

L'extraterritorialité comme outil de politique extérieure des Etats

Bamidayé Komi Assogba *

Malgré les controverses entre historiens sur la naissance du système westphalien, c'est-à-dire le système interétatique, les auteurs sont d'accord sur le fait qu'elle est liée historiquement et conceptuellement à la primauté du droit¹. Cette idée s'est traduite depuis toujours par «une lutte contre la politique, car celle-ci a été perçue comme étant ce qui incite chacun à poursuivre ses valeurs et ses désirs subjectifs, au détriment de ceux des autres, et donc, comme conduisant à l'anarchie internationale»². A l'épreuve des faits, la dissociation entre la politique et le droit apparaît comme un mythe que nous entendons confirmer avec la problématique de l'extraterritorialité. Elle permet en effet de percevoir la prégnance de la politique dans la gouvernance des relations internationales. Plus précisément, les relations internationales contemporaines offrent à voir que l'extraterritorialité est un outil de politique extérieure. C'est ainsi que l'extraterritorialité permet aux Etats d'avoir une emprise sur l'espace international à partir du niveau national, ce qui les pousse à préférer un encadrement politique de son utilisation à un cadre juridique trop rigide.

L'ordre juridique international est sous-tendu par l'idée que le droit international public est l'outil de contrainte légitime grâce auquel les Etats peuvent essayer de façonner l'environnement international selon leurs intérêts depuis qu'il est interdit de recourir à la force. Cette interdiction remonte au Pacte Briand-Kellog depuis 1939³ avant d'être reprise dans la Charte⁴. La

* Doctorant en droit public à l'Université Paris Vincennes-Saint-Denis, il prépare une thèse sur «le statut des entreprises multinationales en droit international économique contemporain».

1. M. Koskeniemi, «Entre utopie et apologie : la politique du droit international», dans *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 51-96.

2. *Ibid.*, p. 53.

3. Ce pacte est généralement cité par les auteurs comme le point de départ de la limitation de l'action politique des Etats, voir dans ce sens, R.-J. Dupuy, «L'illusion juridique, Réflexions sur le mythe de la paix par le droit», dans *Guy Ladreit de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France, Mélanges en l'honneur de Lacharrière*, Paris, Masson, 1989, p. 245-257 ; D. Schidler, «Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international», *Recueil des cours*, tome 6 (1933), p. 250.

4. L'article 2, paragraphe 4 de la Charte des Nations Unies.

guerre ne pouvant plus être un instrument de politique, l'obligation de régler leur différend au moyen du droit international s'est donc imposée⁵. Mais, à partir du moment où il n'existe pas d'organe législatif central dans la société internationale, il va sans dire que la volonté des Etats sera fondamentale dans l'élaboration du droit international public qui régit l'action de ces mêmes Etats. Ce n'est pas le lieu d'ouvrir le débat sur les fondements volontaristes du droit international public, mais de relever que l'un des procédés de formation de ce droit consiste pour les Etats à passer par le canal des négociations internationales⁶. Cela doit s'entendre par commodité du multilatéralisme⁷ que l'on voudrait opposer *prima facie* à l'unilatéralisme qui se définit comme «une politique consistant à compter sur ses propres forces pour atteindre ses objectifs de politique étrangère»⁸. Cette opposition est importante parce que l'unilatéralisme est à l'évidence cantonné dans la sphère de la politique alors que le multilatéralisme, dans l'entendement des juristes, ne serait pas soumis aux passions politiques⁹. Pour nous, le droit international public étant un outil de politique internationale¹⁰, l'unilatéralisme trouve un ancrage en droit international public et le multilatéralisme ne peut être dissocié des considérations politiques qui la substantialisent.

5. Il s'agit de deux faces d'une même réalité que D. Alland résume très bien en ces termes :

«dès lors que le recours à la force – entendu comme force armée – est officiellement proscrit, le rapport d'égalité formelle qui caractérise les relations interétatiques exclut toute justification tirée de l'autorité supérieure de l'auteur d'une politique étrangère. Seules demeurent les diverses voies de l'accord des sujets concernés»,

D. Alland, «Quelques observations sur la notion de politique juridique de l'Etat, Retour sur la politique juridique extérieure», *AFRI*, 2012, vol. XIII, p. 562.

6. Un auteur remarque à juste titre que

«l'international peut être modeste et commencer dès que les Etats sont réunis, mais il peut tout aussi bien concerner l'ensemble des Etats à travers des traités multilatéraux. C'est la plus courante forme d'extranéité souvent associée au positivisme et au volontarisme car elle symbolise encore l'Etat comme centre du système international»,

J.-M. Sorel, «De l'objet au sujet universel en droit international : la quête de l'impossible?», dans G. Koubi et Ol. Jouajan (dir. publ.), *Sujets et objets universels en droit*, Strasbourg, Presse universitaire de Strasbourg, 2007, p. 142.

7. A titre illustratif, l'OMC est présentée comme une enceinte de négociation multilatérale. Le dictionnaire de droit international public de J. Salmon définit le terme «multilatéral» comme le qualificatif d'un «acte émanant de plus de deux sujets de droit international», Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 719.

8. J.-F. Guilhadiis, *Relations internationales contemporaines*, Paris, Litec, 3^e éd., 2010, p. 459.

9. Dans ce sens, la perspective du juriste internationaliste serait de ne s'attacher qu'aux seules règles de droit international pour appréhender les relations internationales. Cette posture qui reste critiquable est contrebalancée par la perspective du spécialiste des relations internationales qui, à côté de la régulation des relations par le droit international, envisagera la régulation par la puissance, S. Sur, *Relations internationales*, Montchrestien, 6^e éd., Paris, 2011, p. 223 ss.

10. E. Tourme-Jouannet, *Le droit international*, Paris, PUF Collection *Que-sais-je?*, 2016, p. 3.

S'agissant du multilatéralisme, on occulte dans le cadre du droit international public «le jeu de puissance»¹¹ qui opère en amont au moment de l'élaboration des règles et au cours de la mise en œuvre du droit international. Par exemple, il a été pertinemment relevé le détournement des termes flous de la résolution 1973 du Conseil de sécurité¹² à des fins politiques dans le cadre de l'intervention en Libye en 2011¹³. C'est ainsi qu'à partir d'une méthode d'approche critique du droit international public on a expliqué que la «contradiction primitive» liée aux désaccords entre les Etats sur la voie à suivre au moment de l'adoption de la résolution a débouché sur une «contradiction consécutive» résultant de son interprétation divergente par les Etats¹⁴. Alors que la perméabilité du droit international public à la politique fait ainsi le lit des théories critiques du droit international qui l'envisagent comme un instrument de politique¹⁵, certains auteurs vont jusqu'à réfuter sa juridicité¹⁶. Nous n'entendons cependant pas souscrire à cette dernière thèse tout en adoptant une perspective critique du droit international. Dès lors, il est bien possible d'interpréter l'attitude des Etats comme un moyen de façonner voire de modeler les règles selon leurs intérêts à la lumière de ce que Guy Lacharrière a identifié comme une «politique juridique extérieure»¹⁷ dans un ouvrage classique pour les internationalistes. On s'accorde sur le fait que si l'approche réaliste de l'analyse a été «pessimiste», les conclusions de l'ouvrage sont «optimistes»¹⁸. Il débouche en effet sur trois implications théoriques : le droit international public existe, le droit est l'objet d'action de la part des Etats et enfin ce droit est important pour les Etats qui cherchent à déterminer son contenu¹⁹.

11. S. Sur, *loc. cit.*, p. 247.

12. S/RES/1373 (2011).

13. Sur l'instrumentalisation du droit international dans le cadre de l'intervention en Libye voir A. Lagerwall, ««Kennedy et moi» : qu'est-ce qu'une internationaliste francophone peut apprendre des NAIL qu'elle n'aurait pas déjà appris de l'école de Reims à propos de la guerre en Libye?», dans R. Bachand (dir. publ.), *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 25 ss.

14. *Ibid.*

15. Pour un aperçu de ces théories, voir L. Delabie, «Les nouvelles approches du droit international», *RQDI*, 2016, p. 57-77; R. Bachand, «La critique en droit international : Réflexion autour des livres de Koskeniemi, Anghie et Miéville», *RQDI*, 2006, p. 17.

16. Il s'agit globalement des politistes, des politologues et des sociologues en l'occurrence. On cite entre autres Raymond Aron qui est assez représentatif de cette perspective à notre sens, A. Pellet, «Le Sage, le Prince et le Savant (à propos de la politique juridique extérieure» de Guy Lacharrière)», *JDI*, 1985, p. 408.

17. G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, IFRI, Economica, collection enjeux internationaux, 1983.

18. M. Virally, «Réflexion sur la politique juridique des Etats», dans *Mélanges, Guy Lacharrière de Lacharrière et la politique juridique extérieure de la France*, Paris, Masson, 1989, p. 395.

19. *Ibid.*

Depuis cet ouvrage, la politique juridique extérieure désigne prosaïquement «une politique à l'égard du droit international»²⁰. Une recherche sur la politique juridique extérieure des Etats conduit aujourd'hui à chercher à savoir dans quelle mesure le droit international public sert de fondement à leur action extérieure et comment devient l'objet de leur action extérieure²¹. Il est resté inchangé que les Etats n'entendent pas réfuter l'existence du droit international public²² nonobstant les réticences de certains d'entre eux, en l'occurrence les Etats-Unis, ayant une attitude ambivalente sur ce droit. L'attitude américaine, qui fera l'objet d'une attention particulière, s'inscrit dans une politique juridique extérieure consistant à simplement écarter le droit international sur les problématiques de sécurité collective tout en cherchant à établir l'emprise de ce droit sur des questions de commerce ou d'investissement²³. Un autre exemple montre que la politique juridique extérieure de la Turquie consiste à laisser «une place marginale au droit international [et à faire] du bilatéralisme un élément privilégié»²⁴ alors qu'elle est un «partisan affiché d'une société multipolaire»²⁵. Nous voyons que la politique juridique extérieure a pour finalité la systématisation du rapport des Etats au droit international dans leurs relations. La politique juridique extérieure peut également être centrée sur l'analyse d'une question précise pour voir comment un Etat utilise les principes de droit y afférents pour servir ses intérêts politiques. Il en ressort que le droit international est un instrument au service de la politique extérieure des Etats. La politique juridique extérieure est donc une sorte d'unilatéralisme déguisé au regard de cette fin politique qui l'anime²⁶. Dans son sens classique, l'unilatéralisme s'insère en sens inverse dans le droit international public.

Les moyens de son expression sont principalement de deux ordres : militaire et normatif. Du point de vue normatif, l'unilatéralisme peut se manifester à travers les sanctions économiques qu'un Etat prononce généralement en cas de désaccords avec un autre Etat. Elles consistent pour un Etat à interdire à

20. G. de Lacharriere, *op. cit.*, p. 5.

21. M. Savas-Cazala et J. Cazala, «La politique juridique extérieure de la Turquie», *AFRI*, 2015, p. 553.

22. *Ibid.*

23. L. Delabie, «La politique juridique extérieure des Etats-Unis, Les ambivalences de la première puissance mondiale à l'égard du droit international», *AFRI*, vol. XII, 2012, p. 569.

24. M. Savas-Cazala et J. Cazala, *loc. cit.*, p. 554.

25. *Ibid.*

26. Julien Cazala fait bien de remarquer que

«la dénomination de politique extérieure des Etats pourrait être discutée. Non que l'on puisse remettre en cause l'idée selon laquelle les gouvernements ont à l'égard du droit international une, ou plutôt des positions, mais cette politique ne s'exprime que par la constance de son but : la recherche de la défense des intérêts de l'Etat»,

«Retour sur un classique, G. de Lacharriere, La politique juridique extérieure, IFRI, Economica, collection enjeux internationaux, Paris, 1983», *RGDIP*, 2013, p. 411.

ses ressortissants de commercer avec un autre Etat et d'investir dans cet Etat s'il estime que celui-ci a porté atteinte à ses intérêts²⁷. Ces sanctions créent en principe des obligations pour les personnes physiques ou morales qui relèvent de la juridiction de l'Etat qui les a édictées. La question de leur conformité au droit international public a donné lieu à une littérature abondante qui n'a pas écarté toutes les ambiguïtés l'entourant. Il reste que rien n'oblige un Etat, en raison de sa souveraineté économique, à entretenir des relations économiques avec un autre Etat²⁸. Mais du fait qu'elles relèvent de la catégorie des contre-mesures en droit international public²⁹, il est établi que les sanctions doivent être temporaires et proportionnelles. Les sanctions économiques, pour être conformes au droit international public, ne doivent pas non plus violer les engagements internationaux de l'Etat qui est l'auteur de la sanction³⁰. Dans les limites de cet encadrement, les sanctions économiques constituent un moyen normatif de contrainte légitime en droit international public pour régler des désaccords politiques.

Les sanctions économiques peuvent donc être au service de la politique extérieure des Etats se définissant comme «l'instrument par lequel un Etat tente de façonner son environnement politique international, par lequel il tente d'y préserver les situations qui sont favorables et d'y modifier les situations qui lui sont défavorables»³¹. La politique extérieure sert des objectifs poursuivis par les Etats comme l'intérêt national, la sécurité ou la

27. Globalement sur les problèmes conceptuels et de légalité à propos des sanctions économiques voir L. Dubouis, «L'embargo dans la pratique contemporaine», *AFDI*, 1967, p. 99-152; R. Charvin, «Les mesures d'embargo : la part du droit», *RBDI*, 1996, p. 5-32; J.-M. Thouvenin, «Sanctions économiques et droit international», *Droits*, 2013, p. 161-176.

28. Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) compétence et recevabilité*, arrêt, *CIJ Recueil* 1984, p. 392; L. Dubouis, *loc. cit.*, p. 108; J.-M. Thouvenin, *loc. cit.*, p. 171.

29. R. Charvin, *loc. cit.*, p. 10.

30. Les engagements pris par l'Etat sont globalement en cause, L. Dubouis, *loc. cit.*, p. 111. Mais, d'une part, les engagements pris par l'Etat particulièrement dans le cadre de l'OMC peuvent justifier l'illégalité des sanctions économiques. Dans ce sens, l'on sait bien que la section 301 de la loi sur le commerce extérieur des Etats, bien que jugée non problématique en doctrine au regard du droit des traités, E. Zoller, «Guerre commerciale et droit international : réflexions sur les contre-mesures de la loi américaine de 1988 sur le commerce et la concurrence», *AFDI*, 1989, p. 65-89, sera reconnue incompatible avec les disciplines de l'OMC parce qu'elle institutionnalisait un mécanisme de contre-mesures en dehors du cadre de l'OMC, voir *infra* note 126. En réalité, il existe une forme particulière de contre-mesures dans le cadre de l'OMC. Elles perdent toutefois leur caractère unilatéral puisque les Etats doivent obtenir l'approbation de l'organisation afin de les adopter, voir H. Gherari, *Droit international des échanges*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 154 ss. D'autre part, la légalité des sanctions économiques peut s'analyser du point de vue de leur effet sur les droits de l'homme. C'est pour cela que l'on a vu la pratique onusienne des sanctions évoluées vers ce que l'on a désigné par «smart sanction», sur ce point, voir J.-M. Thouvenin, *loc. cit.*

31. D. Battistella, *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Science Po, 2015, p. 353.

puissance³². Elle couvre des domaines variés comme les droits de l'homme, le commerce, les enjeux environnementaux, les équilibres globaux et la démocratie³³. Nous voyons bien que le droit international public intègre en son sein un dispositif de l'unilatéralisme des Etats et, par-là, réserve une place à la politique extérieure des Etats. Or le droit international public est n soi déjà l'objet de politique extérieure aux fins de servir la politique extérieure des Etats. Il nous semble donc qu'il y a une circularité ambiante dans la gouvernance des relations internationales entre le droit et la politique qui vise à préserver l'apparence de la primauté du droit international. Ainsi, le droit sert de voile pour couvrir la politique dans différents contextes, ce qui témoigne de cette circularité s'appuyant aussi bien sur le droit interne que sur le droit international public. La circularité en question est accentuée par les règles internes de portée extraterritoriale que, par ailleurs, le droit international public ne prohibe pas.

Les manifestations diverses de l'extraterritorialité peuvent être retrouvées dans l'attitude des Etats dès lors que le principe de la territorialité est affecté d'une manière ou d'une autre par leurs mesures. Ce principe sous-tend l'idée que le territoire est le fondement de la compétence de l'Etat et que cette compétence est limitée à son territoire³⁴. On peut supposer à partir de ce principe l'existence d'une présomption contre l'extraterritorialité des mesures d'un Etat qui veut dire que ces mesures ne sont applicables que sur son territoire³⁵. Une autre approche est de dire qu'il y a extraterritorialité dès lors que « tout ou partie du processus d'application se déroule en dehors du territoire de l'Etat qui l'a émise »³⁶. Nous voyons que l'extraterritorialité peut

32. Il n'y a pas d'opinion satisfaisante sur les « objectifs de la politique étrangère ». Pour certains Etats, c'est la sécurité et l'intérêt national. Pour d'autres, c'est une politique de puissance. Mais ils l'évoquent moins ouvertement que les objectifs précédents et elle n'est pas véritablement l'objectif de l'Etat. C'est ainsi qu'un auteur considère que « pour celui qui cherche l'objectif de la politique étrangère, ni l'intérêt national, ni la sécurité, ni la puissance ne donnent la réponse ». S'il faut donc, d'après lui, parler plutôt des objectifs de la politique étrangère, « chaque Etat fixe – sous les termes intérêt national, sécurité – plusieurs buts à atteindre, plusieurs priorités », J.-F. Guilhadi, *op. cit.*, p. 427 ss.

33. Pour un panorama détaillé sur les domaines que peut couvrir la politique extérieure des Etats, voir *Le livre blanc sur la politique étrangère et européenne de la France, 2008-2020, La France et l'Europe dans le monde*, Paris, La documentation française, 2008 ; voir également *Foreign Policy White Paper 2017*, Morris Walker, 2017.

34. *American Banana Co. c. United Fruit Co.*, 213 US 347 (1909) ; Th. Fleury Graff, « Territoire et droit international », *Civitas europa*, vol. 42, 2015/2, p. 42 ; Buxbaum, *AM. J. Comp. L.*, 2009, p. 635.

35. *EEOC c. Arabian American Oil Co. (« Aramco »)*, 499 US 244 (1991) ; *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 US No. 10-1491 S. Ct. (2013) ; *Morrison c. National Australia Bank Ltd.*, 561 US 247 (2010) (commentaire TFG, *AFDI* 2010).

36. B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 1-47 ; B. Stern, « L'extraterritorialité « revisitée » où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, *Pâte de Bois*

recouvrir diverses réalités que les auteurs ont plus ou moins conceptualisées sans pour autant parvenir à en définir sans ambiguïté les contours³⁷. Il y a donc une difficulté à circonscrire la notion qu'il faut toutefois relativiser puisque le principe de la territorialité ne peut pas être interprété strictement.

En effet, ce principe peut conduire à des solutions incongrues comme par exemple appliquer à un étranger le droit de la famille d'un Etat où il séjournerait provisoirement. C'est ce qui explique la compétence des tribunaux des Etats à connaître des faits qui se sont produits à l'étranger ou à donner effet aux droits étrangers sur leur territoire national dans les limites du respect de leur ordre public international³⁸. Dans ce sens, les règles du droit international privé servent à désigner l'ordre juridique auquel doit être rattachée raisonnablement une relation juridique indépendamment du juge saisi et de la situation à régir³⁹. Dès lors, un Etat peut consentir à donner force juridique au droit d'un autre Etat sur son propre territoire. Il y a lieu de préciser qu'il n'y aucune obligation pour un Etat au titre du droit international de reconnaître un droit étranger sur son territoire⁴⁰. Le *comity* ou courtoisie internationale est généralement évoqué pour justifier l'attitude des Etats visant à atténuer le modèle « westphalien » parce qu'ils ont conscience qu'ils ne peuvent raisonnablement pas appréhender les relations transnationales par le prisme du principe de la territorialité⁴¹. Nous pouvons également imaginer la difficulté des Etats à appréhender leurs nationaux dès lors qu'ils passent une frontière ou encore les situations qui produisent des effets sur leur territoire. Alors que leur pouvoir de réglementation se trouverait en effet privé d'efficacité dans ce cas de figure basique, les activités transnationales se sont développées avec l'évolution des

et de quelques autres... », *AFDI*, 1992, p. 242 ; B. Stern, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *RQDI*, 1986, p. 51.

37. Voir sur quelques tentatives de conceptualisation B. Stern, *ibid.* ; voir également L. d'Avout, « L'extraterritorialité dans les relations d'affaires », *JCP*, 2015, n° 42.

38. Cela permet à un Etat de s'opposer à l'application d'un droit étranger qui ne serait pas conforme à certaines valeurs qu'il juge importantes. Il relève du domaine réservé de chaque Etat qui peut librement le définir comme il l'entend. Il est traditionnellement admis que l'ordre public international est de nature nationale comme cela a été codifié, par exemple, par l'article V de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

39. L'objet du droit international privé est donc de régir les relations juridiques « affectées d'extranéité » en raison par exemple de la nationalité, du domicile ou du lieu de survenance d'un fait juridique ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, 4^e éd., tome 1, Paris, Thémis droit PUF, 2017, p. 5.

40. Voir sur les débats autour de cette question, P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, p. 1-29 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, p. 349-388.

41. D. Holloway et T. Schultz, « Retour sur la *comity* : les origines de la *comity* au carrefour du droit international privé et du droit international public », *JDI*, 2011, p. 863-886 ; D. Holloway et T. Schultz, « Retour sur la *comity* : la *comity* dans l'histoire du droit international privé », *JDI*, 2012, p. 571-595.

moyens de communication et la globalisation⁴². Pour atténuer dans ce cas-ci le principe de la territorialité, l'extraterritorialité va ressortir de la prétention d'un Etat à régir une situation sur le territoire d'un autre Etat. Elle n'est pas moins globalement tolérée par les Etats. Cela dit, si l'extraterritorialité peut être perçue comme un outil d'organisation de la «socialité» des Etats dans une société internationale fragmentée⁴³, aucune règle de droit international n'interdit en réalité aux Etats d'adopter des mesures extraterritoriales depuis l'affaire du *Lotus*⁴⁴. Il est établi que l'ordre juridique international conçoit les questions de compétence de l'Etat «comme un élément de son ordre»⁴⁵. En effet, l'arrêt du *Lotus*, régissant donc «la constitution des compétences internationales de l'Etat»⁴⁶, s'il débouche sur une controverse doctrinale que l'on a jugée «artificielle» entre les tenants de la thèse limitative et de la thèse attributive⁴⁷, réduit le rôle du droit international public à un principe permissif de l'extraterritorialité.

L'extraterritorialité étant donc un outil politique de régulation sociale, elle n'est pas épargnée des tensions inhérentes à toute vie sociale. Des tensions en lien avec l'exercice des compétences extraterritoriales résultent en effet autant de l'attitude des personnes privées que des Etats. La première catégorie tente de contourner les lois sur des questions clivantes comme la reconnaissance de la procréation médicalement assistée ou encore l'adoption d'enfant. En raison

42. En matière pénale, un auteur fait remarquer qu'aucun Etat ne «renonce à confier à ses propres organes la sanction des actes commis à l'étranger qui suppose une atteinte à ses droits» en raison «des carences institutionnelles du système juridique international», J. Puento Egado, «L'extradition en droit international: problèmes choisis», *Recueil des cours*, tome 231 (1991), p. 26. Voir, plus globalement sur les activités criminelles transnationales, K. W. Dam, «Extraterritoriality in an Age of Globalization: The Hartford Fire Case», *Sup. Ct. Rev.*, 1993, p. 289-328; P. S. Berman, «The Globalization of Jurisdiction», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 51, n° 2, 2002.

43. Pour certains auteurs, la vocation du droit international privé est justement de dissimuler cette fragmentation. En ce sens, voir G. G. De la Pradelle et M.-L. Niboyet, «La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Remarques introductives de l'internationaliste privatiste», dans M. Forteau (dir. publ.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales, Regards croisés d'internationalistes et publicistes*, Paris, Pedone, 2011, p. 12.

44. La CPJI a été amenée à se prononcer sur la conformité au droit international des poursuites intentées par la Turquie contre un marin français pour des faits s'étant produits en haute mer au moment de la collusion entre le *Lotus* et le *Boz-Kourt*. Elle a jugé que le droit international ne défend pas à «un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction pour des faits qui se sont passés à l'étranger...», *CPJI, série A*, n° 10, du 7 septembre 1927.

45. G. Cahin, Rapport introductif, *Les compétences de l'Etat en droit international*, Colloque de la SFDI, 2, 3 et 4 juin 2005, Paris, Pedone, p. 32.

46. *Ibid.*

47. La première que pourfend le second se résume à l'idée que tout ce qui n'est pas interdit est permis par le droit international, voir pour plus de précisions, G. Cahin, *loc. cit.*, p. 32 ss.

du fait que l'exception d'ordre public international s'internationalise⁴⁸, il est de plus en plus difficile pour les Etats de s'opposer à l'effet de lois étrangères sur leur territoire. Conscientes de cette réalité, les personnes privées organisent une sorte de « fraude à la loi » en se plaçant sous l'empire de lois étrangères, moins restrictives donc sur ces questions, pour ensuite opposer les situations acquises à l'étranger dans les Etats où elles résistent habituellement. La tension peut également provenir de l'attitude des Etats. Ce sont les sanctions économiques de portée extraterritoriale qui constituent de ce point de vue la partie visible du problème. En réalité, dès lors que le droit international reconnaît aux Etats la compétence d'adopter des mesures extraterritoriales, il ouvre à plusieurs titres une brèche à la politique. Les mesures extraterritoriales peuvent rivaliser avec les traités du point de vue de leur champ d'application territorial en devenant clairement un moyen alternatif au multilatéralisme⁴⁹. Un Etat peut donc ne trouver aucune utilité à obtenir un consensus sur les positions favorables à ses intérêts. Sa politique extérieure va consister à imposer unilatéralement ses positions en recourant aux mesures extraterritoriales. A supposer que ce soit effectivement le cas, cet Etat a probablement intérêt à nourrir l'ambiguïté, voire le conflit, dont est porteuse par essence la notion d'extraterritorialité. Cela est d'autant plus possible que les règles de compétence internationale leur laissent beaucoup de marge de manœuvre.

A la lumière de la situation immédiate décrite sur l'utilisation de l'extraterritorialité par les Etats, nous voyons bien que la question peut se prêter aisément à une certaine circularité entre le droit et la politique. Cette étude entend analyser cette problématique qui se résume autrement à la question de savoir si l'extraterritorialité n'est pas devenue un instrument de politique étrangère. Il faudra également se demander si les règles de compétence internationale ne sont pas instrumentalisées par les Etats dans le système westphalien où prévaut la primauté du droit. Il faudra se garder des excès de passions que peut susciter la problématique car l'extraterritorialité a une fonction essentielle dans l'organisation sociale des Etats. L'intérêt de notre étude est précisément de distinguer le champ de l'utilisation « vertueuse » de l'extraterritorialité de celui de son utilisation « problématique » à des fins de politique extérieure.

48. Il y a tout d'abord les droits de l'homme qui vient limiter les Etats. Par exemple, les Etats parties à la CEDH ne peuvent exciper de leur ordre public international pour refuser de reconnaître par exemple une adoption réalisée à l'étranger, G. G. De la Pradelle, M.-L. Niboyet, *loc. cit.*, p. 17. Ensuite, plus globalement, il y a une tendance à l'internationalisation de l'ordre public international qui vient la transformer en ce que l'on désigne en doctrine l'ordre public « transnational » ou réellement international. Cela est de nature à réduire la marge des Etats, voir sur cette dynamique, M. Forteau, « L'ordre public transnational ou réellement international », *JDI*, 2011, p. 3-49.

49. W. Magnuson, « Unilateral Corporate Regulation », *Chicago Journal of International Law*, 2016, vol. 17-2, p. 525 ; A. L. Parrish, « Reclaiming International Law from Extraterritoriality », *Minnesota L. Rev.*, 2009, p. 818.

Cette perspective va nous amener à analyser différents actes étatiques qui pourront nous permettre d'établir qu'il y a une mutation de la fonction de l'extraterritorialité. Certaines mutations de la société internationale relatives au développement des activités liées au numérique, à la globalisation de l'économie⁵⁰ et la transnationalisation des organisations criminelles⁵¹ préfigurent cette mutation. L'extraterritorialité tend inévitablement à devenir un outil au moyen duquel les Etats entendent réguler unilatéralement l'espace transnational. Bien que cette action puisse être inscrite dans le cadre d'une perspective dualiste, témoignant d'une répartition des tâches entre le niveau interne et le niveau international, nous devons l'inscrire également dans le cadre de l'action politique extérieure des Etats au regard du pluralisme dont est marquée la société internationale. En effet, l'extraterritorialité est pensée comme un outil politique au service de la politique extérieure des Etats comme le montre leur « discours » ambivalent sur la question. D'un côté, on constate qu'il y a des suspicions diverses de l'utilisation de l'extraterritorialité à des fins politiques (section I), qui sont fondées dans une certaine mesure, alors que, de l'autre, l'extraterritorialité n'est pas pour autant perçue comme étant susceptible d'être encadrée juridiquement (section II). Pour créer ou pacifier les tensions politiques inhérentes à l'extraterritorialité du droit, le droit international public, comme cadre de référence, n'est donc convoqué que pour dissimuler ou légitimer des préférences politiques.

SECTION 1 **L'APPRÉHENSION DES FONCTIONS DE L'EXTRATERRITORIALITÉ, UNE CORRÉLATION AVEC LES FINALITÉS DE LA POLITIQUE EXTÉRIEURE DES ÉTATS**

Deux hypothèses vont servir de cadre à l'analyse. La première repose sur l'idée qu'en dotant ses dispositions nationales de portée extraterritoriale, en vue de mettre en œuvre certaines règles relevant de la sphère internationale, un Etat le fait pour des raisons de politique extérieure (par. 1). La seconde va nous amener à vérifier si l'extraterritorialité n'est pas en réalité un outil conceptuel de domination lorsque l'Etat qui en dote plus systématiquement ses dispositions nationales affiche une tendance à l'unilatéralisme (par. 2).

Paragraphe 1 **L'extraterritorialité, relais politique du multilatéralisme**

Nous avons identifié deux catégories de normes extraterritoriales que l'on entend présenter comme des relais du multilatéralisme⁵²

50. W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 521-572.

51. K. W. Dam, *loc. cit.*, Paul S. Berman, *loc. cit.*

52. Cette dynamique est encouragée par une certaine doctrine américaine de droit international public, voir A. Parrish, *loc. cit.*, p. 827 ss.

parce qu'elles visent à mettre en œuvre des conventions internationales ou des normes coutumières ou encore parce qu'elles suppléent à l'absence de normes au niveau international dans un domaine où le besoin de coordination semble s'imposer (A). Il s'agit des normes extraterritoriales visant à réguler la globalisation et les normes visant à sanctionner les crimes graves. Nous allons démontrer que l'extraterritorialité est un concept politique que l'on peut appréhender théoriquement (B), avant de voir comment du point de vue des Etats, autant les premières (C) que les secondes (D) catégories de normes extraterritoriales peuvent être vues comme servant la politique extérieure.

A. *L'identification des normes extraterritoriales*

Quelques remarques sur les catégories de normes qui vont servir de base à l'analyse, vont nous aider à saisir un certain enjeu politique sous-jacent commun aux dispositions extraterritoriales. S'agissant de la première catégorie des normes extraterritoriales, elle est en lien avec la globalisation qui doit être entendue comme le phénomène d'interdépendance entre les économies nationales. Les auteurs s'accordent pour dire que la globalisation fragilise et transforme le droit étatique traditionnel, concurrencé par l'action normative des acteurs transnationaux qu'elle a fait émerger⁵³. Le besoin de réguler cette globalisation est également reconnu par tous les observateurs de la vie internationale⁵⁴. Or le niveau multilatéral ne parvient pas à faire face aux problèmes en raison de la faiblesse institutionnelle de la société internationale, de la difficulté à trouver un consensus à ce niveau et de l'inefficacité des accords internationaux⁵⁵. C'est entre autres au regard de ces limites structurelles du multilatéralisme que certains Etats ont renforcé leur action normative. Cette action aboutit à une sorte de dissolution de « l'international » dans le « global »⁵⁶ à travers les dispositions nationales de portée extraterritoriale⁵⁷. Cela consiste à imposer unilatéralement⁵⁸ des comportements à des personnes,

53. A. Andre-Jean, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Droit et société*, 1997, p. 11-35 ; Er. C. Ip, « Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State », *I-CON*, (2010), vol. 8, n° 10, p. 636-655.

54. W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 525 ; M. Bagheri et M. J. Ghanbari Jahromi, « Globalization and Extraterritorial Application of Economic Regulation : Crisis in International Law and Balancing Interests », *Eur. J. Law Econ.*, 2016, p. 394 ss.

55. *Ibid.*

56. A. Andre-Jean, *loc. cit.*, p. 23.

57. W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 526.

58. On a distingué trois types de mesures unilatérales s'agissant de la régulation unilatérale des entreprises : la *corporate level regulation* qui consiste à imposer directement des comportements aux entreprises étrangères (à titre d'exemple, les dispositions de lutte contre la corruption) ; il y a la *product-level regulation* qui consiste à imposer certaines caractéristiques que doivent présenter certains produits que l'on entend importer sur le marché de l'Etat auteur de la norme (à titre d'exemple, les lois en matière de valeurs mobilières) ; enfin, le « country-level regulation » qui consiste à

en l'occurrence des agents économiques, à l'étranger. Elles peuvent être associées à la mise en œuvre de ces dispositions dans le cadre de mécanismes de prévention, placés sous le vocable de *compliance*, qui permettent de moduler les sanctions en cas de leur violation⁵⁹. Ces dispositions débouchent en pratique à cet effet sur ce que l'on a qualifié de « justice négociée » parce que les destinataires et autorités de mise en œuvre de la norme préfèrent constater d'un commun accord l'infraction et convenir de sanctions et de mesures à prendre pour renforcer les dispositifs internes de mise en conformité à la norme⁶⁰. Pour d'autres auteurs, ces dispositions s'insèrent d'un point de vue théorique dans une forme d'extraterritorialité « régulatoire »⁶¹ qu'ils définissent comme un « dispositif-cadre assujettissant certains acteurs à une supervision administrative substantiellement indéterminée ». Ils complètent leur définition en relevant que les décisions prises dans ce cadre « sont virtuelles, dissuasives, dans le but d'amener à la rectification spontanée des comportements privés sur suggestion ou moyennant négociation avec les autorités administratives compétentes »⁶².

Il n'y a aucun intérêt à procéder à l'inventaire de l'ensemble des législations nationales visant à réguler la globalisation⁶³. Mais, de façon transversale, ces dispositions extraterritoriales, ayant plus ou moins un objet économique, abordent des problématiques globales comme la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent, la fraude fiscale et le terrorisme. Il y a lieu de préciser que certaines de ces questions sont abordées dans des conventions internationales, comme les conventions de lutte contre la corruption, qui renvoient au niveau interne sur les mesures concrètes à prendre⁶⁴. Alors que la fonction de mise en

mettre la pression sur l'Etat d'origine des entreprises (à titre d'exemple, on évoque la suspension de concessions commerciales en raison des violations des droits de propriété intellectuelle par les entreprises), W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 549 ss.

59. La *compliance* désigne un ensemble de dispositifs qui permettent de « diminuer le risque de corruption, de sanction » qui attestent de la « capacité des agents à se conformer à la norme juridique » ; Br. Deffains et Cl. Desrieux, « Dispositifs de compliance et lutte contre la corruption : quelques éléments d'analyse économique du droit », *Revue de droit international d'Assas*, 2018, p. 16.

60. J. Vaisse, A. Garapon et P. Servan-Schreiber *et al.*, « La justice négociée américaine, un nouvel enjeu économique et stratégique », colloque du 19 décembre 2013 – Cercle de réflexion Conventions, *RTDF*, 2014, p. 5-25.

61. L. d'Avout, *loc. cit.*

62. L. d'Avout, *loc. cit.*, p. 1883.

63. Dans le domaine de la lutte contre la fraude fiscale, on peut évoquer le *Foreign account tax compliance Act* des Etats-Unis ; dans le domaine de la lutte contre la corruption, on peut évoquer le *Foreign corrupt practice Act* des Etats-Unis, R. Luskin et L. B. Jennings, « Foreign corrupt practices in US law », *Revue de droit international d'Assas*, 2018, n° 1, p. 89-102, le *Bribery Act* du Royaume-Uni et la loi Sapin II de la France sur une étude comparée des lois anglaises et françaises, voir G.-L. Harang, « Royaume-Uni et France : étude comparative des lois anti-corruption », *Revue Lamy droit des affaires*, 2017, n° 130.

64. Il y a les conventions de lutte contre la corruption sur lesquelles nous allons revenir. Il y a également, dans le domaine de la lutte contre la fraude fiscale, la

œuvre du droit international de ces dispositions apparaît dans ce dernier cas de figure, les normes relevant des autres cas suppléent aux lacunes du droit international. Ceci permet de faire le lien entre ces normes et celles visant à sanctionner les crimes les plus graves.

Le fait que le droit international public laisse aux Etats le soin de prendre les normes secondaires pour sanctionner la violation de certaines normes primaires du droit international n'est pas nouveau. L'exemple du crime de piraterie⁶⁵ montre que la sanction de certaines infractions a fait très tôt l'objet de «partage de travail»⁶⁶ entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne. Le souci d'efficacité justifie cette répartition des tâches en raison de l'absence d'organe judiciaire mondial. Mais le caractère particulièrement grave de ces crimes est également à prendre en compte puisqu'il a conduit à poser l'obligation pour les Etats de juger leurs auteurs ou de les extraditer vers l'Etat qui en fait la demande. Il s'agit d'un principe coutumier que traduisent particulièrement quelques conventions internationales qui imposent aux Etats de sanctionner les auteurs de certaines infractions⁶⁷. Dans ce sens, les auteurs de crimes de génocide, de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou des crimes de torture⁶⁸ peuvent potentiellement être poursuivis par n'importe quel Etat⁶⁹. La sanction de la violation de ces infractions au niveau interne a retrouvé un intérêt particulier dans le cadre de la problématique de la

convention de l'OCDE sur l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale. Dans le domaine de la lutte contre la criminalité et le blanchiment d'argent, il y a la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (nous allons revenir également sur cette convention).

65. Kelsen, dans son cours à l'Académie de droit international, pour illustrer que les individus sont des sujets de droit international public, donne l'exemple de la piraterie en droit international qui impose aux Etats de sanctionner les auteurs de piraterie. Pour lui, l'interdiction de la piraterie de nature coutumière s'adresse directement aux individus laissant aux Etats de prendre les mesures pour les sanctionner, H. Kelsen, «Théorie générale du droit international public», *Recueil des cours*, tome 42 (1932), p. 138 ss.

66. R. Kolb, *op. cit.*, p. 111.

67. La Convention de Genève du 10 avril 1929 pour la répression du faux monnayage, les Conventions de Genève du 12 août 1949 sur la protection des victimes de la guerre et la Convention des Nations Unies du 30 mars 1961 sur les stupéfiants. La liste n'est pas exhaustive. Pour une liste plus ou moins complète de ces conventions internationales, voir A. Lagerwall, «Que reste-t-il de la compétence universelle au regard de certaines évolutions législatives récentes?», *AFDI*, 2009, p. 745 ss; Le trait commun de ces conventions est donc de reprendre le principe coutumier *aut dedere aut judicare*. Voir sur ce point, E. David, *Elément de droit pénal international et européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 236-271. Son caractère coutumier est toutefois incertain pour certains auteurs, voir P. d'Argent, «L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien?», *RGDIP*, 2004, p. 597-632.

68. La liste n'est pas non plus exhaustive sur les infractions, voir A. Lagerwall, *ibid.*

69. Th. Fleury Graff dit à propos de ces conventions qu'elles imposent l'obligation «d'étendre la législation étatique aux infractions commises à l'étranger par des étrangers contre des étrangers», *loc. cit.*, p. 44.

responsabilité des entreprises⁷⁰. C'est précisément dans ce cadre que l'on voit apparaître des dispositions nationales, comme la loi française sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre⁷¹ d'origine internationale⁷² et reposant sur une logique d'« imputabilité extraterritoriale »⁷³, qui visent à réguler unilatéralement les entreprises multinationales. S'il n'y a aucun intérêt également à les recenser, l'ensemble de ces dispositions extraterritoriales peuvent déboucher conceptuellement sur ce qu'on appelle « la compétence universelle » dont il faut bien distinguer la variante civile de la variante pénale⁷⁴. En effet, cette distinction permettra de mieux percevoir le fait que les deux types de compétence ne sont pas soumises au même régime. Il y a un dernier trait commun à ces dispositions extraterritoriales que l'on doit particulièrement relever parce qu'il laisse supposer que la portée extraterritoriale de ces normes est un choix politique.

Aucune des dispositions internationales évoquées n'exige des Etats de prendre des mesures extraterritoriales. Il est exigé d'eux de prendre tout simplement des mesures au niveau interne pour mettre en œuvre le droit international. Il est établi dans ce sens que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, pas plus que le droit international général, n'impose aux Etats d'assigner une compétence extraterritoriale à leur juridiction

70. H. Ascensio, « Rapport introductif », dans H. Gherari et Y. Kerbrat (dir. publ.), *L'entreprise dans la société internationale*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 13-41.

71. L'article 1 de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, impose à certaines entreprises dont le siège social est fixé en France ou à l'étranger de mettre sur pied un plan de vigilance afin d'identifier et de prévenir les risques d'atteinte aux droits de l'homme, à l'environnement, à la sécurité des personnes et à la santé. Le plan doit couvrir leurs activités ainsi que celles de leurs filiales, partenaires ou fournisseurs. Ce même article impose aux entreprises de rendre public leur plan de vigilance. Elles peuvent se voir contraindre de satisfaire à cette obligation par décision de justice. L'article 2 dispose que « le manquement aux obligations définies à l'article L. 22-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter », en ligne, consulté le 20 mars 2020, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>.

72. Cela est relevé par les initiateurs de la loi qui mettent en lumière l'existence d'obligations internationales que les Etats doivent mettre en œuvre afin de responsabiliser les entreprises, voir le rapport n° 2504, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 janvier 2015, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de la loi (n° 1519) de M^{mes} Danielle Auroi, Barbara Pompili et M. François de Rugy et plusieurs de leurs collègues, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, par M^{me} Danielle Auroi, en ligne, consulté le 20 mars 2020, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2504.asp>.

73. Cela consiste pour un Etat à tirer des conséquences d'un fait à l'étranger pour imposer des comportements à une personne sur son territoire, voir à ce propos, la classification de Brigitte Stern, *AFDI*, 1986, *loc. cit.*, note 36.

74. La distinction entre la compétence pénale universelle et la compétence civile universelle est importante. Cette dernière, plus récente, est née de l'émergence d'un droit à la réparation pour les victimes des crimes les plus graves, voir globalement sur la compétence universelle, I. Moulier, *La compétence universelle en droit international*, thèse Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 2006.

pour en sanctionner la violation sans toutefois l'interdire⁷⁵. La Convention des Nations Unies contre la corruption et la Convention de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales n'exigent pas de prendre des mesures extraterritoriales. La première, en son article 4, demande expressément aux Etats parties d'exécuter « leurs obligations au titre de la présente Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats » alors que le paragraphe 2 du même article précise qu'« aucune disposition de la présente Convention n'habilite un Etat Partie à exécuter sur le territoire d'un autre Etat une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre Etat par son droit interne ». Si la Convention de l'OCDE⁷⁶, pour certains auteurs, peut être vue comme étant favorable à l'exercice d'une compétence extraterritoriale pour sanctionner les faits de corruption⁷⁷, il reste qu'on doit légitimement s'interroger sur l'intérêt pour un Etat de doter ses dispositions de portée extraterritoriale aux fins de satisfaire à son obligation internationale.

B. L'irréductible vocation politique de l'extraterritorialité

Il y a un premier motif politique justifiant l'extraterritorialité qui vient intuitivement à l'esprit. Dans la mesure où ces dispositions visent à mettre en œuvre le droit international public, il n'est pas dépourvu de sens de supposer que les Etats agissent de la sorte parce qu'ils ont un intérêt politique au droit. Il s'agit de s'appuyer ici sur la thèse de R. Kolb qui, complétant la pensée de G. de Lacharrière, a fait une distinction entre la politique juridique extérieure dite subjective et celle dite objective⁷⁸. Se basant principalement sur la Suisse, il démontre que certains Etats au regard de leur faible puissance militaire ont « un intérêt au droit »⁷⁹. Autrement dit, ces Etats promeuvent le droit international public à travers leur action parce qu'ils ont un intérêt à ce que les relations internationales soient soumises au droit international public. Ainsi, en dotant leurs dispositions nationales de portée extraterritoriale, ces Etats protègent d'une certaine manière leur intérêt au droit. Cela reste fragile d'autant plus que, comme le faisait remarquer également le Premier ministre

75. *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif, *CIJ Recueil 1951*, p. 23 ; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime du génocide*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil 1996*, p. 616.

76. L'article 4 de la Convention notamment.

77. Voir dans ce sens, R. Bismuth, « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain : quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant ALSTOM et BNP PARIBAS », *AFDI*, 2015, p. 795.

78. R. Kolb, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, A. Pedone, 2015.

79. R. Kolb, *op. cit.*, p. 10.

français Edouard Philippe, on sait que tous les Etats cherchent à exporter leurs valeurs par différents moyens. Paraphrasant Albert Camus, il estime en effet que «la France défendra ... ses valeurs en Europe. Elle les défendra dans le monde. Non pour «refaire le monde» mais plutôt pour éviter à ce monde de se «défaire»⁸⁰. En d'autres termes, l'exportation des valeurs fait partie des objectifs de politique extérieure de la France. Dès lors que l'on s'accorde sur la réalité que les Etats ont plus globalement des objectifs politiques qu'ils cherchent à exporter par tous les moyens, la thèse de l'intérêt au droit doit être relativisée. Il faut donc poursuivre l'analyse en éprouvant d'autres hypothèses.

Pour rester sur l'idée qu'il y a une logique de circularité entre droit et politique dans le système westphalien, il y a lieu de remarquer que le droit n'est pas toujours perçu comme un simple outil de régulation sociale dans tous les systèmes juridiques. Aux Etats-Unis, la règle de droit est conçue comme un vecteur de valeurs⁸¹. Alors que, comme nous l'avons relevé, le droit international se présente comme un instrument, cette représentation du droit, élargie au droit interne, permet de percevoir une certaine fonction politique que l'on pourrait attacher à l'extraterritorialité du droit interne. La pratique des Etats dans le cadre de leurs relations bilatérales ou plurilatérales peut nous aider à appréhender la fonction attachée à la règle de droit d'autant plus que l'extraterritorialité est associée plus ou moins explicitement dans ces cadres à l'action politique extérieure de certains Etats.

C'est d'abord l'Union européenne (UE) qui est tenue, en vertu de certaines dispositions du Traité sur l'Union européenne (TUE)⁸², de prendre en compte les effets extraterritoriaux des politiques de l'UE. Cela veut dire que l'UE

«must act in some way to pursue these objectives and achieve these ends. But these provisions do not require the EU to do this in any particular way. Thus, to give some examples, it cannot be said that the EU is required to act positively to protect persons located extraterritorially from the acts of EU businesses operating in other countries, or to even to

80. Discours d'Edouard Philippe à la conférence annuelle des ambassadeurs et des ambassadrices du 28 août 2019, consulté le 3 janvier 2019, <https://pl.ambafrance.org/Discours-du-Premier-ministre-a-la-conference-des-ambassadeurs-et-des->

81. Rapport Lellouche, *loc. cit.*, p. 22.

82. Voir les articles 3 (5) et 21 du traité sur l'UE. Par exemple, L'article 3 (5) dispose que

«dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la Charte des Nations Unies».

provide development aid to developing countries in order to fulfill their human rights»⁸³.

Alors que nous voyons que l'extraterritorialité tend globalement à limiter la politique extérieure de l'UE, cette limite peut découler également d'autres dispositions relatives aux droits fondamentaux qui s'appliquent à l'UE⁸⁴.

Il y a ensuite, dans ce dernier sens, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CrDEH) qui reste intéressante parce qu'elle tend à imposer aux Etats une obligation extraterritoriale en matière des droits de l'homme⁸⁵. D'emblée, l'extension extraterritoriale de la juridiction de la Cour repose sur deux éléments à savoir «le contrôle global sur un territoire étranger ou des emplacements situés en territoire étranger»⁸⁶ et l'autorité de l'Etat partie sur des personnes situées à l'étranger⁸⁷. Ces cas de figure, relevant de l'extension de la juridiction des Parties contractantes, ne correspondent pas tout à fait à la problématique de l'extraterritorialité telle qu'elle nous intéresse. Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) à limiter l'action politique extérieure des Etats ne sont pas clairement définies dans la jurisprudence de la CrEDH⁸⁸. Mais, il est bien connu que c'est dans le contexte des extraditions, en l'occurrence dans l'affaire *Soering*⁸⁹, qu'elle a établi la responsabilité d'un Etat partie lorsqu'un étranger «risque d'être expulsé ou extradé de cet Etat vers un Etat tiers, même non partie à la convention, et alors même que les éventuelles violations de ses droits seraient le fait de cet Etat tiers»⁹⁰. Les mesures d'extradition s'inscrivant dans des rapports bilatéraux dont la teneur politique ne fait aucun doute⁹¹,

83. L. Bartels, «The EU's Human Rights Obligations in Relation to Policies with Extraterritorial Effects», *EJIL*, 2014, p. 1075.

84. On évoque les principes généraux 6 (1) et 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *ibid.*, p. 1077.

85. R. Ergec, «L'Etat extraterritorial et la Convention européenne des droits de l'homme», dans P. d'Argent, D. Renders et M. Verdussen (dir. publ.), *Les visages de l'Etat, Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 414 ss.

86. *Ibid.*, p. 414.

87. *Ibid.*

88. Dans l'affaire *Kovacic*, elle semble être favorable à une telle limitation. Mais dans l'affaire *Ben El Mahi*, elle s'y était opposée, voir respectivement, app. n° 44574/98, *Kovacic*, ECtHR, admissibilité, 9 octobre 2003 et app. n° 5853/06, *Ben el Mahi* (ECtHR, 27 janvier 2009, *cit.*, par L. Bartels, *loc. cit.*, p. 1078).

89. Dans cette affaire, après avoir rappelé que la convention ne s'appliquait pas aux Etats tiers et n'exige pas des Parties contractantes d'imposer leurs normes à ces Etats, elle a estimé qu'en extradant un individu vers un Etat pratiquant la peine de mort, le Royaume-Uni allait violer l'article 3 CEDH, arrêt, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*.

90. J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, p. 725.

91. Les Etats sont globalement limités par leur droit interne même dans les cas où il existerait un traité d'extradition entre les Etats leur imposant une obligation de remise. Cela s'explique par le fait que le droit international laisse une marge de manœuvre aux Etats sur la problématique de l'extradition alors même que les traits d'extradition sont

cela démontre la volonté de la CrEDH à substantialiser ces relations politiques voire à exporter un certain seuil de protection des droits de l'homme vers les Etats tiers.

L'extraterritorialité se retrouve enfin dans l'action politique extérieure des Etats d'une autre manière et qui reste intéressante pour notre propos. On constate que les Etats cherchent à externaliser certaines fonctions régaliennes comme le contrôle de leurs frontières. S'il s'agit précisément d'extraterritorialisation, la pratique se développe actuellement dans le cadre de la politique extérieure de l'UE qui signe des accords avec des Etats tiers afin d'y transférer la gestion des flux migratoires⁹². Il s'agit en réalité pour l'UE d'éluder le risque d'être tenue pour responsable des situations de violation des droits de l'homme que soulève la gestion des migrants sur son territoire puisqu'elle se fera en dehors de sa juridiction. Sur un autre registre, la politique de certains Etats membres de l'UE, consistant à refuser le rapatriement de leurs ressortissants qui sont partis combattre en Syrie, s'inscrit également dans une forme d'extraterritorialisation des fonctions de l'Etat. En effet, des accords secrets auraient été conclus par ces Etats visant à acheminer leurs ressortissants vers l'Irak pour y être jugés⁹³. Alors qu'il s'agit également de placer en dehors de leur juridiction des individus devenus *persona grata* pour des raisons politiques, il se dégage une logique similaire des deux cas. Cela exprime la volonté de ces Etats d'échapper aux contraintes normatives ou politiques de leur ordre juridique.

L'objectif poursuivi dans le cadre de ces procédés d'extraterritorialisation n'est pas sans rappeler la pratique des entreprises que les économistes placent sous le vocable de déterritorialisation qui consiste pour une entreprise à chercher à échapper aux contraintes du territoire d'un Etat A en déplaçant les facteurs de production vers un Etat B⁹⁴. La doctrine juridique reprend ce concept, auquel certains ont préféré sans ambiguïté «l'extraterritorialité contractuelle»⁹⁵, pour mettre en lumière la pratique des entreprises consistant à soumettre un contrat à un droit éloigné de la situation à régir voire à

par «hypothèse incomplets». Dans le cadre des deux systèmes internes d'extradition à savoir le système mixte et le système administratif, alors même que le gouvernement conserve toujours un pouvoir de décision, ces décisions ne sont pas toujours orientées par des critères juridiques, mais «relèvent davantage de la convenance et de l'opportunité politique», voir J. Puento Egido, «L'extradition en droit international : problèmes choisis», *Recueil des cours*, tome 231 (1991), p. 48 ss.

92. Si l'accord entre l'UE et la Turquie de 2015 a été le plus médiatisé, des accords sont conclus avec des pays d'Afrique subsaharienne à cet effet.

93. Voir <https://www.lorientlejour.com/article/1182485/vers-un-nuremberg-pour-l-etat-islamique-1-2.html>, consulté le 12 décembre 2019.

94. W. Andreff, «La déterritorialisation des multinationales : firmes globales et firmes- réseaux», dans B. Badie et M.-C. Smouts (dir. publ.), «*L'international sans territoire*», *Cultures & Conflits*, vol. 21-22, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 396.

95. N. Maziau, «L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits», *JCP E*, n° 28, 2015, p. 1343.

émietter le régime juridique d'un même contrat⁹⁶. La déterritorialisation entend également mettre en lumière l'incapacité de la territorialité à rendre compte de l'appréhension de certaines réalités contemporaines comme les activités numériques ou transnationales⁹⁷. Enfin la déterritorialisation du droit international public désigne conceptuellement la relativisation du territoire du fait que la conception européocentrée du droit international public, héritée du système westphalien consistant en une juxtaposition de territoires égaux, est remplacée par une conception universaliste du droit international public d'inspiration américaine⁹⁸. Ces approches du concept de déterritorialisation éclairent le concept d'extraterritorialité avec lequel il se confond. De manière synthétique, dans le cadre de son utilisation par les Etats, l'extraterritorialité est un outil d'optimisation des territoires dans le système westphalien leur permettant tantôt d'exporter des valeurs au-delà de leurs frontières nationales, tantôt de se libérer des contraintes de leurs territoires, tantôt d'adapter leur action normative aux réalités transnationales. Elle est, au vu de ces éléments, probablement au service de leur politique extérieure.

C. *Le détournement de la régulation de la globalisation*

De manière désincarnée, l'extraterritorialité est un outil politique au service de la gestion de l'espace westphalien. Si elle peut dans ce sens constituer un moyen pour un Etat d'étendre son influence politique, comme le concède un rapport parlementaire français (ci-après rapport Lellouche), cette perception problématique de l'extraterritorialité est une question de «point de vue»⁹⁹. Vu que nous l'envisageons comme un outil politique, il s'avère impérieux de tenter d'identifier la finalité politique précise qu'on peut lui assigner dans le cadre des mesures extraterritoriales visant à réguler la globalisation. Il pourrait s'agir pour ces Etats de protéger leurs

96. Sur cet usage globalement du concept, voir G. Lhuillier, *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2016.

97. Voir H. Ruiz-Fabri, «Immatériel, territorialité et Etat», *Archives de philosophie du droit*, tome 43 (1999), p. 187-212 ; A. Pellet, «Les transformations de la gouvernance mondiale», dans Colloque de la SFDI, *L'Etat dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2013, p. 568.

98. L'idée qu'il y aurait un changement paradigmatique aurait été émise par Carl Schmitt avant d'être reprise par d'autres auteurs comme les théoriciens du droit global, voir E. Milano, «The Deterritorialization of International Law», *ESIL Reflections*, 2013, vol. 2.

99. Il est intéressant de relever que les auteurs dudit rapport se sont déplacés aux Etats-Unis dans le cadre de la problématique de l'extraterritorialité du droit américain. Les auditions avec différentes personnalités et autorités américaines leur ont permis de constater que du point de vue américain, il s'agit d'un «non-problème» ; P. Lellouche et K. Berger, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, n° 4082, Assemblée nationale française, quatorzième législature, 5 octobre 2016, p. 13 ss, consulté le 22 mars 2020, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/14082.asp>.

intérêts économiques ou plutôt de préserver leur hégémonie économique. Cela se présente comme un détournement de la régulation de la globalisation qui est plus prononcé dans le cas où l'Etat cherche à affaiblir les entreprises étrangères que dans celui où il cherche tout simplement à protéger les positions concurrentielles de ses entreprises.

Dans cette dernière perspective, comme l'indique le préambule de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, il n'y a aucun doute que les « conditions internationales de concurrence » sont au cœur de ces dispositions alors qu'il n'existe pas un ordre international concurrentiel¹⁰⁰. Il est vrai que les dispositions de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme¹⁰¹ ou encore de lutte contre la corruption¹⁰² sont justifiées par les objectifs de sécurité d'un Etat dans le cadre de sa politique contre le terrorisme. Mais, comme l'indique explicitement l'objet économique de la majorité de ces dispositions extraterritoriales, on s'aperçoit qu'il y a un enjeu économique sous-jacent à ces dispositions. Dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières, la *Securities Exchange Act* de 1934 des Etats-Unis s'est vue reconnaître progressivement une portée extraterritoriale par les autorités de mise en œuvre¹⁰³ en raison du fait que les investisseurs peuvent participer à des transactions sur des marchés américains depuis l'étranger¹⁰⁴.

100. Il y a des dispositions en droit de l'OMC qui peuvent toutefois être vues comme œuvrant au maintien d'un ordre concurrentiel. Mais il n'y a aucun doute que la question est renvoyée au droit interne, voir G. Farjat, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003, p. 521 ; W. Abdelgawad, « Les règles concurrentielles dans les accords de l'OMC : le déséquilibre d'un système de libre-échange sans police des marchés », dans W. Abdelgawad (dir. publ.), *Mondialisation et droit de la concurrence, Les réactions normatives des Etats face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration*, Paris, Litec, 2008, p. 248 ; H. Ullrich, « L'ordre concurrentiel dans la pensée juridique », dans W. Abdelgawad (dir. publ.), *op. cit.*, p. 75 ss.

101. On doit relever dans ce sens que le *US Patriot act*, adopté dans la foulée des attentats de 2001, est justement venu renforcer les obligations extraterritoriales des entreprises en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et la lutte contre le terrorisme.

102. Rapport Lellouche, *loc. cit.*, p. 17.

103. En réalité, la *Securities Act* de 1933 s'applique également pour réprimer les fraudes, mais les auteurs s'accordent pour dire que la Section 10 5 b) de la *Securities Exchange Act* de 1934 et la *Rule 10b-5* laissent une plus grande manœuvre aux autorités de mise en œuvre. C'est d'ailleurs la *Security and Exchange Commission* qui a adopté la *Rule 10b-5* qui va servir de base à étendre ; W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 556 ; G. Beyea, « Transnational Securities Fraud and the Extraterritorial Application of US Securities Laws: Challenges and Opportunities », 1 *Global Bus. L. Rev.*, 139 (2010-2011), p. 142 ss. Il y a d'autres dispositions qui sont venues compléter les dispositions extraterritoriales contre la fraude en matière boursière comme la *Dodd-Frank/Volcker Act*, voir globalement sur ces dispositions P. Athanassiou, M. Prokop et Ai. Theodosopoulou, « Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines-une vue d'ensemble », *Revue de droit bancaire et financier*, 2014, n° 5.

104. G. Beyea, *ibid.*, p. 141 ; voir également J. Seligman, « The Internationalization of the Securities Markets : Preface to a Symposium », *Mich. YBI Legal Stud.*, 1988, p. 1-17.

Il faut remarquer ici que l'extraterritorialité des dispositions peut ressortir également de l'interprétation des textes par les autorités administratives ou juridictionnelles. Ceci dit, l'enjeu de l'extraterritorialité pour ces autorités consiste à appréhender les agissements des investisseurs étrangers qui peuvent affecter les marchés américains. Il n'est pas excessif de relever que, si la crise économique de 2008 a conduit à une inflation normative extraterritoriale, c'est parce que chaque Etat entendait également réguler les groupes de sociétés dans leur ramification internationale¹⁰⁵. On doit donc effectivement analyser la problématique par le prisme du marché global sur lequel sont en compétition les entreprises dont celles de l'Etat auteur de la mesure extraterritoriale.

Il y a en effet un risque de distorsion à la concurrence si des entreprises étrangères peuvent par exemple obtenir des marchés par des procédés de corruption. De plus, les contraintes réglementaires qu'un Etat impose à ses entreprises dans le cadre de la lutte contre la corruption ou le blanchiment d'argent entraînent des coûts qui peuvent en conséquence affecter les conditions de concurrence avec les entreprises des autres Etats. Les Etats-Unis ont été justement des précurseurs avec le *Foreign Corrupt Practice Act* de 1977 sur la question de la lutte contre la corruption. Malgré le fait que la Convention de l'OCDE eût été adoptée en 1997 afin de réajuster les conditions de concurrence globale, les autorités américaines ont poursuivi ces dernières années des entreprises étrangères sur la base de titres de compétence qui ont été jugés comme étant «agressive»¹⁰⁶ par la doctrine anglophone. Cela doit être mis en perspective avec le fait que beaucoup d'Etats ne garantissaient pas efficacement la mise en œuvre de la Convention¹⁰⁷. Les entreprises américaines étaient placées de ce fait dans une position défavorable par rapport à leurs concurrents¹⁰⁸. L'extraterritorialité peut donc viser à protéger les entreprises d'un Etat¹⁰⁹ et par ricochet à protéger les intérêts économiques

105. H. Syntet, «Les enjeux de l'extraterritorialité en droit financier : introduction», *Revue de droit bancaire et financier*, 2015, n° 6.

106. W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 552; En l'occurrence, «telephone call to the United States, a letter mailed to the United States, the use of air or road travel, or the clearing of a check or wire transfer of funds through a financial institution in the United States»; H. Lowell Brown, «Extraterritorial Jurisdiction Under the 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act: Does the Government's Reach Now Exceed Its Grasp?», 26 *NC J. Int'l L. & Com. Reg.* 239, 359 (2001), cité par W. Magnuson, *ibid.*

107. La France et le Royaume-Uni ont été épinglés précisément par des rapports de l'OCDE. C'est à la suite de cela que le Royaume-Uni s'est doté en premier de dispositions législatives de lutte contre la corruption de portée extraterritoriale, voir dans ce sens, J. Mattout, «Le *Bribery Act* ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption, un danger pour les entreprises françaises?», *JDI*, 2011, p. 887-904.

108. Il est intéressant de relever que l'on cite un rapport américain faisant état d'une perte de onze milliards de dollars en 1996 par les entreprises américaines du fait de la corruption par des firmes étrangères, rapport Lellouche, *loc. cit.*, p. 17.

109. W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 541.

nationaux d'un Etat¹¹⁰. Sous un autre aspect illustratif de cette réalité, les Etats-Unis, depuis la célèbre affaire *Alcoa*¹¹¹, ont développé explicitement une jurisprudence favorable à l'extraterritorialité du droit antitrust américain. Cela consiste précisément à sanctionner les pratiques qui ont un effet dommageable sur le territoire américain¹¹². Il va sans dire que l'effet des pratiques anti-concurrentielles réalisées depuis l'étranger sur le marché d'un Etat peut affecter ses intérêts économiques vitaux. Il n'est pas anodin de relever que d'autres Etats, constituant un poids certain également dans l'économie mondiale, en l'occurrence ceux de l'UE, ont suivi le droit américain en développant à leur tour un ordre concurrentiel extraterritorial¹¹³.

Il y a alors une tendance au mimétisme liée à l'extraterritorialité qui amène à supposer qu'elle est, dans une certaine mesure, un outil politique au moyen duquel un Etat cherche à répandre les principes propres à son système juridique qu'il s'agisse des concepts, des catégories, des méthodes ou des règles substantielles¹¹⁴. Cela peut être vu comme un moyen d'inviter les autres Etats à se mobiliser plus efficacement dans leurs ordres juridiques sur une question qui affecte son propre ordre juridique. La loi française «Sapin II» qui vise à prévenir et à sanctionner l'infraction de corruption est justement présentée par les autorités françaises comme une réaction à l'extraterritorialité du droit américain¹¹⁵. C'est ainsi que ladite loi est non seulement extraterritoriale dans ses dispositions, mais crée également des mécanismes de prévention et de répression de la corruption plus ou moins similaires à ceux du droit américain¹¹⁶. Sur ce dernier point relatif à l'intégration de la *compliance* en

110. T. Kayaoglu, *Legal imperialism. Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 196.

111. *United States c. Aluminum Co. of Am. (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

112. G. A. Van Hecke, «Le droit anti-trust : aspects comparatifs et internationaux», *Recueil des cours*, tome 106 (1962), p. 253 ; J.-G. Castel, «The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws», *Recueil des cours*, tome 179 (1983), p. 9-144.

113. S'agissant de l'UE, la notion d'atteinte à la concurrence désigne tout comportement «ayant une influence sur l'ensemble du marché ou une fraction de celui-ci et portant atteinte à l'équilibre concurrentiel», N. Ligneul et Ol. Tambou, *Droit européen du marché*, Paris, ellipses, 2006, p. 125. Cette définition est révélatrice de la tendance jurisprudentielle de l'organe judiciaire de l'institution en matière d'extraterritorialité. Des pays membres, comme la France, recourent également aux mesures extraterritoriales pour protéger leur marché, voir Al. Geslin, «La position de la France en matière d'extraterritorialité du droit économique national», *Revue juridique de l'Ouest*, 1997, p. 411-467.

114. T. Kayaoglu, *op. cit.*, p. 196 ss.

115. Il s'agit précisément de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la corruption et à la modernisation de la vie économique. Officiellement, au regard de l'exposé des motifs, c'est pour adapter le cadre législatif français aux exigences de l'OCDE que la loi a été adoptée. Mais, officieusement, l'extraterritorialité du droit américain est également évoquée.

116. On peut à ce titre évoquer la convention judiciaire d'intérêt public qui n'est pas sans rappeler la transaction américaine. Il y a également l'obligation de mettre sur pied des mécanismes de *compliance* qui sont d'inspiration anglo-saxonne.

droit français, le Premier ministre français dans son discours à l'ouverture d'un colloque du Club des juristes, reconnaît lui-même des « pressions extérieures » qu'il qualifie toutefois de « saines »¹¹⁷. Cette pression aurait pu déboucher sur une convention internationale pour mieux répartir les compétences entre Etats s'il n'existait pas déjà un cadre conventionnel en la matière¹¹⁸. Elle aurait pu enfin déboucher sur une confrontation. L'extraterritorialité peut se présenter en effet aussi bien comme une réponse à une invitation à se mobiliser sur une question qu'une réaction à une attitude d'un Etat que l'on juge hégémonique¹¹⁹. Du point de vue de l'Etat, auteur de la mesure, en se posant en régulateur de la globalisation, il peut s'agir en effet pour lui d'affirmer sa puissance. Du point de vue des Etats qui subissent la mesure, l'extraterritorialité du droit affiche une certaine prétention d'un Etat à se poser en législateur de l'ordre juridique international qui, comme nous l'avons dit, est dépourvu d'organe central législatif. Cela peut être perçu effectivement comme une atteinte à leur « souveraineté juridique »¹²⁰. Une telle perception pourrait être accentuée par le fait qu'ils ont un agenda politique différent de celui de l'Etat qui est l'auteur de la mesure sur les questions dont traite la mesure extraterritoriale¹²¹.

La régulation de la globalisation montre ainsi que l'extraterritorialité peut présenter d'autres facettes d'autant plus qu'un Etat peut encore la détourner aux fins de renforcer sa position économique hégémonique. Cette dernière hypothèse ressort d'un rapport parlementaire français sur l'extraterritorialité du droit américain en date du 26 juin 2019 (ci-après rapport Gauvain)¹²². Elle n'est pas nouvelle puisqu'un premier rapport dont nous avons fait cas

117. Déclaration de M. Edouard Philippe, Premier ministre, sur les modalités d'exercice de la souveraineté juridique dans les relations économiques et inter-entreprises, à Paris le 27 juin 2019, <https://www.vie-publique.fr/discours/267957-edouard-philippe-27062019-souverainete-juridique-interentreprises>.

118. R. J. Weintraub, «The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: An Inquiry into the Utility of a "Choice-of-Law" Approach», *Tex. L. Rev.*, vol. 70, 1992, p. 1817; W. S. Dodge, «Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism», *Harv. Int'l LJ*, vol. 39, n° 1, 1998, p. 166-167 A. Parrish, *loc. cit.*, p. 871.

119. Il est intéressant de relever que le Premier ministre français, toujours dans son discours au cours du colloque du Club des juristes, en évoquant le fait que les dispositions françaises relatives à la protection des données inspirent les GAFA, parle de « retour de *compliance* à l'envoyeur ».

120. Au regard des réactions françaises à l'extraterritorialité du droit américain, Edouard Philippe dans son discours dans le cadre du colloque du club des juristes parle de « la réaffirmation, voire de réappropriation de notre souveraineté juridique ».

121. Un exemple très intéressant est lié à la sanction des entreprises intervenant dans la fabrication des médicaments contrefaits. Il va sans dire que de nombreux Etats en développement n'ont pas véritablement d'intérêt à sanctionner la violation des droits de propriété intellectuelle, W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 550.

122. R. Gauvain, C. D'urso et A. Damas, «Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriales», rapport à la demande de Monsieur Edouard Philippe, Premier ministre, en ligne <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf>.

plus haut, avait déjà été consacré trois ans plus tôt par des parlementaires français à l'extraterritorialité du droit américain (en l'occurrence, le rapport Lellouche)¹²³. Reprenons alors les premières lignes de la synthèse du rapport Gauvain affirmant que

« les Etats-Unis d'Amérique ont entraîné le monde dans l'ère du protectionnisme judiciaire. Alors que la règle du droit, de tout temps, a servi d'instrument de régulation, elle est devenue aujourd'hui une arme de destruction dans la guerre économique que mènent les Etats-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe »¹²⁴.

Il y a lieu de relever que cette accusation est également portée par le personnel de certaines entreprises qui auraient été victimes de l'extraterritorialité du droit américain¹²⁵. Les auteurs du rapport Gauvain, pour fonder leurs accusations, s'appuient sur le fait que les procédures contre les entreprises européennes deviennent plus récurrentes que celles enclenchées contre les entreprises américaines. De plus, ils relèvent que les amendes qu'elles sont amenées à payer sont globalement plus élevées que celles des entreprises américaines. L'amende de neuf milliards de dollars de la banque française *BNP Paribas* pour avoir violé l'embargo américain sur l'Iran, le Soudan et la Lybie, reste l'exemple le plus topique¹²⁶. En outre, les autorités américaines sont suspectées particulièrement d'avoir enclenché une procédure dans le seul but de précipiter la cession d'une entreprise française à une société américaine. Il s'agit en l'occurrence de la division énergie de l'entreprise Alstom qui a été rachetée par la société américaine General Electric¹²⁷.

Nous pensons qu'il existe quelques éléments objectifs allant dans le sens de cette suspicion qui n'est donc peut-être pas qu'un fantasme français¹²⁸. Nous

123. Rapport Lellouche, *loc. cit.*, note 97.

124. Rapport Gauvain, *loc. cit.*, p. 3.

125. Voir en l'occurrence, la thèse portée par le livre de F. Pierucci et M. Aron, *Le piège américain*, Paris, JC Lattès, 2019; pour un aperçu voir <https://www.usinenouvelle.com/editorial/le-calvaire-de-frederic-pierucci-lampiste-et-appat-de-l-affaire-alstom.N793624>, consulté le 20 décembre 2019.

126. Sur l'affaire *BNP Paribas*, voir M. Audit, R. Bismuth et As. Mignon, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », table ronde organisée au CEDIN, *JCP*, 2015, n^{os} 1-2.

127. Cette affaire a été à l'origine du livre de Pierucci précédemment évoqué. Il avait été en effet arrêté aux Etats-Unis au moment de l'opération de rachat de la société française. Le timing de la mise en cause des dirigeants de la société pour faits de corruption d'une filiale en Indonésie est évoqué pour soutenir qu'il s'agissait d'un moyen de pression. Il n'est pas anodin de remarquer que Alstom est vu comme un fleuron de l'industrie française et joue un rôle central dans le fonctionnement de certains matériels militaires de la France. Voir https://m.chevenement.fr/Le-drame-d-Alstom-temoigne-du-declin-du-patriotisme-des-elites-en-France_a2048.html, consulté le 31 décembre 2019; rapport Lellouche, *loc. cit.*, p. 18.

128. En dehors de la problématique de l'extraterritorialité des sanctions économiques unilatérales, il n'y a que les autorités françaises qui semblent être préoccupées par l'extraterritorialité du droit américain en général.

avons relevé le caractère agressif des titres de compétence sur lesquels se fondent les autorités américaines dans le cadre de la lutte contre la corruption. Plus précisément, elles se fondent sur de « nouveaux » titres de compétence pour rattacher des situations au droit américain. Il en est ainsi des éléments de rattachement comme l'utilisation du « dollars », le fait d'être côté sur le marché américain ou le fait qu'un mail ait transité par un serveur localisé aux Etats-Unis¹²⁹. Le fait également que plusieurs autorités interviennent dans l'application du droit américain en l'interprétant différemment est un indicateur pertinent¹³⁰. Le rapport Gauvain va plus loin en soulignant que « les lois sont mises en œuvre par des autorités formées à l'intelligence économique » qui interviennent selon les affaires dans des *task force ad hoc*¹³¹. Nous allons revenir particulièrement sur l'extraterritorialité du droit américain, mais il y a lieu bien avant d'examiner la sanction des crimes les plus graves soulevant également des frictions politiques.

D. La politisation de la sanction des crimes graves

Les normes extraterritoriales visant à sanctionner les crimes les plus graves peuvent dissimuler également des objectifs politiques particuliers aux Etats qui les édictent. Sur le plan pénal, l'évolution des lois belge¹³² et espagnole¹³³ de compétence universelle est bien connue. Cela a révélé que la sanction de ces crimes peut soulever des frictions politiques. Un aperçu diachronique de ces lois montre que les Etats européens, globalement, avec ces deux Etats en chef de file, ont intégré matériellement l'ensemble des infractions issues du droit international conventionnel ou coutumier¹³⁴. C'est dans ce cadre que les tribunaux de la Belgique et de l'Espagne avaient été dotés dans un premier temps d'une compétence universelle absolue sur certaines infractions. C'est-à-dire que la compétence universelle absolue reposait exclusivement sur la définition matérielle des infractions. Dans ce sens, dès lors que les faits reprochés pouvaient être qualifiés par exemple de crimes contre l'humanité, les tribunaux de ces Etats étaient compétents pour en juger quelle que soit la nationalité des auteurs des faits incriminés et quel que soit le lieu de commission de ces faits. Il va apparaître des difficultés dans leur mise en œuvre lorsqu'un mandat d'arrêt a été émis à l'encontre de l'ancien

129. Voir sur les affaires ayant conduit à l'invocation de ces titres, M. Audit, R. Bismuth et A. Mignon, *loc. cit.*, note 125.

130. Il y aurait une coopération entre plusieurs autorités, *Office of Foreign Asset Control, Department of Justice, Securities and Exchange Commission, Federal Bureau of Investigation*.

131. Rapport Gauvain, *op. cit.*, p. 12.

132. Voir sur la problématique et les dispositions en question, P. d'Argent, *loc. cit.*; A. Bailleux, « L'histoire de la loi belge de compétence universelle. Une valse à trois temps : ouverture, étroitesse, modestie », *Droit et société*, 2005, n° 5, p. 107-134.

133. A. Lagerwall, *loc. cit.*, p. 743-763.

134. A. Lagerwall, *ibid.*

président chilien Pinochet qui se trouvait sur le territoire britannique¹³⁵. En Belgique, à partir des années deux mille, des organisations de la société civile vont se saisir de la loi de compétence universelle pour déposer des plaintes contre différentes autorités publiques étrangères dont un ancien président américain, en l'occurrence George Bush¹³⁶. Cette situation a conduit à une affaire bien connue devant la CIJ¹³⁷. Si ce contentieux, lié au mandat d'arrêt lancé contre le ministre congolais des affaires étrangères, en l'occurrence M. Yerodia, doit être pris en compte, les réactions des autorités américaines, qui auraient menacé entre autres de déplacer le siège de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), ont sans doute conduit les autorités belges à revisiter la loi. La modification de la loi s'insère également dans un mouvement global des Etats européens¹³⁸ qui vont limiter la portée de leur législation par l'exigence du respect des immunités diplomatiques, du principe de subsidiarité et l'exigence de la présence de l'auteur présumé sur leur territoire¹³⁹. A cela s'ajoute le renforcement du pouvoir du ministère public qui est doté d'une marge de manœuvre plus importante pour décider de l'opportunité des poursuites.

En matière civile, une dynamique plus ou moins similaire a été observée. C'est l'*Alien Tort Statute*¹⁴⁰ (ci-après *ATS*) des Etats-Unis qui a servi pendant longtemps à l'hypothèse de l'existence d'une compétence civile universelle. En effet, le *Federal judiciary Act* du 24 septembre 1789 disposait que

«[t]he districts courts shall also have cognizance, concurrent with the courts of the several States, or the circuits courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States».

Cette disposition sera transposée à la section 1350, de l'article 28, de l'*United States Code*, dans les termes suivants : «[t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States»¹⁴¹. C'est dans ce cadre que les tribunaux américains vont être amenés, depuis l'affaire *Unocal*, à connaître de plusieurs affaires mettant en cause des entreprises étrangères pour des faits de violation des droits de l'homme à l'étranger. Dans cette affaire où il était question de violation des droits de l'homme en Birmanie, il faut préciser que les tribunaux avaient été saisis

135. A. Lagerwall, *loc. cit.*, p. 744.

136. *Ibid.*, p. 747.

137. *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ Recueil 2002, p. 3.

138. *Ibid.*, p. 752 ss.

139. *Ibid.*

140. I. Moulier, «Observations sur l'*Alien Tort Claims Act* et ses implications internationales.», *AFDI*, 2003, p. 129-164.

141. *Ibid.*

également en France et en Belgique¹⁴². Il en ressort que le contentieux transnational des droits de l'homme, comme on le baptisera, s'inscrivait dans une stratégie minutieuse des organisations de la société civile en quête d'un *for* susceptible de rendre justice pour les victimes des abus des multinationales¹⁴³. L'*ATS* allait donc amener les tribunaux américains à offrir ce *for* universel devant accueillir les actions civiles¹⁴⁴ jusqu'à l'affaire *Kiobel*¹⁴⁵ en 2013. Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis a préféré appliquer à l'*ATS* la présomption contre l'extraterritorialité des lois du Congrès, posée dans l'affaire *Morrison*¹⁴⁶ en 2010, impliquant qu'un *for* américain n'était compétent sur la base de ladite loi que s'il existe un rattachement suffisant avec le territoire américain. Alors que les affaires qui ont suivi ont montré que l'*ATS* avait été clairement amputée de ses potentialités¹⁴⁷. Le fait que dans l'affaire *Kiobel* de nombreux Etats européens ainsi que l'UE avaient soumis des mémoires d'*amicus curiae* est largement révélateur des frictions politiques que soulevait la compétence civile universelle des tribunaux américains. Qu'il s'agisse donc de la matière pénale ou civile, la sanction des crimes les plus graves au moyen de dispositions extraterritoriales pose un problème.

142. O. de Schutter, «Les affaires *Total* et *Unocal* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme», *AFDI*, vol. 52, 2006, p. 55-101.

143. B. Frydman et L. Hennebel, «Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique», *RTDH*, 2009, p. 73-136.

144. Sur le développement des actions civiles, voir globalement C. Kessedjian, «Les actions civiles pour violation des droits de l'homme – Aspects de droit international privé», dans *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, Pedone, 2005, p. 151-184 ; H. Muir Watt, «L'*Alien Tort Statute* devant la Cour suprême des Etats-Unis. Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique», *Rev. crit. DIP*, vol. 102, 2013, n° 3, p. 595-605.

145. Voir Cour suprême des Etats-Unis, 17 avril 2013, n° 10-1491, *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum*, *RCDIP*, 2013, 595, note H. Muir Watt ; Th. Fleury Graff, «Présomption contre l'extraterritorialité de la compétence juridictionnelle nationale en matière de violations du droit international», *AFDI*, 2013, p. 17-42 ; R. Piéri, Cour suprême, 17 avril 2013, *Kiobel et al. c. Royal Dutch Petroleum Company et al.*, p. 965 ; Cour suprême des Etats-Unis, 17 avril 2013, n° 10-1491, *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum*, L. Usunier, «Feu la compétence universelle du juge américain pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux garantis par le droit international», *RTD Civ.*, Dalloz, 2014, p. 324.

146. Cour suprême des Etats-Unis, 24 juin 2010, *Morrison et al. c. National Australia Bank Ltd et al.*, *Rev. crit. DIP*, 2010, 714, note H. Muir Watt ; M. Dubertret, «Affaire *Morrison v. National Australia Bank Ltd* : l'espoir d'un nouvel âge?», *Revue de droit bancaire et financier*, 2010, n° 4.

147. L'affaire *Daimler* et *Chiquita* a permis de confirmer la régression des tribunaux américains à la suite de l'affaire *Kiobel*, voir respectivement, Responsabilité des entreprises : réticence à l'application extraterritoriale du droit américain, Cour suprême des Etats-Unis, 14 janvier 2014 571 US, 2014, n° 11-965, *JCP E*, 2014, p. 29, note N. Maziau ; voir également l'affaire *Chiquita*, Cour d'appel du 11^e Circuit (USA) – 24 juillet 2014, *L. M. Cardona e.a. c. Chiquita Brands International Inc. E.a.*, *Rev. crit. DIP*, 2014, 851, note H. Muir Watt.

Nous pouvons supposer ici également que l'attitude d'un Etat à se poser en organe judiciaire de l'ordre international peut sembler hégémonique. On peut s'interroger également sur l'opportunité politique des poursuites en matière pénale. Il nous semble que le poids politique de l'Etat joue considérablement dans le choix de poursuivre ou non ses ressortissants. Dans ce sens, à la différence des ressortissants des Etats occidentaux, il y a comme une pression particulière sur les ressortissants des Etats du Sud. La velléité de certains Etats européens à conserver des moyens de pression ou de contrôle sur leurs anciennes colonies ne peut être exclue. S'appuyant sur l'opinion individuelle du juge Francisco Rezek dans l'affaire *Yerodia*, relative à la compétence universelle des tribunaux belges, des auteurs ont vu dans l'exercice de la compétence pénale universelle « l'apparition d'une nouvelle entreprise colonisatrice »¹⁴⁸. Le juge affirmait que « ce sont des raisons d'ordre plus politique que pratique qui conduisent plusieurs systèmes internes à placer juste après le principe de la territorialité un autre fondement de compétence pénale qui s'affirme sans égard au lieu des faits »¹⁴⁹. Il est intéressant d'évoquer dans cet ordre d'idée l'*Affaire dite des « biens mal acquis »*¹⁵⁰ dont un volet judiciaire a conduit à la saisine de la CIJ par la Guinée-Bissau¹⁵¹. Cette dernière affaire qui porte sur des faits de blanchiment d'argent a donné lieu à un feuilleton diplomatique assez révélateur des frictions politiques que peut soulever la mise en œuvre des normes visant à sanctionner les crimes les plus graves. Téodoro Nguema Obiang, le fils du président de l'Etat de la Guinée équatoriale, alors qu'il est mis en cause dans le cadre des *Affaires des « biens mal acquis »*, a été successivement nommé « Délégué adjoint de son pays auprès de l'UNESCO », « Deuxième vice-président » puis « Premier vice-président » aux fins de lui faire bénéficier des immunités. Malgré toutes ces tractations, il a été condamné le 27 octobre 2017 par la trente-deuxième chambre du tribunal correctionnel de Paris. Un appel avait été interjeté à la suite de cette condamnation et la Guinée équatoriale a saisi la CIJ dans la foulée¹⁵². Elle s'est fondée sur le

148. A. Bailleux, *loc cit.*, p. 125.

149. Mandat d'arrêt (op. Ind. Rezek), p. 92.

150. Voir le rapport du Comité catholique contre la faim et pour le développement (CCFD)-Terre solidaire, « Biens mal acquis ... profitent trop souvent. La fortune des dictateurs et les complaisances occidentales », 2009, en ligne https://ccfd-terresolidaire.org/IMG/pdf/BMA_totalBD.pdf. Après dix ans de procédure, sur les développements juridictionnels actuels de l'affaire des « biens mal acquis », aussi bien devant les juges français que la CIJ, voir V. Grandaubert, « La saisie des « biens mal acquis » à l'épreuve du droit des immunités internationales : quelques observations à propos du différend opposant la Guinée équatoriale à la France », *Revue de droit international d'Assas*, 2018, n° 1, p. 46-88.

151. Voir *supra* sur les analyses relatives à la politisation de la sanction des crimes graves.

152. L'affaire des *Bien mal acquis* : « Quels enseignements après dix ans de combat judiciaire ? », Sherpa, 2019, <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2017/05/L'affaire-des-Biens-Mal-Acquis.pdf>.

Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques concernant le règlement obligatoire des différends du 18 avril 1961, sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000¹⁵³.

Il est intéressant de relever que les deux parties au différend ne contestaient pas le fait que la législation française s'inscrivait dans le cadre de l'article 6 de cette dernière convention qui impose aux Etats parties de prendre des mesures pour sanctionner l'infraction de blanchiment d'argent¹⁵⁴. Bien que globalement la Guinée reprochait à la France d'avoir «étendu de manière excessive sa compétence»¹⁵⁵, l'enjeu politique du différend n'est perceptible dans une certaine mesure que si on le replace dans le contexte de la campagne initiée par des organisations de la société civile visant à faire condamner pénalement par des juridictions européennes des dirigeants africains et leurs proches pour des faits d'enrichissement illicite dans leurs Etats. Il s'agit donc de faire sanctionner des faits de corruption et de détournement de fonds publics¹⁵⁶ qui sont toutefois placés dans des banques européennes. Des Etats africains, comme la Guinée équatoriale, le Gabon et le Congo Brazzaville, seraient plus particulièrement visés par les autorités juridictionnelles françaises¹⁵⁷ que les autres Etats qui font également l'objet de la campagne des Organisations non gouvernementales (ONG)¹⁵⁸. Il se dégage une impression d'un paternalisme vis-à-vis de certains Etats africains d'autant plus que, comme le remarquait toujours le juge Rezek, il est peu probable que des juges africains mettent en cause des dirigeants occidentaux alors que les situations pouvant prêter le flanc à cette hypothèse ne manquent pas. Il y a une affirmation d'autorité politique sur les territoires des Etats africains, implicite chez les juges occidentaux et la société civile occidentale, que l'on ne peut ignorer si l'on sait que ces acteurs font globalement partie du *soft power* des Etats. L'extraterritorialité du droit, comme nous l'avons dit, et comme va le confirmer le cas américain, ne peut

153. *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 2018, p. 292.

154. *Ibid.*, paragraphes 109-111.

155. *Ibid.*, paragraphe 112.

156. Rapport CCFD-Terre solidaire, *op. cit.*, p. 21.

157. A sa suite, le Secrétaire général des Nations Unies invitait les Etats-Unis à «respecter pleinement leur engagement». Alors que la Russie faisait part de sa déception, la Syrie dénonçait une «agression». Les alliés traditionnels des Etats-Unis, en l'occurrence la France, la Grande-Bretagne et l'Allemagne, avaient annoncé de leur côté être toujours liés par l'accord de Vienne auquel ils étaient également Parties. L'Arabie saoudite et Israël ont manifesté leur soutien à la décision américaine. Voir, <https://www.nouvelobs.com/monde/afrique/20181108.OBS5065/biens-mal-acquis-en-afrique-ces-affaires-revelent-l-absence-de-mue-democratique.html>, consulté le 28 décembre 2019.

158. Il y aurait dans ce dernier sens des Etats africains et non africains comme le Liberia, la Côte d'Ivoire, le Kenya, le Chili, le Pakistan, l'Argentine, le Zimbabwe, l'Iran et la Serbie, rapport CCFD-Terre solidaire, *op. cit.*, p. 57 ss.

être dissociée de l'enjeu territorial qui est au cœur de la politique extérieure des Etats.

Paragraphe 2 **L'extraterritorialité, moyen de contournement du multilatéralisme**

Nous avons choisi d'isoler l'analyse de l'extraterritorialité du droit américain posant particulièrement des problèmes comme le laisse supposer les deux rapports parlementaires français évoqués plus haut. Abstraction faite de ces rapports, un certain enjeu politique de l'extraterritorialité du droit américain (B) apparaît dès lors qu'on la replace dans le contexte de l'unilatéralisme américain (A). Ceci conduit à l'envisager comme un véritable outil politique de domination (C) dont l'originalité se trouve être dans l'association des personnes privées à la mise en œuvre de la politique extérieure des Etats-Unis (D).

A. L'extraterritorialité, pendant de l'unilatéralisme américain

L'extraterritorialité du droit américain doit être analysée dans le contexte de l'unilatéralisme américain dont l'expression la plus récente a été la décision du 8 mai 2018 du Président des Etats-Unis d'Amérique, Donald Trump, de retirer unilatéralement son pays du Plan d'action global commun (ci-après Accord de Vienne) de 2015 est assez éloquente. Alors que ce retrait aurait été fait en violation des dispositions dudit accord¹⁵⁹, en ignorant l'avis du Conseil de sécurité¹⁶⁰, il a conduit au rétablissement des sanctions américaines contre l'Iran. Le retrait américain de l'Accord de Vienne a alors suscité des réactions contrastées¹⁶¹ qui renseignent sur le caractère politique de la décision. Plus précisément, il y a, d'une part, sa dimension unilatérale

159. Un rapport français notamment du Club des juristes (ci-après rapport du Club des juristes) a conclu que les mécanismes propres de règlement des différends et de dénonciation de l'Accord n'ont pas été respectés. Le retrait des Etats-Unis de l'Accord de Vienne sur le programme nucléaire iranien : une situation juridique contrastée, juillet 2018, p. 34 ss.

160. Le 20 juillet 2015, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la résolution 2231 par laquelle il approuvait le plan d'action global commun et mettait fin à l'application de nombreuses résolutions établissant des sanctions à l'encontre de l'Iran. En effet, l'ONU ainsi que l'UE ont été amenées également à prononcer des sanctions à l'encontre de l'Iran dans le courant des années 2000 en rapport avec son programme nucléaire. Le retrait américain de l'Accord de Vienne a conduit au rétablissement et au durcissement des sanctions américaines contre l'Iran qui s'inscrivent dans une série de mesures prises à l'encontre de ce pays plus globalement depuis l'affaire de la prise d'otages à l'ambassade américaine en 1979.

161. Voir https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/05/08/donald-trump-annonce-le-retrait-des-etats-unis-de-l-accord-sur-le-nucleaire-iranien_5296297_3222.html.

et d'autre part, sa portée extraterritoriale qui vient amplifier l'enjeu politique qu'on peut lui associer.

S'agissant de la dimension unilatérale de la décision, il est établi que la politique juridique extérieure des Etats-Unis est basée sur différents facteurs variables, comme par exemple le bord politique du Président. Mais les deux facteurs les plus importants sont l'exceptionnalisme américain et le système constitutionnel américain¹⁶². Sur ce dernier, la séparation rigide des pouvoirs a une influence sur leur politique extérieure, d'autant plus qu'il n'est pas certain qu'il y ait une convergence politique entre le Congrès et le Président des Etats-Unis. Quoi qu'il en soit, l'ambivalence caractérisant la politique juridique extérieure des Etats-Unis a amené certains observateurs à dire que les Etats-Unis font montre d'un « multilatéralisme sélectif »¹⁶³. Le multilatéralisme reste en effet un « outil pour la politique étrangère »¹⁶⁴ à côté de l'unilatéralisme dans la défense de leurs intérêts. Comme l'a laissé entendre le Président Obama, au moment de recevoir le prix Nobel de la paix, ils se réservent « le droit d'agir unilatéralement »¹⁶⁵ lorsque les intérêts des Etats-Unis ainsi que ceux de la communauté internationale sont menacés. Sur ce point, rendant compte du fameux exceptionnalisme américain, il est intéressant de relever qu'ils estiment que « ce qui est bon pour les Etats-Unis le serait également pour les autres pays »¹⁶⁶. Cela dit, comme nous l'avons relevé dès l'introduction, c'est la variante normative de l'unilatéralisme qui nous intéresse.

Dans ce dernier sens, il va s'agir au moyen de dispositions nationales de contraindre un Etat à se conformer à une injonction états-unienne. Les sanctions économiques unilatérales constituent la catégorie la plus utilisée de ces dispositions nationales. Elles peuvent être utiles pour contourner les limites de la sécurité collective que l'on sait souvent paralysée par le droit de veto¹⁶⁷. Les sanctions économiques américaines doivent toutefois être distinguées des sanctions multilatérales qui sont prises dans le cadre du Conseil de sécurité des Nations Unies¹⁶⁸ ainsi que des sanctions prononcées généralement par l'UE¹⁶⁹ qui ne concernent que les relations entre l'UE et

162. L. Delabie, *loc. cit.*, p. 565-587; G. Devin, « Les Etats-Unis et l'avenir du multilatéralisme », *Cultures & Conflits*, vol. 51, 2003, <https://journals.openedition.org/conflits/969>, mis en ligne le 2 février 2004, consulté le 1^{er} mai 2019.

163. J. M. Hanhimaiki, « Les Etats-Unis et le multilatéralisme depuis le 11 septembre », *Politique étrangère*, 2011, n° 3, p. 507-519.

164. J. M. Hanhimaiki, *loc. cit.*, p. 518.

165. En ligne, consulté le 30 octobre 2019, <https://www.voltairenet.org/article163262.html>.

166. G. Devin, *loc. cit.*, p. 3.

167. A. Pellet, « Sanctions unilatérales et droit international – Unilateral Sanctions and International Law », *Ann. IDI*, vol. 76, 2015, p. 721-36.

168. J.-M. Thouvenin, *loc. cit.*, p. 164.

169. Voir globalement sur la question, P. Allard, « Les sanctions européennes à l'encontre de la Russie. La poursuite de la paix par d'autres moyens », *AFRI*, vol. XVI, 2015, p. 167-190.

l'Etat cible ¹⁷⁰. Cette distinction permet de voir que les sanctions américaines ont généralement la prétention de régir les relations entre l'Etat cible et les Etats tiers. La spécificité des sanctions américaines est plus éclairée par la distinction entre les sanctions primaires et les sanctions secondaires ¹⁷¹. Elles se caractérisent également par l'extension des sanctions primaires que l'on doit se garder de confondre avec les sanctions secondaires. L'extension en question consiste à étendre la mesure aux filiales et succursales des entreprises américaines ainsi qu'à les contraindre à insérer dans leurs contrats des clauses de non-réexportation ¹⁷². Dans le cadre des sanctions secondaires, l'Etat qui est l'auteur des sanctions, même s'il n'exige pas formellement des Etats tiers de prendre ouvertement partie dans le différend politique qui l'oppose à l'Etat cible, entend interdire à ces Etats d'entretenir des relations économiques avec l'Etat cible ¹⁷³. Nous voyons bien que les sanctions américaines présentent des aspects extraterritoriaux potentiellement problématiques.

B. L'extraterritorialité, facteur d'aggravation de différend politique

S'agissant de l'aspect extraterritorial de la décision de retrait des Etats-Unis de l'Accord de Vienne, l'affaire du *Gazoduc euro-sibérien* ¹⁷⁴ avait permis d'identifier les différentes catégories de personnes qui peuvent être affectées. Dans les années quatre-vingt, dans le contexte de guerre froide, à la suite précisément de la crise afghane puis polonaise, les Etats-Unis avaient instauré un système de licence d'exportation de certains produits vers l'URSS. Il était tout simplement interdit aux sociétés américaines d'exporter des produits vers l'URSS. Elles devaient également exiger de leurs cocontractants étrangers des certificats de non-réexportation vers l'URSS. Les mesures américaines interdisaient en outre directement aux filiales étrangères des sociétés américaines et aux sociétés européennes ayant des accords de licence avec des sociétés américaines d'exporter les produits sous embargo vers l'URSS.

170. Voir le règlement (UE) n° 833/2014 qui a été modifié à plusieurs reprises. Les interdictions de commercer avec la Russie ne concernent que les ressortissants et entreprises européennes ; voir à ce propos P. Allard, *ibid.*, p. 167.

171. Dans le cadre des sanctions iraniennes, les sanctions primaires concernent les personnes américaines et les sanctions secondaires les personnes non américaines. Il faut préciser que les personnes américaines sont les ressortissants, personnes physiques ou morales des Etats-Unis et les détenteurs de la *Green card* américaine. S'agissant des personnes morales, les succursales ainsi que les filiales étrangères des sociétés américaines sont également concernées. Les personnes non américaines regroupent toute personne qui est en affaire commerciale avec l'Iran, rapport du club des juristes, p. 29.

172. Sur la distinction voir plus généralement, A. Marchand, *L'embargo en droit du commerce international*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 43 ss.

173. *Ibid.*

174. G. Guillaume, *Les grandes crises internationales et le droit*, Seuil, Paris, 1994, p. 45-59.

Or un projet de construction de gazoduc devant relier la Sibérie à l'Europe occidentale devait voir le jour afin de permettre à certains Etats européens de résoudre leurs problèmes de déficit énergétique. Les contrats sous-tendant le projet de construction avaient été signés entre des entreprises européennes et *Soyouz Gaz* qui est une entreprise russe. Mais la réalisation du projet devait faire intervenir soit des filiales européennes de sociétés américaines, soit des sociétés américaines. Quant aux sociétés européennes qui devaient intervenir dans la réalisation du projet, certaines sociétés fabriquaient leurs produits sous licence américaine.

Au regard de ces éléments, dans la mesure où le projet en question impliquait directement des Etats-Nations, les dispositions américaines affectaient le projet de ces Etats en pénétrant directement la sphère publique. Elles affectaient en outre l'activité des entreprises localisées dans les Etats tiers et par ricochet indirectement l'intérêt économique de ces Etats. Les Etats tiers avaient donc protesté contre ces mesures en adoptant les lois dites de blocage aux moyens desquelles ils obligent leurs entreprises à ne pas se conformer aux injonctions extraterritoriales sous peine de sanctions¹⁷⁵. Nous voyons bien qu'il y a finalement un dédoublement du différend politique à cause de l'extraterritorialité des sanctions. Cela oblige à s'interroger sur l'intérêt de l'extraterritorialité des mesures pour les Etats-Unis.

C. L'extraterritorialité, dispositif d'un projet de domination globale

A supposer que l'Etat cible puisse se tourner vers des Etats tiers pour contourner les effets des sanctions qu'un Etat lui impose, l'efficacité de la mesure en sera largement affectée¹⁷⁶. Dans le même sens, il est bien connu que les entreprises parviennent à contourner les mesures d'embargo grâce à leur organisation à l'échelle internationale¹⁷⁷. Ceci explique en partie la raison pour laquelle l'Etat qui est l'auteur de la sanction va chercher à assurer leur application à l'échelle internationale en les dotant d'effet extraterritorial. La « volonté expansionniste » et « le patriotisme »¹⁷⁸, auxquels l'on doit ajouter

175. Dans le cadre de l'UE, c'est le règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 qui fixe le cadre des mesures de blocage des Etats membres. Il a été mis à jour à la suite du rétablissement des sanctions américaines contre l'Iran.

176. Dans ce sens, l'efficacité des mesures prononcées par l'UE contre la Russie est généralement discutée, mais certains auteurs y voient un moyen d'affaiblissement, de contrainte et de dissuasion non négligeable, P. Allard, *loc cit.*, p. 171 ss.

177. A. Marchand, *op. cit.*, p. 41.

178. L'analyse se fonde sur la loi Helms-Burton de 1996 visant à imposer l'instauration de la démocratie à Cuba et les réglementations extraterritoriales de contrôle des exportations ayant conduit à l'*Affaire du Gazoduc*, A.-L. Debezy, « L'application de la norme nationale à l'étranger », dans X. Bioy (dir. publ.), *Regards sur le droit des étrangers*, Presses de l'université Toulouse I Capitole, Toulouse, p. 202.

le motif de sécurité nationale du fait de la loi d'*Amato-Kennedy* sanctionnant l'Iran et la Lybie pour leur liaison avec des groupes terroristes, peuvent également expliquer l'extraterritorialité du droit américain. Il reste que tout cela revêt enfin un sens très particulier qui s'inscrit dans la logique de l'optimisation des frontières que nous avons associée théoriquement à l'extraterritorialité.

Pour le percevoir, il y a lieu de relever que, dans le cadre des sanctions à l'encontre de l'Iran, on serait tenté de soutenir que les sanctions américaines visent à mettre en œuvre le droit international au regard des dispositions internationales qui prohibent l'enrichissement de l'uranium à des fins militaires¹⁷⁹. Il y a une sorte d'intérêt objectif au droit que l'on peut présumer sur cette base. Néanmoins, vu que les Etats-Unis disposent déjà de l'arme nucléaire, on peut légitimement y voir la manifestation d'une politique juridique extérieure subjective. Dans ce dernier sens, il s'agit pour eux de mobiliser le droit international aux fins de préserver les «spécificités catégorielles» d'un groupe d'Etats¹⁸⁰. Nous comprenons mieux dès lors le paradoxe lié à l'attitude américaine consistant à violer l'Accord de Vienne, donc le droit international, au nom du droit international.

Il reste que le même paradoxe se dégage de l'attitude américaine à l'aune de la loi *Helms-Burton* que l'on avait d'ailleurs pensée obsolète. En effet, en 2015, le Président Obama avait renoué les relations diplomatiques avec Cuba en atténuant par ailleurs les sanctions prononcées à son encontre¹⁸¹. C'est eu égard à ce nouveau contexte qu'un *Political Dialogue and Cooperation Agreement* avait été signé le 12 décembre 2016 entre l'Union européenne et la République de Cuba. Il y a lieu de préciser toutefois que l'alinéa 1 de l'article 10 relatif aux mesures unilatérales coercitives invite en effet les parties à échanger sur ces mesures à caractère extraterritorial qui sont contraires au droit international et aux règles du commerce international «and which are used as means of political and economic pressure against States and affect the sovereignty of others States»¹⁸². Cette disposition est révélatrice de la pression américaine sur les Etats tiers qui voient dans ces sanctions une violation du droit international. De plus, les résolutions de l'Assemblée générale (AG) des Nations Unies depuis 1992 exigent la levée du blocus contre Cuba et demandent aux Etats membres de ne ni adopter ni appliquer des lois de type *Helms-Burton*

179. En l'occurrence le traité de non-prolifération des armes nucléaires du 1^{er} juillet 1968.

180. G. de Lacharriere, *op. cit.*, p. 63 ss.

181. Voir la résolution 73/8 de l'AG des Nations Unies en date du 1^{er} novembre 2018 (A/RES/73/8); il faut relever que les Etats-Unis s'étaient abstenus sur le vote concernant le blocus de Cuba en 2016, résolution 71/5 de l'AG des Nations Unies du 26 octobre 2016.

182. Voir <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12504-2016-INIT/en/pdf>.

du fait de leur extraterritorialité et de la violation de la liberté de commerce¹⁸³. Cette contrariété avec le droit international de la loi *Helms-Burton* n'a pas empêché le Président Trump de décider en 2017 de la reprise des sanctions contre Cuba¹⁸⁴. Nous voyons bien que le droit international est également violé dans ce cadre au nom de la promotion des droits de l'homme que mettent en avant officiellement les autorités américaines. Ce paradoxe s'explique si l'on tient compte du fait que pour certains auteurs, «l'affrontement économique se profile également derrière ces fondements immaculés»¹⁸⁵ d'autant que la situation politique de la Chine concernant le respect des droits de l'homme n'était pas plus reluisante que celle de Cuba au moment de l'adoption de la loi *Helms-Burton*. Ces mêmes auteurs avaient noté que «l'Iran, la Lybie ou Cuba ont tous les trois de forts liens commerciaux avec l'Union européenne (ou avec des Etats de cette Union en particulier) qui est la seule entité capable de rivaliser, à l'heure actuelle, avec les Etats-Unis»¹⁸⁶. C'est au regard de ces éléments qu'ils avaient estimé que les sanctions américaines visaient à

183. Résolutions 47/19 du 24 novembre 1992, 48/16 du 3 novembre 1993, 49/9 du 26 octobre 1994, 50/10 du 2 novembre 1995, 51/17 du 12 novembre 1996, 52/10 du 5 novembre 1997, 53/4 du 14 octobre 1998, 54/21 du 9 novembre 1999, 55/20 du 9 novembre 2000, 56/9 du 27 novembre 2001, 57/11 du 12 novembre 2002, 58/7 du 4 novembre 2003, 59/11 du 28 octobre 2004, 60/12 du 8 novembre 2005, 61/11 du 8 novembre 2006, 62/3 du 30 octobre 2007, 63/7 du 29 octobre 2008, 64/6 du 28 octobre 2009, 65/6 du 26 octobre 2010, 66/6 du 25 octobre 2011, 67/4 du 13 novembre 2012, 68/8 du 29 octobre 2013, 69/5 du 28 octobre 2014, 70/5 du 27 octobre 2015, 71/5 du 26 octobre 2016, 72/4 du 1^{er} novembre 2017, 73/8 du 1^{er} novembre 2018

184. Voir toujours la résolution 73/8 de l'AG des Nations Unies en date du 1^{er} novembre 2018 qui relève le changement à partir du 16 juin 2017 (A/RES/73/8); voir également Didier Quentin, rapport n° 1028 de la commission des affaires étrangères du Sénat français sur le projet de loi autorisant la ratification de l'accord de dialogue et de coopération entre l'UE et ses Etats membres, d'une part, et la République de Cuba, 6 juin 2018, p. 9, http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_afetr/115b1028_rapport-fond. Ce dernier rapport nuance la portée du mémorandum présidentiel du 16 juin 2017 en ce qu'il ne remettait en cause que partiellement les allègements des sanctions. Il

«étend la définition des «représentants du gouvernement cubain» ne pouvant bénéficier de transfert de fonds et de certaines transactions; interdit les transactions et investissements, avec une liste de 180 entités liées à l'armée cubaine et aux services de renseignement; accroît les restrictions de voyages (le classement par les autorités américaines de Cuba en catégorie 3 «reconsidérer le voyage» a eu un fort impact sur les flux touristiques, alors que le tourisme, source essentielle de devises pour La Havane, avait particulièrement bénéficié du rapprochement avec les Etats-Unis (285 000 visiteurs en 2015 – +74 % par rapport à 2015 – et près de 300 000 sur les cinq premiers mois de 2017)».

Toutefois, le rapport soulevait l'hypothèse des durcissements des mesures à l'avenir.

185. J.-M. Sorel, «Remarques sur l'application extraterritoriale du droit national à la lumière de la législation américaine récente», *Revue juridique de l'ouest*, 1996, p. 424.

186. *Ibid.*

affaiblir l'UE. Cette explication reste pertinente¹⁸⁷ dans le contexte de guerre économique¹⁸⁸ qui s'est intensifiée, selon le rapport Gauvain, avec l'arrivée au pouvoir du Président Trump¹⁸⁹. Également, les sanctions contre l'Iran ne peuvent être dissociés des enjeux économiques contemporains d'autant que cela a une répercussion sur le prix du pétrole que les Etats-Unis entendent faire fluctuer selon les intérêts des entreprises américaines¹⁹⁰. Dans ce dernier sens, globalement, le rétablissement des sanctions contre l'Iran a entraîné la flambée du prix du pétrole¹⁹¹. Pour revenir sur les Etats visés indirectement par ces sanctions, la Chine est sans aucun doute également la cible américaine si l'on sait qu'elle est la première importatrice du pétrole iranien¹⁹².

Une certaine volonté hégémonique sur le plan militaro-économique des Etats-Unis se dégage alors de l'ensemble de ces dispositions. Cela peut être conceptualisé en analysant le rapport avec le territoire des autres Etats qui s'en dégage. Dans cette perspective, rappelons que dans la foulée de l'invasion militaire de l'Irak par les Etats-Unis, sous la présidence de G. W Bush, à la suite des attentats de 2001, l'hypothèse de l'empire avait été soulevée par des auteurs pour expliquer l'attitude américaine¹⁹³. L'extraterritorialité du droit, en tant que pendant de l'unilatéralisme normatif, laisse penser également à ce rapport de vassalisation des territoires non américains. La perspective historique a justement conduit à faire le lien avec les régimes de capitulation relatifs à

«la condition juridique des étrangers dans les pays hors chrétienté (levant et Extrême orient). [En effet], dans les pays dits de capitulation, les étrangers échappaient dans une large mesure à la compétence de l'Etat territorial et restaient partiellement soumis à la compétence de leur Etat d'origine»¹⁹⁴.

187. L'UE était «le plus gros investisseur étranger» à Cuba. Les échanges commerciaux avaient bondi depuis entre 2015 et 2016 et l'avaient hissée au rang de deuxième partenaire économique de Cuba après le Venezuela, voir rapport n° 1028 de la commission des affaires étrangères du Sénat français sur le projet de loi autorisant la ratification de l'accord de dialogue et de coopération entre l'UE et ses Etats membres, d'une part, et la République de Cuba, d'autre part, *loc. cit.*, p. 12.

188. Pour certains auteurs, le maintien de la «croissance» et de la «puissance» d'un Etat passe par les sanctions économiques unilatérales, E. Zöller, *loc. cit.*, p. 65.

189. Rapport Gauvain, *loc. cit.*, p. 39; Voir globalement sur la guerre que les Etats-Unis et la Chine livrent à l'UE, M. Leonard, J. Pisani-Ferry, E. Ribakova, J. Shapiro et G. Wolff, «Redefining Europe's Economic Sovereignty», ECFR/289, 25 juin 2019, en ligne, consulté le 20 mars 2020, https://www.ecfr.eu/publications/summary/redefining_europes_economic_sovereignty.

190. R. Charvin, *loc. cit.*, p. 20.

191. Voir https://www.challenges.fr/monde/asie-pacifique/la-chine-proteste-contre-les-sanctions-americaines-sur-le-pe_654012.

192. *Ibid.*

193. J. M. Hanhimaiki, *loc. cit.*, p. 512.

194. Ch. Rousseau, *Droit international public*, tome III: les compétences, Sirey, 1977, p. 92; voir également sur les régimes de capitulation, P. Fedozzi, «De l'efficacité

Les pays occidentaux avaient imposé entre le XVII^e et le XVIII^e siècle dans l'Empire Ottoman, en Chine et au Japon le système de l'extraterritorialité, reflet de la puissance de ces Etats ¹⁹⁵, dont la modernité serait portée par l'expansionnisme juridique américain de l'après Seconde Guerre mondiale. Pour certains auteurs ¹⁹⁶, de la même façon que les régimes de capitulation avaient permis aux Etats occidentaux d'exporter le principes de leurs systèmes juridiques vers les Etats non occidentaux ¹⁹⁷, l'extraterritorialité permet aujourd'hui aux Etats-Unis d'exporter leurs principes dans leurs seuls intérêts. D'un côté, c'est sous couvert des institutions internationales, en l'occurrence celles de Brettons Woods, que les américains propagent leur droit comme le montre le fait que ces institutions subordonnent leur aide à la refonte du système juridique des Etats. De l'autre, c'est le droit américain qui permet d'exporter directement les principes comme le montre le droit antitrust auquel l'on a refusé de reconnaître une portée extraterritoriale jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale.

L'extraterritorialité est alors envisagée comme l'expression d'un expansionnisme juridique qui lui-même ne peut être compris qu'en rapport avec un certain nombre d'éléments que d'autres auteurs reprennent pour expliquer autrement l'extraterritorialité du droit américain. Il nous a alors paru intéressant d'évoquer également la thèse de K. Raustiala ¹⁹⁸. De son point de vue, les Américains ont voulu, au début du XX^e siècle, bâtir un empire sur le modèle traditionnel qu'ils ont abandonné pour un nouveau modèle d'empire après la Seconde Guerre mondiale. Le premier modèle consiste à contrôler directement ou indirectement des territoires. Problématique parce qu'il impliquait de faire la guerre, ce modèle avait également soulevé la question du droit applicable dans les territoires sous occupation américaine à la fin du XIX^e siècle. La Cour suprême américaine avait tranché cette dernière question dans les affaires connues sous le nom de *The insulare cases* ¹⁹⁹ en estimant qu'il n'y avait que certains droits qui étaient applicables à ces territoires ²⁰⁰, ce qui a généré des coûts supplémentaires liés à la gestion différenciée de ces territoires. De plus, les autorités américaines avaient quelques difficultés à gérer les risques d'insurrection dans ces territoires. Après 1945, le choix a donc été fait pour un

extraterritoriale des lois et des actes de droit public», *Recueil des cours*, tome 27 (1929), p. 225.

195. T. Kayaoglu, *Legal Imperialism. Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

196. *Ibid.*, p. 196 ss.

197. La fin des régimes de capitulation a été marquée par le mimétisme que nous évoquons dont est porteuse l'extraterritorialité.

198. K. Raustiala, «Empire and Extraterritoriality in Twentieth Century America», *Southwestern Law Review*, vol. 40, n° 4, 2011, p. 605-616.

199. *De Lima c. Bidwell*, 182 US 1 (1901); *Downes c. Bidwell*, 182 US 244 (1901).

200. L. Mvé Ella, «Le statut juridique des territoires non incorporés et (non) organisés des Etats-Unis», *RFDC*, vol. 118, 2019, p. 409-431.

modèle hégémonique qui procurait les avantages de l'empire tout en réduisant les coûts. C'est ainsi qu'a émergé l'empire extraterritorial qui reposerait sur trois dispositifs. Il s'agit tout d'abord de maintenir des bases militaires dans beaucoup de pays. Ensuite, il s'agit de promouvoir la gouvernance par les organisations internationales qui en réalité servent les intérêts des Etats-Unis et de leurs alliés. Enfin, il s'agit d'imposer l'application extraterritoriale du droit américain qui aurait débuté avec l'affaire *Alcoa*. Cela permettrait de créer une convergence normative sur les questions où le niveau multilatéral n'a pas permis de convenir de règles favorables aux intérêts des Etats-Unis. La pertinence de cette thèse, qui fait donc de l'expansionnisme juridique un élément de l'empire extraterritorial, se dégage également de la façon dont les Etats-Unis comptent garantir l'efficacité de l'extraterritorialité de leur droit.

D. Les relais extraterritoriaux de la politique extérieure des Etats-Unis

Depuis l'affaire du *Lotus*, on sait que «la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat»²⁰¹. C'est à cet égard que l'on distingue la compétence normative de la compétence d'exécution. Dans le cadre de cette distinction, si la conformité au droit international des mesures unilatérales au regard de leur portée extraterritoriale ne peut être écartée *prima facie*, il n'y a aucune ambiguïté sur le fait que l'Etat qui a édicté les mesures n'est pas en droit de recourir aux moyens de contrainte sur le territoire des Etats tiers pour s'assurer de leur mise en œuvre. L'efficacité des mesures pourrait donc en pâtir. L'organe de règlement des différends de l'OMC (ci-après ORD), dans l'affaire *Etats-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur* du 22 décembre 1999, faisait reposer l'efficacité des mesures unilatérales sur la puissance de l'Etat²⁰² qui vaut également pour les mesures extraterritoriales²⁰³. Cela débouche concrètement sur un volontarisme de la part des entités qui subissent l'extraterritorialité des mesures. Il faut toutefois bien distinguer le comportement des personnes publiques de celui des personnes privées vis-à-vis des mesures extraterritoriales.

Il n'est pas exclu que des Etats puissent volontairement se soumettre aux injonctions du droit américain. L'*Affaire du pétrolier Grace 1* montre qu'il y a parmi les alliés traditionnels des Etats-Unis, des Etats particulièrement

201. CPJI, arrêt n° 9, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, CPJI 1927, série A, n° 10, p. 20.

202. Rapport du groupe spécial, WT/DS152/R), paragraphe 7.89.

203. W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 541.

réfractaires à l'extraterritorialité du droit américain²⁰⁴. A la différence des Etats, les entreprises disposent d'une marge de manœuvre plus réduite. C'est le cas lorsqu'elles ont des filiales, des biens ou des salariés sur le territoire de l'Etat, auteur de la mesure²⁰⁵. Dans l'affaire du *Gazoduc*, les entreprises européennes, notamment des filiales européennes de sociétés américaines, qui s'étaient pliées aux mesures de blocage de leurs Etats ont perdu des privilèges d'exportation aux Etats-Unis²⁰⁶. Devant les juges américains où elles avaient tenté de faire lever ces sanctions, ces entreprises avaient évoqué l'ordre de réquisition de leur Etat national. Mais le juge américain avait estimé qu'une injonction à lever les sanctions porterait atteinte aux intérêts publics des Etats-Unis bien que les entreprises subissaient un préjudice du fait de la situation contradictoire²⁰⁷. Dans une autre affaire, une filiale américaine d'une société canadienne avait été sommée de fournir les documents qui étaient en possession d'une filiale caribéenne. Alors qu'une ordonnance d'un tribunal interdisait la communication des documents par la filiale caribéenne et qu'en outre les Etats étrangers concernés avaient déposé un *amicus curiae* soulignant l'empiètement sur leur souveraineté, un tribunal américain a condamné la filiale américaine²⁰⁸. Nous voyons clairement que les entreprises relevant de la souveraineté d'Etats tiers peuvent être sanctionnées aux Etats-Unis lorsqu'elles ne se conforment pas aux sanctions américaines extraterritoriales. Il s'agit d'une mise en œuvre territoriale d'une mesure extraterritoriale puisque les mesures d'exécution sont prises sur le territoire américain²⁰⁹.

Les protestations des Etats, comme on l'a vu avec la Chine récemment à propos d'une entreprise chinoise sanctionnée pour avoir violé l'embargo sur

204. En effet, alors que le pétrolier était soupçonné de transporter du pétrole en direction de la Syrie, au regard du régime des sanctions de l'UE contre le régime de Bachar Al-Assad, le navire avait été arraisonné par le Gibraltar. Une fois la promesse écrite reçue des autorités iraniennes que le navire n'acheminait pas le pétrole vers la Syrie, il a été décidé de lever l'immobilisation que Washington entendait faire prolonger du fait de ses propres sanctions contre la Syrie. Arguant de la différence entre le régime de sanction de l'UE et celui des Etats-Unis, les autorités de Gibraltar avaient estimé qu'elles ne pouvaient pas prêter assistance aux autorités américaines conformément aux injonctions européennes, https://www.lemonde.fr/international/article/2019/08/18/gibraltar-refuse-de-retenir-le-petrolier-iranien-grace-l-a-la-demande-des-etats-unis_5500470_3210.html.

205. W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 547.

206. Il s'agissait de Dresser France, filiale à 100% de Dresser Industry, voir G. Guillaume, *op. cit.*

207. *Ibid.*

208. *United States c. Bank of Nova Scotia*, 691 F. 2d 1384. (11th Cir. 1982), cert. Denied 103 s. Ct. 3086 51983) et *In Re Grand Jury Proceedings the Bank of Nova Scotia United States v. Bank of Nova Scotia*, 740 F. 2d 817 (11th Cir. 1984) cité par J. Fried, «L'application extraterritoriale des lois et les lois politiques canadienne et américaine en matière d'extraterritorialité», *RQDI*, 1986, p. 340.

209. Voir sur cette qualification B. Stern, «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», *loc. cit.*, note 36.

l'Iran²¹⁰, ne changent rien à la situation des entreprises qui ne cherchent plus à contester la légalité des mesures américaines. Ceci explique, comme nous l'avons dit, le fait que les entreprises préfèrent négocier les sanctions plutôt que de prendre le risque d'un procès. Cette forme de justice doit être vue comme un élément négatif important de l'efficacité des mesures extraterritoriales américaines qui passe donc par le volontarisme des entreprises. Positivement, d'un côté, ce sont les entreprises multinationales américaines qui jouent le rôle de relais de politique étrangère parce que les filiales étrangères des entreprises américaines peuvent être contraintes par leurs sociétés mères à se plier à cette injonction. Si elles peuvent résister comme l'illustre le célèbre arrêt *Fruehauf*²¹¹, elles peuvent aussi s'y plier comme dans l'affaire *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust*²¹². De l'autre, ce sont les entreprises multinationales étrangères qui constituent le relais de la politique étrangère des Etats-Unis parce qu'elles disposent généralement de biens directement sur le territoire américain ou par l'entremise d'une filiale qui sont susceptibles de faire l'objet de mesures d'exécution. Il y a de fait une dépendance de ces entreprises vis-à-vis des Etats-Unis, qu'il s'agisse de l'existence d'un lien économique, de la monnaie américaine, de l'utilisation des technologies américaines²¹³, qui les pousse spontanément à se mettre au service de sa politique extérieure. Le rapport Gauvain, pour relever cette dépendance, évoque la place des Etats-Unis dans l'économie mondiale²¹⁴ qui leur permet donc d'imposer leur droit.

E. Conclusion

La finalité politique que l'on peut assigner à l'extraterritorialité est une question de perception. Il faut bien distinguer le point de vue des Etats de celui de la doctrine. Il reste que l'idée que l'extraterritorialité puisse concourir à la mise en œuvre du droit international public présente des limites. L'Etat qui exerce des compétences extraterritoriales, même pour garantir l'efficacité du droit international, exerce de fait une certaine influence sur le cours des affaires intérieures des autres Etats, ce qui est révélateur de la position qu'il entend occuper sur la scène internationale.

210. Voir https://www.challenges.fr/monde/asie-pacifique/la-chine-proteste-contre-les-sanctions-americaines-sur-le-pe_654012.

211. Sur cette affaire, voir M. Lizée, « Le droit des multinationales : une impasse juridique ? », *RQDI*, 1985, p. 272 ss.

212. L'affaire, évoquée par G. Affaki, montre que la succursale anglaise de la banque américaine Bankers trust entendait non seulement se plier aux injonctions extraterritoriales américaines, mais elle a également fait retarder l'exécution de l'ordre de virement du solde pour qu'elle tombe sous le coup du gel des avoirs libyens décidé par la présidence Reagan en 1982, *Revue de droit bancaire et financier*, 2015, n° 6.

213. Sur l'insertion des clauses de non-réexportation, A. Marchand a été plus réservée en analysant les contrats comme un instrument de politique étrangère, *op. cit.*, p. 45.

214. Rapport Gauvain, *loc. cit.*, p. 13.

SECTION 2 **L'APPRÉCIATION DE LA LÉGALITÉ DE L'EXTRATERRITORIALITÉ, UN AVATAR DE SES FONCTIONS POLITIQUES DANS LE CADRE DE LA POLITIQUE EXTÉRIEURE DES ÉTATS**

Le droit international public peut servir de justification globalement aux mesures extraterritoriales parce qu'elles visent à mettre en œuvre le droit international public ou à suppléer aux lacunes ou limites du droit international public. S'il y a en conséquence une certaine circularité entre le droit international et la politique parce que l'on a identifié également des objectifs politiques propres aux Etats qui adoptent ces mesures, cette circularité est saisissable dans un autre sens, dans le cadre des règles relatives aux compétences internationales des Etats. Le droit international public se présente définitivement dans ce cadre comme un instrument de politique internationale au moyen duquel les Etats cherchent à légitimer leurs actions. La pratique des Etats montre que l'on ne conçoit pas l'extraterritorialité comme un concept pouvant être encadré par le droit. C'est sans doute pour cela que les Etats semblent ne pas vouloir faire constater par un organe juridictionnel l'illégalité des mesures extraterritoriales qu'ils contestent (Section I). Dans tous les cas, le droit international public n'aurait été substantiellement d'un grand secours puisque les règles de compétence internationale devant encadrer l'extraterritorialité ne sont pas précises. Cela témoigne des limites de la prétention normative du droit international. Mais leur attitude montre que le droit international est mis en avant pour stimuler une résolution politique du différend. Par ailleurs, ils mettent en lumière une forme d'appréciation à géométrie variable de la légalité de l'extraterritorialité qui leur permet de prendre en compte diverses considérations en l'occurrence politiques (section II). Ces traits constituent à notre sens les éléments d'une politique juridique extérieure communément partagée par les Etats sur un principe imprécis du droit international public.

Paragraphe 1 **Le désintérêt pour une appréciation juridictionnelle de la légalité de l'extraterritorialité**

En l'absence d'un traité, il est bien établi qu'il existe des règles internationales de nature coutumière encadrant la compétence des Etats²¹⁵ et qui viendraient limiter par conséquent l'exercice de la compétence extraterritoriale. Il y a lieu de rappeler que les règles encadrant la compétence internationale de l'Etat, que l'on définit comme la faculté de l'Etat d'édicter des normes de portée internationale par l'entremise de ses organes législatif,

215. Voir globalement sur la question, C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

judiciaire ou de prendre des dispositions de mise en œuvre des normes²¹⁶, laissent globalement une marge de manœuvre considérable aux Etats²¹⁷. Si ce dernier aspect des règles a donné lieu à des querelles d'école, opposant les tenants de la thèse limitative aux tenants de la thèse permissive²¹⁸, sur l'étendue des pouvoirs que reconnaît le droit international public aux Etats, nous devons reconnaître que le droit international public n'aide pas substantiellement à déterminer la légalité internationale de mesures extraterritoriales. L'abstraction des principes encadrant la compétence internationale des Etats (A) nous oblige à relativiser les critiques formulées à l'encontre de certaines mesures extraterritoriales. Alors que l'intervention d'une juridiction internationale aurait pu apporter quelques lumières sur les règles applicables dans une société internationale en constante mutation (B), le choix des Etats d'intervenir auprès de juridictions internes (C) pour soulever la non-conformité au droit international de certaines mesures extraterritoriales montre que l'appréciation doit être faite au cas par cas en fonction des intérêts politiques en jeu (D).

A. L'abstraction des principes encadrant la compétence extraterritoriale

Il est établi qu'un Etat doit se fonder sur un titre de compétence aux fins d'exercer sa compétence internationale. Il existe à cet effet une variété de titres qui sont tous valables (i). C'est pour cela que certains auteurs estiment que le fait de se prévaloir d'un titre de compétence ne suffit pas pour rendre conformes au droit international les mesures extraterritoriales d'un Etat. Alors que le principe n'est pas véritablement établi en droit international public, il paraît creux d'un point de vue substantiel (ii).

i) Le fondement pluriel de l'exercice des compétences extraterritoriales

S'il ne s'agit pas de revenir ici en détail sur les titres de compétences, le territoire, la nationalité et la souveraineté constituent des titres qui fondent traditionnellement la compétence des Etats. Le titre de souveraineté, donnant lieu à la «compétence réelle», est celui qui permet à un Etat d'exercer ses compétences extraterritoriales lorsqu'il estime que ses intérêts légitimes sont en jeu. En effet, «l'Etat est fondé à réprimer les crimes et délits commis à l'étranger contre ses agents ou locaux diplomatiques ou consistant, par exemple, à la falsification de son sceau, de ses pièces de monnaie ou billets de banque»²¹⁹. On estime également que les intérêts légitimes en question peuvent

216. Voir B. Stern, «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», *loc. cit.*, note 36.

217. G. Cahin, *loc. cit.* ; P. Mayer, *loc. cit.*, p. 7.

218. *Ibid.*

219. Voir Th. Fleury Graff, «Territoire et droit international», *loc. cit.*, p. 44.

recouvrir les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble pour ainsi justifier la compétence universelle des Etats²²⁰. C'est plus ou moins dans ce sens que le principe selon lequel l'Etat peut exercer la compétence universelle ou extraterritoriale, qu'il s'agisse de réprimer pénalement certains agissements²²¹ ou de sanctionner la violation des droits de l'homme en matière civile²²², est unanimement reconnu. Pour certains auteurs, il peut également servir de base aux normes visant à lutter contre le terrorisme²²³. Ainsi, les normes extraterritoriales visant à sanctionner les crimes les plus graves restent conformes au cadre général du droit international public.

S'agissant du titre de compétence de nationalité, fondant la compétence personnelle de l'Etat, il peut justifier sa compétence extraterritoriale soit parce que la victime d'une infraction est le ressortissant de cet Etat, auquel cas il se fonde sur le principe de la personnalité passive, soit parce que l'auteur de l'infraction est toujours un ressortissant de cet Etat, auquel cas il se fonde sur le principe de la personnalité active²²⁴. Mais, dans le cadre des entreprises multinationales que les Etats-Unis envisagent comme relais de leur politique extérieure, l'extension de la compétence d'un Etat aux filiales ou succursales étrangères de ses entreprises n'est pas fondée en droit international public. Cela est établi à la lumière des règles internationales encadrant la nationalité des personnes morales²²⁵. En effet, à la différence de la nationalité des individus qui est laissée à la discrétion des Etats sous réserve des règles d'opposabilité²²⁶, le droit international détermine la nationalité des personnes morales sur la base du critère de l'incorporation. En conséquence, le fait qu'une société américaine contrôle une autre qui est incorporée dans un autre Etat ne peut pas conduire à attribuer à cette dernière la nationalité américaine.

Quant au territoire, fondant la compétence territoriale, on peut être tenté de l'écarter d'emblée comme ne pouvant pas justifier une compétence extraterritoriale. Mais, dans l'*Affaire du Lotus*, la CIJ aurait consacré le

220. B. Stern, «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», *loc. cit.*, note 36.

221. *Ibid.*

222. G. Cohen-Jonathan, «A propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de «juridiction» et d'«injonction», *RTDH*, 2005, p. 767.

223. A. J. Colangelo, «Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law», *Harv. Int'l LJ*, vol. 121, 2007, p. 122-201.

224. Voir sur la distinction entre personnalité active et passive et les problèmes que cela pose, C. Ryngaert, *op. cit.*, p. 86 ss.

225. N. Angelet, «La nationalité des personnes morales en droit international public», dans Colloque de la SFDI, *Droit international et nationalité*, Paris, Pedone, 2012, p. 477-488.

226. J. Combacau, «L'opposabilité et la preuve de la nationalité de l'Etat en droit international», dans *Droit international et nationalité*, *op. cit.*, p.93-116; L. Chan-Tung, *L'opposabilité en droit international*, Paris, Bibliothèque des thèses Mare & Martin, 2016, p. 129.

principe de la territorialité objective qui fonde la compétence d'un Etat pour sanctionner une infraction dont certains éléments se seraient produits sur son territoire²²⁷. Alors que la théorie de l'effet dont nous avons fait cas s'inscrit dans le prolongement de ce principe, il y a globalement une tendance à l'extension des titres par les Etats aux fins d'exercer une compétence extraterritoriale dans le domaine économique²²⁸ qui est aujourd'hui étendue naturellement à différentes sphères de la société. Dans tous les cas, le titre de compétence n'est pas suffisant en raison du fait que plusieurs Etats peuvent légitimement se prévaloir d'un titre aux fins de régir une même situation ou une même personne. C'est pour éviter ce conflit que l'on exige des Etats une utilisation raisonnable de leurs compétences.

ii) *L'exigence d'un exercice modéré des compétences extraterritoriales*

Dans son opinion individuelle dans la *Barcelona Traction* le juge G. Fitzmaurice faisait remarquer que le droit international

«impose à tout Etat l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre Etat, quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon appropriée»²²⁹.

En dehors de cette seule référence, on ne retrouve ni dans une décision rendue par une juridiction internationale, ni dans un traité, le principe de l'utilisation raisonnable de la compétence étatique que certains auteurs identifient comme un principe coutumier encadrant également les compétences étatiques²³⁰. Alors que l'hypothèse de l'existence du principe aurait été posée dans le cadre du *Third Restatement of US Foreign Relations Law* de 1987 parce que l'on voulait élever le *comity* en principe coutumier obligatoire, sa nature coutumière est contestée²³¹. Certains auteurs, plus nuancés, ont estimé qu'il fallait envisager le principe de *lege feranda*²³². Cette dernière perspective, adoptée également

227. M. Bagheri et M. J. Ghanbari Jahromi, *loc. cit.*, p. 404.

228. L. S. Medjabra, *L'extraterritorialité en droit international économique*, thèse, 18 novembre 2010, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I.

229. *Barcelona Traction, Light and Power company, Limited, opinion individuelle*, CIJ Recueil 1970, p. 105.

230. Les auteurs, comme les professeurs Combacau et Sur, affirmant l'exigence d'un «rattachement raisonnable» reconnaissent eux-mêmes que son «statut positif est incertain» avant d'aller encore plus loin en soulignant qu'un «rattachement territorial, même limité ou partiel, fonde l'Etat à déployer sa compétence territoriale»; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, 13^e éd., 2019, p. 388.

231. H. G. Maier, «Jurisdictional Rules in Customary International Law», dans K. M. Meessen (dir. publ.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice* (1996) 64, 69, cité par C. Ryngaert, *op. cit.*, p. 135.

232. Voir globalement C. Ryngaert, *op. cit.*, et spécifiquement aux p. 134 ss.

par C. Ryngaert, l'a conduit à d'abord identifier une première méthode conventionnelle qui peut permettre aux Etats de délimiter l'utilisation raisonnable de leurs compétences dans des domaines précis comme la fiscalité. La seconde méthode va consister à s'appuyer sur le droit international coutumier. Dans ce cadre, la perspective a été de voir si la pratique des Etats permettait d'établir la réalité de ce principe sur le fondement de la coutume internationale. Il s'agit également dans ce dernier cas de substantier le principe de l'utilisation raisonnable des compétences de l'Etat.

L'ambition ainsi affichée, l'auteur a, d'abord, identifié certains principes du droit international qui pourraient aider à encadrer les compétences étatiques dans le cadre du principe de l'utilisation raisonnable. Il s'agit des principes de non-intervention, de l'effectivité, de l'équité, de la proportionnalité, de l'abus de droits et de la responsabilité de protéger²³³. Ces principes ne sont donc pas intrinsèquement liés à la problématique de la compétence étatique. Par exemple, certains d'entre eux, comme l'abus de droits et le domaine réservé, sont liés aux principes de non-intervention et de la responsabilité de protéger. De plus, ils ont déjà été évoqués pour apprécier la légalité des sanctions économiques américaines en doctrine²³⁴, non sans critiques²³⁵, en l'occurrence sur l'enjeu de la définition du domaine réservé. Nous pouvons nous demander s'il y a un intérêt à enfermer ces principes dans celui de l'utilisation raisonnable. Cela n'a de sens que si l'on conçoit l'utilisation raisonnable comme un principe pouvant abriter un ensemble d'éléments hétéroclites extrinsèques aux règles de compétence internationale. Il s'agira donc au besoin d'importer dans le champ des règles de compétence internationale, des règles régissant d'autres matières, comme celles relatives à la nationalité des personnes morales que nous avons évoquées. Quoi qu'il en soit, C. Ryngaert, après avoir comparé la pratique interne des tribunaux dans le système anglo-saxon et celui de droit continental, est parvenu à la conclusion qu'il n'existait pas de principe coutumier imposant l'utilisation raisonnable des compétences étatiques²³⁶.

S'il n'existe ainsi pas à proprement parler de règles limitatives en droit international public de la compétence extraterritoriale des Etats, comme on le verra, les éléments extrinsèques restent pertinents pour apprécier l'opportunité des mesures extraterritoriales. Malgré ce cadre juridique imprécis, pour certains auteurs, les dispositions extraterritoriales du droit américain ne sont pas conformes au droit international public²³⁷. Sous réserve de l'extension du titre de compétence fondé sur la nationalité des personnes morales, il nous

233. *Ibid.*, p. 144 ss.

234. L. Dubouis, *loc. cit.*

235. J.-M. Thouvenin, *loc. cit.*, p. 172.

236. C. Ryngaert, *op. cit.*, p. 163 ss.

237. R. Bismuth, *loc. cit.*; A.-L. Debezy, *loc. cit.*; M. Cosnard, « Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », *AFDI*, 1996, p. 33-61; W. Magnuson, *loc. cit.*, p. 552

semble que l'on doit être plus nuancé au vu de la fragilité de la thèse de l'existence d'un principe limitatif de la compétence étatique. Cela a du sens d'autant plus que nous pensons que les titres de compétence extraterritoriale ne doivent pas être interprétés suivant une logique statique. Ils doivent épouser les contours de la dynamique des activités humaines qui «se dématérialisent et se déterritorialisent»²³⁸. Suivant cette perspective, il reste que l'extraterritorialité demeure «ontologiquement conflictuelle»²³⁹, ce qui n'exclut pas de faire appel au juge international pour préciser les contours de son exercice dans la société internationale contemporaine.

B. L'absence de saisine d'une juridiction internationale : un choix stratégique

Depuis l'affaire du *Lotus*, aucune juridiction internationale n'a été véritablement confrontée à la question de l'extraterritorialité du droit. La procédure enclenchée par l'UE, en réaction aux lois *Helms-Burton*, dans le cadre de l'OMC, n'a pas abouti parce que l'on a préféré un règlement politique du différend²⁴⁰. Il nous semble que l'ORD n'aurait d'ailleurs pas été d'un grand secours quant à la légalité intrinsèque des mesures extraterritoriales puisque, tout d'abord, les clauses de sauvegarde des accords de l'OMC dont se prévalaient les Etats-Unis peuvent légitimement servir de base légale aux sanctions économiques extraterritoriales²⁴¹. Ensuite, dans l'*Affaire des crevettes* où s'était posée la question de la légalité d'autres mesures américaines interdisant l'importation de produits issus de certaines pratiques de pêche, il s'était borné à reconnaître la faculté des Etats à exercer une compétence extraterritoriale tout en déclarant ces mesures contraires aux règles de l'OMC. L'ORD a en effet sanctionné les dispositions américaines non parce qu'elles cherchaient par ses effets extraterritoriaux à modifier les pratiques de pêche des ressortissants d'autres Etats, mais parce qu'elles étaient discriminatoires en violation des disciplines de l'OMC²⁴².

Egalement, l'affaire des biens mal acquis ne sera pas abordée sous l'angle de la conformité au droit international de l'extraterritorialité du droit français. Alors que la Guinée équatoriale contestait également le caractère excessif de la compétence des tribunaux français qui méconnaîtraient ainsi les «principes de

238. Th. Fleury Graff, «Territoire et droit international», *loc. cit.*, p. 44.

239. L. S. Medjabra, *op. cit.*, p. 10.

240. L'ouverture des consultations a été demandée par les Communautés européennes le 3 mai 1996. Si un groupe spécial a été constitué ses travaux seront suspendus le 22 avril 1998 à la demande des Communautés européennes.

241. D. Senz et H. Charlesworth, «Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation», *Mel. J. of Int'l. L.*, 2001, p. 89 ss.

242. En effet, c'est le caractère discriminatoire des mesures qui a été sanctionné, *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Malaisie et Thaïlande c. Etats-Unis)*, rapport de l'organe d'appel, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R.

l'égalité souveraine et de la non-intervention » prévus par la Convention contre la criminalité transnationale²⁴³, pour la CIJ, au regard d'autres dispositions de la convention, cette question ne rentre pas dans ses compétences²⁴⁴. Cette Cour a toutefois semblé dire que la Convention ouvrait la possibilité à l'exercice d'une compétence extraterritoriale puisqu'elle demande aux Etats parties de prévoir l'incrimination de certaines infractions aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur juridiction à la seule condition dans ce dernier cas que l'infraction soit prévue également dans l'Etat où elle a été commise. C'est le principe de la double incrimination qui serait donc la seule limite posée par la Convention d'après la CIJ.

L'extraterritorialité de la loi pénale française a donc été examinée dans une certaine mesure mais dans le cadre de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale. Cela permet d'éprouver le principe de la non-intervention que l'on évoque au titre des principes pouvant servir à délimiter l'utilisation raisonnable des compétences étatiques. Dans cette perspective, les thèses de l'indétermination du droit²⁴⁵ prennent toute leur importance ici parce que l'on voit bien que la CIJ a fait le choix de ne pas donner de l'importance à la thèse de l'ingérence qui l'aurait amenée à se prononcer sur la théorie du domaine réservé. Or, le domaine réservé, même si l'on convient qu'il est à tout le moins fonction des engagements internationaux de chaque Etat, est l'objet de querelle dans le cadre de « constructions doctrinales »²⁴⁶ dont certaines reconnaissent sans réserve qu'il s'agit d'une notion éminemment politique²⁴⁷. Plus concrètement, le fait que la Guinée équatoriale ait adhéré à un traité sur la lutte contre le blanchiment, laissant penser que la sanction du crime de blanchiment d'argent ne relève plus de son domaine réservé, n'est pas de nature à épuiser la question de l'ingérence d'un Etat dans ses affaires intérieures sinon l'utilité des dispositions de la convention prévoyant le respect de l'égalité souveraine et du principe de non-intervention se trouverait entachée. Il va sans dire que la CIJ n'a pas intérêt à aller sur ce terrain, ce qui l'a conduit, comme à son habitude, à adopter une interprétation très positiviste du traité²⁴⁸.

Par analogie, à supposer que la question se soit posée en dehors du cadre de la convention dont se prévalait la Guinée équatoriale, à l'argument d'un titre de compétence fondé en droit international public, on pourrait opposer celui fondé sur un des nombreux principes relevés plus hauts par C. Ryngaert. L'existence

243. *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Recueil* 2018, p. 292, paragraphe 112.

244. *Ibid.*, paragraphes 115 ss.

245. L. Delabie, *loc. cit.*; R. Bachand, *loc. cit.*, note 15.

246. R. Kolb, « Du domaine réservé. Reflexions sur la théorie de la compétence nationale », *RGDIP*, 2006, p. 597-630.

247. *Ibid.*

248. Sur cette critique adressée à la CIJ, voir O. Corten, « Le positivisme juridique aujourd'hui : science ou science-fiction », *RQDI*, 2016, p. 20-42.

de principes limitatifs n'évacue donc pas tout d'abord le conflit. Ensuite, s'il y a conflit, la question ne peut être tranchée sur la base de principes que par un juge qui fera un choix entre deux pôles d'arguments possibles²⁴⁹. Enfin, on ne peut penser que les Etats ignorent cela en refusant de porter devant une juridiction internationale la problématique de l'extraterritorialité. Ainsi, la non-saisine de la CIJ, comme le préconise le rapport Gauvain²⁵⁰, aux fins de demander un avis «pour fixer l'état du droit international sur l'extraterritorialité», montre le désintérêt pour une appréciation juridictionnelle qui peut s'avérer inutile en fin de compte. Il faut alors s'intéresser aux moyens par lesquels ils entendent régler les problèmes en lien avec l'extraterritorialité pour confirmer une certaine opinion des Etats.

C. Les autres voies de protestation contre les lois extraterritoriales

Il nous semble que les Etats entretiennent l'abstraction des principes encadrant leur compétence internationale. Leur attitude montre qu'ils ne souhaitent pas de règles précises encadrant les compétences étatiques. Autrement dit, ils accordent une préférence à un encadrement politique de l'extraterritorialité du droit. On s'en rend compte à la lumière des voies choisies pour soulever les conflits de compétence. Nous avons fait cas des protestations et lois de blocages qui sont deux moyens communément utilisés par les Etats²⁵¹. Or ces contre-mesures²⁵² ne permettent pas de déterminer positivement les éléments qui d'après ces Etats protestataires fondent le caractère raisonnable de la compétence extraterritoriale. Plus précisément, il est difficile de savoir si l'illégalité de la norme extraterritoriale découle de son caractère intrinsèque ou des éléments extrinsèques à la norme. Dans ce sens, le fait qu'il s'agisse de sanctions politiques dans certains cas est certainement déterminant pour les Etats contestant la norme extraterritoriale.

Il y a un dernier moyen fort intéressant qui oblige à préciser que les Etats ne rejettent pas le règlement juridictionnel des différends en lien avec l'extraterritorialité, mais ils ont fait tout simplement le choix du juge interne

249. Sur les thèses de l'indétermination, voir notamment celle de Koskeniemi sur cette construction (R. Bachand, *loc. cit.*).

250. Rapport Gauvain, *loc. cit.*, p. 78.

251. De nombreux Etats, comme le Canada, le Mexique, le Royaume-Uni, l'Australie ainsi que l'UE ont adopté depuis 1970 différentes lois de blocages. Ces lois non seulement interdisent à leurs ressortissants de ne pas respecter les mesures extraterritoriales qu'ils jugent excessives, mais elles prévoient également bien souvent des mécanismes de compensations financières pour les dommages subis du fait du non-respect de la loi étrangère; S. Yaser Ziaee, «Jurisdictional Countermeasures versus Extraterritoriality in International Law», *Russian Law Journal*, 2016, p. 30 ss; D. Senz, H. Charlesworth, p. 69-121.

252. *Ibid.*, p. 28-45.

au détriment du juge international. Devant les juges internes, il s'agit pour des Etats étrangers de soumettre des *amicus curiae* devant les juridictions d'un autre Etat lorsqu'ils estiment que la règle qu'elles entendent appliquer dans une espèce n'est pas conforme au droit international. L'*amicus curiae* est un procédé propre au système anglo-saxon qui permet à des tiers ayant un intérêt dans un procès de soumettre des éléments qui pourraient aider la juridiction à statuer²⁵³. S'il s'agit donc d'une pratique courante dans les pays de *common law*, nous allons voir que c'est naturellement la Cour suprême des Etats-Unis qui reçoit dans différentes affaires des mémoires d'*amicus curiae* de nombreux Etats étrangers. Dans ce sens, des études ont été consacrées à ces mémoires dans le cadre particulier de l'extraterritorialité du droit antitrust américain²⁵⁴ ou dans le cadre global du droit américain²⁵⁵.

Bien avant d'évoquer le contenu de ces mémoires, il y a lieu de s'interroger sur leur portée puisque pour certains auteurs, on peut considérer qu'il s'agit d'un acte unilatéral d'un Etat tout comme l'on peut supposer que ces mémoires participent à la formation de la coutume internationale sur les règles de compétence internationale²⁵⁶. Sur ce point, considérés globalement comme actes de protestation, ils peuvent être interprétés également négativement comme faisant obstacle à la formation de principes coutumiers sur les règles de compétence internationale²⁵⁷. Il reste toutefois plus pertinent d'analyser ces mémoires aux fins de dégager les principes du droit international encadrant la compétence extraterritoriale que de se fonder sur la pratique interne des tribunaux des Etats. C. Ryngaert s'est en effet fondé sur cette dernière pratique pour confirmer l'inexistence d'un principe d'utilisation raisonnable. Or, en procédant comme tel, il y a un risque de confondre la question de la compétence internationale juridictionnelle et la question des compétences étatiques. La première, comme l'indique P. Mayer, constitue «l'indication» qu'un Etat «donne par avance, à l'intention de ses tribunaux d'une part, des justiciables d'autre part, des cas dans lesquels il acceptera de juger»²⁵⁸. La nuance reste pertinente si l'on sait qu'il arrive que les Etats-Unis soumettent un *amicus curiae* pour contester la compétence de leur propre juridiction à connaître d'un contentieux. Dans le même sens, plus ou moins, l'affaire *Morrison*, en remettant

253. Voir globalement une perspective d'internationaliste qui toutefois replace l'*amicus curiae* dans sa matrice historique, S. Menetrey, *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural?*, thèse, Université Laval Québec, Université Panthéon-Assas, 2009.

254. M. Martyniszyn, «Foreign States' *Amicus Curiae* Participation in US Antitrust Cases», *The Antitrust Bulletin*, 2016, vol. 61, n° 4, p. 611-642.

255. Kr. E. Eichensehr, «Foreign Sovereigns as Friends of the Court», *Virginia Law Review*, vol. 102, 2016, p. 289-366; M. Godi, «A Historical Perspective on filing by Foreign Sovereigns at the US Supreme Court : *Amici or Inimici Curiae?*», *Yale Journal of International Law*, vol. 42, n° 2, 2017, p. 409-443.

256. M. Martyniszyn, *loc. cit.*, p. 38.

257. *Ibid.*

258. P. Mayer, *loc. cit.*, p. 14.

au goût du jour le principe de la présomption contre l'extraterritorialité des lois du Congrès, montre qu'il ne revient pas aux tribunaux de définir les termes généraux de leur propre compétence internationale même s'il leur appartient de déterminer dans chaque espèce qui l'exige, leur compétence internationale. Cette faculté appartient à l'Etat et l'on ne doit pas la confondre non plus, toujours selon P. Mayer, avec les compétences législatives. Au vu des éléments que nous venons de relever, chercher à conforter la réalité de principes de droit international public sur la base de la pratique interne, relevant du droit international privé, peut ne pas être pertinente d'autant plus que les règles de compétence étatique influencent les règles de compétence internationale des tribunaux ²⁵⁹.

Il y a en effet un risque de développer un raisonnement circulaire. L'analyse des *amicus curiae* peut permettre d'éviter cet écueil alors que la saisine des juridictions internes par les Etats étrangers peut encore être interprétée en elle-même dans le sens d'un choix en faveur d'une résolution politique du différend. Pendant longtemps, les *amicus curiae* ont été transmis par le canal diplomatique. C'est à partir de 1978 que la Cour suprême américaine a demandé aux Etats étrangers de soumettre directement leurs mémoires suivant la procédure normale ²⁶⁰. Si les Etats ont toujours entendu donner leur point de vue dès lors qu'ils jugent problématique la mise en œuvre du droit américain, il s'agissait de passer par les autorités diplomatiques à charge pour elles de le transmettre à la juridiction compétente dans une affaire donnée ²⁶¹. Entre 1978 et 2013, quarante-six mémoires d'*amicus* ont été soumis par des Etats étrangers ainsi que l'UE et le Conseil de l'Europe ²⁶² que l'on a regroupés en différentes catégories. La catégorie qui nous intéresse a trait à la problématique de l'extraterritorialité du droit américain. Il nous semble qu'il y a dans ce cadre une volonté d'attirer l'attention d'un Etat sur la portée disproportionnée de ses dispositions nationales du fait de l'action de son organe législatif ou de l'action de ses organes juridictionnels. L'invitation à un dialogue que laissent supposer ces mémoires est étayée par le fait que l'Etat dont la juridiction est contestée par les autres Etats peut présenter de lui-même un mémoire d'*amicus curiae*. C'est ainsi que, comme nous l'avons dit, les Etats-Unis soumettent des mémoires d'*amicus curiae* lorsque se pose la question de l'extraterritorialité du droit américain devant leurs tribunaux. Il arrive que leur position aille à l'encontre de l'extraterritorialité de leur législation comme dans l'affaire *Kiobel*. Au-delà de cet aspect politique de la soumission de l'*amicus curiae*, les méthodes utilisées par les juges internes pour trancher les conflits que couve

259. P. Mayer, *loc. cit.*, p. 23.

260. Cela afin d'obtenir le consentement par écrit des parties concernées avant de soumettre le mémoire ou, si une partie refuse, d'y consentir de faire une requête auprès de la cour aux fins de soumettre un mémoire.

261. K. E. Eichensehr, *loc. cit.*, p. 297-302.

262. *Ibid.*, p. 306 ss.

l'extraterritorialité du droit, accordent une grande importance aux arguments politiques.

D. Le réalisme des juridictions internes : le sens de leur attrait

Le fait que des Etats étrangers portent à la connaissance d'une juridiction américaine leur intérêt dans une affaire qu'elle entend juger, peut laisser supposer que le droit international public sera évoqué à l'appui de leur point de vue. Mais cela ne préjuge pas du fait que ce soit sur la base du droit international public que l'affaire sera tranchée. C'est le *comity* ou la courtoisie internationale qui sert de fondement à la limitation des compétences internationales des juridictions américaines²⁶³. Il est un principe de droit international privé que l'on présente comme servant de connexion entre le droit international privé et le droit international public aux fins d'atténuer le modèle de la territorialité issu du système westphalien²⁶⁴. Alors que, comme nous l'avons dit, C. Ryngaert a démontré que le concept n'existe pas à proprement parler dans les systèmes de droit continental, d'autres auteurs, s'appuyant sur la thèse de Ulric Huber, considèrent qu'il est au même titre que la souveraineté territoriale «un principe réellement international»²⁶⁵. Il s'agirait pour ces auteurs d'un

«axiome universel, inhérent par son apport pragmatique à l'architecture du système interétatique, jouant un rôle décidément normatif, exigeant le respect et l'octroi d'effets aux droits étrangers, à moins qu'ils ne heurtent l'ordre public du *for*»²⁶⁶.

On ne perçoit pas sur la base de cette définition sa vocation limitative que nous évoquions. En réalité, le *comity* est également un concept de diplomatie que les Etats utilisent pour exiger le respect mutuel de leurs intérêts dans les affaires judiciaires qui les concernent. Si cela implique globalement pour les Etats de limiter la portée de leurs lois, cela implique pour les tribunaux d'un Etat d'exercer raisonnablement leur compétence en rapport avec le respect de la souveraineté des autres Etats²⁶⁷. Le *comity* aurait évolué d'un concept d'extraterritorialisation des lois des Etats à sa version moderne d'un concept de limitation de l'extraterritorialité du droit²⁶⁸. Autrement dit, la première version du concept a été utilisée par la doctrine de droit international privé de tradition de droit continental pour établir les fondements du droit international privé.

263. G. Beyea, *loc. cit.*, p. 145 ss.

264. D. Holloway, T. Schultz, 2011, *loc. cit.*, p. 866.

265. D. Holloway, T. Schultz, 2012, *loc. cit.*, p. 584.

266. *Ibid.*, p. 584.

267. C. Ryngaert, *op. cit.*, p. 136 ss.

268. *Ibid.*, p. 138.

Il s'agissait donc de trouver les justifications au fait que les Etats acceptent de donner effets aux lois et décisions de justice étrangères sur leur territoire. La seconde version est propre au système juridique américain où le concept est présenté comme un principe coutumier imposant aux tribunaux de limiter leur compétence internationale pour ne pas empiéter sur les prérogatives souveraines des Etats.

C'est dans ce dernier sens que les tribunaux américains l'utilisent au même titre que d'autres outils, en l'occurrence la présomption contre l'extraterritorialité et le *forum non conveniens*, pour éviter les litiges transnationaux²⁶⁹. Si ces outils servent à une autolimitation des tribunaux dont la tendance serait à « l'isolationnisme » selon certains auteurs²⁷⁰, on sait que ces principes visent à garantir la séparation des pouvoirs et éviter les tensions politiques entre les Etats. Dans cette dernière perspective, s'agissant par exemple du *forum non conveniens*, alors que dans les différents Etats où cette doctrine s'applique le juge pouvait originellement soulever cette exception au regard du caractère vexatoire ou abusif d'un recours²⁷¹, il est aujourd'hui utilisé en procédant aux *balancing of interests*. L'on met en balance les avantages/inconvénients et intérêts privés/intérêts publics en jeu. Le juge doit, à cet égard, se demander si dans le souci d'une bonne administration de la justice, dans l'intérêt des demandeurs et au regard des intérêts des Etats en jeu, il n'est pas judicieux de laisser aux tribunaux d'un autre Etat le soin de trancher le différend²⁷². Alors que cette technique est appliquée plus généralement par les tribunaux américains dans le cadre du *comity*²⁷³, la mise en balance des intérêts privés et les intérêts des Etats doit se faire même dans le cas où les Etats n'interviennent pas directement dans la procédure²⁷⁴. Si on peut supposer ce dernier objectif difficile à atteindre, la soumission des *amicus curiae* a le mérite d'attirer l'attention du juge sur les enjeux politiques liés à l'extraterritorialité d'une règle. Et il est bien connu que les juridictions américaines évitent d'inférer dans la politique extérieure des Etats-Unis qui relève de la compétence du Congrès et du Président. Il reste que le conflit de compétence sera tranché hypothétiquement sur la base d'intérêts politiques. On peut comprendre les

269. P. K. Bookman, « Doubling Down on Litigation Isolationism », *AJIL*, 110 (2016), p. 57-61.

270. *Ibid.*, voir également M. Godi qui estime que la vision du Président Trump va accentuer l'isolationnisme des tribunaux américains, *loc. cit.*, p. 436.

271. Voir sur l'origine de la doctrine et son application dans les différents systèmes, S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », *Les Cahiers de droit*, 1995, p. 913-951.

272. On prend ainsi en compte du point de vue des parties, le coût de la procédure, l'administration des preuves, l'exécution du jugement, la présence des témoins. Sous l'angle des intérêts publics, la question de coût reste prise en compte, mais c'est surtout l'encombrement des tribunaux de l'Etat saisis qui serait déterminant; I. Moulier, *loc. cit.*, p. 154-155.

273. M. Bagheri et M. J. Ghanbari Jahromi, *loc. cit.*, p. 417.

274. C. Ryngaert, *op. cit.*, p. 156 ss.

auteurs qui appellent de leur vœu une méthode «with an international legal character, rather than simply relying on discretionary powers in considering foreign interests»²⁷⁵. Mais cette suggestion ne va pas dans le sens de l'intérêt des Etats.

Paragraphe 2 **L'intérêt des Etats pour une appréciation subjective de l'extraterritorialité**

A partir des arguments avancés par les Etats dans le cadre des mémoires d'*amicus curiae* qu'ils soumettent à la Cour suprême des Etats-Unis, nous pouvons affirmer qu'il n'y a pas que des arguments juridiques qui sont invoqués à l'appui de leur demande (A). En les couplant avec la pratique de l'extraterritorialité par les Etats, nous pourrions même avancer l'idée que la finalité de la mesure extraterritoriale (B) ainsi que son auteur (C) sont des éléments déterminants de son appréciation par les Etats.

A. L'absence d'une appréciation uniforme de l'extraterritorialité

Comme nous l'avons dit, les *amicus curiae* des Etats peuvent potentiellement servir à identifier les règles existantes ou les nouvelles règles devant encadrer la compétence extraterritoriale des Etats. Une étude consacrée aux *amicus curiae* soumis dans le cadre de l'*ATS* a permis de mettre en lumière quatre catégories d'arguments : «legal objections (international and domestic); foreign policy objections; economic and legal development objections, commercial and practical objections»²⁷⁶. Une autre étude plus globale a permis de mettre en lumière trois catégories d'arguments : *international facts*, *international law* et *foreign law*²⁷⁷. Suivant cette dernière catégorisation, la première catégorie renvoie aux arguments tendant à attirer l'attention de la Cour suprême sur la répercussion internationale de sa décision. Dans ce sens, des Etats relèvent qu'en donnant effet extraterritorial au droit américain, ils seront privés de leur faculté à régir la même matière et qu'en conséquence ils ne seraient pas en mesure de reconnaître sa décision sur leur propre territoire. La deuxième a trait aux engagements internationaux auxquels les Etats-Unis ont souscrit ainsi qu'aux principes coutumiers dont il importe de faire respecter la substance et suivant la bonne interprétation que ces Etats suggèrent. Quant à la

275. M. Bagheri et M. J. Ghanbari Jahromi, *loc. cit.*, p. 420.

276. *State positions on the use of extraterritorial jurisdiction in cases of allegations of business involvement in severe human rights abuses: a survey of amicus curiae briefs filed by States and State agencies in ATS cases (2000-2015)*, OHCHR, *Working paper*, avril 2015, p. 5.

277. K. E. Eichensehr, *loc. cit.*, p. 312 ss.

dernière catégorie d'arguments, elle consiste à exposer les règles internes des Etats pour ainsi relever que l'extraterritorialité du droit américain peut affecter leur application ou encore pour souligner que ces règles sont substantiellement différentes ou comparables au droit américain. Dans les deux types de catégorisation, nous voyons bien que certains arguments apparaissent comme des éléments factuels ou conjoncturels que l'on peut catégoriser comme étant des arguments politiques. Ces derniers arguments ressortent par exemple de l'étude sur l'*ATS* qui a mis en lumière entre autres que certains Etats contestent l'extraterritorialité en matière de droits de l'homme sur la base du fait qu'elle peut affecter leur objectif de développement économique²⁷⁸.

Ce qui précède, confirme, tout d'abord, l'intuition dont nous avons déjà fait cas en exposant la thèse de C. Ryngaert sur l'utilisation raisonnable. On doit bien distinguer les principes intrinsèques des principes extrinsèques aux règles de compétence extraterritoriale. Il reste toutefois difficile de hiérarchiser ces deux pôles d'arguments qui se dégagent du raisonnement des Etats. Ensuite, les arguments que nous qualifions de politiques, comme nous l'avons vu avec l'arrêt de la CIJ sur les exceptions préliminaires dans l'*Affaire des biens mal acquis*, peuvent être soutenus par des principes bien connus du droit international public, comme celui de la non-intervention, que C. Ryngaert a voulu enfermer dans le cadre du principe de l'utilisation raisonnable des compétences extraterritoriales. Même si nous estimons comme lui que ce dernier principe n'existe pas en droit international public, il peut être vu à notre sens comme un simple principe d'art politique englobant d'autres principes de droit international public. L'essentiel est qu'il existe de nombreux principes du droit international public qui peuvent potentiellement limiter la compétence extraterritoriale des Etats en l'absence de principes intrinsèquement limitatifs de cette compétence. On peut donc définitivement inscrire la problématique de l'extraterritorialité dans une perpétuelle dialectique²⁷⁹ entre un principe permissif de l'ordre juridique international et d'autres principes limitatifs de ce même ordre juridique.

Pour autant, les principes limitatifs ne demeurent pas moins poreux aux considérations politiques. Également, la problématique ne peut être analysée invariablement en termes d'opposition entre un groupe d'Etats qui exerceraient une compétence extraterritoriale problématique et le groupe de ceux qui contestent cette compétence. D'emblée, il y a lieu de préciser que s'il a été constaté que les mémoires d'*amicus curiae* soumis par les Etats étrangers dans une même affaire vont habituellement dans le même sens de la contestation de l'extraterritorialité, il n'est pas exclu, comme dans l'affaire

278. OHCHR, *Working paper*, loc. cit., p. 5 ss.

279. Voir toujours sur les théories critiques du droit international R. Bachand qui expose la théorie de trois auteurs qui conçoivent ainsi le droit international. Il faut voir plus particulièrement la thèse de Koskenniemi.

Kiobel où l'Argentine s'est démarquée du groupe d'Etats, que les Etats aient des points de vue divergents²⁸⁰. Il n'y a pas ensuite de séparation étanche entre ces deux groupes d'Etats. Ceux qui contestent l'extraterritorialité, c'est-à-dire globalement les Etats européens, l'exercent également dans d'autres contextes alors que ceux qui exercent la compétence extraterritoriale, en l'occurrence les Etats-Unis, ne cherchent pas moins à être raisonnables dans certains contextes, voire à trouver un consensus sur l'exercice de leur compétence extraterritoriale. La matière sur laquelle porte l'extraterritorialité est sans doute déterminante dans son appréciation autant par le premier groupe d'Etats que par le second.

B. La finalité de la mesure, un élément déterminant de son appréciation

Une piste pour rendre intelligible le comportement des Etats est offerte par l'UE dans l'*amicus curiae* qu'elle a soumis dans l'affaire *Kiobel* devant la Cour suprême américaine. Elle estimait qu'il fallait différencier la compétence pénale universelle de la compétence civile universelle²⁸¹. Par la voix de la Commission européenne, l'UE a soutenu que les Etats-Unis ne peuvent exercer de compétence extraterritoriale en matière civile qu'à deux conditions : soit le défendeur est américain, soit les intérêts fondamentaux américains sont en jeu. Elle continue en soutenant que les Etats-Unis peuvent toutefois exercer une compétence civile universelle en l'absence de lien de rattachement à la condition que soient en cause des faits de violations les plus graves du droit international. De plus, ils ne peuvent exercer cette compétence qu'à la condition que des recours internes aient été exercés par les victimes et qu'il n'y ait pas de *for* alternatif pour ces dernières²⁸². Si l'UE distingue donc le régime de la compétence civile universelle de celui de la compétence pénale universelle, nous avons bien montré qu'en fonction de l'Etat qui a le sentiment de subir les mesures extraterritoriales, les deux types de compétences étaient problématiques. Il reste que cette appréhension de l'extraterritorialité par l'UE a le mérite de montrer qu'il y a une logique de différenciation qui opère potentiellement pour distinguer l'extraterritorialité conforme au droit international public de celle qui ne le serait pas. Cela reste donc à vérifier à la lumière des catégories que nous avons identifiées dès le départ en nous basant sur la finalité des normes extraterritoriales.

280. K. E. Eichensehr, *loc. cit.*, p. 305.

281. *Brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of neither party*, 13 juin 2012, en ligne, www.supremecourtpreview.org.

282. *Brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of neither party*, *loc. cit.*

Dans le cadre des normes visant à réguler la globalisation, le droit antitrust est particulièrement intéressant parce qu'il laisse supposer l'existence d'un consensus. Dans ce sens, dans les années quatre-vingt-dix où les autorités américaines ont multiplié les poursuites contre des entreprises étrangères pour violation du droit antitrust américain, il y a eu des protestations sous diverses formes contre ce que l'on avait également vu comme une forme d'hégémonie américaine. Mais la tendance des *amicus curiae* des Etats étrangers contestant la portée extraterritoriale du droit antitrust américain s'est considérablement estompée parce qu'il y aurait une convergence au niveau international sur la nécessité de lutter contre les comportements anticoncurrentiels au moyen de dispositions extraterritoriales²⁸³. Comme nous l'avons dit, un ordre concurrentiel extraterritorial de l'UE s'est constitué sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui est allée jusqu'à poser le principe de l'imputation extraterritoriale des actes d'une filiale européenne à la société-mère étrangère²⁸⁴. Cela n'a pas empêché certains auteurs d'estimer vers la fin des années 1990 qu'il n'y a pas véritablement de consensus²⁸⁵. On ne peut que leur donner raison dans une certaine mesure puisqu'en réalité l'opinion des Etats serait passée d'une revendication de compétence exclusive dans le domaine concurrentiel à une revendication en faveur d'une prise en compte de leurs intérêts respectifs dans le cadre d'une compétence concurrente dans ce domaine²⁸⁶. A l'évidence, il y a des intérêts politiques qui sont en jeu²⁸⁷ parce que certaines pratiques anti-concurrentielles pouvant être sanctionnées à l'étranger sont tolérées par des Etats dans leurs juridictions. Certaines opérations peuvent, dans le même sens, avoir été validées par les autorités de concurrence d'un Etat alors qu'elles peuvent potentiellement avoir un impact sur le marché d'autres Etats. De plus, les dommages-intérêts prononcés aux Etats-Unis peuvent également considérablement affecter l'économie de certains Etats qui ne vont donc pas manquer de contester l'extraterritorialité du droit américain²⁸⁸. C'est ainsi que, comme le confirment quelques rares affaires récentes, on a estimé que la tendance des Etats étrangers à soumettre des mémoires d'*amicus curiae* ne va pas totalement disparaître dans le domaine de l'*antitrust*²⁸⁹.

283. M. Martyniszyn, *loc. cit.*

284. CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-48/69, *Recueil*, p. 621 ; CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*, affaire C-6/72, *Recueil*, p. 21.

285. S. K. Mehra, « Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Myth of International Consensus », *Duke j. Comp. & Int'l. L.*, 1999, p. 191-221.

286. M. Martyniszyn, *loc. cit.*, p. 22 ss.

287. S. K. Mehra, *loc. cit.*, p. 195 puis 211 ss.

288. M. Martyniszyn, *ibid.*

289. L'auteur donne l'exemple de l'affaire Motorola Mobility de 2014 où quatre pays ont soumis des mémoires, *ibid.*, p. 24 ss.

Le consensus autour d'une matière donnée n'épuise ainsi pas totalement le conflit inhérent à l'extraterritorialité comme le montre également le consensus global dans le domaine du numérique. Il y a clairement un clivage dans ce domaine entre la situation où la portée extraterritoriale de la loi vise à protéger les droits des citoyens d'un Etat donné à la protection de leurs données personnelles et celle où la portée extraterritoriale de la loi vise à accéder aux données numériques des citoyens d'un Etat donné. Dans le premier cas, dans le sillage du Règlement général pour la protection des données de l'UE ²⁹⁰, on voit une multitude de lois qui sont adoptées par les Etats et dont les effets extraterritoriaux ne sont pas contestés. A l'inverse, dans le second cas, l'affaire *Microsoft* a permis de mettre en lumière le rejet de cette forme d'extraterritorialité ²⁹¹. Dans cette affaire, les autorités américaines entendaient obtenir des informations contenues dans un téléphone portable dans le cadre d'une enquête judiciaire. Bien que les informations étaient stockées sur un serveur en Irlande du Nord, l'injonction adressée à *Microsoft* entendait l'obliger à fournir les informations aux autorités étatsuniennes. L'affaire a connu des rebondissements jusqu'à la Cour suprême où de nombreux Etats dont l'UE ont soumis des *amicus curiae* en soutien à *Microsoft* qui refusait de se plier à l'injonction. Si cette Cour n'a pas eu à se prononcer – car, avant qu'elle ne statue, le Congrès américain avait adopté une loi, le *Cloud Act*, obligeant les entreprises américaines à fournir les informations demandées dans le cadre d'une procédure judiciaire même si les données sont stockées à l'étranger –, le problème n'a pas pour autant été réglé comme le souligne le rapport Gauvain.

Ledit rapport estime que cette loi est «une étape supplémentaire de l'unilatéralisme extraterritorial américain» ²⁹². Il relève paradoxalement qu'un projet de règlement de l'UE, en l'occurrence le projet *E-evidence*, «prévoit des dispositions équivalentes à celles du *Cloud Act* avec une portée extraterritoriale explicite» ²⁹³. A leur décharge, on s'aperçoit que les auteurs du rapport craignent que cette tendance ne conduise à contourner les voies de la coopération et de l'entraide judiciaire habituellement utilisée pour obtenir des preuves à l'étranger et aboutisse à donner à un Etat étranger la possibilité d'obtenir le transfert massif de données sans aucun contrôle ²⁹⁴. Pour les auteurs

290. Voir notamment les articles 23 et 24 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

291. Th. Christakis, *Données, extraterritorialité et solutions internationales aux problèmes transatlantiques d'accès aux preuves numériques – avis juridique sur l'Affaire Microsoft Ireland (Cour suprême des Etats-Unis) (data, extraterritoriality and the need for international law solutions to transatlantic law enforcement issues legal opinion on the Microsoft Ireland Case (US Supreme Court))*, 29 novembre 2017. *The White Book : USA v. Microsoft : Quel Impact?, CEIS & The Chertoff Group White Paper* (2017).

292. Rapport Gauvain, *loc. cit.*, p. 32.

293. Voir le projet *e-evidence* de l'Union européenne.

294. Rapport Gauvain, *loc. cit.*, p. 33.

du rapport, « un accord global » serait un progrès « dans l'adaptation des lois et mécanismes d'échanges d'informations avec les réalités de l'enquête au XXI^e siècle »²⁹⁵. Il y a là l'expression d'une préférence politique en faveur du multilatéralisme dans un domaine. Cette préférence va affecter la perception de l'extraterritorialité dans ce domaine. Nous voyons bien que les objectifs politiques de différents ordres affectent la représentation de l'extraterritorialité. On peut toutefois tenter de systématiser le comportement des Etats vis-à-vis de l'extraterritorialité.

Nous estimons que, tout d'abord, le refus d'exercer une compétence extraterritoriale, en l'occurrence la compétence civile universelle, est l'expression d'une préférence politique comme le fait remarquer Laurence Dubin, qui estime que

« les législations américaines destinées à réglementer les activités étrangères des entreprises multinationales, participant de la diplomatie économique des Etats-Unis, visent davantage à préserver le marché américain – et à remédier aux externalités négatives générées par les activités étrangères des entreprises multinationales sur le marché américain – qu'à définir des normes de comportement universellement opposables aux entreprises multinationales afin de remédier aux externalités négatives qu'elles occasionnent à l'étranger »²⁹⁶.

Pour reprendre nos catégories, il y a une préférence pour les normes visant à réguler la globalisation que celles visant à sanctionner les crimes les plus graves. Autrement dit, les intérêts économiques prévalant sur les intérêts humanistes, l'extraterritorialité est moins problématique dans le premier cas que dans le second. Positivement, l'exercice de la compétence extraterritoriale est une préférence politique pour une matière donnée. Ensuite, dans le même ordre d'idées, l'exercice d'une compétence extraterritoriale est un choix politique exprimant une préférence pour l'unilatéralisme au détriment du multilatéralisme. S'il peut également s'agir d'une préférence pour le bilatéralisme, vu que dans le domaine numérique, les Etats-Unis n'entendent conclure des accords bilatéraux qu'avec les *qualifying foreign government*, c'est-à-dire les Etats qui ont un certain seuil de protection des droits de l'homme²⁹⁷, la considération de la personne joue certainement dans l'appréciation de l'extraterritorialité par les Etats.

C. La qualité de l'auteur de la mesure, un élément supplémentaire de son appréciation

Un des arguments de l'UE dans une affaire devant la Cour suprême des Etats-Unis vient conforter l'intuition que la qualité des personnes

²⁹⁵. *Ibid.*, p. 32.

²⁹⁶. L. Dubin, rapport introductif, *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque de la SFDI du 19 au 21 mai 2016, Paris, Pedone, 2017, p. 50.

²⁹⁷. Rapport Gauvain, *loc. cit.*, p. 31.

doit être prise en compte dans l'appréciation de l'extraterritorialité. Dans l'affaire *RJR Nabisco*, l'argument en question n'a pas prospéré parce que la Cour suprême, bien qu'ayant reconnu l'extraterritorialité de loi en cause sur le champ territorial des infractions qu'elle définissait, a refusé de reconnaître des effets extraterritoriaux aux dispositions de la loi ouvrant la voie à une action civile à toute personne qui aurait subi des dommages du fait de sa violation²⁹⁸. Elle réitérait, en l'espèce, la présomption contre l'extraterritorialité des lois du Congrès en ce qui concerne les dispositions de la loi relative à la compétence juridictionnelle des tribunaux américains. Elle relève pertinemment l'incohérence de l'UE qui, s'étant opposée dans d'autres affaires à l'ouverture du *for* américain en matière civile à des étrangers, entend soutenir en l'espèce l'extension de la compétence des tribunaux américains. Il faut relever que l'UE était demanderesse en son nom propre et au nom des Etats membres en raison des dommages prétendument subis du fait de la violation de la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. Pour l'UE, sa position était différente de celle des personnes privées, ce qui l'a conduit à contester par le passé la compétence des tribunaux américains. Elle se fondait sur sa nature publique ainsi que sur la défense de l'intérêt général qui motiveraient son action. C'est sur ce point qu'il est intéressant de revenir sur la pratique de déterritorialisation des personnes privées²⁹⁹ contre laquelle semble se soulever les Etats en contestant l'extraterritorialité dans certains cas de figure.

L'affaire *Morrison*, qui pour le rappeler encore une fois a consacré la présomption contre l'extraterritorialité des lois du Congrès, est intéressante parce qu'elle met en lumière les actions que l'on désigne aux Etats-Unis par le terme de *foreign-cubed action*³⁰⁰. Il s'agit d'une action où le demandeur n'est pas américain alors que la transaction en cause s'est déroulée sur un marché étranger avec une personne non américaine. Les actions dans le cadre de l'*ATS*, désignées comme des *foreign-cubed cases*³⁰¹, étaient également caractérisées par ces triples éléments d'extranéité qui vont donc justifier les différentes protestations des Etats étrangers que les autorités américaines ont prises en compte. Dans le même sens que les lois de compétence universelle qui ont été contestées³⁰², ces actions s'inscrivent dans la stratégie contentieuse de personnes privées qui entendent optimiser le système westphalien pour tirer avantage des différences entre les ordres juridiques sur le plan procédural ou substantiel.

298. Voir sur cette affaire, H. L. Buxbaum, «The Scope and Limitations of the Presumption against Extraterritoriality», *AJIL Unbound*, vol. 110, 2016, p. 62-67.

299. Voir *supra* nos développements sur la conceptualisation théorique de l'extraterritorialité.

300. G. Beyea, *loc. cit.*, p. 150 ss.

301. Th. Fleury Graff, «Présomption contre l'extraterritorialité de la compétence juridictionnelle nationale en matière de violations du droit international», *loc. cit.*, p. 19.

302. On doit remarquer concernant la loi belge que les ONG ont joué un rôle dans sa rédaction initiale et ont contribué aux frictions politiques liées à son utilisation; A. Bailleux, *loc. cit.*, p. 126 ss.

C'est cette stratégie, affectant à l'évidence leur souveraineté, que les Etats n'entendent pas tolérer en contestant l'extraterritorialité du droit américain. Dans une certaine mesure, les Etats-Unis adhèrent à cette appréhension de l'extraterritorialité parce qu'au lendemain de l'affaire *Morrison* restreignant la compétence internationale des juridictions américaines à l'égard des personnes privées, il a été relevé que les pouvoirs extraterritoriaux de la *Securities and Exchanges Commission* ont été renforcés³⁰³.

Si l'argument de la différenciation en fonction des personnes trouve donc sens, il opère autrement dans les rapports entre Etats. Pour percevoir sa signification dans la pratique actuelle des Etats, il y a lieu de relever que les régimes de capitulation étaient justifiés par l'idée que les Etats non occidentaux ne jouissaient pas de l'attribut de la souveraineté. L'expansionnisme territorial occidental s'était en effet fondé sur la catégorie « Etats civilisés » et « peuples non civilisés ou semi-civilisés »³⁰⁴, portée par une « rhétorique juridique »³⁰⁵ qui, en distinguant donc les Etats membres de la communauté internationale de ceux qui n'en faisaient pas partie, a justifié également l'expansionnisme juridique occidental. Mais la doctrine a, semble-il, été partagée entre les auteurs qui soutenaient que le régime de capitulation était justifié par la puissance des Etats occidentaux et ceux qui estimaient qu'il s'était construit autour de la catégorie « civilisation »³⁰⁶. Ces derniers ont pertinemment relevé les limites de la thèse des premiers en soulignant que les Etats d'Amérique latine ne s'étaient pas vu imposer ces régimes nonobstant les similitudes avec les Etats où ces régimes prévalaient. De plus, alors que des puissances occidentales moyennes comme la Belgique avaient pu bénéficier de ces régimes, des Etats dont la puissance n'était pas négligeable, comme l'Empire Ottoman, s'étaient vu refuser le droit d'extraterritorialiser leur droit au profit de leurs ressortissants. Ces éléments ont donc amené certains auteurs à estimer que « the categories of extraterritoriality were the categories of civilization : western versus non-western »³⁰⁷. Pour T. Kayaoglu, cette dernière approche ne permet pas de prendre en compte l'asymétrie de pouvoir opérant dans le processus normatif³⁰⁸. Selon lui, « norm-construction emerges simultaneously with categories of norm-exclusion »³⁰⁹. Ainsi, dans le même temps que la

303. Voir à ce propos H. Muir Watt, « Le champ d'application dans l'espace de la législation financière américaine – le serpent de mer de l'extraterritorialité », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2012, n° 6, dossier 31.

304. E. Tourme-Jouannet, *op. cit.*, 2016, p. 22 ; voir également E. Tourme-Jouannet, « Des origines coloniales du droit international : à propos du droit des gens moderne au XVIII^e siècle », dans *The Roots of International Law. Liber Amicorum Peter Haggenmacher*, Leiden, Boston, Brill, Nijhoff, 2014, p. 649-671.

305. Th. Graff, « L'entreprise impériale, commerce, souveraineté et Compagnie des Indes », *Droits*, 2018, p. 19.

306. T. Kayaoglu, *op. cit.*, p. 7 ss.

307. *Ibid.*, p. 9.

308. *Ibid.*, p. 10.

309. *Ibid.*

souveraineté devenait un critère d'appartenance à la communauté internationale au XIX^e siècle, les Etats occidentaux avaient établi les conditions auxquelles les Etats non-occidentaux, non-souverains, qui en étaient exclus, pouvaient devenir des Etats souverains à part entière. Cela allait passer par les réformes visant à épouser l'épistémé positiviste occidental.

Il reste que ce qu'il désigne par la *norm-exclusion* était justifiée par un ensemble de valeurs propres à l'Occident opérant toujours dans le système westphalien. Dans le contexte de l'extraterritorialité, ce sont les valeurs portées par la catégorie des droits de l'homme qui justifient l'extraterritorialité dans certains domaines. Il est bien important de relever que l'extension des compétences extraterritoriales de certains Etats, comme dans le cadre des régimes de capitulation, vise à protéger les prérogatives de leurs ressortissants en matière des droits de l'homme. Ainsi, dans le domaine du numérique, l'extraterritorialité est justifiée par la protection des données personnelles des ressortissants d'un Etat et plus largement de ceux qui y ont établi résidence. A l'inverse, si l'on s'oppose à l'exercice de la compétence extraterritoriale aux fins de protéger les droits de ceux qui relèvent de la juridiction d'Etats tiers, un des arguments qui ressort précisément de l'*amicus curiae* des Etats dans le cadre de l'*ATS* est de dire qu'il revient à ces derniers de protéger les droits de leurs ressortissants³¹⁰. Nous voyons bien que les droits de l'homme opèrent différemment pour justifier ou exclure l'extraterritorialité, mais opère dans l'affectation du droit à exercer des compétences extraterritoriales. Dans ce sens, comme entendent le faire les Etats-Unis dans le domaine des preuves numériques, en subordonnant l'extraterritorialité du droit à un seuil de respect des droits de l'homme, il ne s'agit pas moins d'amener les Etats tiers à adhérer aux valeurs américaines sous couvert des droits de l'homme. Il nous semble donc que les valeurs opèrent dans la construction des principes encadrant l'extraterritorialité. Mais elles ne sont qu'un argument de justification ou de contestation de l'extraterritorialité parmi tant d'autres.

D. Conclusion

Soutenir que l'extraterritorialité n'est pas conforme ou qu'elle est conforme au droit international public est une manière de se positionner par rapport à un domaine précis dans le cadre de sa politique extérieure car le concept a une vocation politique dont on peut l'épurer sans le vider de son sens et de son utilité. L'extraterritorialité est d'abord globalement un outil d'optimisation des frontières dans le système westphalien. Elle permet aux Etats de prendre acte du fait politico-historique qu'est la frontière tout en dépassant les limites qu'elle leur impose. Il s'agit également pour eux de tirer au besoin des avantages de l'existence des frontières en plaçant en

310. OHCHR, *Working paper*, loc. cit., p. 5 ss.

dehors de leur juridiction les choses ou les personnes qu'ils ne désirent pas. L'extraterritorialité est ensuite utilisée en fonction des finalités politiques diverses de chaque Etat. Elle peut même devenir, d'un point de vue conceptuel une pièce-maîtresse d'un projet politique visant à établir une nouvelle forme d'empire. C'est le fait qu'un groupe d'Etats ne partage pas la finalité que lui assigne un autre groupe d'Etats qui est contesté dans un cas précis. Le droit international public dispose certes de principes qui peuvent potentiellement fonder cette contestation, mais le conflit entre les deux positions est tranché suivant des logiques politiques. Cela confirme notre hypothèse selon laquelle l'extraterritorialité est un outil politique que les Etats n'ont pas intérêt à voir juridicisé au-delà du fait qu'elle n'est pas interdite par le droit international public.