

L'application extraterritoriale des lois et les politiques canadienne et américaine en matière d'extraterritorialité

Jonathan Fried

Volume 3, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1101423ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1101423ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

Fried, J. (1986). L'application extraterritoriale des lois et les politiques canadienne et américaine en matière d'extraterritorialité. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 3, 337–346. <https://doi.org/10.7202/1101423ar>

L'application extraterritoriale des lois et les politiques canadienne et américaine en matière d'extraterritorialité

En droit international, on reconnaît que l'exercice par l'État de sa compétence peut comporter, dans certains cas, un aspect extraterritorial. Ainsi, personne ne conteste à un État le droit d'assujettir ses nationaux à l'impôt où qu'ils se trouvent, en fonction de leur nationalité. En revanche, ce principe n'est pas accepté lorsque les lois ou politiques d'un État sont appliquées de manière à s'opposer ou se substituer aux lois ou aux politiques établies de l'État où elles sont destinées à recevoir application^{1 2}. De même, lorsque l'exercice de cette compétence a pour effet de placer une personne devant des obligations contradictoires, l'application extraterritoriale des lois déroge alors aux principes généraux du droit international³. Les questions que soulève l'extraterritorialité intéressent donc la souveraineté, et notamment la conciliation des intérêts souverains divergents.

Le Canada a toujours été d'avis qu'il fallait respecter pleinement les principes fondamentaux du droit international et ceux régissant en outre le règlement des différends entre États. De leur côté, les États-Unis ont toujours soutenu qu'ils pouvaient intervenir et faire appliquer leur

1. Voir *Lotus*, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I., série A n° 10, à la p. 20.

2. Pour une étude complète du concept d'application territoriale, voir l'étude de B. STERN dans le présent volume.

3. Voir H.G. MAIER, « Extraterritorial Jurisdiction at the Crossroads : An Intersection Between Public and Private International Law », (1982) 76 *A.J.I.L.* 280, aux pp. 281-284.

législation à l'égard d'individus ou de sociétés situés à l'étranger, du moment que leurs intérêts pouvaient être affectés⁴.

Devant ces perspectives politiques fort divergentes, nombre de questions se posent. Comment l'application extraterritoriale des lois américaines s'est-elle fait sentir au Canada? Que dit le droit international sur cette matière? Le Canada s'est-il attaqué à ce problème efficacement? La question de l'extraterritorialité préoccupe-t-elle la communauté des États?

Ces interrogations révèlent une problématique complexe, et nous nous efforcerons d'étudier cette problématique dans une optique canado-américaine. Nous consacrerons une première partie de notre commentaire à l'analyse du fondement juridique de l'application extraterritoriale des lois américaines au Canada et dans de nombreux autres pays. Dans une deuxième partie, nous examinerons les divers moyens choisis par le Canada, et par d'autres États, pour riposter aux agissements des États-Unis, et en particulier de ses tribunaux.

I. — LA PRATIQUE AMÉRICAINE EN MATIÈRE D'EXTRATERRITORIALITÉ

Personne ne conteste aujourd'hui l'«interdépendance croissante» des relations économiques internationales. La croissance des multinationales, en raison des impératifs de l'investissement mondial et du commerce international, signifie de fait que les pays d'origine et les pays d'accueil doivent envisager la possibilité que leurs politiques nationales soient déjouées par des activités qui se déroulent à l'étranger ou des gestes posés

4. Cette prétention est fondée sur la doctrine de l'effet («effects principle») qui veut qu'un État étranger puisse réglementer la conduite des étrangers lorsque celle-ci produit, sur le territoire de cet État, des conséquences qu'il réprovoque: voir *United States N. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911), *United States N. Aluminium Co. of American et al*, 148 F. 2d 416 (2d Circuit, 1945). Dans cette dernière affaire, les tribunaux américains déclarèrent illégale une entente conclue en 1936 entre des sociétés étrangères et qui établissait un cartel international afin de réglementer la production d'aluminium. Ce cartel produisait des effets anticoncurrentiels directs aux États-Unis, dans la mesure où il limitait des exportations d'aluminium vers le territoire américain. Cette théorie américaine se trouve par ailleurs présentée dans AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States* (1965).

au-delà de leurs frontières — par les multinationales elles-mêmes — ou lorsqu'un autre gouvernement affirme son autorité⁵.

Il faut aussi reconnaître le principe de l'égalité des souverainetés comme fondement de l'attribution des compétences juridictionnelles aux États. En fait, ce principe n'est rien d'autre que le truisme voulant que chaque État possède à titre égal l'autorité souveraine de maîtriser les événements qui se déroulent sur son territoire, et ce sans ingérence extérieure⁶. Chaque gouvernement jouit des mêmes droits et est assujéti aux mêmes contraintes — quels que soient ces droits et contraintes — pour ce qui est de l'application de ses lois ou de l'exercice de sa compétence relativement à des actes posés à l'extérieur de son territoire.

Nous devrions enfin reconnaître qu'aux intérêts particuliers des personnes privées et des gouvernements touchés par des gestes posés à l'étranger s'ajoutent les intérêts supérieurs du système international. Les États membres de l'OCDE, du moins, ont intérêt à ce que les solutions aux problèmes d'extraterritorialité ne limitent pas indûment les investissements et les échanges internationaux qui sont légitimes. L'intérêt commun exige que l'autorité soit exercée dans le plein respect du droit et des principes juridiques. C'est uniquement de cette façon que les intervenants — qu'il s'agisse de gouvernements ou de personnes privées — pourront jouir dans leur prise de décision d'une certitude et de prévisibilité si nécessaires pour encourager l'investissement et le commerce.

Dans ce commentaire, nous examinerons deux secteurs pour déterminer si les prémisses dont nous avons convenu se reflètent dans les positions qui ont été adoptées par les branches politique et judiciaire aux États-Unis. Nous nous proposons en particulier d'examiner la question de la communication préalable telle qu'elle s'est posée dans les causes impliquant la Banque de Nouvelle-Écosse, ainsi que la question du contrôle des exportations. Nous avons constaté que certaines mesures prises unilatéralement par les États-Unis — tant par le pouvoir exécutif que par le pouvoir judiciaire — n'avaient pas pleinement respecté ces préceptes. En revanche, la réaction du Canada, ainsi que les progrès accomplis à ce jour, visaient à susciter un plus grand respect pour les

5. Voir M. LIZÉE, «Le droit des multinationales: une impasse juridique », (1985) 2 *R.Q.D.I.* 271, aux pp. 272-278.

6. Voir LA. BLEJEC, «Extraterritorial Jurisdiction of U.S. Courts Regarding the use of Subpoena Duces Tecum to Obtain Discovery in Transnational Litigation : The Search for a Limiting Principle», (1984) 16 *N.Y.J. Int'l Law and Politics* 1135-1166.

principes du droit international et le règlement des différends relatifs à des intérêts souverains divergents par les États souverains eux-mêmes, plutôt que par le biais de mesures unilatérales adoptées par les tribunaux d'un pays.

En regard des exigences américaines concernant la communication de renseignements de l'étranger dans des affaires criminelles, l'intérêt du Canada dans les affaires des assignations remonte aux causes de la Banque de Nouvelle-Écosse⁷. Dans ces causes, un jury d'accusation américain (*grand jury*), au cours de l'instruction sur les présumées activités criminelles d'un ressortissant américain, a sommé une filiale américaine d'une grande banque à charte canadienne de produire des documents en possession d'une filiale caraïbe de ladite banque, en dépit du fait que dans l'affaire BNE II aucune opération n'ait été effectuée à la filiale américaine ou par l'intermédiaire de cette dernière. Malgré le fait que le gouvernement caraïbe concerné, de même que celui du Royaume-Uni, se soient vivement opposés à cette procédure, en insistant sur les intérêts considérables qui seraient touchés par cette divulgation, en dépit du fait que les gouvernements intéressés aient invité les autorités américaines à adopter une solution de rechange et à collaborer grâce à l'entraide judiciaire internationale qui leur était offerte, malgré une ordonnance interdisant la communication (ordonnance rendue à la suite d'une requête présentée par la banque qui voulait se soumettre de bonne foi aux exigences), et, enfin, malgré le dépôt d'un mémoire *ddamicus curiae* par les gouvernements du Royaume-Uni et du Canada, dans lesquels ceux-ci attiraient l'attention sur les intérêts souverains en jeu, un juge américain a imposé à la banque de lourdes peines parce qu'elle n'avait pas satisfait aux exigences de la cour. Lorsque le ministère de la Justice des États-Unis a cherché à faire exécuter le bref d'assignation et que les tribunaux américains ont imposé des peines, ils n'ont pas accordé suffisamment d'importance à l'autorité territoriale de l'État où se trouvaient les documents, qui se reflétait dans sa législation et les ordonnances de ses

7. *United States v. Bank of Nova Scotia*, 691 F. 2d 1384. (1 lth Cir. 1982), cert. denied 103 S. Ct. 3086 (1983) et *In Re Grand Jury Proceedings the Bank of Nova Scotia United States v. Bank of Nova Scotia*, 740 F. 2d 817 (1 lth Cir. 1984) (ci-après dénommés BNE I et BNE II). Pour une analyse complète de ces deux arrêts et un survol de la question de la communication des renseignements dans les affaires criminelles, voir J.-G. CASTEL, « Compelling Disclosure by a Non-Party Litigant in Violation of Foreign Bank Secrecy Laws : Recent Developments in Canada-United States Relations », (1985) 23 *A.C.D.I.* 261.

tribunaux, ni aux intérêts souverains considérables qui étaient en jeu, pas plus qu'à l'impossibilité pour une personne privée de satisfaire aux exigences contradictoires d'États souverains.

Notre expérience en matière de contrôle des exportations remonte à bien plus loin. Depuis 1950, nous nous sommes intéressés à des problèmes comme l'exportation de tracteurs en Chine et de locomotives vers Cuba. L'histoire du gazoduc soviétique a transformé en affaire multilatérale ce qui n'était depuis longtemps qu'un problème bilatéral entre le Canada et les États-Unis. Certains aspects des relations canado-américaines en matière de contrôle des exportations sont pourtant uniques.

La coopération entre le Canada et les États-Unis pour ce qui est de l'administration et de l'application des contrôles touchant les exportations stratégiques date d'avant le Comité de coordination (COCOM). Aux termes des principes généraux énoncés pour la première fois dans ce qu'il est convenu d'appeler la « Déclaration de Hyde Park », on reconnaît que l'infrastructure de l'industrie de défense en Amérique du Nord est intégrée et unifiée; depuis 1941, nos relations à ce chapitre se sont appuyées sur ces principes. L'application des principes inhérents à la Déclaration de Hyde Park, qui ont été réaffirmés et officialisés dans des accords postérieurs, visait l'établissement d'une structure externe commune afin de contrôler les exportations de produits stratégiques. Les exportations entre les États-Unis et le Canada devaient être exemptées des restrictions à l'exportation, car on reconnaissait que l'infrastructure de l'industrie de défense des deux pays devait être intégrée. Chaque pays devait par contre surveiller la réexportation des produits en provenance de l'autre pays, afin d'éviter qu'un pays ne serve de « porte d'entrée » pour les exportations des produits de l'autre pays.

Ainsi, le Canada, a mis en application ces principes de coopération économique bilatérale par le truchement de règlements adoptés en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*⁸. Cependant, la politique américaine, énoncée dans plusieurs lois et administrée par un certain nombre d'organismes différents, ne respecte pas comme il se doit nos arrangements bilatéraux, ni les principes de droit international généralement reconnus en matière de compétence.

Premièrement, aux termes de leur loi et règlement sur l'administration des exportations⁹, les États-Unis prétendent contrôler l'exportation

8. S.R.C. 1970, c. E-17.

9. Voir *VExport Administration Act of 1979*, reproduit dans (1982) 181.L.M. 1508-1524 et les amendements qui lui ont été apportés par *VExport Administration Act of*

depuis le Canada de produits finis fabriqués au Canada, si des pièces ou des composantes d'origine américaine constituent l'élément principal du produit fini et qu'elles peuvent vraisemblablement être enlevées ou utilisées à d'autres fins, ou lorsque le produit fini aurait nécessité une licence d'exportation s'il avait été fabriqué aux États-Unis.

Deuxièmement, au dire des Américains, la portée du règlement sur l'administration des exportations s'étend aux consignataires canadiens et aux autres consignataires étrangers, qui ne seraient pas censés avoir le droit de réexporter depuis le Canada des produits d'origine américaine, sauf lorsque cela est conforme aux lois américaines. Le Canada estime plutôt que les exportations des sociétés installées au Canada ne sont assujetties qu'aux lois canadiennes ; aucune loi d'un autre pays et aucune disposition contractuelle privée n'est suffisante pour suppléer la compétence du Canada sur son territoire, lorsqu'elle est exercée à bon droit.

Troisièmement, les lois américaines sur le contrôle des exportations seraient censées contrôler la réexportation depuis le Canada de biens produits au Canada et dans lesquels entre de la technologie américaine. Là encore, la compétence du Canada sur les activités canadiennes est susceptible d'être remise en question.

Enfin, comme l'ont démontré les sanctions prises dans l'affaire du gazoduc soviétique et comme l'indique le règlement sur le contrôle des biens cubains ¹⁰, les États-Unis se réservent le droit d'exercer leur compétence sur des entités constituées en société au Canada ou dans un autre pays lorsqu'elles sont possédées ou contrôlées par des « personnes américaines », en faisant fi des principes de droit international généralement acceptés concernant la nationalité des sociétés.

Si l'on examine ces affaires ensemble — assignations dans des enquêtes criminelles, contrôle des exportations stratégiques — est-il juste de dire que des questions de «souveraineté» sont enjeu? Personne ici n'insinuerait que le Canada s'oppose à la poursuite rigoureuse des trafiquants de stupéfiants, ou au maintien de contrôles efficaces en vue de prévenir le détournement de produits au profit de nos adversaires. Où réside le conflit des intérêts souverains?

L'attitude des États-Unis a donc soulevé les objections du Canada et celles d'autres pays parce que les autorités américaines n'ont pas vu en

1981 et *VExport Administration Act de 1985*, reproduits respectivement dans (1982) 21 I.L.M. 164-165 et (1985) 24 I.L.M. 1370-1391.

10. *Cuban Asset Control Regulations*.

l'espèce la dépendance et la vulnérabilité mutuelles de nos pays, qu'elles n'ont pas reconnu le fait que nous jouissons ou que nous devrions jouir de la même autorité sur nos territoires respectifs et qu'elles ont fait abstraction de l'équité nécessaire vis-à-vis les parties privées innocentes qui étaient en cause. Dans ce domaine où l'on s'entend sur les objectifs politiques fondamentaux, il faudrait avoir recours à la collaboration plutôt qu'à des procédures unilatérales si nous voulons éviter, ou à tout le moins circonscrire le plus possible, les conflits portant sur les principes de droit qui sont en jeu.

Comment pouvons-nous alors combler le large fossé entre, d'une part, la doctrine américaine, qui réclame une compétence extraterritoriale et qui reconnaît, par politesse plutôt que par obligation, qu'une certaine « modération » ou « courtoisie internationale » est peut-être de mise et, d'autre part, la doctrine canadienne et celle d'autres pays ? L'expérience récente du Canada peut jeter un peu de lumière sur cette question.

IL — LA RÉPONSE CANADIENNE À L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DES LOIS AMÉRICAINES

En ce qui concerne les questions criminelles en général, et le trafic des stupéfiants en particulier, le Canada et les États-Unis partagent les mêmes objectifs. C'est pourquoi, ils ont été en mesure d'en arriver à une entente en 1985 relative à l'entraide juridique en matière pénale¹¹. L'article IV du traité, intitulé « Obligation de demander l'entraide », est particulièrement révélateur. En effet, le paragraphe 1 se lit comme suit :

Une Partie qui cherche à obtenir des documents, dossiers ou autres objets qui à sa connaissance se trouvent sur le territoire de l'autre Partie doit demander l'entraide conformément aux dispositions du présent Traité...

Ainsi, au lieu de procéder unilatéralement, les deux parties se sont engagées à collaborer lorsqu'il s'agit d'obtenir des renseignements qui se trouvent sur le territoire de l'autre partie. Dans un échange de notes connexe, le Canada et les États-Unis ont confirmé qu'ils avaient l'intention de continuer à se consulter, par l'intermédiaire du « Groupe de travail sur les assignations », lorsque les États-Unis songent à signifier des assignations

11. *Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique*, reproduit dans (1985) 4 D.J.I. 332-337.

à des nationaux canadiens pour recueillir des preuves dans des pays tiers¹².

Dans le domaine du contrôle des exportations, le Canada collabore étroitement avec les États-Unis pour veiller à ce que soient respectées les obligations découlant des principes sur lesquelles repose la Déclaration de Hyde Park. L'administration et l'application des contrôles touchant les exportations stratégiques sont caractérisées par des relations de travail étroites, avec en arrière-plan des consultations suivies de nature plus générale, tant bilatérales que multilatérales dans le cadre du COCOM.

Dans l'ensemble, le Canada a cherché à promouvoir la collaboration comme solution de rechange aux mesures unilatérales. Au sein de l'OCDE, à l'instigation des gouvernements canadiens et britanniques, les ministres ont adopté en mai 1984¹³ une série de « Considérations générales » et de « Modalités pratiques » visant à éviter ou à circonscrire le plus possible les conflits découlant de l'application extraterritoriale des lois. Même si ces instruments ne sont pas obligatoires, leurs dispositions n'en constituent pas moins un engagement politique de la part des États-Unis, du Canada et d'autres pays. En effet, ils s'y sont engagés à prendre en considération les principes pertinents du droit international, à adopter une attitude de modération et de retenue et à promouvoir la coopération entre eux, plutôt que d'agir unilatéralement, afin d'éviter, ou de limiter au minimum les obligations contradictoires.

Les États-Unis ont réitéré leur engagement de chercher des solutions de collaboration en paroles et en actes. Pour ce qui est des enquêtes criminelles par exemple, le ministère de la Justice des États-Unis a donné instruction à tous les procureurs américains de ne pas signifier de bref d'assignation ayant une portée extraterritoriale sans l'autorisation préalable de Washington. Avec les activités du « Groupe de travail sur les assignations », ces instructions traduisent le désir d'explorer d'abord toutes les possibilités de coopération. S'agissant du contrôle des exportations, les sanctions que les États-Unis ont imposées au Nicaragua et à la Libye traduisent une sensibilité beaucoup plus grande vis-à-vis les préoccupations de leurs amis et alliés que celle dont ils avaient fait preuve dans l'affaire

12. Voir *Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le Canada et les États-Unis*, Communiqué, Gouvernement du Canada, 18 mars 1985. p. 4.

13. Voir la *Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales*, reproduite dans (1984) 3 D.J.I. 632-641.

du gazoduc sibérien. Ainsi, ni l'une ni l'autre des séries de restrictions n'a la prétention de contrôler la réexportation des produits d'origine américaine qui ont subi une transformation plus poussée dans d'autres pays.

Néanmoins, les États-Unis continuent de maintenir que le droit international les autorise à exercer leur compétence sur des activités à l'extérieur de leur territoire dans certaines circonstances. Dans la mesure où cette autorité peut être exercée d'une manière incompatible avec les lois ou les politiques canadiennes, et dans la mesure où ce genre de conflit traduit un désaccord profond sur les grandes orientations politiques, il est nécessaire que le Canada conserve la capacité juridique de statuer sur les gestes posés au Canada, et ce sur une base égalitaire. C'est pourquoi il a adopté la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*¹⁴. Cette loi délègue au Procureur général du Canada d'importants pouvoirs pour s'opposer, entre autres choses, à la production de documents et la fourniture de renseignements dans le cadre d'instances devant des tribunaux étrangers, lorsque pareille divulgation serait contraire aux intérêts canadiens. Le Canada a bien fait comprendre qu'il s'agit d'un dispositif de défense qui ne sera utilisé qu'en dernier recours, lorsque tous les efforts diplomatiques auront échoué et que les intérêts souverains du Canada pourraient être compromis.

Autrement dit, cela peut sembler étrange, mais en fait cette loi est conçue pour ne pas être utilisée souvent. Elle n'est pas non plus dirigée en premier lieu contre l'Administration américaine. Elle s'adresse plutôt aux tribunaux des États-Unis et constitue une réponse à la doctrine judiciaire américaine, qui, en refusant de respecter comme il se doit les actes de gouvernements étrangers requiert au moins l'existence d'une contrainte imposée par un gouvernement étranger. La loi est donc une invitation à négocier, à tenir des consultations et à traiter des questions de souveraineté au niveau intergouvernemental.

* * *

Le Canada continuera de chercher à faire reconnaître que les conflits intergouvernementaux devraient être réglés entre gouvernements, plutôt que par l'action unilatérale d'un gouvernement ou de ses tribunaux,

14. S.C. 1984, c. 49, reproduite dans (1985) 4 D.J.I. 209-212.

ce qui porte atteinte à la compétence territoriale de l'autre gouvernement. En vérité, toutes les autres formules sont incompatibles avec le droit international.

Jonathan FRIED*

* Avocat-conseil adjoint au Bureau des négociations commerciales du Gouvernement du Canada. Les opinions exprimées dans ce commentaire n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement la position du Gouvernement du Canada. L'auteur tient à exprimer sa gratitude à M. François Rivard qui a effectué la traduction du commentaire.