droit privé ou du droit public ne sont pas celles auxquelles on songe spontanément lorsque l'on parle aujourd'hui d'application extraterritoriale du droit. L'expression «application extraterritoriale» évoque plutôt ce que nous appellerions l'application extraterritoriale directe.

B. — L'application extraterritoriale directe²¹

Lorsque l'on parle d'application extraterritoriale du droit, on se réfère en réalité, à toute une série de situations assez différentes les unes des autres, mais qui ont en commun d'être *des situations dans lesquelles un État prétend appréhender, à travers son ordre juridique des éléments situés en dehors de son territoire* : c'est-à-dire différentes situations où c'est l'État lui-même qui cherche à étendre son ordre juridique au-delà de ses frontières, c'est-à-dire où se présente ce que l'on pourrait appeler une situation *d'application extraterritoriale directe* du pouvoir normateur.

En réalité, le processus d'application d'une norme est une opération complexe impliquant à la fois certains problèmes en aval de cette application et en amont de celle-ci : ainsi on parle en général indifféremment d'application extraterritoriale pour recouvrir deux situations théoriquement différentes du point de vue de l'extraterritorialité, mais dont on verra que les conséquences de fait sont très voisines.

1. — *La distinction théorique entre l'imputation extraterritoriale et l'application extraterritoriale stricto sensu*

La première hypothèse est celle que je qualifierai pour l'instant, faute d'avoir trouvé une expression plus appropriée, *d'imputation extraterritoriale* : on se trouve dans cette situation lorsqu'une norme prend en compte pour *sa mise en oeuvre*, des faits ou des situations juridiques extérieurs au territoire.

Cette prise en compte d'éléments extraterritoriaux peut être *intrinsèque*, c'est-à-dire expressément prévue par la norme, ou seulement *virtuelle*, c'est-à-dire non prévue ou prévue seulement implicitement par la norme. Ainsi une loi réglementant les bénéfices à l'étranger de ses

21. Par la suite, lorsque nous parlerons d'application extraterritoriale, sans autre précision, nous nous référerons à l'application extraterritoriale directe.

nationaux prévoit explicitement une imputation extraterritoriale de certains éléments à son ordre juridique, tandis que les règles relatives au statut personnel des nationaux n'impliquent que virtuellement une imputation extraterritoriale (si le national a commis une infraction à l'extérieur du territoire, par exemple).

On conçoit aisément qu'une telle norme effectuant des imputations extraterritoriales — tout comme celle qui n'effectue que des imputations territoriales — puisse recevoir une application territoriale — si l'État prend en compte des faits extérieurs au territoire pour imposer un certain comportement sur son territoire, ou au contraire une application extraterritoriale si l'État veut imposer un comportement ou prétend produire des effets juridiques à l'extérieur du territoire. On est ainsi amené à la seconde acception du terme, qui se réfère à l'hypothèse dans laquelle un État cherche à effectuer une *application extraterritoriale* d'une norme de son ordre juridique, c'est-à-dire où l'application de la norme par les autorités de l'État auteur de celle-ci, implique l'exécution d'actes extérieurs au territoire ; en d'autres termes l'application extraterritoriale implique *des effets juridiques* à l'extérieur du territoire.

C'est en ce sens qu'un auteur a pu écrire qu'«il est question d'extraterritorialité» — (nous dirons d'application extraterritoriale) — «lorsqu'une autorité législative, gouvernementale, judiciaire ou administrative adresse à un sujet de droit un ordre de faire ou de ne pas faire à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un autre État»²². Il faut donc, pour parler d'application extraterritoriale, *stricto sensu*, que la norme prétende générer un effet juridique en dehors du territoire.

Un exemple tiré du droit bancaire permettra d'illustrer les deux types de problèmes qui peuvent se poser: c'est l'exemple d'une banque américaine ayant des filiales à l'étranger.

Une première question est de savoir si la banque américaine peut être considérée comme responsable aux États-Unis, en vertu du droit américain, pour des opérations faites par ou des sommes déposées auprès des filiales étrangères. Autrement dit, peut-on prendre en compte certains faits extérieurs concernant les filiales pour appliquer certaines règles de droit territorialement à la société mère.

La seconde question qui se pose est de savoir si les tribunaux américains peuvent adresser un ordre de faire ou de ne pas faire aux

22. P. DEMARET, « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie? », (1985) 21 *R.T.D.E.* 1, aux pp. 1-2.

filiales étrangères, autrement dit s'ils peuvent prétendre ordonner des effets juridiques à l'étranger : cette question peut d'ailleurs se présenter à différents stades du processus d'application, c'est-à-dire, soit au cours d'un procès, si un tribunal adresse à une filiale étrangère une injonction lui intimant de produire certains documents, soit comme conséquence d'une décision d'un tribunal, si celle-ci comporte des obligations à la charge des filiales étrangères, soit encore comme conséquence d'un acte de l'exécutif comme par exemple les « executive orders » par lesquels le Président des États-Unis a gelé les avoirs iraniens détenus par les filiales étrangères de banques américaines.

En simplifiant, on peut dire que dans le premier cas, l'élément extraterritorial est *la cause* d'une application territoriale, tandis que dans le second cas, il n'est que *la conséquence* de l'application de la norme, qu'il rend précisément extraterritoriale de ce fait. Bien entendu, dans la réalité, les deux situations sont souvent cumulativement présentes.

Mais si juridiquement les deux situations doivent être distinguées, seule la deuxième constituant *stricto sensu* une application extraterritoriale du droit, il semble que les circonstances de fait font que fréquemment les conséquences des deux situations sont très voisines.

C'est en ce sens que Jean Combacau, tout en faisant une distinction entre « les règles dont la condition d'opération est extérieure au territoire » et les « normes individuelles statuant sur un objet extérieur au territoire »²³, qualifie les deux situations indifféremment de norme extraterritoriale.

2. — *La fréquente similitude de fait de toutes les situations d'intervention duh élément extraterritorial dans l'application d'une norme*

En réalité, si l'on consulte la littérature juridique sur les problèmes d'extraterritorialité, on constate que les deux situations sont rarement distinguées: et l'on parle, pour recouvrir les deux hypothèses dans lesquelles, soit les conditions de mise en œuvre d'une norme, soit les effets de la mise en œuvre d'une norme sont situés en dehors du territoire, indifféremment de norme extraterritoriale ou d'application extraterritoriale. Si cette attitude révèle un certain flou du vocabulaire, elle n'aboutit

23. H. THIERRY *et al.*, *Droit international public* (5^e éd., 1986), p. 336. Nous ne voyons pas pourquoi l'auteur restreint la seconde catégorie aux normes individuelles et n'y inclut pas les normes générales.

cependant pas à des confusions majeures. En effet, toute norme posant un devoir être, c'est-à-dire cherchant à imposer des comportements, il peut sembler *a priori* nécessaire de distinguer les cas où un État cherche à imposer un comportement sur son propre territoire et les cas où il cherche à imposer un comportement à l'extérieur de son territoire, ce second comportement paraissant plus susceptible de heurter la souveraineté d'un autre État.

Cependant, dans la mesure où l'une des rares certitudes que l'on ait, en matière d'extraterritorialité, est le fait qu'un État n'est jamais autorisé à effectuer une mesure d'exécution sur le territoire d'un autre État, la tentative d'application extraterritoriale se soldera fréquemment, en l'absence de mise en oeuvre spontanée, par des mesures « d'application et d'exécution » territoriale : en effet ne pouvant exécuter en dehors de son territoire, l'État tirera fréquemment sur son propre territoire, les conséquences d'une méconnaissance des obligations qu'il a cherché à imposer extraterritorialement, ce qui est donc une façon d'imposer — par équivalent — un comportement sur le territoire.

Un auteur analyse fort bien ce comportement de l'État :

Désireux de régler une situation qui par bien des aspects lui échappe, il tente d'obtenir médiatement ce qu'il ne peut obtenir directement... Dans ce cas la territorialité formelle de la contrainte exercée se mue en instrument de pression destiné à porter son effet à l'étranger, là où l'État ne peut porter directement la contrainte²⁴.

Ainsi la prise en compte par un État d'un refus d'obéissance à une injonction impliquant une action devant être effectuée à l'extérieur de son territoire, pour appliquer une sanction ou adresser une injonction sur le territoire, procède de la même logique que le raisonnement qui conduit un État à appliquer territorialement une de ses normes à des faits qui se sont produits à l'extérieur de son territoire. Un exemple est fourni par la célèbre affaire Dresser dans laquelle le gouvernement américain a adressé un ordre d'embargo à la filiale en France de la société américaine Dresser, mais où celle-ci n'a pas obtempéré, ayant été obligée de livrer les marchandises sous réquisition du gouvernement français. Le gouvernement américain a alors tenu compte de ce comportement extraterritorial pour adresser à la société mère une injonction lui interdisant toute livraison à sa filiale en France.

La distinction cependant n'est pas totalement dénuée d'intérêt, dans la mesure où, si des obligations contradictoires assumées par un sujet de

24. JACQUET, *loc. cit. supra*, note 1, p. 371.

droit vis-à-vis de deux ordres juridiques différents peuvent bien naître dans les deux hypothèses d'existence d'une norme extraterritoriale, ce n'est que lorsqu'il y a application extraterritoriale au sens strict qu'il y a conflit entre deux États. On conçoit que c'est l'application extraterritoriale au sens strict qui pose aujourd'hui le plus de problèmes.

Soulignons d'ailleurs que même si cette application extraterritoriale n'entraîne pas de conflit ouvert avec l'État sur le territoire duquel la norme doit s'appliquer, elle constitue néanmoins en tant que telle une atteinte virtuelle à la souveraineté de ce dernier, atteinte virtuelle qui se transforme en atteinte bien réelle, dans tous les cas — fort nombreux et qu'il ne faudrait pas sous-estimer ou ignorer dans l'analyse des problèmes d'extraterritorialité — d'application spontanée sur le territoire d'un État d'injonctions émanant d'un autre État.

Ces premières précisions étant apportées, il nous semble que le concept d'application extraterritoriale directe d'une norme indique qu'une norme « agit » *directement à un stade ou à un autre en dehors du territoire de l'État auteur de cette norme.*

Si l'on voulait être puriste, on pourrait parler de norme territoriale pour désigner les normes dont tous les éléments de mise en œuvre se trouvent sur le territoire, et de norme extraterritoriale pour désigner celles qui tiennent compte pour leur mise en œuvre d'éléments situés en dehors du territoire. On réserverait alors le terme d'application extraterritoriale d'une norme à l'hypothèse où le processus d'application de la norme prétend générer des effets juridiques à l'extérieur du territoire, une application territoriale n'ayant des effets que sur le territoire de l'État qui l'applique.

On voit alors facilement que rextraterritorialité recouvre les différentes hypothèses d'application territoriale de normes extraterritoriales, d'application extraterritoriale de normes territoriales et enfin d'application extraterritoriale de normes extraterritoriales, ce dernier cas présentant le plus fort degré d'extraterritorialité.

Bien entendu ce vocabulaire scientifique rigoureux est d'un usage quelque peu rébarbatif et les précisions ayant été données une fois pour toutes, nous parlerons par la suite *d'application extraterritoriale*, que l'élément extraterritorial se rencontre au niveau de l'imputation de certains faits, ou au niveau de l'effet de la norme.

D'autres auteurs parlent dans ce cas de norme extraterritoriale. Ainsi, on a pu dire qu'« une norme est extraterritoriale si, au moment où

elle opère, elle prétend régir des personnes, statuer sur des situations ou prendre en considération des faits extérieurs au territoire de l'État»²⁵.

Nous parlerons donc désormais indifféremment d'application extraterritoriale ou de norme extraterritoriale.

Ainsi définie l'application extraterritoriale ou la norme extraterritoriale concerne certaines situations parfaitement admises et ne posant pas de problèmes, ainsi que certaines situations controversées entre les États.

Ces distinctions, certes éclairantes et nécessaires, ne sont cependant pas suffisantes et n'épuisent pas le sujet de l'extraterritorialité : une fois qu'une norme territoriale ou extraterritoriale a reçu une application territoriale ou extraterritoriale, se pose en effet encore le problème de *l'effet extraterritorial de l'application de cette norme*.

IL — LA DISTINCTION ENTRE L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE ET L'EFFET EXTRATERRITORIAL

Si le problème de l'application extraterritoriale concerne la compétence de « l'État d'origine » de la norme à induire des effets de ou dans l'ordre juridique d'un autre État, le problème de l'effet extraterritorial est exactement inverse, puisqu'il s'agit de la compétence de « l'État d'accueil » de la norme par rapport à la norme de « l'État d'origine ».

L'effet extraterritorial concerne ce que Prosper Weil a appelé la compétence de reconnaissance par opposition à la compétence législative ou normative²⁶.

25. THIERRY *et al.*, *op. cit. supra*, note 23, p. 322.

26. P. WEIL, «International Law Limitation on State Jurisdiction», in C. OLMSTED (ed.), *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto* (1984), pp. 34-35.

« A distinction must be made at this stage between two facets of extraterritorial jurisdiction.

The first concerns what is generally called legislative jurisdiction, that is to say the jurisdiction to pass legislation the effects of which extend outside the state's territory. It is to be noted that the phrase "legislative jurisdiction" is somewhat too narrow... the more general term of prescriptive or normative jurisdiction seems more appropriate. It appears that in most, if not in ail, of these cases, no generally accepted and undisputed answer can be given to the question of what rule of international law governs the extraterritorial normative jurisdiction.

The same uncertainty prevails regarding the second, and quite different, kind of extraterritorial jurisdiction. Every time state A adopts an extraterritorial norm,

Mais si le problème de l'effet extraterritorial ne se confond pas avec celui de l'application extraterritoriale directe, car ce n'est pas le point de vue du même acteur qui est en jeu, il convient également de le distinguer du problème de l'application extraterritoriale médiatisée.

Dans ce dernier cas, nous l'avons vu, il s'agit de savoir si et quand un État peut ou doit *directement appliquer la norme d'un État étranger* : au contraire la question de l'effet extraterritorial nous conduit à nous demander si et quand un État doit reconnaître sur son territoire une application d'une norme faite par un autre État, c'est-à-dire *donner un effet sur son territoire à l'application d'une norme par un État étranger*, on voit que le problème se dédouble selon que l'application de la norme par l'État étranger est une application territoriale ou extraterritoriale.

On pourrait penser que toute application territoriale ou extraterritoriale d'une norme par un État conforme au droit international devrait obtenir un effet extraterritorial sur les territoires des autres États, et qu'à l'inverse toute application territoriale ou non territoriale d'une norme non conforme au droit international ne devrait pas être reconnue par les autres États.

Or, si une telle solution a pour elle d'être logique et d'assurer la supériorité du droit international, ce n'est cependant pas celle qui a été retenue par le droit positif.

Cherchant à préciser l'articulation entre le droit international et le droit interne, un auteur résume ainsi l'état du droit positif:

Aucune règle de droit international positif n'interdit au juge national d'apprécier la conformité d'un acte d'un État étranger au droit international...
Aucune règle du droit international positif n'oblige le juge national à apprécier la conformité d'un acte d'un gouvernement étranger au droit international.²⁷

En d'autres termes, le juge a une très grande liberté d'appréciation qu'il n'a d'ailleurs pas manqué d'utiliser comme en témoigne un examen comparatif de la jurisprudence des différents États, tantôt donnant un effet extraterritorial à une norme sans aucun contrôle de sa licéité internationale, tantôt ne lui donnant un tel effet qu'après avoir vérifié sa licéité internationale. Ainsi, ce n'est pas parce qu'un État est internationalement compétent pour appliquer une norme extraterritorialement,

a problem arises concerning the jurisdiction of state B *vis-à-vis* this norm... there we have what we might call the question of the cognitive jurisdiction of the state. »

27. D. CARREAU, *Droit international* (1986), p. 595.

que cette application sera nécessairement reconnue par les autres États et en particulier par l'État sur le territoire duquel la norme doit s'appliquer : selon le Professeur Jacquet, il est certain que « la compétence... ne suffit pas toujours à assurer la pleine reconnaissance internationale de la valeur de l'acte »²⁸.

L'effet extraterritorial d'une norme est en réalité la règle plus que l'exception, si l'on considère que même toute norme territoriale c'est-à-dire régissant des faits et des personnes rattachés exclusivement au territoire a vocation à créer des situations objectives qui auront éventuellement des effets en dehors du territoire (ex. : effet en dehors du territoire d'une nationalité acquise sur la base du *jus soli*). Ce problème de l'effet extraterritorial peut apparaître à différents stades du processus d'application d'une norme. Si l'on considère que l'application d'une norme commence avec son édicition, se pose donc le problème de l'effet extraterritorial de la situation créée par une norme, ou par un acte individuel d'application de la norme générale ou encore par un jugement mettant en œuvre cette norme.

Une dernière remarque doit être faite ici. Quand on parle d'effet extraterritorial d'une application extraterritoriale, on songe bien sûr à l'effet extraterritorial d'une application extraterritoriale directe : quel est par exemple l'effet reconnu par l'État étranger sur le territoire duquel se trouvent des biens nationalisés par un décret de nationalisation émanant d'un autre État?

Mais, on peut noter qu'un problème d'effet extraterritorial se pose également en cas d'application extraterritoriale médiatisée. Il s'agit cette fois de la reconnaissance de cette application par l'État auteur de la norme, ou encore par d'autres États que celui qui a appliqué la norme. C'est tout le problème de la reconnaissance des jugements étrangers ayant appliqué le droit d'un État, par cet État lui-même, mais également par les autres États.

Si un tribunal anglais applique dans un litige le droit français et que sa décision implique des effets en France et en Allemagne, peut se poser le problème de l'effet extraterritorial, c'est-à-dire en dehors du territoire anglais, de l'application extraterritoriale médiatisée, c'est-à-dire de l'application du droit français par une autorité extérieure à l'État français — à la fois en France, c'est-à-dire dans l'État auteur de la norme, et en Allemagne, c'est-à-dire un autre État.

28. JACQUET, *loc. cit. supra*, note 1, p. 371.

Il est certain que le problème qui nous intéresse particulièrement, parce que lié au sujet de l'application extraterritoriale du droit, est celui de l'effet extraterritorial d'une application extraterritoriale, mais sur le plan conceptuel il se fonde dans le problème général de l'effet extraterritorial de la situation créée par l'application d'une norme.

A. — L'effet extraterritorial d'une application territoriale

Si l'application est territoriale, se pose le problème de la *reconnaissance* par tous les autres États de la *situation créée par cette norme dans le cadre territorial*, en dehors du territoire de l'État auteur de la norme : le problème n'est pas tout à fait le même selon que l'application est ou non le fait d'un tribunal.

1. — L'application effectuée par un tribunal

Lorsque l'application de la norme a été effectuée *par un tribunal* de l'État auteur de la norme, se pose le problème éventuel de l'effet extraterritorial de ce jugement, c'est-à-dire de l'opposabilité de ce jugement rendu sur le territoire d'un État sur le territoire d'un autre État : ce sont en principe les règles sur *Vexequatur* qui règlent cette question; c'est-à-dire des règles de droit international privé librement adoptées par chaque État, sous réserve de l'existence de certaines normes ou conventions internationales. En dehors de ces éventuelles normes ponctuelles, le droit international ne régit pas cette question comme l'indiquait un auteur :

[TRADUCTION] La non-reconnaissance d'un jugement étranger n'indique pas nécessairement que le tribunal étranger ne détenait pas compétence en vertu du droit international public; les jugements étrangers de droit criminel ne sont presque jamais reconnus, sans égard au fait que le droit international public aurait permis au tribunal étranger d'entendre l'affaire²⁹.

Une illustration de ce principe de non-reconnaissance des jugements étrangers répressifs se trouve aux articles 5 et 6 du *Protection of Trading Interests Act*^{29a} britannique, qui interdit aux juridictions anglaises de

29. M. AKEHURST, « Jurisdiction in International Law », (1972-73) 46 *B.Y.I.L.* 175, note 1. « Non recognition of a foreign judgment does not necessarily indicate that the foreign court lacked jurisdiction according to public international law ; foreign criminal judgments are hardly ever recognized, regardless of whether public international law permitted the foreign court to hear the case ».

29a. Stat. U.K. 1980, c. 11.

reconnaître les jugements américains par exemple mettant en œuvre la législation anti-trust et accordant aux victimes des « trebble damages » c'est-à-dire une indemnité triple du montant du préjudice subi, car ces jugements sont considérés comme des jugements répressifs voilés.

Les règles adoptées relativement à cette question de l'effet des jugements étrangers sont donc différentes selon les États.

Ainsi par exemple, en France le juge de *Vexequatur* contrôle si le tribunal étranger a appliqué le droit compétent en vertu de la règle de conflit française, mais ne contrôle pas l'application qui a été faite au fond de ce droit compétent.

Il existe évidemment, dans ce domaine de l'effet extraterritorial des jugements étrangers, comme dans d'autres domaines du droit international privé, des règles conventionnelles internationales, relevant donc du droit international public. Nous ne donnerons pour exemple que la convention adoptée dans le cadre de l'OEA le 8 mai 79, intitulée « *Interamerican Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards*^{30 31} ou encore la *Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale*^ entrée en vigueur entre les six membres fondateurs de la CEE, en 1973, et régissant aujourd'hui l'ensemble des États de la CEE.

Cette dernière convention établit des règles de compétence directe (par exemple, compétence du juge du pays défendeur) que les juges de *Vexequatur* mettant en œuvre : autrement dit, le juge de *Vexequatur* en présence d'un jugement émanant de l'un des États signataires de la Convention de Bruxelles, ne contrôlera pas la compétence internationale selon ses propres règles de conflit, mais à la lumière des règles matérielles internationales établies dans la convention.

2. — *L'application effectuée par le pouvoir législatif ou exécutif*

Lorsque l'application de la norme est le *fait du pouvoir législatif ou exécutif*, la reconnaissance d'un effet extraterritorial de la situation créée

30. (1979) 18 I.L.M. 1224. Voir aussi la Convention du 24 mai 1984 au même effet. JOCE, 11 avril 1983 (mise à jour); n° C97.

31. Le texte de cette convention, ci-après dénommée la Convention de Bruxelles, est reproduit dans P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, (1985).

par cette application peut se poser devant une autorité exécutive (reconnaissance d'un extrait d'acte de mariage) ou devant une juridiction (reconnaissance des effets d'une nationalisation par exemple).

En général, la reconnaissance d'un effet extraterritorial à une norme étrangère ne pose aucun problème — encore qu'il n'y a là aucune obligation de reconnaissance — si la norme en question est en harmonie avec l'ordre juridique international (en ce qui concerne le respect de la répartition des compétences étatiques, comme en ce qui concerne le respect des règles de fond du droit international) et en harmonie avec l'ordre juridique national de l'État dans lequel le problème de l'effet extraterritorial se pose.

Par contre, elle peut poser problème si la norme territoriale n'est pas en harmonie avec l'ordre juridique international et/ou l'ordre juridique interne de l'État dans lequel le problème de l'effet extraterritorial se pose.

Différentes solutions sont alors adoptées :

- l'effet extraterritorial est parfois refusé si la norme n'est pas en conformité avec l'ordre juridique international;
- l'effet extraterritorial est parfois refusé si la norme n'est pas en conformité avec l'ordre juridique interne de l'État où le problème de l'effet territorial se pose ;
- l'effet extraterritorial est parfois reconnu sans aucun contrôle de conformité avec l'ordre juridique international et/ou national.

En général, cette attitude se fonde explicitement sur la doctrine de l'*XcZ of State*, selon laquelle un État ne peut remettre en cause l'acte souverain d'un État étranger réalisé sur son propre territoire. Cette doctrine formulée pour la première fois dans l'affaire *Underhill v. Hernandez*³² signifie que :

[TRADUCTION] Tout État souverain est tenu de respecter l'indépendance de chaque autre État souverain et les tribunaux d'un État se refuseront à statuer sur la validité des actes d'un autre gouvernement accomplis *sur son propre territoire*³³.

32. 168 US 250 (1897).

33. *Ibid.*, (le souligné est de nous). «Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory. »

Cette doctrine de *Fact of State* a été en particulier appliquée dans la célèbre affaire *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*³⁴, et reformulée, malgré l'adoption de l'amendement Hickenlooper, dans l'article 428 du *Restatement (Revised) of Foreign Relations Law* ainsi libellé :

[TRADUCTION] SOUS réserve de l'article 429, les tribunaux s'abstiendront aux États-Unis d'examiner la validité d'un acte d'un État étranger posé en sa capacité de puissance souveraine sur son propre territoire³⁵.

Parfois le même résultat est atteint par un raisonnement quelque peu différent quoique fondé sur la même idée du caractère « définitif » d'une application territoriale : c'est par exemple, celui qui a été tenu par la Cour de Syracuse, à propos des nationalisations lybiennes de 1971³⁶, pour qui lorsque certains faits ont épuisé leurs effets dans le cadre territorial, un tribunal étranger ne peut que prendre en compte la situation ainsi créée territorialement. Ainsi, la Cour rappelle qu'en vertu du droit libyen, les réserves de pétrole appartiennent à T État, et que la propriété du pétrole n'est acquise aux sociétés pétrolières exploitantes qu'au moment de l'extraction : c'est ainsi que le décret de nationalisation empêchant la société BP de continuer à extraire le pétrole, a entraîné comme conséquence inéluctable que celle-ci n'est jamais devenue propriétaire de ce pétrole et ne peut donc réclamer à un tribunal italien la saisie-arrêt d'une cargaison de pétrole vendue à l'Italie par la National Oil Corporation, société nationale libyenne à laquelle le décret de nationalisation a transféré les biens et droits de la BP. L'accent ici n'est pas mis sur le caractère souverain du décret de nationalisation, mais plutôt sur son effectivité, c'est-à-dire l'existence d'une situation de fait créée territorialement. Comme elle le déclare :

[TRADUCTION] Pour confirmer la non-pertinence de cette question dans la présente instance, celle de savoir si la loi de nationalisation libyenne était contraire à l'ordre public interne italien, et bien qu'elle ait fait l'objet d'une argumentation d'importance entre les parties, il y a lieu de noter que même si une telle loi devait être considérée contraire à l'ordre public, cela ne changerait pas le résultat de la présente affaire, puisque le fait que BP n'ait pas fait l'extraction du pétrole et n'en ait jamais acquis la propriété

34. 376 US 398 (1964).

35. (Tent. Draft n° 4, 1983). « Subject to § 429, courts in the United States will refrain from examining the validity of an act of a foreign state taken in its sovereign capacity within the state's own territory ».

36. *Court of Syracuse Decision Rejecting BP Claim of Ownership of Oil from Oil Field Nationalized by Libya*, (1974) 13 I.L.M. 106.

demeure incontesté. Il est dès lors clair que la requête de la demanderesse ne peut être accueillie³⁷

L'absence de contrôle d'un acte étranger ayant épuisé ses effets sur le territoire nous semble sinon une façon de se référer aux règles internationales de répartition des compétences, du moins une façon d'appliquer le principe international de la souveraineté de l'État et de la territorialité de son ordre juridique.

B. — L'effet extraterritorial d'une application extraterritoriale directe

Si l'application est extraterritoriale c'est surtout la question de l'effet dans l'ordre juridique de l'État sur le territoire duquel cette application doit avoir lieu qui se pose : celui-ci sera résolu en tenant compte des caractères spécifiques de la situation résultant de l'application extraterritoriale.

1. — L'application effectuée par un tribunal

Lorsque l'application extraterritoriale est le fait d'un tribunal, on constate une modulation des règles relatives à *Vexequatur*. En particulier, on note une tendance à l'heure actuelle vers une certaine réticence à donner effet à des jugements ayant des effets extraterritoriaux sur le territoire de l'État où ces effets auront lieu. Nous ne citerons ici comme exemple que l'article 8 de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*³⁸ du Canada, qui est relatif à la reconnaissance et à l'exécution

37. *Id.*, pp. 114-115. «By way of confirmation of the irrelevance to this suit of the question, albeit greatly argued between the parties, as to whether or not the Libyan nationalisation law was contrary to Italian internal public policy, it is noteworthy that even if such law should be deemed in conflict with public policy it would not change the outcome of the proceedings, since the fact would always be beyond dispute that BP not having extracted the oil never acquired the ownership thereof. It is therefore clear that the claim by the plaintiff cannot be admitted.»

38. S.C. 1984, c. 49. Le texte de l'art. 8(1) est le suivant:

« Le Procureur général du Canada, s'il estime que la reconnaissance ou l'exécution au Canada d'un jugement rendu par un tribunal étranger — avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi — lors d'une procédure engagée sous le régime d'une loi antitrust a porté ou est susceptible de porter atteinte à d'importants intérêts canadiens, dans le domaine du commerce ou des échanges internationaux, touchant une activité exercée en tout ou partie au Canada, ou,

des jugements étrangers et qui donne au Procureur général du Canada pouvoir d'empêcher totalement ou partiellement un jugement étranger rendu lors d'une procédure engagée sous le régime d'une loi anti-trust d'avoir des effets au Canada s'il porte atteinte à d'importants intérêts canadiens ou à la souveraineté canadienne.

Il peut également arriver que même si une procédure *A'exequatur* n'a pas été demandée, le problème d'une prise en considération d'un jugement ayant des effets extraterritoriaux se pose devant un tribunal de l'État où ses effets extraterritoriaux doivent se réaliser. Un exemple célèbre est celui de l'affaire *British Nylon Spinners Ltd. v. Impérial Chemical Industries Ltd*³⁹ dans laquelle la Cour d'appel d'Angleterre a refusé de reconnaître l'effet extraterritorial de la décision judiciaire américaine dans l'affaire *United States v. Impérial Chemical Industries*⁴⁰, où était reproché à la société britannique ICI et à la société américaine Dupont de Nemours, un accord de répartition mondiale des marchés du nylon, accompagné d'une interdiction d'importation aux États-Unis et au Royaume-Uni des produits fabriqués sous le couvert d'inventions exploitées par les participants. Le tribunal américain avait adressé à la société britannique une injonction de rétrocéder à la Société Dupont de Nemours certains brevets, dont les licences exclusives et les droits de cession avaient été donnés à la société britannique Nylon Spinners.

La Cour britannique a refusé tout effet extraterritorial, à la décision américaine : le juge Ryan a cependant pris soin d'apporter des limitations au pouvoir extraterritorial «qu'il se reconnaissait en disant qu'aucun élément de la décision du juge américain ne pourra être opposé à ICI, en raison de mesures que cette société aurait prises en conformité avec la loi anglaise, ou en raison de mesures d'application prises par le gouvernement britannique auxquelles elle serait soumise. »

d'une façon générale, a empiété ou est susceptible d'empiéter sur la souveraineté du Canada, peut déclarer par arrêté, selon le cas, que :

- a) le jugement — qu'il porte ou non sur une somme d'argent — ne sera pas reconnu ni exécuté en aucune façon au Canada ;
- b) la somme éventuellement allouée par le jugement sera, pour les besoins de la reconnaissance et de l'exécution de celui-ci au Canada, réputée ramenée au montant fixé par l'arrêté».

39. [1983] 1 Ch. 19.

40. 100 F Supp 504 (S.D.N.Y. 1951), 105 F Supp 215 (S.D.N.Y. 1952).

2. — *L'application effectuée par le pouvoir législatif ou exécutif*

Si l'application extraterritoriale est le fait du législatif ou de l'exécutif, la doctrine de *VAct of State* fondée sur le respect dû à l'acte d'un État souverain sur son propre territoire, tout comme le raisonnement selon lequel existe une obligation de reconnaissance de situations de fait créées territorialement, ne peuvent plus être invoqués, puisque précisément on est en présence d'une norme extraterritoriale. C'est d'ailleurs la position rappelée par le *Tentative Draft n° 4* du *Restatement* dans son article 429 selon lequel «la doctrine de *VAct of State* ne sera pas appliquée aux réclamations concernant un bien spécifique se trouvant aux États-Unis fondées sur l'argument qu'un État étranger a confisqué le bien en violation du droit international»⁴¹³.

En d'autres termes, un effet extraterritorial sera beaucoup plus fréquemment refusé à une norme extraterritoriale qu'à une norme territoriale.

C. — L'effet extraterritorial d'une application extraterritoriale médiatisée

Le problème posé ici est celui de l'effet d'un jugement appliquant un droit étranger, c'est-à-dire de l'effet dans un État A d'un jugement appliquant le droit de cet État A ou d'un État B, rendu par les tribunaux de l'État C. Le problème n'est en réalité pas différent de celui de l'effet dans l'État A d'un jugement étranger émanant de l'État C et appliquant le droit de l'État C. Tout au plus, y aura-t-il peut-être plus facilement un refus *A'exequatur* pour contrariété avec l'ordre public du for, si le juge étranger applique le droit de l'État dans le territoire duquel *Vexequatur* est demandée.

D.— L'effet extraterritorial et «les lois de blocage»

À titre d'illustration des problèmes qui viennent d'être évoqués qu'il nous soit permis de montrer comment le problème des effets extraterritoriaux se pose à propos des différentes lois de blocage anglaise, canadienne

41a. « The Act of State doctrine will not be applied to claims to specific property located in United States based on the assertion that a foreign state confiscated the property in violation of international law ».

ou française, adoptées ces dernières années⁴¹. Quel effet vont-elles avoir notamment aux États-Unis^{42 43}?

Nous prendrons ici l'exemple français de la *Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication des documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*^{*3}. Se pose en particulier le problème de l'effet extraterritorial de l'article 2, dont l'application peut être territoriale ou extraterritoriale, et dont on peut rappeler le contenu :

Art. 2. — I. L'article 1^{er} de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 susvisée est ainsi rédigé :

« Sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la *souveraineté*, à la *sécurité*, aux *intérêts économiques essentiels de la France* ou à l'*ordre public*, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin. »

II. Il est inséré, après l'article 1^{er} de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 susvisée, un article 1^{er bis} ainsi rédigé :

« Art. 1^{er bis}. Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci. »

En d'autres termes, la première question qui se pose est celle de savoir si cette interdiction de communication de documents — comme celles qui sont posées par les lois anglaise ou canadienne — vont avoir un effet sur les décisions des tribunaux américains, notamment en ce qui concerne une éventuelle auto-limitation relative aux mesures de « discovery » qu'ils sont susceptibles d'ordonner. Qu'il nous suffise d'indiquer ici que

41 L. A. V. LOWE, *Extraterritorial Jurisdiction : an Annotated Collection of Legal Materials* (1983).

42. Voir par exemple, L. COHEN-TANUGI, « Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques », (1983) 72 *R.C.D.I.P.* 213.

43. *J.O.R.F.* du 17 juillet 1980, p. 1799.

depuis l'arrêt de principe de la Cour suprême, dans l'affaire *Société internationale pour participations industrielles et commerciales S. A. v. Rogers***⁴⁴, il est de jurisprudence constante que les lois de blocage n'ont jamais d'effet automatique devant un tribunal américain ; qu'en outre, pour donner ou non effet sur le territoire américain à ces lois de blocage, les tribunaux américains utilisent toute une série de méthodes d'appréciation plus ou moins pragmatiques, telles que la comparaison des éléments de localisation dans l'un et l'autre État, l'existence ou non de sanctions lourdes et efficaces prévues par les lois de blocage et impliquant donc la possibilité ou non d'invocation de la force majeure, la comparaison des politiques et des intérêts gouvernementaux en présence.

Si l'on cherche à faire un bilan de l'abondante et diverse jurisprudence américaine, on peut en tout cas constater que les tribunaux américains ne donneront jamais effet aux lois de blocage sur le territoire américain si la partie qui invoque ces lois de blocage est demanderesse. Les tribunaux estiment qu'il lui suffit de se désister de son instance, si elle veut éviter d'être soumise à des obligations contradictoires et éventuellement de subir des sanctions pénales dans l'État ayant adopté la loi de blocage ; en outre, les tribunaux américains donnent moins facilement effet aux lois de blocage spécialement adoptées ces dernières années pour contrecarrer les velléités d'application extraterritoriale de leur droit par les États-Unis qu'aux lois de blocage antérieures mettant en œuvre une politique autonome de l'État qui les a adoptées, comme par exemple, la politique relative au secret bancaire mise en œuvre par la Suisse, et ne constituant pas simplement une loi de réaction défensive^{44 45}.

Mais ce premier problème une fois résolu, une seconde question se pose, qui est celle que l'on pourrait appeler de *Veffet retour*, c'est-à-dire de l'effet extraterritorial de l'application extraterritoriale médiatisée de la loi de blocage : en d'autres termes, quel effet auront les décisions prises par les tribunaux américains dans des affaires où se posait le problème de l'application d'une loi de blocage dans l'État ayant adopté la loi de blocage en question ou encore dans d'autres États⁴⁶.

44. 357 U.S. 197 (1958) [ci-après dénommée *Société internationale*].

45. Cf. par exemple *Coface v. Philips Petroleum*, 105 FRD 16, 1984, p. 30 et n° 12 et 32 n° 15 et *Société internationale*, *supra*, note 43.

46. Cf. E. GAILLARD, «La réaction américaine aux lois de blocage étrangères», in *L'application extraterritoriale du droit économique*, *op. cit. supra*, note 1, p. 115.

Dans ce domaine, il y a au moins une certitude, à savoir que l'existence d'une loi de blocage entraînera toujours un refus *d'exequatur* dans l'État auteur de cette loi, d'une décision ayant méconnu cette loi de blocage, qui peut être considérée comme codifiant les règles d'ordre public relatives à la fourniture des documents ayant cours dans cet État.

Pour ce qui est de l'effet dans les autres États tout dépendra de leur conception de l'ordre public, mais il est vraisemblable que le refus *d'exequatur* sera la solution la plus fréquemment adoptée par les États ayant eux aussi des lois de blocage.

* * *

En conclusion, il faut bien reconnaître que le problème de l'effet qu'un État entend donner dans son propre ordre juridique à l'application — territoriale ou extraterritoriale — d'une norme étrangère n'est pas régi par le droit international, sauf existence de conventions spécifiques.

Cette conclusion ne doit pas nous surprendre, dans la mesure où le droit international n'intervient que très peu sur la question de ce que l'État peut faire sur son propre territoire : rien d'étonnant donc à ce qu'il soit libre d'accueillir ou non une norme étrangère — problème de *Vapplication extraterritoriale médiatisée* — ou de reconnaître les effets sur son territoire de l'application d'une norme étrangère — problème de *Veffet extraterritorial*.

Cette apparente inexistence de règles internationales précises quant à l'effet extraterritorial devant ou ne devant pas être reconnu à une norme extraterritoriale ressort notamment des décisions relatives aux nationalisations françaises de 1981 prises par le Conseil constitutionnel. Celui-ci, en effet, pour répondre à l'argument selon lequel le droit international interdirait d'attacher un effet extraterritorial aux nationalisations semble se contenter de reconnaître implicitement qu'il y a une absence de règles internationales sur l'effet extraterritorial et que donc chaque État pourra ou non donner un tel effet extraterritorial aux nationalisations françaises — référence aux « limites *éventuelles* rencontrées hors du territoire national »⁴⁷ que ces différentes attitudes des États, non

47. Décisions n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 et n° 82-139 DC du 11 février 1982, reproduites in L. FAVOREU et A. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (5^e éd., 1984), p. 524, à la p. 530.

dictées par le droit international, doivent donc être considérées comme de simples données de fait.

Considérant qu'il appartient au législateur de prononcer la nationalisation de sociétés ayant leur siège social en France et à ce titre, de transférer à F État l'ensemble des actions de ces sociétés avec toutes les conséquences entraînées par ces transferts sur l'administration et la disposition des patrimoines sociaux ; que les limites éventuelles rencontrées hors du territoire national en ce qui concerne les effets de ces nationalisations constitueraient un fait qui ne saurait restreindre en quoi que ce soit l'exercice de la compétence dévolue au législateur [...]⁴⁸

Commentant cette décision du Conseil constitutionnel, le P^r Prosper Weil déclarait que «en d'autres mots, le droit international n'interdisait pas à la France d'adopter une législation extraterritoriale, et le droit international ne prohibait pas aux États tiers de la priver de tout effet sur leur propre territoire»⁴⁹.

En revanche, dès lors qu'un État cherche à effectuer une *application extraterritoriale directe* d'une de ses normes, surgit le problème de l'étendue de ses compétences internationales : le droit international est donc concerné au premier chef. Mais la recherche du contenu des règles internationales relatives aux compétences extraterritoriales des États est un trop vaste sujet pour être abordé ici et fera l'objet d'une étude ultérieure⁵⁰.

48. *Ibid.*

49. WEIL, *loc. cit. supra*, note 26, p. 35 : «[I]n other words, France was not barred by international law from enacting an extraterritorial legislation, and third States were not barred by international law from denying it any effect in their own territory ».

50. Voir B. STERN, «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», (1986) 32 *A.F.D.I.* 1.