



**HAL**  
open science

## Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'imperium sans dominium

Alina Miron, Bérangère Taxil

► **To cite this version:**

Alina Miron, Bérangère Taxil. Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme. L'imperium sans dominium. Extraterritorialités et droit international, Pedone, pp.15-56, 2020, 9782233009524. halshs-02863500

**HAL Id: halshs-02863500**

**<https://shs.hal.science/halshs-02863500v1>**

Submitted on 30 Sep 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Société Française pour le Droit International

**COLLOQUE  
D'ANGERS**

**EXTRATERRITORIALITES  
ET  
DROIT INTERNATIONAL**

Sous la direction de  
ALINA MIRON ET BÉRANGÈRE TAXIL

Editions PEDONE

13 rue SOUFFLOT

2020



341 EXT 2020

S.F.D.I. – COLLOQUE D'ANGERS

Cet ouvrage constitue les actes du 53<sup>ème</sup> colloque  
de la Société française pour le droit international  
qui s'est tenu à Angers  
les 23-24 mai 2019

Société française pour le droit international

*Présidents d'honneur*

Hubert THIERRY †

Jean-Pierre QUENEUDEC

Jean-Pierre COT

*Président*

Alain PELLET

© Tous pays, tous supports

Editions A. PEDONE – PARIS – 2020

I.S.B.N. 978-2-233-00952 4



## LES EXTRATERRITORIALITES, ENTRE UNILATERALISME ET MULTILATERALISME. L'IMPERIUM SANS LE DOMINIUM ?

Alina MIRON et Bérangère TAXIL

Professeures à l'Université d'Angers

Loin d'être l'intermédiaire des forces prôné par Valéry<sup>1</sup>, avec l'extraterritorialité dans sa version contemporaine, le droit semble s'être mué en « une nouvelle arme de guerre économique »<sup>2</sup> et diplomatique, en un outil d'« obéissance mondialisée »<sup>3</sup>, pour paraphraser les titres de deux ouvrages grand public qui traduisent l'esprit du temps et des lieux face à une pratique qui ne cesse de se développer. Il est vrai que, ces dernières décennies, le droit américain a acquis une dimension universelle, à la faveur d'une politique agressive de projection normative et d'un zèle de *compliance* par les personnes privées, en particulier les sociétés transnationales. Les juristes européens et d'ailleurs n'ont jamais été autant versés dans le droit et les institutions américains : *OFAC*, *DoJ*, *deferred prosecution agreements* nous sont devenues des notions familières, et ce n'est pas seulement par curiosité intellectuelle... Mais cette vision de l'extraterritorialité, comme étant l'arme juridique privilégiée de l'unique hyperpuissance du début du XXI<sup>ème</sup> siècle, n'est-elle pas l'expression d'un biais européen, induit par le fait que certains fleurons de l'économie européenne sont devenus la cible privilégiée de l'extraterritorialité américaine ? De ce côté-ci de l'Atlantique, ne pêche-t-on par subjectivité, en oubliant que l'Union européenne et ses Etats membres pratiquent également une certaine forme d'extraterritorialité, qui, sans être le calque de celle des Etats-Unis, se départit du sacro-saint principe de territorialité<sup>4</sup> ? Que celui qui n'a jamais péché par extraterritorialité jette la première pierre...

Du reste, une question plus fondamentale surgit : l'extraterritorialité est-elle autre chose que la traduction juridique du phénomène de globalisation économique, dans laquelle « le territoire, en tant que principal générateur de richesse, a été remplacé par le commerce, les marchés des capitaux et services et,

<sup>1</sup> P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, 2018, éd. Books on Demand, p. 40.

<sup>2</sup> A. LAIDI, *Le droit nouvelle arme de guerre économique. Comment les Etats-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Actes Sud, 2019, 336 p.

<sup>3</sup> A. GARAPON et al. (dir.), *Deals de justice : Le marché de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013, 200 p.

<sup>4</sup> V. par exemple le très récent ouvrage de relations internationales d'A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, 2020, Oxford University Press, 424 p. ou encore M. CREMONA et J. SCOTT (dir.), *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, 2019, Oxford University Press, 272 p.

ces dernières décennies, par les technologies de l'information »<sup>5</sup> ? Autrement dit, l'extraterritorialité ne serait-elle pas un outil incontournable à l'ère de la mondialisation, de l'interdépendance économique, des communications et des échanges dématérialisés ? En tant que vecteurs de puissance économique, les entreprises multinationales deviennent des objets particulièrement convoités. Faute de pouvoir se les approprier, comme ils le faisaient jadis avec les territoires, les Etats essaient de les soumettre à leurs ordres juridiques internes. En somme, l'*imperium* sans le *dominium*...

Il est d'autant plus difficile de s'y entendre que les perceptions et les définitions juridiques de l'extraterritorialité sont équivoques. L'approche juridique classique considère l'extraterritorialité comme une exception au principe de territorialité, donc à la quintessence même du concept westphalien d'Etat souverain<sup>6</sup>. Ainsi, le *Dictionnaire de droit international public* définit l'extraterritorialité comme une « situation dans laquelle les compétences d'un Etat (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit Etat »<sup>7</sup>. Dans cette optique, tous les autres titres de compétence, pourtant incontestés à l'instar du titre personnel, sont porteurs d'extraterritorialité. Pour reprendre le constat de la Juge Rosalyn Higgins,

« [I]logically, all exercises of jurisdiction that are not based on the territoriality principle are exercises of extraterritorial jurisdiction. The nationality principle, by which states in certain circumstances make their criminal law applicable to nationals abroad, is an extraterritorial form of jurisdiction »<sup>8</sup>.

Puisque le titre de compétence personnelle est reconnu de longue date, certains auteurs préfèrent réserver le terme d'extraterritorialité aux manifestations de l'autorité étatique en l'absence de tout titre traditionnellement reconnu sur le plan international<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> A. EIFFINGER, « Diplomacy », in B. FASSBENDER and A. PETERS (dir.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, Oxford, Oxford University Press, p. 813 (notre traduction).

<sup>6</sup> Selon la formule limpide de P.-M. DUPUY : « On s'accorde généralement à faire remonter aux traités de Westphalie de 1648 [...] la naissance d'une conception moderne de l'Etat souverain, articulée sur les principes de territorialité et d'égalité : chacun possède désormais l'exclusivité et la généralité des compétences à l'intérieur de son propre territoire, dans les mêmes conditions que tous les autres Etats, quelle que soit sa taille ou sa puissance réelle. » (P.-M. DUPUY, « Quelques réflexions sur les origines historiques de l'ordre juridique international », in P.M. DUPUY et V. CHETAIL (dirs.), *The Roots of International Law / Les fondements du droit international*. Liber Amicorum Peter Hagenmacher, 2014, Brill-Martinus Nijhoff, pp. 399-400).

<sup>7</sup> J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, 2001, Bruylant, p. 491. Dans le même sens, J. ZERK : « Extraterritorial jurisdiction refers to the ability of a state, via various legal, regulatory and judicial institutions, to exercise its authority over actors and activities outside its own territory. » (*Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, A Report for the Harvard Corporate Social Responsibility Initiative to Help Inform the Mandate of the UNSG's Special Representative on Business and Human Rights, June 2010, Working Paper n° 59, p. 13, disponible en ligne à l'adresse : [http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper\\_59\\_zerk.pdf](http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/publications/workingpaper_59_zerk.pdf)).

<sup>8</sup> R. HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 56.

<sup>9</sup> V. par exemple T. PUTNAM : « Judicial extraterritoriality, by contrast, is characterized by direct assertions of domestic legal authority over conduct and persons outside the state, often without the prior consent or cooperation of foreign governments. » (*Courts Without Borders: Law, Politics, and*

Que ce soit dans son acceptation extensive ou restrictive, l'extraterritorialité est donc jaugée à l'aune de la théorie des compétences, la première condition de sa licéité internationale résidant dans l'existence d'un titre pour l'Etat à régir une situation localisée en territoire étranger ou dans les espaces internationaux. Ainsi formulée, la problématique centrale relative à l'extraterritorialité élude certes le débat existentiel qui anime la théorie des compétences depuis l'arrêt *Lotus* de la Cour permanente de Justice internationale<sup>10</sup>. La Cour devait déterminer, selon la formule synthétique de Prosper Weil, si

« les Etats ont [...] tous les pouvoirs que le droit international ne leur retire pas, ou [s'ils] ne détiennent [...] que les compétences que le droit international leur confère[.] En d'autres termes, la donnée première est-elle la souveraineté des Etats, que le droit international a pour fonction de limiter, ou bien la donnée première est-elle le droit international, les Etats ayant seulement les compétences que le droit international leur attribue et qu'ils exercent sur habilitation ou délégation du droit international ? Faut-il parler de 'souveraineté', ou bien de simples 'compétences' de l'Etat ? »<sup>11</sup>.

L'arrêt déclencha une véritable tempête doctrinale, dont les échos ne se sont pas complètement éteints<sup>12</sup>, mais qu'on se gardera bien de rallumer<sup>13</sup>. Les positions des Etats justifient ce pragmatisme, mêmesi elles ne manquent pas d'ambiguïté. En effet, ceux qui pratiquent l'extraterritorialité excipent généralement d'un titre à agir, ce qui en soi pourrait être vu comme un endossement de l'approche permissive et d'une légitimation nécessaire des compétences étatiques par le droit international. En outre, les titres invoqués sont ceux traditionnellement reconnus et inférés à partir des éléments constitutifs de

---

*U.S. Extraterritoriality*, Cambridge University Press, 2016, p. 7) ; « "extraterritorial jurisdiction" has come to have a discrete meaning of its own, over and above nationality, protective, and passive-personality jurisdiction. It has come to mean a much more controversial claim—namely, to be able to exercise jurisdiction over persons abroad (even non-nationals) for acts occurring abroad, which were intended to have, and did indeed have, significant harmful effects within the territory asserting jurisdiction » (R. HIGGINS, *ibid.*, p. 56).

<sup>10</sup> CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)*, Série A, n° 10.

<sup>11</sup> P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité » : Cours général de droit international public, *RCADI*, 1996, pp. 210-211.

<sup>12</sup> Le colloque de Rennes de la SFDI de 2005, portant sur *Les compétences de l'Etat en droit international*, s'en faisait l'écho, puisque on remarque, dès sa Présentation, une oscillation entre l'approche permissive et l'approche prohibitive (G. CAHIN, E. LAGRANGE, F. POIRAT, « Présentation », in SFDI, Colloque de Rennes, *Les compétences de l'Etat en droit international*, 2006, Pedone, p. 5). Le rapport d'E. Lagrange, lors du même colloque, débute aussi avec l'analyse de l'arrêt (E. LAGRANGE, « Rapport sur les titres de compétence », in *ibid.*, p. 97).

<sup>13</sup> V. la discussion entre J. Salmon et F. Rigaux à l'IDI : « La querelle sur l'arrêt du *Lotus* [...] me paraît sans issue, car elle est métajuridique. Ceux qui estiment que les Etats ne limitent leur souveraineté que par des accords ne pourront jamais accepter la thèse que l'Etat ne peut exercer de compétences que s'il y est "habilité" par l'ordre juridique international » (IDI, Session de Berlin, *Annuaire*, vol. 68-1, 1999, p. 419.) La Juge Higgins appelle également à dépasser ce débat : « Although I am not unsympathetic to the exercise of extraterritorial jurisdiction over certain conduct, I do feel that one cannot read too much into a mere dictum of the Permanent Court. This is, for me, another example of the futility of deciding law by reference to an unclear dictum of a court made long years ago in the face of utterly different factual circumstances. We have better ways of determining contemporary international law » (R. HIGGINS, *op. cit.* note 8, p. 56). Les auteurs du présent rapport se retrouvent pleinement dans cette position pragmatique.

l'Etat<sup>14</sup>. Sont ainsi consensuels le titre territorial, le titre personnel et le titre relatif à protection des intérêts fondamentaux de l'Etat, (que la doctrine française nomme aussi titre relatif aux services publics<sup>15</sup> ou à la compétence matérielle ou réelle<sup>16</sup> et qu'on désigne en anglais par l'expression *protective principle*). A ceux-ci s'ajoute aujourd'hui le titre international, qu'il soit conventionnel ou coutumier.

Cela étant, les Etats élargissent considérablement le catalogue des liens du rattachement et ce au nom d'un pouvoir discrétionnaire à déterminer l'étendue de leur compétence. Sans une qualification des liens de rattachement acceptables, la théorie des compétences ne fournit qu'une réponse fragmentaire au défi de l'extraterritorialité. Car à moins de vider de tout sens le concept même de titre, on doit s'interroger aussi sur les liens de rattachement à même de l'étayer. Faute de critères coutumiers objectifs pour identifier les liens de rattachement acceptables, on peut *a minima* discerner les principes directeurs qui devraient guider les Etats dans leur détermination discrétionnaire. Partant, on pourrait rajouter une troisième définition de l'extraterritorialité comme désignant une compétence fondée sur un des titres traditionnels, mais dont les liens de rattachement retenus manquent de caractère substantiel ou effectif. En outre, les titres à agir sont souvent pluriels et concurrents ; l'extraterritorialité suppose d'ailleurs par essence un pluralisme des compétences étatiques. Or l'autre faiblesse majeure de la théorie des compétences est de ne pas avoir identifié de principes clairs de priorité ou de prévalence d'un titre sur l'autre. C'est une faille d'autant plus ennuyeuse que les heurts de l'extraterritorialité viennent non seulement de l'extension de l'*imperium* de certains Etats au détriment d'autres, mais aussi de l'exercice concomitant de leur *imperium* par plusieurs Etats à l'égard de la même situation juridique, les justiciables s'estimant alors pris au piège. Ainsi, la théorie classique des compétences reste une grille de lecture pertinente, mais insuffisante pour l'encadrement juridique de l'extraterritorialité, surtout celle à visée hégémonique.

Une approche historique de l'extraterritorialité permet à peine mieux de saisir les contours de cette notion ancienne, mais évolutive. Jusqu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle, l'expression désignait des dérogations à la plénitude et à l'exclusivité des compétences de l'Etat territorial<sup>17</sup>. On y incluait le régime des ambassades, mais aussi les franchises de quartiers, les comptoirs, ou encore les capitulations, autant de privilèges fondés sur la protection des nationaux à l'étranger et donc sur la compétence personnelle<sup>18</sup>. Exception faite des

<sup>14</sup> V. sur ce point J. BASDEVANT, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 58, 1936, pp. 595-596 ; pour un résumé et une contestation nuancée, v. E. LAGRANGE, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.* note 12, pp. 109-113.

<sup>15</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 391.

<sup>16</sup> A.-M. LA ROSA, *Dictionnaire de droit international pénal*, Graduate Institute Publications, 1995, p. 9.

<sup>17</sup> Sur les origines historiques du concept, qui semblent remonter à Grotius dans son analyse des immunités des ambassadeurs, et ses liens avec le concept westphalien de territorialité, v. T. PUTNAM, *op. cit.* note 9, pp. 16-20.

<sup>18</sup> Telle est l'approche retenue au début du XX<sup>ème</sup> siècle dans deux des cours à l'Académie de droit international (A. HEYKING, « L'extraterritorialité et ses applications en Extrême-Orient », *RCADI*, vol. 7, 1925, pp. 241 et s. ; G. KEETON, « Extraterritoriality in International and Comparative Law », *RCADI*, vol. 72, 1948, pp. 287 et s.).

immunités, cette extraterritorialité historique a été balayée au nom de la reconquête de la plénitude de leur souveraineté territoriale par les Etats asiatiques non colonisés comme la Chine, le Japon ou le Siam<sup>19</sup>. Il importe toutefois de souligner qu'elle était techniquement fondée sur des règles de droit international coutumier (ex : les immunités des ambassades) ou conventionnel (ex : les privilèges établis par le biais des traités inégaux, qui dérogeaient cependant au principe de réciprocité<sup>20</sup>). En cela, l'extraterritorialité historique se distingue de l'extraterritorialité moderne, qui est souvent unilatérale dans le fond, comme dans la nature des actes qui en sont l'expression juridique. Au-delà de leurs différences évidentes, l'extraterritorialité du passé et celle du présent partagent néanmoins certaines constantes : toutes deux sont des outils de projection de la puissance et, dans les deux cas, l'exportation de l'*imperium* d'un Etat repose sur les entités privées (dans le passé, les compagnies de commerce, actuellement les entreprises multinationales<sup>21</sup>). Loin d'être anecdotiques, ces constantes participent à la compréhension du phénomène : elles mettent en évidence le tango dialectique entre assertions unilatérales de puissance et processus multilatéral de consécration de l'extraterritorialité, ainsi que le rôle des personnes privées dans ce processus.

Tombé donc en désuétude avec la fin des traités inégaux et la codification du droit diplomatique et consulaire<sup>22</sup>, le terme d'extraterritorialité a regagné en visibilité avec l'adoption en 1996 des mesures coercitives états-uniennes à l'encontre de Cuba, de la Libye et de l'Iran, par le biais des lois *Helms-Burton* et *d'Amato-Kennedy*<sup>23</sup>. Cette résurrection n'est pas étrangère à une certaine perception européenne de l'extraterritorialité, comme étant l'outil par excellence de la diplomatie coercitive unilatérale. Cependant, à la même époque, l'extraterritorialité a aussi été promue comme un instrument de lutte contre l'impunité. On se souvient ainsi que dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, dans laquelle la Cour internationale de

<sup>19</sup> K. CASSEL, *Grounds of Judgment: Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, Oxford University Press, 2012, 272 p.

<sup>20</sup> Leur contenu est ainsi résumé par A. PETERS : « *The core feature of the historical unequal treaties was the establishment of an overtly nonreciprocal extraterritoriality regime. Nationals of the foreign treaty power were basically immune from local jurisdiction in criminal and also in civil matters. The foreigners were instead subordinated to the jurisdiction of consuls of their home country or special mixed institutions (Cassel). Details depended on the nationality of the parties to the proceedings. The foreign or mixed courts conducted proceedings in the language of the home country and applied Western law in procedure and substance. The extraterritoriality regime was not limited to litigation, but included the presence of foreign troops, the foreign administration of bureaucratic services, such as the customs, the postal service, tax agencies, and railways. In some instances, foreigners were also exempt from certain taxes* » (« Unequal Treaties », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, en ligne, § 13).

<sup>21</sup> Sur le rôle des compagnies de commerce comme « agents des empires », v. K. MILES, « "Uneven Empires", Extraterritoriality and the Early Trading Companies », in D.S. MARGOLIES (dir.), *The Extraterritoriality of Law: History, Theory, Politics*, Routledge, 2019 ; sur celui des entreprises multinationales actuelles, P. DEGHANI, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2018, pp. 21-26.

<sup>22</sup> La liste chronologique des ouvrages et articles consacrés au phénomène dans le catalogue de la Bibliothèque du Palais de la Paix rend bien compte de cette fluctuation de « mode » terminologique.

<sup>23</sup> Les lois dites « Helms-Burton » et « d'Amato-Kennedy » des 12 mars et 5 août 1996 (reproduites in *ILM*, vol. 35, p. 357-378 et 1273-1279, trad. française in *Documents d'actualité internationale*, 1996, n° 19, p. 674-689 et 778-782).



Justice a soigneusement évité de se prononcer sur la licéité de l'exercice d'une compétence universelle à l'égard de crimes de guerre et crimes contre l'humanité, certains juges ont tenu à noter que l'extraterritorialité avait gagné droit de cité en droit international et ont insisté sur son potentiel de justice en matière de droit international pénal<sup>24</sup>.

Cette distinction entre extraterritorialité de projection de la puissance et extraterritorialité de protection des valeurs<sup>25</sup> invite à s'intéresser davantage aux finalités de l'action normative et coercitive des Etats. Conspuée en tant qu'outil de défense des intérêts égoïstes, l'extraterritorialité est en effet généralement saluée lorsqu'elle vise à assurer la protection de valeurs communes qui obligent à la solidarité internationale (environnement, droits de l'homme, lutte contre l'impunité, etc.)<sup>26</sup>. Mais là encore, il serait difficile de porter un jugement de licéité sur l'extraterritorialité uniquement au regard des finalités d'une action extraterritoriale. A supposer que celles-ci puissent être établies avec certitude, leur appréciation est empreinte de subjectivité et de perspectivisme : toute extraterritorialité dérange lorsqu'elle est subie et arrange quand elle est pratiquée. Dès lors, si la prise en considération des finalités est pertinente, il faut se garder de tout manichéisme qui risquerait de fausser l'analyse.

Certaines formes d'extraterritorialité ont été consacrées internationalement (ainsi de l'extraterritorialité dans le domaine des droits de l'homme, qui a pour fonction de faire correspondre la projection des obligations juridiques à la projection de la puissance politique ou militaire en dehors du territoire étatique<sup>27</sup>), tandis que d'autres restent éminemment contestées (ainsi de l'extraterritorialité unilatérale de coercition, qu'on désigne à tort par le terme de « sanctions »<sup>28</sup>, qui heurte la souveraineté des Etats directement visés, mais aussi des tiers). En effet, s'il est internationalement établi, le consensus sur les valeurs et finalités d'intérêt commun se traduit d'ordinaire par l'adoption de règles qui consacrent un certain degré d'extraterritorialité. La multiplication des instruments conventionnels qui prévoient des compétences extraterritoriales, notamment en matière pénale, témoigne de cette tendance contemporaine à inscrire l'extraterritorialité dans le droit international. Dès lors, ce n'est pas seulement la finalité collective d'un acte extraterritorial qui importe, mais aussi la nature multilatérale du processus normatif dans lequel il est ancré.

<sup>24</sup> CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Rec. 2002, p. 3. Op. ind. commune Mme. Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, pp. 63-91.

<sup>25</sup> Terminologie empruntée à S. SUR, « La créativité du droit international. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 363, 2012, pp. 179-180.

<sup>26</sup> Mais là aussi, toute candeur semble malvenue, car « [t]he first critique often made of the extraterritoriality of human rights is that it enables domestic or regional human rights to apply to people who have not accepted those rights by ratifying the corresponding treaties, or contributed in any way to their elaboration » (S. BESSON, « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, p. 880).

<sup>27</sup> V. la contribution de Th. FLEURY-GRAFF dans cet ouvrage.

<sup>28</sup> L'expression de mesures coercitives unilatérales et sans doute plus adaptée. V. aussi la contribution d'A. TZANAKOPOULOS dans cet ouvrage.

Mais le multilatéralisme n'a jamais complètement apprivoisé l'hégémonisme. Quand on le croit vaincu, l'Empire contre-attaque de l'intérieur même de la République. Ainsi, les clauses conventionnelles de compétence, qui renvoient elles-mêmes aux titres à agir traditionnels, peuvent faire l'objet d'interprétations unilatérales particulièrement extensives, par le biais de l'adoption de liens de rattachement sans rapport véritable avec le titre invoqué. Certaines procédures américaines en matière de corruption montrent effectivement que l'extraterritorialité de projection peut se manifester au sein de l'extraterritorialité de protection. Face aux prétentions normatives unilatérales, les réactions des autres sujets de droit international sont elles-mêmes porteuses de normativité. Dans ce processus intersubjectif, l'absence d'opposition aux prétentions hégémoniques peut valoir acceptation de cette position juridique et cimenter encore plus la permissivité ou du moins la tolérance de l'ordre juridique international face aux formes les plus honnies d'extraterritorialité. L'importance des réactions des autres sujets du droit international est d'autant plus grande que l'on peut rarement compter sur le juge international pour trancher les questions de licéité des manifestations extraterritoriales – non seulement en raison de sa compétence confinée par le consentement, mais aussi parce qu'il semble fuir une telle tâche même lorsque les affaires lui permettraient de l'aborder.

Tiraillées entre unilatéralisme et multilatéralisme, les extraterritorialités évoluent dans leurs caractéristiques contemporaines, à défaut de leurs fondements. La théorie des compétences, qui reste le moteur de l'analyse des pouvoirs qu'un Etat peut unilatéralement déterminer et mettre en œuvre, peut néanmoins être renouvelée (I). Par ailleurs, les processus normatifs actuels sont instables : alors que le multilatéralisme renforce et diversifie les formes d'extraterritorialités, on peine à en cerner les limites, tant les réactions des tiers aux prétentions unilatérales sont désordonnées (II).

## I. EXTRATERRITORIALITÉS ET UNILATÉRALISME : UNE THÉORIE DES COMPÉTENCES RÉNOVÉE

### A. Lotus : *to be and not to be, that is the answer...*

#### 1. Un dépassement de la dichotomie entre compétences normatives et d'exécution

Le dogme du *Lotus*, sur la base duquel les internationalistes raisonnent depuis 1927, repose sur une distinction entre compétences normative et juridictionnelle extraterritoriales – qui seraient tolérées – et la compétence d'exécution – qui est prohibée. Recitons donc le célèbre (maudit ?) *dictum* qui en est à la base :

« Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives [dont celle de l'interdiction d'exercer sa puissance en territoire étranger] »<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> CPJI, *Affaire du « Lotus »*, préc. note 10, p. 19.

Cette dissociation entre compétence normative, juridictionnelle et exécutive doit être nuancée<sup>30</sup> pour de nombreuses raisons. Si elle semble logique du point de vue du droit interne, car elle fait écho aux différentes fonctions d'un Etat et à la séparation des pouvoirs, du point de vue du droit international, ledit Etat reste un tout indissociable. L'article 4 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (AREFII) reflète d'ailleurs cette unité : « Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres ». Au regard de ce principe bien établi, l'exercice de la compétence normative par le législateur peut être un fait internationalement illicite<sup>31</sup>. Il est vrai que, pour des raisons conjoncturelles ou systémiques, la violation du droit international est généralement plus visible suite à son application<sup>32</sup>. Du reste, les autres Etats réagissent, y inclus en saisissant éventuellement un juge, lorsqu'ils sont affectés par une compétence extraterritoriale qu'ils jugent exorbitante. Or l'affectation résulte rarement de la simple adoption d'une législation<sup>33</sup>.

Dans son arrêt *Norstar* du 10 avril 2019, le TIDM semble dépasser le dogme posé par *Lotus*, puisqu'il considère que :

« [L]e principe de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon [...] interdit non seulement l'exercice de la compétence d'exécution en haute mer par des Etats autres que l'Etat du pavillon, mais aussi l'extension de leur compétence normative aux activités licites conduites en haute mer par des navires étrangers.

[...] L'argument central de l'Italie, en l'espèce, est que, puisque l'ordonnance de saisie a été exécutée non en haute mer mais dans les eaux intérieures, l'article 87 de la Convention ne saurait s'appliquer et n'a certainement pas été violé. [...] Contrairement à ce que soutient l'Italie, même lorsque l'exécution a lieu dans les eaux intérieures, l'article 87 peut être applicable et être violé si un Etat applique ses

<sup>30</sup> On ne reviendra pas ici sur la contestation de l'existence d'une catégorie autonome de compétence juridictionnelle, que l'*US Restatement* résume ainsi : « *The foreign relations law of the United States divides jurisdiction into three categories: (1) jurisdiction to prescribe, (2) jurisdiction to adjudicate, and (3) jurisdiction to enforce. [...] This departed from the approach adopted in the Restatement Second of Foreign Relations Law, published in 1965, which set out a two-part scheme distinguishing between jurisdiction to prescribe and jurisdiction to enforce. [...] Authorities outside of the United States are divided on whether to adopt the three- or two-part scheme. [...] Some authors who adopt the two-part approach do so because they assume that customary international law only addresses assertions of public law and, in such cases, the jurisdiction of national courts to adjudicate cases is a natural extension of that state's jurisdiction to prescribe and therefore needs no separate treatment* » (American Law Institute, *Restatement (4<sup>th</sup>) of US Foreign Relations Law*, 2018, § 101).

<sup>31</sup> La note 113 du commentaire des AREFII donne quelques exemples de faits internationalement illicites ayant trait à l'origine des actes législatifs.

<sup>32</sup> V. ainsi CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec. 2001*, p. 497, § 90, et CIJ, arrêt du 31 mars 2004, *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Rec. 2004*, p. 56, § 112, où la Cour a distingué entre la règle interne américaine de la carence procédurale et son application incompatible avec le respect des droits consulaires.

<sup>33</sup> Mais les exemples en ce sens ne manquent pas non plus (v. par exemple les réactions de la Turquie suivant l'adoption en 2011 par le Parlement français d'une loi réprimant la contestation du génocide arménien).

*législations pénale et douanière en dehors de son territoire aux activités de navires étrangers en haute mer et les incrimine* »<sup>34</sup>.

Donc, selon le Tribunal, la seule affirmation d'une compétence normative (adoption d'une législation douanière et pénale), pour autant qu'elle soit applicable à des activités licites de soutage réalisées en haute mer<sup>35</sup>, constitue une violation du principe de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon. On pourrait arguer que l'arrêt *Norstar* a été rendu sur la base d'une règle spécifique de compétence internationale, codifiée à l'article 92 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Mais le débat portait bel et bien sur la nature des compétences et sur le titre à agir d'un autre (ici l'Etat côtier) que celui désigné par la règle internationale (ici l'Etat du pavillon). Cela étant, en l'absence d'une règle internationale spécifique, les chances de succès d'une contestation de la compétence normative extraterritoriale, sur l'unique fondement de l'absence d'un titre à agir internationalement reconnu, sont pour le moins précaires.

## 2. La contrainte selon l'arrêt *Lotus* et au-delà

La limite posée par l'arrêt *Lotus*, selon laquelle « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat »<sup>36</sup>, n'est pas contestée, car elle est le corollaire indispensable du respect de l'intégrité territoriale. Dès lors, la compétence d'exécution ne saurait s'exercer extra-territorialement, à moins qu'elle ne repose sur une règle permissive du droit international. Cependant, cette limitation expresse s'érode progressivement à la faveur d'une interprétation restrictive des termes de l'arrêt, selon laquelle la compétence d'exécution n'aurait pour limite que l'acte matériel de coercition localisé en territoire étranger<sup>37</sup>. Les termes de l'arrêt sont pourtant plus larges : le concept d'« exercice de sa puissance en territoire étranger » est d'évidence plus englobant que celui de coercition matérielle, pour se rapprocher

<sup>34</sup> TIDM, arrêt du 10 avril 2019, *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, §§ 225-226 (italiques ajoutées). L'opinion dissidente commune ne semble pas remettre en cause cette conclusion du Tribunal : « L'article 87 peut également protéger les navires en haute mer de la compétence normative des Etats autres que l'Etat du pavillon ». Cela étant, l'Opinion conclut paradoxalement avec : « [N]ous sommes convaincus qu'un Etat peut exercer sa compétence normative en matière pénale à l'égard de la conduite en haute mer lorsque cette conduite fait partie intégrante d'une infraction qui aurait été commise sur son territoire, non pas lorsque cela est justifié ou autorisé par le droit international mais lorsque cela n'est pas interdit par le droit international [et renvoi au *Lotus* en note de bas de page]. » (*ibid.*, Opinion dissidente de MM. Cot, Pawlak, Yanai, Hoffmann, Kolodkin, Mme Lijnzaad, juges, et M. Treves, juge *ad hoc*, § 17 et respectivement 36).

<sup>35</sup> L'arrêt soulève en revanche des questions quant à la qualification des faits, de l'objet de la loi interne appliquée et donc de localisation de la situation juridique régie par cette loi interne italienne (v. *infra*, Section B.3).

<sup>36</sup> CPJI, *Affaire du « Lotus »*, préc. note 10, pp. 18-19.

<sup>37</sup> Ainsi, selon H. ASCENSIO, « [l]e principe de souveraineté implique une exclusivité de la compétence de l'Etat sur son territoire pour les actes de contrainte » (« Etude : l'extraterritorialité comme instrument », 2010, § 6, disponible en ligne sur : [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1\\_2PESP\\_2\\_Etude\\_lextraterritorialite\\_comme\\_instrumentx\\_cle84485e.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_2_Etude_lextraterritorialite_comme_instrumentx_cle84485e.pdf) et en anglais sur : [https://www.pantheon.sorbonne.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions\\_en\\_ligne/H\\_ASCENSIO/Extraterritoriality\\_Human\\_Rights\\_and\\_Business\\_Enterprises.pdf](https://www.pantheon.sorbonne.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H_ASCENSIO/Extraterritoriality_Human_Rights_and_Business_Enterprises.pdf)).

de la notion d'acte *de jure imperii*<sup>38</sup>. Ainsi un acte devrait tomber sous l'interdiction du *Lotus* s'il visait à l'accomplissement d'une prérogative de puissance publique en territoire étranger. Le concept d'« acte d'autorité contraignant », utilisé par la CIJ dans sa jurisprudence relative aux immunités des hauts responsables étatiques<sup>39</sup>, pourrait ainsi servir de boussole dans la recherche d'une limite à l'exercice de la puissance en territoire étranger. Certes, une telle importation conceptuelle doit se faire *mutatis mutandis*, car ce sont des personnes privées et non pas de hauts responsables étatiques qui sont généralement les destinataires des mesures extraterritoriales. Cependant, dans la mesure où l'acte d'autorité contraignant vise à englober des situations localisées en territoire étranger, c'est bien la souveraineté de l'Etat étranger qui est affectée.

Il en va particulièrement ainsi lorsque l'acte est indirectement coercitif, en ce sens qu'il est accompagné d'une menace de contrainte physique<sup>40</sup>. En effet, l'efficacité de la coercition indirecte repose généralement sur une sanction dissuasive, concrétisée dans le territoire de l'Etat auteur de la mesure extraterritoriale. Ainsi, même si la localisation de la coercition physique se réalise ultimement dans le territoire du for, l'objet de la menace se trouve bel et bien à l'étranger. Plus important, ce sont ces situations extraterritoriales qui sont intentionnellement visées par l'acte de contrainte<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> V. CDI, « Examen d'ensemble du droit international : document de travail rédigé par le Secrétaire général », Ann. vol. II (2), 1971, p. 25, § 96. Dans le même sens, F.A. MANN, « The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *RCADI*, vol. 186, 1984, p. 34 ; E. LAGRANGE, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.* note 12, p. 106.

<sup>39</sup> Dans l'affaire *Djibouti c. France*, la CIJ a relevé que « pour apprécier s'il y a eu atteinte ou non à l'immunité du chef de l'Etat, il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant ; c'est là l'élément déterminant » (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, *Rec.* 2008, p. 237, § 170). En l'espèce, « l'atteinte n'était pas constituée car la convocation adressée par le juge d'instruction français, le 17 mai 2005, au président de la République de Djibouti n'était pas assortie des mesures de contrainte prévues par le Code de procédure pénale français en son article 109 ; il s'agissait en effet d'une simple invitation à témoigner, que le chef de l'Etat pouvait accepter ou refuser librement » (*ibid.*, § 171).

<sup>40</sup> L'article 18 des AREFII intègre d'ailleurs ce concept élargi de contrainte. Le paragraphe 3 du commentaire précise ainsi « [b]ien qu'aux fins de l'article 18 la contrainte soit étroitement définie, elle ne se limite pas à la contrainte illicite [...] parce qu'elle se traduira par la menace ou l'emploi de la force en violation de la Charte des Nations Unies, ou par une intervention, c'est-à-dire une ingérence contraignante, dans les affaires d'un autre Etat. Il en va de même pour les contre-mesures. [...] La contrainte pourrait néanmoins prendre d'autres formes, par exemple celles de pressions économiques graves telles qu'elles privent l'Etat contraint de toute possibilité d'exécuter l'obligation violée ».

<sup>41</sup> C'est donc à juste titre que, dans son projet de résolution, l'IDI a souligné que : « [l]a notion de contrainte ne saurait être limitée aux actes matériels de coercition physique [...]. Le critère de localisation qui s'applique correctement à de tels actes est impuissant à saisir d'autres formes de contrainte, telles que la menace du recours à la force, de la privation d'un bien ou de sanctions économiques. Le seul énoncé de telles menaces, qui ne sauraient être mises à exécution que sur le territoire de l'Etat des autorités duquel elles émanent, est de nature à exercer une forme de contrainte sur le comportement de leurs destinataires en quelque lieu que ce soit, contrainte qui, pour être indirecte, n'en est pas moins certaine » (IDI, Session de Berlin, préc. note 13, p. 603. Dans le même sens, F. RIGAUD, « Communication », in SFDI, Colloque de Rennes, *Les compétences de l'Etat en droit international*, *op. cit.* note 12, p. 63).

Dans les rapports inter-étatiques, cette interdiction de la contrainte indirecte doit être lue à la lumière de la protection de la souveraineté et du principe de non-intervention ou non-ingérence dans les affaires intérieures et extérieures. La licéité de certaines mesures coercitives unilatérales peut être mise en doute au regard de ce principe. Selon la formule de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le principe de non-intervention

« interdit à tout Etat ou groupe d'Etats d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. L'intervention interdite doit donc porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures. L'intervention est illicite lorsque à propos de ces choix, qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte »<sup>42</sup>.

Un autre domaine dans lequel se manifeste la contrainte indirecte est celui de la réunion de preuves localisées à l'étranger. Celle-ci exige le consentement de l'Etat territorial, « quand bien même elle serait dépourvue de tout élément de contrainte »<sup>43</sup>. La jurisprudence française tient ce principe pour applicable même lorsque cette collecte n'implique pas l'action physique d'un agent de l'Etat en territoire étranger<sup>44</sup>. Les interceptions de communications émises à partir de téléphones mobiles étrangers ou situés à l'étranger, grâce à des ordres adressés par les autorités aux opérateurs français, ont ainsi été annulées par la Cour de cassation pour « méconnaissance des règles d'ordre public tenant à la souveraineté des Etats »<sup>45</sup>. En revanche, les demandes d'informations non assorties d'un élément coercitif, qui laissent la société Google libre de ne pas y répondre, ne constituent pas une violation de ces principes<sup>46</sup>.

D'une manière générale, le juge français apprécie l'admissibilité de preuves localisées à l'étranger en fonction du caractère contraignant de l'acte d'autorité à

<sup>42</sup> CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), fond, *Rec. 1986*, §§ 202 et 205. Dans ses résolutions intitulées Droits de l'homme et mesures coercitives unilatérales, l'AGNU a considérablement élargi la portée en se référant à l'exercice des droits souverains : « aucun Etat ne peut recourir ou encourager le recours à des mesures économiques, politiques ou autres pour contraindre un autre Etat à lui subordonner l'exercice de ses droits souverains » (A/RES/74/154 du 24 janvier 2020 adoptée cependant par 135 voix pour, 55 voix contre, dont majoritairement des pays occidentaux (doc. A/74/PV.50) ; v. aussi A/RES/73/167 du 18 janvier 2019).

<sup>43</sup> CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, *Rec. 2002*, p. 3, §§ 78 et 51 ; Op. ind. commune Mme. Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, p. 76, § 55. Dans le même sens, Conseil constitutionnel (France), Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Statut de Rome*, cons. 38 ; v. SFDI, Colloque de Lille, *La souveraineté pénale de l'Etat au XXI<sup>e</sup> siècle*, 2018, Pedone, 519 p.

<sup>44</sup> De la même manière, le juge français qui mandate un expert pour réaliser une expertise à l'étranger, doit procéder par voie de commission rogatoire internationale (Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 mai 2016, n° 13-27.655).

<sup>45</sup> France, Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 juin 2018, n° 17-86657 ; v. dans le même sens Chambre criminelle, 28 mars 2017, n° 16-84.853.

<sup>46</sup> France, Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 novembre 2013, n° 12-87.130.

la base de leur collecte<sup>47</sup>. C'est plus qu'un océan qui sépare cette approche de celle des juridictions américaines : la pratique des *discovery* ou *anti-suit injunctions*<sup>48</sup> est ancienne, courante et elle constitue d'ailleurs, pour certains justiciables, un argument d'attraction envers le système judiciaire américain. Or ce sont à n'en point douter des actes d'autorité contraignants, accompagnés de surcroît d'une menace de sanction territorialisée (le délit de *contempt of court*). De la même manière, le *Clarifying Overseas Use of Data Act (Cloud Act)* de 2018 permet au juge américain d'ordonner à un fournisseur de services relevant de la compétence des Etats-Unis de transmettre les données en sa possession, où qu'elles se trouvent, sans le consentement préalable de l'Etat territorial<sup>49</sup>. Ces pratiques ont été et restent contestées<sup>50</sup>, souvent par la doctrine, parfois par voie diplomatique, mais jamais par voie judiciaire internationale. Elles sont d'autant plus problématiques qu'elles contournent non seulement la souveraineté de l'Etat territorial, mais aussi la coopération judiciaire internationale, que des traités bilatéraux et multilatéraux consacrent comme la solution privilégiée aux problèmes d'obtention transfrontière de preuves<sup>51</sup>.

La contractualisation de la contrainte, qui passe par la signature d'un accord entre l'Etat qui adopte des mesures extraterritoriales et la personne qui en fait l'objet (les fameux *deals de justice*<sup>52</sup> ou la justice négociée), ne modifie pas la donne du point de vue des rapports inter-étatiques. En effet, le caractère volontaire de la soumission est tout relatif. Le mot d'obéissance plutôt que de coopération caractérise mieux la situation de ces entreprises et personnes dont la docilité est acquise au prix d'amendes considérables, consenties grâce à la menace de sanctions administratives, du type interdiction d'accès au marché, qui resteraient

<sup>47</sup> V. Cour de cassation, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Etude annuelle 2017, spéc. pp. 152-156, disponible en ligne à l'adresse : [https://www.courdecassation.fr/IMG//2018\\_08\\_rect\\_etude\\_2017.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG//2018_08_rect_etude_2017.pdf). V. aussi N. LENOIR, « Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité », *RFDA*, 2014, p. 487.

<sup>48</sup> C. KLEINER, « Le secret bancaire opposé par les banques françaises aux injonctions de discovery : du nouveau dans l'international comity analysis ? », in B. BREHIER et J.-J. DAIGRE (dir.) *Mélanges Association européenne de droit bancaire et financier (AEDBF)* 2018, pp. 327-338 ; E. GAILLARD, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des « anti-suit injunctions » dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004, p. 47.

<sup>49</sup> V. P. JACOB, « Quand les nuages ne s'arrêtent pas aux frontières. Remarques sur l'application du droit dans l'espace numérique à la lumière du Cloud Act », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Juillet 2018, dossier 28.

<sup>50</sup> Pourtant, la dernière édition du *Restatement of Law (4<sup>th</sup>)*, *op. cit.* note 30, § 313 conclut, sans doute hâtivement, à la licéité internationale de ces pratiques.

<sup>51</sup> Par exemple la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.

<sup>52</sup> A. GARAPON et al. (dir.), *Deals de justice*, *op. cit.* note 3. En droit américain, ces *deals* peuvent prendre la forme d'un *guilty plea*, d'un *deferred prosecution agreement* (DPA) ou d'un *non prosecution agreement*. V. M. AUDIT, R. BISMUTH, A. MIGNON-COLOMBET, « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *La Semaine du Praticien*, vol. 37, 12 janv. 2015, pp. 64-65. « Cette justice négociée implique que les entreprises participent à leur propre incrimination, qu'elles deviennent "bourreaux d'elles-mêmes" pour échapper au juge. Il en résulte une multiplication d'accords transactionnels qui scellent l'abandon des poursuites en échange du paiement d'amendes qui se chiffrent généralement en millions de dollars » : O. BOULON, « Une justice négociée », in *Deals de justice*, pp. 42-43.

applicables avant qu'une décision sur le fond ne soit définitivement rendue<sup>53</sup>. Quand le choix offert à ces entreprises est le suicide économique, le caractère contraignant de l'offre transactionnelle ne fait pas de doute. Si, en exerçant un tel pouvoir de contrainte, les autorités américaines empiètent sur les compétences légitimes d'un autre Etat, parce que la situation régie est localisée à l'étranger ou parce qu'elles sont dépourvues de tout titre international à agir y compris conventionnel, la licéité internationale de cette action est douteuse. Ce qui nous ramène de nouveau à la question de l'existence et de la constitution d'un titre à agir, que ce soit pour la compétence normative, de juridiction et d'exécution.

## B. La théorie des compétences et l'extraterritorialité : une relecture publico-privatiste

### 1. Le rapport entre les titres à agir et les liens de rattachement

Puisque la théorie des compétences est insuffisante à saisir les pratiques contemporaines de l'extraterritorialité, certains auteurs proposent d'ajouter des titres à agir supplémentaires, comme la compétence universelle ou celle fondée sur les effets<sup>54</sup>. D'autres récusent en bloc la pertinence même de cette grille de lecture pour la remplacer par une approche situationnelle, qui est en réalité empruntée au droit international privé. En essence, cette approche consiste moins à déterminer « la répartition des compétences entre Etats pour légiférer et juger »<sup>55</sup> qu'à identifier, « à propos d'une relation donnée, soumise au juge [...], la loi [qu'il faut] appliquer à cette relation, en fonction des intérêts, de nature privée, des parties »<sup>56</sup>. Selon cette approche, la règle de conflit est donnée par le principe de proximité<sup>57</sup>, qui désigne comme principalement compétent l'ordre juridique qui entretient les liens de rattachement les plus étroits avec une situation donnée<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> C'est donc moins la peur du juge que celle du glaive administratif qui est le ressort de ces deals de justice.

<sup>54</sup> R. HIGGINS, *Problems and Process. International Law and How We Use It*, *op. cit.*, note 8, p. 56 ; v. aussi B. STERN, « L'extra-territorialité "revisitée" : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 253.

<sup>55</sup> P. MAYER, « Communication », in *Les compétences de l'Etat en droit international*, *op. cit.* note 12, p. 74.

<sup>56</sup> *Ibid.* P. MAYER souligne, dans sa contribution, l'évolution du droit international privé au XIX<sup>ème</sup> siècle d'une approche publiciste des compétences étatiques à une approche privée, déterminée en fonction des intérêts des parties.

<sup>57</sup> Le principe de proximité, inspiré de la pratique des juridictions américaines, est décrit comme « l'orientation qui tend à substituer les modalités abstraites et très générales de localisation des cas d'espèces accueillies par les plus anciennes règles de conflit (souvent basées sur un seul critère de rattachement, comme la nationalité des parties, leur domicile, etc.) avec des critères de rattachement concrets et spécifiques et en particulier avec celui qui est exprimé par l'application de la loi de l'Etat avec laquelle le rapport en cause présente "les liens les plus étroits" [ou] la loi qui présente avec le cas d'espèce les plus forts contacts sur le plan de la localisation spatiale et/ou personnelle de ce dernier ou même éventuellement celle qui se révèle la plus apte, du point de vue matériel, à régir le cas d'espèce ». (P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 276, 1999, pp. 79-80).

<sup>58</sup> Ce changement de paradigme doit beaucoup à F. A. MANN, « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, vol. 111, 1964, spéc. pp. 49-51 ; du même auteur, « The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *op. cit.*, note 38, spéc. pp. 28-29 ; v. aussi E. LAGRANGE, « Rapport sur les titres de compétence », *op. cit.* note 12, spéc. 113-116. Cela étant, les deux cours de



Plusieurs critiques peuvent toutefois être faites à cette approche situationnelle, dont son manque de prévisibilité, sa dépendance au juge<sup>59</sup> et surtout son utopisme. En effet, elle repose sur le postulat selon lequel, dans une situation donnée, les Etats feront une appréciation raisonnable de la proximité. Si tel peut effectivement être le cas en droit international privé, où le caractère privé des intérêts en jeu et la nature juridictionnelle des solutions apportées en cas de pluralité des compétences favorisent le raisonnable, il est irréaliste de s'attendre à une telle auto-censure lorsque des intérêts souverains entrent en jeu. Quand extraterritorialité rime avec projection de la puissance, la solution raisonnable ne saurait reposer sur l'auto-limitation par les Etats, mais sur des considérations de droit international public.

Dès lors, si l'approche situationnelle apporte sans doute des éclairages utiles, son application doit être conjuguée à celle de la théorie des compétences, qui encadre l'arbitraire ou les tendances hégémoniques. De plus les Etats eux-mêmes s'y rapportent et intrinsèquement, elle est une bien meilleure alliée de la sécurité juridique. En effet, dans un domaine aussi mouvant que celui des manifestations de l'*imperium* étatique, dans un monde globalisé où les concurrences sont exacerbées, la théorie des compétence a le mérite de poser des présomptions claires et oblige ainsi les Etats à justifier leur *imperium* extraterritorial par rapport à des titres consensuels. Certes, l'extraterritorialité moderne a mis en évidence une tendance à abuser de ces titres, par l'invention de liens de rattachement qui n'ont qu'un rapport très lointain avec le titre à agir, tout en entretenant un rapport très étroit avec la situation à régir. Et pour cause, les liens de rattachement sont parfois taillés sur mesure pour appréhender certaines situations extraterritoriales et donc pour étendre l'*imperium* étatique plutôt que pour étayer la constitution du titre de compétence invoqué. L'approche privatiste selon le principe de proximité complète utilement la théorie des compétences<sup>60</sup>, en ce qu'elle donne des paramètres d'acceptabilité des liens de rattachement les plus problématiques.

La théorie des compétences, ainsi mâtinée du principe de proximité, ne peut toutefois être comprise que si l'on maintient une distinction ferme entre titre à agir et liens de rattachement. Pour rappel, le titre désigne la « cause, fondement, origine substantielle d'un droit »<sup>61</sup>, tandis que le lien est constitué par des

F. Mann sont des plaidoyers pour le respect de l'égalité souveraine des Etats et on ne saurait imputer à l'auteur de promouvoir une vision privatiste des compétences étatiques.

<sup>59</sup> P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : Cours général de droit international privé », *op. cit.* note 57, pp. 81-83.

<sup>60</sup> V. également dans cet ouvrage la contribution de M. AUDIT et Y. KERBRAT.

<sup>61</sup> J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.* note 7, p. 1084. Dans le cadre de cette contribution, les notions de « compétence » et « titre à agir » sont utilisées d'une manière interchangeable. Les dictionnaires définissent la compétence comme « le pouvoir juridique de connaître d'une affaire, de faire un acte, d'accomplir une action » ; « de soumettre des personnes, physiques ou morales, des biens et des activités à son ordre juridique » (« Rapport », in SFDI, Colloque de Rennes, *Les compétences de l'Etat en droit international*, *op. cit.* note 12, p. 13). Ils sont l'équivalent du concept générique de « jurisdiction » en anglais (pour une discussion convaincante, v. S. BESSON, *op. cit.* note 26, pp. 857-884). Cela étant, ce même terme de « jurisdiction », également utilisé en français, pourrait revêtir un sens spécial, en particulier dans un contexte conventionnel précis (v. dans cet ouvrage, l'éclairage par Th. FLEURY-GRAFF sur la

éléments factuels objectifs qui caractérisent la situation à régir et la connectent au titre invoqué<sup>62</sup>. Si le droit international a beaucoup à dire sur les titres, les règles internationales relatives aux liens de rattachement sont pour le moins indéterminées et les Etats débordent d'imagination dans leur pratique. En réalité, l'extraterritorialité moderne pose moins une question de titre à agir que d'acceptabilité des liens de rattachement avancés dans les différentes législations internes afin de se prévaloir d'un des titres traditionnels.

## 2. Les liens de rattachement véritables ou effectifs, une chimère en droit international ?

### a. Les fonctions du lien substantiel selon l'arrêt *Nottebohm*

Il y a un rare accord au sein de la doctrine sur la nécessité d'un lien substantiel ou véritable (*genuine link*), fondé sur des éléments objectifs, entre le titre invoqué et la situation à régir<sup>63</sup>. Dans l'arrêt *Nottebohm*, la CIJ en a fait la pierre de touche de la compétence personnelle. Après avoir constaté que l'attribution de la nationalité relève de la compétence discrétionnaire des Etats, ce qui implique leur liberté de choisir les liens de rattachement opérationnels<sup>64</sup>, la Cour a néanmoins considéré que l'opposabilité internationale de la nationalité et l'exercice des fonctions internationales qui en découlent (en l'espèce de la protection diplomatique) étaient conditionnés par l'existence de ce lien effectif :

« un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat »<sup>65</sup>.

La détermination discrétionnaire du titre personnel porte en soi les germes d'une pluralité et donc d'un conflit de compétences. A cet égard, en sus d'être une condition d'opposabilité, le lien effectif est également une règle de prévalence, puisqu'il permet de « trancher le conflit en faisant appel à des critères d'ordre international et [la] tendance dominante est à faire prévaloir la nationalité effective »<sup>66</sup>. Enfin, l'arrêt définit le lien effectif comme étant celui qui est « concordant avec la situation de fait »<sup>67</sup>, comme « un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe

---

juridiction dans les traités des droits de l'Homme ; mais on peut aussi s'interroger sur le sens spécial du terme dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, par exemple).

<sup>62</sup> Le *Restatement of Law (4th)*, préc. note 30, mélange ainsi les titres et les liens de rattachement et conclut à une multiplication et des uns et des autres (§ 402).

<sup>63</sup> Et il y a un rare accord sur ce point au sein de la doctrine (J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>ème</sup> éd., 2012, Oxford University Press, p. 447 ; F. A. MANN, « The Doctrine of Jurisdiction Revisited after Twenty Years », 1984, *op. cit.* note 58, *passim* ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.* note 15, p. 383 ; *Restatement of Law (4th)*, préc. note 30, § 407, Reporters' Note 2.

<sup>64</sup> « Le droit international laisse à chaque Etat le soin de déterminer l'attribution de sa propre nationalité » (CIJ, arrêt du 6 avril 1955, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, *Rec.* 1955, p. 23).

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 40. Cette tendance dominante a été consacrée par la CDI comme règle coutumière dans l'article 7 de son Projet d'articles sur la protection diplomatique de 2006.

<sup>67</sup> *Ibid.*

à une réciprocité de droits et de devoirs »<sup>68</sup>. Ce sont là des concepts vagues, incertains, mais des éléments objectifs tout de même qui guident l'appréciation de la réalité de la compétence personnelle. Du reste, la Cour donne également des exemples non exhaustifs de liens effectifs qui correspondraient à cette définition, tout en insistant sur leur appréciation circonstanciée<sup>69</sup>.

*b. Du lien substantiel à l'enregistrement formel*

Le souffle de l'arrêt *Nottebohm* s'est prolongé dans les conditions associées à la nationalité des navires, puisque l'Article 5 de la Convention de Genève sur la haute mer de 1958 prévoit qu'« il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire », formulation reprise dans l'Article 91 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Mais seule la lettre de l'arrêt *Nottebohm* semble s'être imposée, son esprit ayant quasi-complètement déserté les prétoires et puis la pratique étatique. En 1960, la CIJ a contourné la question, dans son avis consultatif sur la *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*<sup>70</sup>. Certains Etats et les armateurs se sont engouffrés dans la brèche pour réduire considérablement les conditions posées à l'octroi du pavillon et par conséquent le caractère substantiel du lien entre l'Etat et le navire<sup>71</sup>. Des années plus tard, le TIDM a consacré ce développement régressif du droit international. Ainsi, selon la juridiction de Hambourg, non seulement l'attribution de la nationalité aux navires relève de la compétence discrétionnaire de l'Etat<sup>72</sup>, mais là où la CIJ avait fait du lien effectif une condition d'opposabilité de la nationalité des personnes physiques dans l'arrêt *Nottebohm*, le TIDM a considéré que le lien substantiel n'avait pas pour effet « d'établir des critères susceptibles d'être invoqués par d'autres Etats pour contester la validité de l'immatriculation de navires dans un Etat du pavillon »<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>69</sup> « Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre : le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, l'attachement à tel pays par lui manifesté et inculqué à ses enfants, etc. » (*Ibid.*, p. 40).

<sup>70</sup> « [E]tant parvenue à la conclusion que la détermination des pays possédant les flottes de commerce les plus importantes relève uniquement du tonnage immatriculé dans ces pays, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la thèse du lien substantiel en vue de répondre à la question soumise à la Cour pour avis consultatif » (CIJ, avis consultatif du 8 juin 1960, *Composition du Comité de la sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime*, Rec. 1960, p. 171).

<sup>71</sup> Aujourd'hui, environ 70% de la flotte mondiale de commerce bat pavillon de complaisance.

<sup>72</sup> « L'article 91 [de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] laisse à chaque Etat une compétence exclusive en matière d'attribution de sa nationalité à des navires. A cet égard, l'article 91 codifie une règle bien établie du droit international général » (TIDM, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1999, *Affaire du navire « SAIGA » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, Recueil 1999, pp. 36-37, § 63). V. aussi *Affaire des boutres de Mascate (France, Grande-Bretagne)*, sentence du 8 août 1905, RSA, vol. XI, pp. 83-100).

<sup>73</sup> TIDM, *Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, p. 42, § 83, réaffirmé dans TIDM, arrêt du 14 avril 2014, *Affaire du navire « Virginia G » (Panama/Guinée-Bissau)*, Recueil 2014, p. 45, § 112. Cette conclusion n'avait rien d'une évidence, puisqu'en 1986, un tribunal arbitral a tenu à rappeler « que le droit, pour un Etat, de déterminer par sa législation les conditions d'immatriculation des navires en général, et des bateaux de pêche en particulier, relève de la compétence exclusive de cet Etat, pour autant qu'il existe un lien substantiel entre l'Etat et le navire et que l'Etat du pavillon exerce

Ainsi, l'Etat reste entièrement libre de fixer dans son droit interne les liens de rattachement qu'il souhaite ; l'exigence d'un lien substantiel, pourtant inscrite dans la CNUDM, n'a pour l'instant trouvé son application ou sa conséquence juridique et on peut se demander quel est l'effet utile de cette disposition expresse. L'échec de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires du 7 février 1986 confirme l'absence de règles internationales plus précises pour qualifier le lien substantiel. En pratique, l'immatriculation, autrement dit l'inscription du navire sur les registres maritimes, est le critère retenu par de nombreuses législations<sup>74</sup>, étant entendu que le droit interne des Etats de libre registre pose très peu de conditions à une telle immatriculation. Ainsi lorsque la nationalité est établie sur la seule base de l'enregistrement ou de l'immatriculation, tout lien substantiel entre l'Etat et son « national » (société ou navire) risque d'être perdu (et c'est souvent le cas). L'absence d'un tel lien est encore plus manifeste lorsque l'enregistrement est une simple formalité administrative, à portée de quelques clics et ne nécessite aucun contact physique avec l'Etat de nationalité (comme c'est par exemple la pratique pour le pavillon du Libéria)<sup>75</sup>.

L'état des lieux est similaire en droit des sociétés. La libéralisation du droit de la nationalité des sociétés a été avalisée par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, puisque la Cour a renvoyé au droit interne pour la précision des liens de rattachement acceptables, en considérant par ailleurs qu'à défaut de règles internationales pour définir la notion de lien effectif, la sanction d'inopposabilité internationale de l'arrêt *Nottebohm* ne trouvait pas à s'appliquer<sup>76</sup>. Au regard de cette licence de liberté inconditionnelle reconnue à

---

effectivement sa juridiction et son contrôle sur les navires battant son pavillon (Convention du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer, articles 91 et 94, et Convention de Genève sur la haute mer du 29 avril 1958, article 5) » (*Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, sentence du 17 juillet 1986, *RSA*, vol. XIX, p. 242).

<sup>74</sup> TIDM, *Affaire du navire « SAIGA »* (No. 2), p. 37, § 64 (« Dans le cas des navires marchands, la procédure normale à laquelle les Etats recourent pour l'attribution de leur nationalité est celle de l'immatriculation conformément à la législation nationale adoptée à cet effet ») ; v. aussi CJUE, arrêt du 24 novembre 1992, *Anklagemyndigheden v. Peter Michael Poulsen and Diva Navigation CorpI*, aff. C-286/90, §§ 13-15.

<sup>75</sup> V. le rapport du North Atlantic Fisheries Intelligence Group, *Chasing Red Herrings: Flags of Convenience, Secrecy and the Impact on Fisheries Crime Law Enforcement*, 2018, disponible en ligne : <https://nafig.org/publications/>.

<sup>76</sup> « La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège. Ces deux critères ont été confirmés par une longue pratique et par maints instruments internationaux. Néanmoins des liens plus étroits ou différents sont parfois considérés comme nécessaires pour qu'un droit de protection diplomatique existe. Ainsi certains Etats ont pour pratique d'accorder leur protection diplomatique à une société constituée selon leur loi uniquement lorsque le siège social, la direction ou le centre de contrôle de cette société se trouve sur leur territoire ou lorsque la majorité ou une partie substantielle des actions appartient à leurs ressortissants. C'est dans ces cas seulement, a-t-on dit, qu'existe entre la société et l'Etat en question un lien de rattachement effectif comme celui qui est bien connu dans d'autres domaines du droit international. Toutefois, sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale. Les critères que l'on a retenus ont un caractère relatif et l'on a parfois mis en balance les liens d'une société avec un Etat et ses liens avec un autre. A cet égard l'on s'est référé à l'affaire *Nottebohm* et en fait les Parties l'ont fréquemment mentionnée au cours de la

l'Etat, il est difficile de réintroduire dans le raisonnement judiciaire l'exigence d'un lien effectif. Ainsi, les arbitrages d'investissement dans lesquels la condition est invoquée font figure de cas exceptionnels et audacieux. Pourtant, l'audace s'exprime avec prudence. Dans *Tenaris et Talta-Trading c. Venezuela*, le Tribunal a considéré que « *nothing suggests that a requirement of a genuine link would somehow undermine any object or purpose [of the BIT]. On the contrary, if anything, requiring some genuine link with one Contracting State would appear to be consistent with the bilateral / reciprocal nature of each Treaty* »<sup>77</sup>. La formulation, par la négative, en dit long sur les pincettes que les arbitres pensent devoir prendre avec cette notion. De la même manière, dans *Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. République du Cameroun*, le Tribunal a bel et bien vérifié la condition d'un lien effectif (en l'espèce, d'un siège réel par contraste avec le siège statutaire), mais il a insisté sur le fait qu'une telle exigence ressortait du droit interne luxembourgeois, applicable en l'espèce pour l'attribution de la nationalité de la société. De plus, le Tribunal a tenu à préciser que son appréciation n'aura pas d'effet au-delà de l'interprétation du traité bilatéral applicable en l'espèce et qu'« [e]lle ne liera pas les autorités nationales dans d'autres circonstances »<sup>78</sup>. Toutes ces formules précautionneuses démontrent combien il est difficile de rattraper le terrain perdu de l'effectivité.

En l'état actuel de la pratique, s'agissant du pavillon des navires comme de l'incorporation des sociétés, ce n'est plus tant l'Etat qui choisit ses nationaux que les sociétés et les armateurs qui choisissent leur Etat. En somme, un phénomène d'*Etat-shopping*, qui entraîne la *lex shopping* et le *forum shopping*. Dans l'arrêt *Nottebohm* le lien effectif était un paramètre de contrôle, certes souple, d'une compétence discrétionnaire de l'Etat, qui dans son exercice pouvait heurter les compétences d'autres Etats. Sans ce filet de sécurité international, la discrétion des Etats risque fort de se transformer en arbitraire. Et l'unilatéral de se substituer de nouveau à l'international.

### c. Des liens de rattachement de plus en plus distendus

Ainsi, pour regagner une forme de contrôle sur les activités de ces « entités hypermobiles » que sont les sociétés multinationales et les navires<sup>79</sup>, certains Etats ont cherché à élargir le champ de leur compétence territoriale. La théorie des effets illustre cette tendance. Elle a pour fonction

---

procédure. Toutefois, étant donné les aspects de droit et de fait que présente la protection en l'espèce, la Cour estime qu'il ne saurait y avoir d'analogie avec les questions soulevées ou la décision prise en cette affaire » (CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, Rec. 1970, p. 42, § 70). Pour une discussion critique, v. aussi D. MÜLLER, *La protection de l'actionnaire en droit international. L'héritage de la Barcelona Traction*, 2015, Paris, Pedone, spéc. pp. 49-59.

<sup>77</sup> *Tenaris S.A. et Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA c. la République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI n° ARB/11/26, 29 avril 2016, § 154.

<sup>78</sup> *Capital Financial Holdings Luxembourg SA c. République du Cameroun*, affaire CIRDI n° ARB/15/18, 22 juin 2017, § 213.

<sup>79</sup> P. SZIGETI, « In the Middle of Nowhere: The Futile Quest to Distinguish Territoriality from Extraterritoriality », in *The Extraterritoriality of Law: History, Theory, Politics*, op. cit. note 22, p. 43.

« d'étendre la compétence normative ou juridictionnelle à des conduites qui, quoique se réalisant à l'étranger et n'impliquant pas de national ou ne reposant pas sur d'autres liens de rattachement acceptés, produisent des effets directs, substantiels et prévisibles sur le territoire de l'Etat concerné »<sup>80</sup>.

Contrairement à ce qu'on a pu écrire ici ou là, la théorie des effets ne constitue pas un titre de compétence nouveau, mais un lien de rattachement moderne au titre territorial, reposant non pas sur la localisation des faits, mais sur celle de leurs conséquences. Comme l'a souligné la Cour de justice de l'Union européenne, l'action européenne exercée à ce titre est « couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public »<sup>81</sup>.

Mais, si l'application de la théorie des effets met en exergue un lien substantiel, cette rationalisation est absente des législations à portée extraterritoriale récentes, en particulier américaines<sup>82</sup>. Ainsi, le contrôle de l'exportation de biens fabriqués aux Etats-Unis a été mis en avant de longue date pour attester d'une compétence de protection<sup>83</sup>. Depuis, les liens n'ont eu de cesse de s'élargir : le fait de réexporter des produits comportant 10% de contenu américain, le seul fait d'être coté en bourse, le simple transit sur le territoire (que ce soit transit du dollar pour une opération de compensation, ou transit d'une donnée/d'un mail par un serveur situé aux Etats-Unis), le fait d'user de procédures de compensation financière en dollars, ce ne sont là que quelques exemples de liens de rattachement territoriaux ou personnels dont le caractère substantiel ou véritable est pour le moins douteux.

Ce qui surprend ce ne sont pas tant les tentatives des uns d'élargir leur *imperium* que l'absence de réaction ou les faibles protestations des autres. En attendant un hypothétique contrôle judiciaire, dans un contexte d'affaiblissement considérable de l'exigence d'effectivité, seul le débat multilatéral sur la définition des liens de rattachement acceptables peut faire échec à la consolidation des prétentions excessives. La théorie des effets a été un exemple d'un tel débat fructueux, qui a résulté dans une convergence des positions transatlantiques, vers une plus grande effectivité<sup>84</sup>. Si en matière numérique,

<sup>80</sup> 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*, vol. 61, 2015, p. 790, note 29. Pour une explication plus détaillée, v. la contribution de F. MARTUCCI dans cet ouvrage.

<sup>81</sup> CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Commission*, aff. 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, § 18. Pour une critique de cette alliance entre théorie des effets et compétence territoriale, voir B. STERN, « L'extra-territorialité "revisitée" : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... », *op. cit.* note 54, pp. 288 et s.

<sup>82</sup> Pour aller plus loin, v. la contribution de R. BISMUTH dans cet ouvrage.

<sup>83</sup> *Restatement of Law (4th)*, préc. note 30, § 9. On se rappelle pourtant que dans l'affaire du Gazoduc eurossibérien, les contestations avaient surgi de toutes part, et qu'un tribunal néerlandais avait écarté l'argument de sécurité nationale, considérant qu'en l'espèce elle n'était pas menacée (v. B. STERN, *op. cit.* note 54, p. 267). P. DEGHANI l'analyse comme rattachement déraisonnable au territoire (P. DEGHANI, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.* note 22, pp. 21-26. L'argument est de nouveau à l'étude dans plusieurs affaires OMC (*United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* ; un groupe spécial a été constitué en 2019).

<sup>84</sup> V. la contribution de F. MARTUCCI dans cet ouvrage.

nous assistons à un processus similaire<sup>85</sup>, tel n'est pas le cas dans bien d'autres matières (corruption, mesures coercitives unilatérales).

### 3. Les limites des titres de compétence traditionnels face à la mutation des rapports internationaux

#### a. La localisation d'infractions complexes

L'extraterritorialité se manifeste lorsque les Etats s'appuient sur un titre de compétence personnel ou sur celui relatif à la protection des intérêts fondamentaux, mais aussi et surtout lorsqu'ils étendent le champ de leur compétence territoriale pour appréhender des faits et situations qui se réalisent substantiellement à l'étranger<sup>86</sup>. Aujourd'hui encore, le territoire continue à déployer une attractivité considérable, mais au-delà de l'instrumentalisation des liens de rattachement territoriaux, il existe objectivement des situations juridiques, constituées par une multitude de faits complexes ou de flux transfrontaliers, qu'on ne saurait raisonnablement localiser dans un seul territoire. Comme le souligne Péter Szigeti :

« [T]he separation [between territorial and extraterritorial jurisdiction] is only easy when the location of persons or physical objects is the decisive factor. Jurisdictional disputes, however, usually concern complex events involving immaterial concepts such as knowledge, responsibility or control. Searching for the 'location' of digital data; corporate control; a conspiracy to commit international financial crimes; or an international antitrust violation, all expose the hopelessness of (extra)territoriality. Such complex concepts do not have a single place, or possibly any place at all »<sup>87</sup>.

Du reste, la localisation de certaines infractions complexes, qui ne se sont pas déroulées en un seul temps, en un seul lieu ou au cours d'une seule action, n'a jamais été une gageure. La solution retenue de longue date par les droits continentaux, auxquels les systèmes de *common law* ont emprunté, est de considérer une telle infraction comme territoriale dès lors qu'un de ses faits ou éléments constitutifs a eu lieu en territoire national, ce qui n'exclut pas que d'autres se soient matérialisés à l'étranger<sup>88</sup>. De la même manière, la compétence territoriale peut être retenue sur le fondement de l'indivisibilité entre des infractions commises sur le territoire national et des infractions commises à l'étranger, « les faits étant indivisibles lorsqu'ils sont rattachés entre eux par un lien tel que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des

<sup>85</sup> V. le chapitre dédié au numérique dans cet ouvrage.

<sup>86</sup> Dans ce dernier cas, certains auteurs préfèrent parler d'extension territoriale (J. SCOTT, « The Global Reach of EU Law », in M. CREMONA et J. SCOTT (dir.), *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, 2019, Oxford University Press, pp. 22-23).

<sup>87</sup> P. SZIGETI, *op. cit.* note 22, p. 30.

<sup>88</sup> *Ibid.*, spéc. pp. 33-37. Dans le même sens, TIDM, arrêt du 10 avril 2019, *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, Op. dis. com. préc. note 34, § 31. P. Szigeti donne ainsi l'exemple d'un ressortissant allemand qui a jeté un lasso sur le cou d'un cheval de l'autre côté de la frontière, aux Pays-Bas, et qui a traîné le cheval en Allemagne. Les juridictions néerlandaises ont considéré que le ressortissant allemand était présent aux Pays-Bas par la corde, et par conséquent coupable d'une infraction à l'exportation (*ibid.*, p. 34).

autres »<sup>89</sup>. Mais ces arguments de connexité ou d'indivisibilité ne semblent pas convaincre toujours le juge international, comme le montre l'arrêt *Norstar*. Des juges minoritaires ont considéré que les activités de soutage en haute mer étaient « une partie intégrante du délit allégué (évasion fiscale), qui a commencé sur son territoire (l'achat du carburant à des fins ayant fait l'objet d'une déclaration erronée dans les ports italiens), s'est achevé sur son territoire (réintroduction du carburant non déclaré dans les eaux intérieures italiennes) et a eu des effets sur le territoire italien (dommage financier dû au non-paiement de taxe). Puisque l'infraction alléguée a commencé et s'est achevée sur le territoire italien, il ne fait aucun doute que le lieu de l'infraction était l'Italie et non la haute mer »<sup>90</sup>.

La majorité n'a pas retenu cet argument et, en prenant appui sur les nombreuses références au soutage en haute mer dans les actes judiciaires italiens<sup>91</sup>, a conclu que les « activités [...] du 'Norstar' en haute mer faisaient non seulement *partie intégrante* des activités visées par l'ordonnance de saisie et son exécution, mais en constituaient même *un élément central* »<sup>92</sup>. On peut se demander *a contrario* quelle aurait été la conclusion du Tribunal si les activités de soutage avaient été un élément accessoire de l'infraction (ou présentées comme tel par les autorités italiennes). L'exercice est purement intellectuel, faute d'une définition par le Tribunal du « central » et de « l'accessoire » des infractions complexes. On peut par ailleurs regretter que l'instrumentalisation de la liberté de la haute mer à des fins délictuelles (ici de contrebande et fraude fiscale) n'ait pas infléchi l'appréciation du Tribunal. Le droit de la mer illustre ainsi la légitimité éthique de certaines revendications normatives d'apparence extraterritoriale, lorsque l'Etat normalement compétent faillit à mettre en œuvre ses obligations internationales<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> France, Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 août 1920, *Bulletin criminel*, n° 355, 1920 ; Chambre criminelle, 23 avril 1981, pourvois n° 79-90.346 et 81-90.489, *Bulletin criminel*, n° 116, 1984 ; Chambre criminelle, 27 octobre 2004, pourvoi n° 04-85.187, *Bulletin criminel*, n° 263, 2004.

<sup>90</sup> TIDM, arrêt du 10 avril 2019, *Affaire du navire « Norstar » (Panama c. Italie)*, Op. dis. com. préc. note 34, § 31. V. aussi le résumé de l'argument de l'Italie sur ce point dans l'arrêt lui-même, §§ 160-161.

<sup>91</sup> *Ibid.*, §§ 166-185.

<sup>92</sup> *Ibid.*, § 186 (italiques ajoutées).

<sup>93</sup> Dans le contexte de la défaillance généralisée des Etats de libre registre (pavillons de complaisance) d'exercer leur juridiction, les Etats côtiers ou les Etats de port tendent à s'y substituer pour juger et réprimer des crimes perpétrés en haute mer. Pour ne donner qu'en exemple, la Cour de cassation française a considéré que les juridictions françaises étaient pénalement compétentes pour des actes de torture et assassinats perpétrés en haute mer, par l'équipage d'un navire battant pavillon du Bahamas, à l'encontre de clandestins ghanéens. Une fois que le navire a appareillé dans le port du Havre, le seul survivant a pu alerter les autorités françaises. Pour retenir la compétence territoriale française, la chambre d'accusation a considéré que « les recherches en vue de s'assurer de la personne du seul survivant Ofusu C... dans une intention homicide ont été activement poursuivies dans les eaux territoriales [...] ; les juges énoncent par ailleurs que lesdites recherches sont consécutives aux séquestrations et assassinats antérieurement perpétrés, dont Ofusu C... restait le seul témoin, et que la *juridiction française étant régulièrement saisie des faits accomplis dans les eaux territoriales, sa compétence s'étend à ceux commis en haute mer avec lesquels ils forment un tout indivisible* » (Cour de Cassation, Chambre criminelle, 3 mai 1995, *MC Ruby*, n° 95-80.725, *Bulletin criminel*, n° 161, 1995, p. 446).



### b. La protection des intérêts fondamentaux et les mesures coercitives unilatérales

La compétence relative à la protection des intérêts fondamentaux (*protective jurisdiction*) pose un défi autrement plus grand, faute d'un consensus international sur sa *ratio legis* même. Une partie de la doctrine y inclut d'ailleurs à la fois la protection des intérêts propres de l'Etat et ceux de la communauté internationale<sup>94</sup>.

La protection des valeurs de la communauté internationale peut-elle constituer un titre international justifiant l'imposition de mesures coercitives unilatérales ? Autrement dit, ces mesures peuvent-elles se fonder sur un titre multilatéral ? On remarquera au préalable que l'utilisation ostentatoire du terme « sanctions » présume déjà que son auteur ait le pouvoir d'adopter ces actes coercitifs, puisque la sanction est normalement entendue comme une peine infligée par un organe compétent, suite à la violation d'une règle de droit international. Au terme de « sanctions » on préfère celui de « mesures coercitives unilatérales », d'autant plus que la CDI a délibérément réservé l'utilisation du premier aux « mesures prises conformément à l'acte constitutif d'une organisation internationale »<sup>95</sup>.

La question du titre international des mesures coercitives unilatérales est toutefois largement débattue. A défaut d'une résolution du Conseil de sécurité, le seul fondement envisageable est celui des contre-mesures dans l'intérêt collectif, adoptées par des tiers en réaction à des violations de normes impératives du droit international. L'Article 54 des AREFII envisage certes une telle possibilité, mais loin d'être une habilitation, cette disposition n'est pas en réalité qu'une clause sans préjudice d'une habilitation à chercher ailleurs : « Le présent chapitre est

<sup>94</sup> « [S]e rattachent ainsi à la compétence fondée sur sa souveraineté, les compétences exercées par l'Etat pour protéger sa sécurité et son intégrité (principe de protection) ou certains intérêts fondamentaux qui coïncident avec ceux de la communauté internationale (principe d'universalité) ainsi que les compétences exercées en liaison avec l'existence de missions de services publics exercées à l'étranger, dans le cadre par exemple des ambassades ou des bases militaires (compétence à raison de l'exercice de la puissance publique) » (B. STERN, *op. cit.* note 54, p. 253). Cela étant, la consécration d'une compétence extraterritoriale sur le fondement du principe d'universalité résulte plutôt de l'adoption de conventions multilatérales, éventuellement suivie de la cristallisation de normes coutumières (v. *infra*, Section II.A).

<sup>95</sup> CDI, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Annuaire de la CDI, 2001, vol. 2, n° 2, p. 80, § 3 du commentaire de l'Article 22. V. aussi G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 207, 1987, pp. 116-118. La CIJ semble avoir elle aussi manifesté ce soin de précision terminologique, puisque, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l'affaire *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955*, elle utilise le terme de « sanctions » en utilisant toujours des guillemets à chaque fois qu'elle se réfère aux mesures unilatérales nationales (CIJ, ordonnance en indication de mesures conservatoires, 3 oct. 2018, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, §§ 21-22, 55, 61), à la différence des mesures coercitives adoptées par le CSNU, qui sont sans guillemets. Telle est aussi la terminologie préférée par l'AGNU (v. *supra*, note 42), alors que le Conseil des droits de l'homme a moins de scrupules étymologiques (ex : *Rapport du Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme*, A/72/370, 27 août 2017).

sans préjudice du droit de tout Etat [...] de prendre des *mesures licites* à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation » de normes impératives. En 2001, l'habilitation d'une telle forme de coercition unilatérale relevait largement du développement progressif, ce qui explique la formulation delphique de l'Article 54<sup>96</sup>. Certes, la coercition unilatérale n'est pas apparue ces dernières années ou même décennies, mais d'isolées, les mesures coercitives unilatérales sont devenues des instruments majeurs de la politique étrangère de certains Etats. Ce passage d'une pratique éparse à un usage systématique doit donc être analysé non seulement sous l'angle de la licéité internationale et du titre à agir, mais aussi d'une possible cristallisation coutumière des contre-mesures dans l'intérêt collectif, à la lumière des réactions des autres Etats<sup>97</sup>.

Dans la conception américaine, la *protective jurisdiction* est justifiée, entre autres, par la défense de la sécurité nationale et celle de « certains intérêts nationaux »<sup>98</sup>, un concept particulièrement indéfini et mouvant. Dans ce contexte, la définition donnée par le groupe spécial dans l'affaire *Russie – Mesures concernant le trafic en transit* (2019) revêt une importance particulière :

« Les 'intérêts essentiels de ... sécurité' [au sens de l'Article XXI du GATT], qui sont de toute évidence un concept plus étroit que les 'intérêts de sécurité', peuvent généralement être compris comme désignant les *intérêts liés aux fonctions primordiales de l'Etat*, à savoir *la protection de son territoire et de sa population contre les menaces extérieures et le maintien de la loi et de l'ordre public à l'intérieur de cet Etat* »<sup>99</sup>.

Les mesures coercitives indubitablement extraterritoriales (« sanctions secondaires ») adoptées à des fins de sécurité nationale soulèvent des interrogations supplémentaires. Certaines mesures sont dépourvues de tout titre (international, territorial ou personnel) et peuvent relever d'une ingérence à la fois dans les affaires intérieures de l'Etat-cible et dans les affaires extérieures

<sup>96</sup> J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, 2013, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, pp. 705-706 ; A. MIRON, « Countermeasures and Sanctions », *Collected Courses of the International and Comparative Law Research Center*, vol. 1, 2020, spéc. §§ 67-74. V. aussi dans cet ouvrage la contribution d'A. TZANAKOPOULOS.

<sup>97</sup> Les votes à l'AGNU sur les résolutions Mesures coercitives et droits de l'homme montrent un clivage persistant entre une minorité d'Etats principalement occidentaux et les autres (y compris la Chine et la Fédération de Russie) (AGNU, *Droits de l'homme et mesures coercitives unilatérales*, A/RES/74/154 du 24 janvier 2020, doc. A/74/PV.50, v. *supra*, note 42). V. aussi la déclaration conjointe de la Chine et de la Russie selon laquelle les mesures coercitives visant aux changements de gouvernement, ainsi que les mesures coercitives extraterritoriales, étaient des violations du principe de non-intervention et mettaient à mal le système de sécurité collective (*The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law*, 25 juin 2016, disponible en ligne : [https://www.mid.ru/en/foreign\\_policy/position\\_word\\_order/-/asset\\_publisher/6S4RuXfeYIKr/content/id/2331698](https://www.mid.ru/en/foreign_policy/position_word_order/-/asset_publisher/6S4RuXfeYIKr/content/id/2331698)).

<sup>98</sup> « i. *Jurisdiction based on the protective principle. The United States exercises jurisdiction to prescribe with respect to certain conduct outside its territory by persons not its nationals or residents that is directed against the security of the United States or against a limited class of other U.S. interests, including counterfeiting, espionage, and the murder of U.S. government officials* » (*Restatement 4th*, préc. note 30, § 201).

<sup>99</sup> OMC, Rapport du groupe spécial, 5 avril 2019, *Russie – Mesures concernant le trafic en transit*, doc. WT/DS512/7, § 7.130 (italiques ajoutées).

des Etats tiers affectés<sup>100</sup>. La pratique coercitive européenne se distingue de celle des Etats-Unis à plusieurs égards. Du point de vue des finalités d'abord, les mesures restrictives imposées par l'UE visent « à susciter un changement de politique ou d'activité de la part [de l'entité ciblée] [...] et n'ont pas de motivation économique »<sup>101</sup>. Un changement de politique, oui, de régime non. Cela étant, et bien qu'elles soient généralement adoptées en réaction à des violations graves du droit international, leur fondement juridique immédiat est puisé dans le Traité UE et les décisions PESC du Conseil<sup>102</sup>. Elles se rattachent par ailleurs au titre territorial ou personnel<sup>103</sup>, et leur légalité est conditionnée par le respect du droit international et du principe de proportionnalité<sup>104</sup>.

La finalité des mesures coercitives unilatérales joue donc un rôle manifeste dans l'appréciation de leur licéité internationale. Aussi difficile à établir soit-elle, on ne saurait faire l'économie de cette investigation, d'autant plus que parfois (souvent ?) la finalité de sécurité nationale ou de protection de valeurs communes peut cacher une fin illicite (changement de régime) ou au moins illégitime (évacuation ou affaiblissement d'entreprises concurrentes aux entreprises nationales, contestable par ailleurs au regard des règles de l'OMC, de certains traités bilatéraux d'investissement ou d'amitié et de commerce etc.)<sup>105</sup>.

La multiplication des revendications et de l'exercice de compétences extraterritoriales est un trait distinctif des rapports internationaux actuels, mais le droit international général ne fournit que quelques vagues paramètres d'appréciation de leur validité. A défaut de règles concernant les liens de rattachement acceptables et face au renoncement des juges à contrôler la discrétion des Etats, la régulation des extraterritorialités ne peut venir que des processus normatifs multilatéraux.

<sup>100</sup> V. *supra*, section A.2.

<sup>101</sup> Secrétariat Général du Conseil de l'Union européenne, *Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE*, document 5664/18, 4 mai 2018, §§ 4-5.

<sup>102</sup> *Ibid.*, § 7. Telles sont d'ailleurs les normes de référence par rapport auxquelles la CJUE exerce éventuellement son contrôle (v. CJUE, Grande Chambre, arrêt du 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company v. HMT*, aff. C-72/15, spéc. §§ 113-117).

<sup>103</sup> *Lignes directrices préc.* note 101, §§ 51 et 88. V. également la contribution de Ch. BEAUCILLON dans cet ouvrage.

<sup>104</sup> *Ibid.*, § 9.

<sup>105</sup> V. M. ARON et F. PIERUCCI, *Le piège américain*, 2019, Paris, JC Lattès, 480 p. ; France, Assemblée nationale, Rapport d'information n° 4082 déposé par la Commission des Affaires étrangères et la Commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine présidée par Pierre Lellouche, enregistré le 5 octobre 2016, pp. 17-18, tableau p. 30. Du reste, le Code des douanes américain associe expressément sécurité nationale et bien-être économique des entreprises nationales : « *In the administration of this section, the Secretary and the President shall further recognize the close relation of the economic welfare of the Nation to our national security, and shall take into consideration the impact of foreign competition on the economic welfare of individual domestic industries.* » (19 U.S. Code § 1862).

## II. EXTRATERRITORIALITÉ ET MULTILATÉRALISME : DES PROCESSUS NORMATIFS À L'ŒUVRE

Les facteurs d'interdépendances s'étant multipliés, les chevauchements entre compétences extraterritoriales ont inévitablement pris le même chemin. Dès lors, de multiples habilitations juridiques internationales à l'extraterritorialité naissent, fruits de réflexions diplomatiques voulues ou subies du fait des nécessités de coexistence. Ce multilatéralisme conventionnel, qui habilite les Etats à se saisir de situations extraterritoriales, lève le doute sur l'existence d'un titre à agir (A). Cependant, les règles de droit international ainsi élaborées n'effacent pas, loin de là, les heurts entre souverainetés, et les tensions croissantes des dernières décennies entre unilatéralisme de projection de la puissance et multilatéralisme de compromis s'épuisent dans un va-et-vient incertain. Or, les réactions des tiers à l'extraterritorialité ne dessinent pas toujours des formes claires à ce processus normatif hésitant (B).

### A. Les habilitations multilatérales à l'extraterritorialité

La détermination de titres de compétences extraterritoriales par la voie conventionnelle procède d'un phénomène relativement récent en pleine expansion. Depuis quelques décennies à peine, c'est principalement dans la matière pénale que les exemples fourmillent de traités qui permettent et parfois obligent les Etats à se doter et à exercer des compétences extraterritoriales. Hors de la matière pénale, d'autres tentatives des Etats d'initier de tels processus se constatent encore de manière toute récente : la finalité de l'unilatéralisme est bien d'enclencher un processus multilatéral. Il n'est du reste pas certain que le processus soit exclusivement conventionnel, et une éventuelle cristallisation coutumière est discutée (1). Quels que soient les champs du droit international concernés, les difficultés contemporaines portent alors non pas tant sur l'établissement ou l'exercice de la compétence, mais bien sur l'agencement entre compétences concurrentes (2).

#### 1. L'extraterritorialité en matière pénale : quel bilan ?

Les incroyables développements de la matière pénale répondent à des finalités diverses, déjà bien connues : protection de l'ordre public d'un Etat, protection des intérêts étatiques partagés face à des infractions transnationales, protection d'un ordre public international contre les atteintes à l'humanité<sup>106</sup>. Dans chacun des domaines, les habilitations à l'extraterritorialité se font progressivement plus systématiques ; la compétence et son exercice, de facultatifs, deviennent parfois obligatoires.

---

<sup>106</sup> S. SZUREK, « Historique. La formation du droit international pénal », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, pp. 21-36.

a. *La multiplication des compétences extraterritoriales en matière de criminalité transnationale*

Ce sont les développements conséquents et récents du principe de personnalité passive qui portent en eux le plus fort potentiel d'extraterritorialité. Déjà partiellement présentée dans un précédent colloque annuel de la SFDI<sup>107</sup>, la liste des conventions comportant des dispositions relatives aux compétences pénales nationales peut encore être complétée. Les infractions liées aux activités maritimes ou à l'aviation civile internationale, les treize conventions à vocation universelle de lutte contre les actes terroristes et leurs équivalents régionaux, celles tout aussi nombreuses en matière de lutte contre les trafics en tous genres, ou encore les conventions de lutte contre la corruption, sont autant de processus multilatéraux consacrant toujours en premier lieu la compétence territoriale, parfois la compétence de protection (ou réelle), de même que, généralement, la compétence personnelle active. Dans l'ensemble, on trouve aussi bien les conventions protégeant les atteintes à l'ordre public d'un ou plusieurs Etats (faux-monnayage, trafic de stupéfiants, corruption d'agents publics), que celles dédiées aux droits de l'homme (apartheid, torture, disparitions forcées, traite des êtres humains). Cependant, toutes n'habilitent pas expressément les Etats à disposer d'une compétence personnelle passive et les développements de celle-ci figurent plutôt dans les plus récentes, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la criminalité transnationale.

C'est que ladite compétence était vivement contestée et assez peu pratiquée dans les systèmes anglo-saxons, en raison même de son extraterritorialité jugée souvent excessive et susceptible de heurter la souveraineté pénale d'autres Etats. Qualifiée de « principe de vengeance collective »<sup>108</sup>, symptôme d'une « victimisation du procès pénal »<sup>109</sup>, elle est née et s'est développée surtout en Europe continentale, notamment en réaction aux actes terroristes des années 1970 et leur cortège funèbre de victimes nationales à l'étranger. La finalité de cette compétence dite « personnelle » rejoint alors le troisième titre à agir, celui de protection des intérêts fondamentaux de l'Etat.

A grands traits, on peut tracer l'évolution du phénomène conventionnel d'extraterritorialité : le droit international reposait d'abord sur la logique prohibitive, semblant conforter l'approche du *Lotus*. En effet, rien, dans la plupart des conventions internationales, n'interdisait à un Etat de s'attribuer une compétence personnelle passive, dans la mesure où elles renvoyaient seulement aux lois internes<sup>110</sup>. Née dans les ordres internes (dans le code pénal israélien en

<sup>107</sup> M. MASSÉ, « Les aménagements conventionnels de l'exercice de la puissance publique sur le territoire national », in SFDI, Colloque de Lille, *La souveraineté pénale de l'Etat au XXI<sup>ème</sup> siècle*. Pedone, 2018, pp. 469-486. L'auteur présentait aussi un panorama précis des compétences d'exécution reposant sur des habilitations multilatérales, permettant à des agents d'un Etat d'effectuer des actes sur le territoire d'un autre. Nous ne revenons pas sur ces mesures d'exécution.

<sup>108</sup> A. YOKARIS, « Les critères de compétence des juridictions nationales », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, op. cit. note 106, 2012, p. 1002.

<sup>109</sup> D. BRACH-THIEL, « La victime d'une infraction extraterritoriale », *RSC*, 2010-4, p. 819.

<sup>110</sup> La disposition usuelle est celle figurant déjà dans la Convention européenne de 1977 sur le terrorisme, qui dispose que « la présente convention n'exclut aucune compétence pénale exercée

1972, et le code pénal français en 1975), transposée dans certaines conventions internationales, cette compétence procède donc d'un unilatéralisme à effet cliquet, visant à entraîner un processus multilatéral. Alors qu'en 1977 la Convention européenne sur le terrorisme n'attribue aucune compétence pénale extraterritoriale pour renvoyer aux législations nationales, celle de 1997 sur les attentats aux explosifs prévoit l'établissement des compétences fondées respectivement sur le territoire, le pavillon, la personnalité active (article 6§1), puis la compétence personnelle passive et le principe de protection (article 6§2)<sup>111</sup>.

Depuis, même le droit américain a évolué, là aussi dans le cadre de la lutte contre les crimes de guerre et de terrorisme visant des citoyens américains. Ainsi, alors que les deux premières versions du *Restatement* reflétaient un avis très défavorable à l'existence d'un tel principe en droit international, les troisième et quatrième versions ont évolué, la dernière en date étant la plus affirmative et même excessivement extensive en matière d'extraterritorialité fondée sur la compétence personnelle passive<sup>112</sup>. En tout état de cause, le principe est donc désormais bien commun aux grands systèmes juridiques contemporains.

Aujourd'hui, le droit international conventionnel, actant l'extension des compétences et des risques d'empiètements, prévoit expressément cette compétence, tout en la maintenant dans le registre facultatif et « sous réserve » que l'Etat exerce « d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des Etats et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres Etats »<sup>113</sup>. En outre, les conventions les plus récentes sont aussi révélatrices d'une articulation nécessaire mais ambiguë entre extraterritorialité et principes de souveraineté et d'intégrité

---

conformément aux lois nationales » (article 6§2). Vingt ans plus tard, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif reprend la même disposition : Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, New York, 15 décembre 1997, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2149, no. 37517, p. 256, article 6§5.

<sup>111</sup> *Ibid.* « 1. Chaque Etat Partie adopte les mesures qui peuvent être nécessaires pour établir sa compétence en ce qui concerne les infractions visées [...] lorsque : a) L'infraction a été commise sur son territoire ; b) L'infraction a été commise à bord d'un navire battant son pavillon ou d'un aéronef immatriculé conformément à sa législation au moment où l'infraction a été commise ; c) L'infraction a été commise par l'un de ses ressortissants.

2. Chaque Etat Partie peut également établir sa compétence sur de telles infractions lorsque : a) L'infraction est commise contre l'un de ses ressortissants ; [...] » (nous soulignons).

<sup>112</sup> On constate la conception très extensive du lien de nationalité, et la suppression – également nouvelle par rapport à la version précédente – du critère d'intentionnalité (qui visait à reconnaître une compétence raisonnable sur ce fondement seulement s'il y avait intentionnalité de viser la victime en raison de sa nationalité).

*Restatement 4<sup>th</sup>*, *op. cit.* note 30 : « h. Jurisdiction based on passive personality. The United States exercises jurisdiction to prescribe with respect to certain conduct outside its territory against its nationals, including U.S. citizens and others who owe permanent allegiance to the United States. Such conduct includes murder, hostage taking, terrorism, and the use of weapons of mass destruction. United States practice does not require that the victims have been targeted because of their U.S. nationality ».

<sup>113</sup> Convention des Nations unies sur la criminalité transnationale organisée, New York, 15 novembre 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2225, no. 39574, p. 209, article 4 (« protection de la souveraineté ») et article 15.2 (sur la compétence personnelle active et passive). Convention des Nations unies contre la corruption, New York, 31 octobre 2003, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, no. 42146, p. 41, article 4 (identique), et article 42 (équivalent) sur la compétence.

territoriale : la Convention de Palerme relative à la criminalité transnationale de 2000 et celle des Nations unies sur la corruption de 2003 contiennent ainsi la même disposition.

Le degré d'habilitation des Etats varie donc. La tendance est à l'obligatoire lorsqu'il s'agit des compétences territoriales, du pavillon ou de la nationalité du suspect (les Etats « adoptent » les règles nécessaires), tandis que l'établissement d'une compétence personnelle passive est quasiment toujours facultatif (« chaque Etat partie peut également établir sa compétence... »), sauf rares exceptions liées aux crimes graves contre l'être humain. Il est difficile de dire si ces habilitations conventionnelles attribuent ou reconnaissent des compétences, et l'on ne tranchera pas la question de savoir jusqu'à quel point l'extraterritorialité peut s'exercer. Certes, les traités lèvent le doute sur l'existence d'un titre international à agir. Cela étant, les habilitations reposent sur les titres traditionnels de la théorie des compétences, mais ne règlent pas entièrement la question, car, pas plus que le droit international général, elles ne définissent pas les liens de rattachement et renvoient encore souvent au droit interne pour la définition et la délimitation des compétences autant que pour les incriminations.

#### *b. Vers une extraterritorialité coutumière ?*

##### *Questions autour de la compétence universelle*

Alors que la compétence personnelle passive est probablement entrée dans le registre coutumier (ce qui était déjà affirmé par plusieurs opinions individuelles dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>114</sup>), la question se pose encore pour la compétence universelle. Si l'exercice obligé de la compétence universelle reste rare, les hypothèses d'établissement d'une telle compétence reposant sur le principe *aut dedere aut judicare* sont fréquentes<sup>115</sup>. Le bilan d'une courte liste était déjà présenté par Brigitte Stern en 1999<sup>116</sup>. En bref, si le fondement de ladite compétence est coutumier (piraterie), la compétence est toujours facultative. Si le fondement est conventionnel, établir la compétence peut être obligatoire (torture) ou facultatif (terrorisme). De même, exercer la compétence peut être facultatif (apartheid) ou, beaucoup plus rarement, obligatoire : seules

<sup>114</sup> Not. op. ind G. Guillaume dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*, préc. note 24, §16 : « Les Etats exercent avant tout leur compétence juridictionnelle pénale sur leur territoire. Dans le *droit international classique*, ils ne peuvent normalement connaître d'une infraction commise à l'étranger que si le délinquant ou, à la rigueur, la victime a leur nationalité ou si le crime porte atteinte à leur sûreté intérieure ou extérieure. Ils le peuvent en outre en cas de piraterie et dans les hypothèses de compétence universelle *subsidaire* prévues par diverses conventions si l'auteur de l'infraction se trouve sur leur territoire. Mais *en dehors de ces cas*, le droit international n'admet pas la compétence universelle ; il admet encore moins la compétence universelle par défaut » (nous soulignons).

<sup>115</sup> Il faut cependant distinguer les deux, sans que les Etats ne soient d'accord sur le contenu de la distinction : « La compétence universelle est un titre de compétence, alors que l'obligation de juger ou d'extrader est une obligation qui est exécutée dès lors que l'accusé est extradé ou que l'Etat décide de le poursuivre sur le fondement de l'un quelconque des titres de compétence » : Rapport du Secrétaire général à l'Assemblée générale des Nations unies, *Portée et application du principe de compétence universelle*, A/65/181, 29 juillet 2010, § 19.

<sup>116</sup> B. STERN, « A propos de la compétence universelle », in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Brill, 1999, pp. 735-753.

les Conventions de Genève de 1949, la convention contre la torture et celle relative aux disparitions forcées imposent non seulement l'établissement mais aussi l'exercice de la compétence, si l'accusé se trouve sur le territoire d'un Etat partie.

Quelques évolutions récentes accompagnent le mouvement. D'une part, les doutes concernant la compétence universelle coutumière pour le crime contre l'humanité, délibérément entretenus par la CIJ dans l'affaire *Obligation de poursuivre ou d'extrader*<sup>117</sup>, ne seront pas véritablement levés par le projet de convention achevé en 2019 par la Commission du droit international : le projet d'articles aménage de manière désormais habituelle les différentes compétences, que ce soit la compétence personnelle passive (rendue facultative par la formule « si cet Etat le juge approprié ») ou *via* une consécration des plus classiques du principe *aut dedere aut judicare*, tout en laissant aux Etats la possibilité d'aller au-delà des compétences prévues, et sans préjudice des règles de droit international<sup>118</sup>. Or, certains Etats considèrent que l'obligation de juger ou d'extrader n'implique nullement qu'une règle de droit international impose l'établissement (et l'exercice, encore moins) d'une compétence universelle. Ces doutes se retrouvent ainsi, d'autre part, dans les travaux de la 6<sup>ème</sup> Commission de l'Assemblée générale de l'ONU, qui s'est penchée sur le sujet depuis 2010, à la demande de l'Union africaine surtout<sup>119</sup>. Le constat de départ est celui d'un consensus relatif sur la nature coutumière du principe de compétence universelle pour les seuls crimes les plus graves (génocide, crime contre l'humanité, crimes de guerre, torture, piraterie), d'un désaccord persistant sur tous les autres, et de pratiques législatives très diverses, allant de l'absence totale de fondement national pour cette compétence (Liban), jusqu'à un droit impliquant l'ensemble des infractions internationales conventionnelles ou coutumières (Rwanda)<sup>120</sup>.

Pas plus que la CDI, qui avait accouché laborieusement d'une souris en 2014 quant à l'analyse de la nature coutumière ou non du principe *aut dedere aut judicare*<sup>121</sup>, la 6<sup>ème</sup> Commission n'est parvenue à un consensus en la matière dix ans plus tard. Les bilans des pratiques et opinions transmises par les Etats montrent une Europe très en retrait qui prend note de la variété des pratiques<sup>122</sup>, tandis que la Cour constitutionnelle colombienne a affirmé la nature coutumière de la compétence universelle<sup>123</sup>, et que la « Suisse a déclaré que le principe de compétence uni-

<sup>117</sup> CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Recueil 2012, p. 457, § 100. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas de différend entre les Parties à ce sujet (*ibid.*, pp. 444-445, § 54).

<sup>118</sup> Article 7 « Etablissement de la compétence », in Rapport annuel de la Commission du droit international, *Projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité*, A/74/10, 2019, pp. 14-15.

<sup>119</sup> Rapport du Secrétaire général à l'Assemblée générale des Nations unies, *Portée et application du principe de compétence universelle*, préc. note 115, § 54, p. 14 (et § 34).

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Commission du droit international, *Obligation d'extrader ou de poursuivre*, rapport final, document A/69/10, 2014, 21 p.

<sup>122</sup> Rapport du Secrétaire général à l'Assemblée générale des Nations unies, *Portée et application du principe de compétence universelle*, A/70/125, 1<sup>er</sup> juillet 2015, § 41.

<sup>123</sup> Rapport du Secrétaire général à l'Assemblée générale des Nations unies, *Portée et application du principe de compétence universelle*, A/66/93, 20 juin 2011, § 53.



verselle était un principe coutumier permettant à un tribunal d'exercer sa compétence même en l'absence de liens entre les faits de l'espèce et l'Etat du forum »<sup>124</sup>.

Pour conclure sur ce processus de conventionnalisation de l'extraterritorialité, un constat qui va au-delà de la matière pénale pour toucher aux autres finalités de protection des valeurs communes : l'adoption unilatérale de lois à portée extraterritoriale a souvent précédé des négociations internationales multilatérales portant sur des intérêts communs, que ce soit en matière sécuritaire, environnementale ou même économique. Ces derniers temps, l'Union européenne est souvent à la proue : ainsi en est-il de la taxation de l'émission des gaz à effet de serre, qui a donné lieu aux négociations au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), lesquelles ont abouti à un accord en 2016<sup>125</sup>. Certains Etats (dont la France) tentent actuellement de faire de même en ce qui concerne la taxation des activités numériques, pour des discussions sur un accord global dans le cadre de l'OCDE<sup>126</sup>.

Cet unilatéralisme à effet cliquet, dont l'ancrage universaliste est consacré à la fois par la finalité de protection de valeurs communes et par un processus normatif multilatéral, est déterminant pour la licéité internationale de certaines compétences extraterritoriales. La position est bien différente de celle consistant à brandir un unilatéralisme impérialiste, à la fois dans ses finalités et dans ses modalités d'expression.

## 2. Les agencements des compétences : là où le bât blesse

Le risque d'anarchie avait été souligné par G. Guillaume dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*<sup>127</sup>. Vingt ans plus tard, nous y sommes : les compétences extraterritoriales se sont développées à tout va, sans que des règles satisfaisantes

<sup>124</sup> La Suisse a surtout suggéré de renvoyer le sujet à la Commission du droit international : Rapport de 2018, A/73/123, 3 juillet 2018, § 46.

<sup>125</sup> « La règle imposait à toutes les compagnies aériennes, quelle que soit leur nationalité, de délivrer des quotas d'émission pour couvrir chaque tonne de dioxyde de carbone émise pour l'intégralité du parcours des vols effectués au départ et à l'arrivée des aéroports situés sur le territoire de l'UE. Autrement dit, les compagnies étrangères comme locales devaient payer une taxe pour des portions de trajet opérées à l'extérieur du territoire européen [...]. Le caractère purement unilatéral de la démarche était alors pleinement assumé. La directive de 2008/101/CE rappelait notamment qu'elle s'intégrait dans le cadre de la lutte internationale contre le changement climatique. Elle notait en outre que les négociations menées au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) sur la réduction des émissions étaient bloquées et qu'un accord mondial en la matière était nécessaire. La CJUE, quant à elle, a justifié de la légalité du mécanisme au regard du droit international, en n'y voyant aucune portée extraterritoriale (le lieu de décollage et d'atterrissage constituant le fondement de l'exercice de la juridiction de l'Union, tandis que rien n'interdit dans ce cadre la prise en compte de faits externes) ni aucune atteinte à la souveraineté des Etats tiers » : D.-S. ROBIN, *Les actes unilatéraux des Etats comme éléments de formation du droit international*, Thèse Paris I, p. 119. Cela étant, l'UE a choisi de suspendre l'application du règlement dans sa portée extraterritoriale le temps des négociations à l'OACI. V. CJUE, Grande chambre, arrêt du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America e. a. c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10.

<sup>126</sup> Voir la contribution de D. S. ROBIN dans le présent ouvrage.

<sup>127</sup> « Mais à aucun moment il n'a été envisagé de donner compétence aux tribunaux de tous les Etats du monde pour poursuivre de tels crimes, quels qu'en soient les auteurs et les victimes et quel que soit le lieu où se trouve le délinquant. Procéder de la sorte risquerait d'ailleurs de créer le chaos juridictionnel le plus total » : opinion individuelle, § 15 (*supra*, note 24).

d'agencement entre elles ne soient déterminées. A l'imprécision des règles internationales relatives à la définition des titres et des liens de rattachement correspond une encore plus grande indigence de normes relatives à leur coordination. Quelques questions restent en suspens.

D'abord, les Etats peuvent-ils aller au-delà des compétences extraterritoriales définies conventionnellement (en les rendant au fond supplétives) ? D'une part, les Etats se permettent allègrement d'« adapter » leur droit interne au droit international pénal pour aller non pas au-delà, mais en deçà, autorisés en cela par le système d'application indirecte du droit pénal international (et du droit international pénal), qui nécessite transpositions et adaptations. Les injonctions à l'établissement, mais plus encore à l'exercice d'une compétence pénale extraterritoriale, ne sont pas toujours les mieux respectées dans cette phase de transposition : en raison du principe d'opportunité des poursuites, l'obligation redevient souvent facultative. Tel est ainsi le cas pour la France, qui s'est émancipée des obligations d'imprescriptibilité des crimes graves de droit international, d'une partie de leur définition, et a transformé l'exercice obligatoire des poursuites pour ces crimes en simple faculté<sup>128</sup>. S'agit-il alors d'une délimitation tolérée et tolérable de sa compétence par un Etat souverain, ou plutôt d'une incompatibilité de sa loi avec le traité, mais dépourvue de contrôle et, partant, de sanction ? D'autre part, ces conventions visent surtout à définir des incriminations et concèdent une marge de manœuvre importante aux Etats dans la détermination des conditions d'exercice de leur compétence pénale. Il n'est toujours pas rare de rencontrer une disposition reconnaissant expressément la souveraineté/liberté pénale, à l'instar de celle de la Convention de 1977 sur le terrorisme<sup>129</sup>. On en trouve également dans la Convention des Nations unies contre la corruption de 2003 ou dans la Convention de Palerme sur la criminalité transnationale organisée, avec une nuance de taille, car ces deux dernières mentionnent en sus (de manière on ne peut plus elliptique) que l'affirmation est valable « [s]ans préjudice des normes du droit international général »<sup>130</sup>.

Sur ce point, la CIJ a manqué l'occasion de clarifier cette articulation entre habilitations internationales et délimitations nationales des compétences, à en juger d'après l'arrêt rendu en 2018 dans l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*. La Guinée reprochait à la France de s'être attribué une compétence excessive, en jugeant M. Teodoro Obiang pour blanchiment d'argent, alors même que l'auteur de la supposée infraction, le lieu et les victimes étaient tous équato-guinéens. En mettant en avant les dispositions de la Convention de Palerme qui renvoient au droit interne, la Cour considère que « les Etats parties sont libres d'exécuter les obligations qu'ils tiennent de la convention conformément à leur droit interne. Ce qui relève

<sup>128</sup> D. BRACH-THIEL, « Et toujours pas de vraie compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité. A propos de l'article 689-11 du code de procédure pénale », *AJ Pénal*, 2019, p. 195.

<sup>129</sup> Voir *supra*, note 110.

<sup>130</sup> Convention des Nations unies sur la criminalité transnationale organisée, préc. note 113, article 15 §6 : « Sans préjudice des normes du droit international général, la présente Convention n'exclut pas l'exercice de toute compétence pénale établie par un Etat Partie conformément à son droit interne ».

de l'application de la convention est donc limité »<sup>131</sup>. Soulignant que la Convention « n'envisage pas la compétence exclusive de l'Etat sur le territoire duquel une telle infraction a été commise »<sup>132</sup>, elle considère ensuite que, du fait de la Convention elle-même (*via* ses articles 6 et 15), la compétence pénale de la France est une question de droit interne et qu'elle n'a pas compétence pour en juger. Poussé à l'extrême, le raisonnement de la Cour consiste à affirmer que la détermination des limites de la compétence normative et judiciaire ne relève pas du droit international, mais du droit interne des Etats. Cela peut sembler curieux, car la Cour vient plutôt de démontrer que la position française est conforme à la Convention de Palerme. On dirait que la malédiction du *Lotus* pèse toujours, et même dans les hypothèses où les Etats adoptent des règles communes de compétence extraterritoriale.

Aucune règle de droit international ne vient donc invalider l'exercice d'une compétence extraterritoriale établie lorsque d'autres Etats sont également compétents. La liberté d'appréciation des Etats est d'autant plus grande que les juridictions internationales se gardent bien de se prononcer là-dessus – inutile de revenir sur les rendez-vous manqués qu'ont été *Lotus*, *Barcelona Traction*, *Mandat d'arrêt*, *L'obligation de poursuivre ou d'extrader* ou *Guinée équatoriale c. France*. Ce vide est dès lors occupé par quelques principes généraux du droit international et par la jurisprudence interne.

Au moins deux principes généraux sont potentiellement invocables en cas de pluralité de compétences : le principe de coopération et celui de l'interdiction de l'abus de droit (qui est peut-être la version plus faible du principe du raisonnable). Le principe de coopération est inscrit dans la plupart des conventions contre la criminalité transnationale (y compris la corruption) : « Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites »<sup>133</sup>. On peut noter que rarement effective<sup>134</sup>, cette coopération a trouvé ses premières concrétisations en France en 2017. La récente affaire Airbus est fort intéressante en la matière, en ce qu'elle a vu pour la première fois les procureurs de trois Etats (Royaume-Uni, Etats-Unis, France) œuvrer ensemble pour déterminer la réalité des faits de corruption et leur sanction<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> CIJ, arrêt du 6 juin 2018 (exceptions préliminaires), *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, § 114.

<sup>132</sup> *Ibid.*, § 116.

<sup>133</sup> OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 21 novembre 1997, article 4§3.

<sup>134</sup> Pour une analyse de l'absence de coopération, v. A. MIGNON-COLOMBET, « Vers une reconnaissance internationale du principe *non bis in idem* », in *JCP Entreprise et Affaires*, 3 Septembre 2015, n° 36, p. 1398.

<sup>135</sup> P. DUFOURQ, « Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus », *Dalloz Actualité*, 18 février 2000. La première CJIP fut celle concernant HSBC en 2017. Les CJIP sont disponibles en ligne sur [<https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/publications>].

On peut aussi sûrement affirmer que les compétences extraterritoriales sont subsidiaires, au regard de la rédaction des conventions internationales, qui rendent obligatoire avant tout la compétence territoriale et personnelle active, mais quasiment jamais la passive (*supra*, 1). Cependant il ne s'agit pas d'une hiérarchisation juridique expresse, mais d'une priorité de fait, dans la plupart des pratiques entre Etats également compétents. Or, les centaines de conventions d'entraide policière et pénale qui complètent l'arsenal ne résolvent pas davantage la question. Elles portent sur la coopération en matière de preuve, de modalités pratiques d'enquête sur le territoire d'un autre Etat, d'échanges d'informations et données, mais pas sur les titres de compétence<sup>136</sup>.

S'y ajouteraient les principes d'inspiration privatiste, comme celui de *comity* ou *balancing test*. En matière pénale, les législations nationales recourent à de multiples critères (qu'on peut sans doute qualifier de « raisonnables ») visant à limiter les risques d'ingérence et autres atteintes à la souveraineté des autres Etats : critère de la gravité de l'acte, respect du principe de double incrimination, équivalence des peines, intentionnalité de viser la victime en raison de sa nationalité (infirmé expressément par le dernier *Restatement*), prise en compte transnationale du principe *non bis in idem*, sans compter les conditions relatives à la présence du suspect sur le territoire ou de l'exigence d'une plainte déposée par la victime<sup>137</sup>. Mais l'application de l'ensemble de ces principes relève exclusivement des juridictions internes, la plupart du temps celles d'un Etat dont les intérêts sont en jeu. Peut-on s'attendre à ce que ces tribunaux s'érigent en juge impartial d'un conflit entre l'intérêt de leur Etat et celui d'autres Etats ?

## B. Les réactions désordonnées aux prétentions extraterritoriales

Face aux prétentions unilatérales des Etats, les réactions des tiers, qu'elles soient bruyantes ou silencieuses, sont déterminantes pour établir un processus normatif à l'œuvre. De même, mais dans une moindre mesure, les pratiques des Etats dans la traduction interne et l'application de leurs obligations internationales multilatérales peuvent venir modifier le sens de la norme. Il s'agit donc alors de dresser un bref panorama de ces réactions à l'extraterritorialité, surtout lorsqu'elle est discutée ou contestée. Or, on perçoit qu'au fil du temps, les réactions se font de plus en plus faibles, de moins en moins concertées et collectives. Doit-on en déduire qu'on se dirige vers un processus de validation des extraterritorialités les plus unilatérales ? (1). Ce n'est pas certain, et le processus normatif est instable. Protestations et réactions contre les excès sont toujours audibles. Cependant, les tentatives de contre-attaques semblent largement inefficaces ou improductives/contre-productives (2).

<sup>136</sup> V. par exemple la Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats-membres de l'Union européenne, *JOCE* n° 197, 12 juillet 2000.

<sup>137</sup> On peut lire avec intérêt l'excellent mémoire de J. BOURGUIGNON, *La compétence personnelle passive*, Paris II, 2010, 99 p., disponible sur [<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/e31f020c-9b14-46a5-83cb-b869636cf66c?inline>].

### 1. *Soumissions et silences : vers une validation des prétentions unilatéralistes ?*

Compte tenu de ces indéterminations multiples, il n'est pas étonnant que les quelques projets internationaux de codification portant sur l'extraterritorialité n'aient pas prospéré. Dans les années 1970, le Secrétariat de la Commission du droit international avait considéré que le thème de « l'exercice par un Etat de sa juridiction dans des cas comportant un élément d'extraterritorialité »<sup>138</sup> pouvait difficilement aller au-delà de la formulation de quelques principes généraux et avait estimé que la matière était mieux régie par voie conventionnelle<sup>139</sup>. En 1993, la CDI avait été saisie d'un bref rapport par Sreenivasa Rao<sup>140</sup>, mais ce fut aussi une tentative sans lendemain puisque le sujet n'a pas été repris depuis. L'Institut du droit international a également inscrit à son programme de travail la question de la compétence extraterritoriale des Etats (*The Extraterritorial Jurisdiction of States*). François Rigaux a produit plusieurs rapports à partir de 1994 et proposé un projet de résolution à la session de Berlin (1999)<sup>141</sup>. Lors de la session de Vancouver (2001), l'IDI a conclu qu'il n'y avait pas lieu « d'adopter en cette matière de résolution normative »<sup>142</sup>. Le terrain est depuis largement occupé par des travaux décentralisés comme ceux de l'*American Law Institute*, dont les *Restatement of the Law, Foreign Relations* comportent des développements conséquents sur l'extraterritorialité, ou plus exactement sur l'approche américaine de ce phénomène<sup>143</sup>. Mais il n'est pas certain que ses conclusions, fondées sur une vision américaine contestée ou contestable, soient le reflet fidèle de l'état du droit international en la matière. A cet égard, la faiblesse des réactions doctrinales à un quatrième *Restatement*, qui nous paraît pourtant aller bien au-delà du raisonnable, peut inquiéter<sup>144</sup>.

Quant aux réactions des principaux acteurs concernés, elles sont le signe d'une impuissance généralisée face à un rapport de force inégal, mais aussi des doutes de légitimité que l'UE et ses Etats membres doivent éprouver, après avoir eux-mêmes expérimenté l'outil extraterritorial, même si à des finalités et des degrés bien différents de celui des Etats-Unis. Les Etats aussi bien que les entreprises changent profondément de logique : ils passent ainsi de la protestation par l'adoption de mesures générales et collectives, à la négociation

<sup>138</sup> CDI, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II (2), p. 21.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 24, §§ 90-95.

<sup>140</sup> M.P. SREENIVASA RAO, *Rapport sur la question de l'application extraterritoriale de la législation nationale*, CDI, doc. A/CN.4/454, pp. 71-84.

<sup>141</sup> L'ensemble des textes, y inclus les réactions des autres membres de la commission de travail, sont reproduits dans Institut de Droit international, *Annuaire* 1999, vol. 68-1, pp. 371-605.

<sup>142</sup> Institut de Droit international, *Annuaire* 2001, vol. 69, p. 12.

<sup>143</sup> American law Institute, *Restatement (3<sup>th</sup>) of US Foreign Relations Law*, 1987, et *Restatement (4<sup>th</sup>) of US Foreign Relations Law*, 2018.

<sup>144</sup> Ainsi en est-il de contributions qui, s'interrogeant sur la nature juridique coutumière ou non des principes de *comity*, *genuine connection*, *reasonableness* tels que présentés par le dernier *Restatement*, ne font aucun commentaire sur les liens de rattachement particulièrement extensifs mentionnés par le texte. Voir les contributions de W. S. DODGE (l'un des auteurs du *Restatement*) et de N. L. DOBSON, in *Questions of International Law*, Zoom-in 62, octobre 2019, disponible sur [<http://www.qil-qdi.org/?s=restatement>].

directe et bilatérale de mesures d'exemptions. Chacun cherche à gagner des dérogations au droit impérialiste, stratégie de renoncement progressif.

Le comportement de l'Union européenne et de ses Etats membres, d'abord : tous sont visiblement largement impuissants et inactifs. L'OFAC américain a ainsi pu bloquer l'exécution d'un accord entre l'Iran et Airbus en raison de la contenance de produits américains dans les avions en 2016, alors que les sanctions étaient levées ; face à cela, la France est demeurée silencieuse, et le Trésor français exige même de certaines entreprises qu'elles évitent les banques iraniennes visées par les Etats-Unis<sup>145</sup>. L'UE, contrairement à ses vives réactions des années 1990, est également en retrait. Face à la réactivation des législations *Helms-Burton* et *d'Amato-Kennedy* en 2019, le règlement européen (voir *infra*, 2) n'est pas plus appliqué qu'au cours des vingt dernières années. Aujourd'hui, malgré les milliards versés au Trésor américain (que ce soit par la BNP en 2014 ou par Airbus en 2020), il n'y a pas de réaction européenne, l'UE renvoyant la balle aux Etats membres. Son comportement est dénoncé tant par la doctrine que par les différents rapports parlementaires<sup>146</sup>. Le pessimisme règne, et on ne croit même plus aux procédures internationales de règlement des différends. Les Etats ne saisissent aucune juridiction internationale aux fins d'analyse de la licéité de mesures extraterritoriales.

Il y a pire : loin de bloquer l'exercice de la justice américaine, l'UE l'utilise. En effet, dans l'affaire *Nabisco*, la Commission avait elle-même saisi la justice américaine pour qu'elle sanctionne un trafic de cigarettes mené par des entreprises américaines sur le sol européen<sup>147</sup>. L'Union européenne pensait-elle que les Etats membres eux-mêmes n'actionneraient pas la justice nationale ? Quoi qu'il en soit, il s'agit là d'une bien mauvaise stratégie, que de se soumettre à une juridiction étrangère qui se prononce très majoritairement en faveur des intérêts économiques des entreprises américaines<sup>148</sup>.

Ensuite, le comportement des juges internes n'aide pas à clarifier le processus, à l'occasion de rares saisines qui sont autant d'occasions manquées. De son côté, la justice américaine est peu uniforme. Elle est parfois zélée, notamment lorsqu'elle adresse directement des injonctions aux acteurs privés, sans passer par les (fastidieuses) procédures d'entraide judiciaire. Mais les procès sont rares. Depuis l'affaire *Kiobel* en 2013, la Cour suprême considère qu'il n'y a pas

<sup>145</sup> P. DEGHANI, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *Cahiers de droit de l'entreprise*, Juillet 2018, n° 4, dossier 25. V. aussi, du même auteur, « L'efficacité des programmes de sanctions économiques américaines illustrée à travers l'accord conclu avec l'Iran », *Revue de droit bancaire et financier*, septembre-octobre 2016, Etude no. 27. Et « The Reactivation of European Union Blocking Regulation. A Solution to Sustain Trade with Iran ? », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires*, octobre 2018, no. 4, comm. 137.

<sup>146</sup> Sur le comportement « versatile » de l'UE, qui se trouve souvent dans une « impasse », voir la contribution de R. BISMUTH au présent ouvrage.

<sup>147</sup> *RJR Nabisco, Inc., et Al v. European Community et Al.*, 136 S.Ct. 2090 (2016). La requête fut rejetée, dans la suite logique de la jurisprudence *Kiobel*, du fait que les intérêts en cause étaient situés en Europe.

<sup>148</sup> M. ARON et F. PIERUCCI, *Le piège américain*, *op. cit.* note 105.

de présomption d'extraterritorialité et a adopté une attitude restrictive, dans une attitude paradoxale, qui dépend de la finalité de l'extraterritorialité, au profit des intérêts économiques et politiques américains<sup>149</sup>. Certains auteurs soulignent aussi l'incohérence des décisions des juges du fond en France<sup>150</sup>. D'autres la rareté des procédures pénales relatives à la corruption. En fin de compte, côté européen comme américain, le principe d'opportunité des poursuites prend l'apparence d'un certain opportunisme discriminatoire qui cadre mal avec la sécurité juridique.

Le comportement des entreprises, enfin, est symptomatique. Face au puissant unilatéralisme américain, il relève de la soumission volontaire au droit américain et se résume en trois mots : évitement, coopération, soumission. Pratiquant l'évitement des « sanctions », elles abandonnent des marchés pour échapper au risque de sanctions financières colossales. Ainsi, toutes les entreprises européennes qui avaient des intérêts en Iran ont choisi de s'en retirer suite à la dénonciation de l'Accord sur le nucléaire iranien mi-2018, en raison de l'impossibilité de trouver une banque européenne qui accepte leurs transactions<sup>151</sup>. La coopération des entreprises européennes avec l'administration américaine est acquise sous la contrainte<sup>152</sup>. Elles reçoivent des injonctions par courriers et doivent accepter la visite des cabinets d'avocats américains. Elles coopèrent avec les autorités administratives et judiciaires œuvrant dans le cadre des sanctions anti-corruption, préférant anticiper et s'auto-dénoncer aux justices française et américaine. Côté français, peut-être en espérant être protégées par le principe *non bis in idem* et éviter la lourdeur des sanctions américaines : mieux vaut être poursuivi en France. Pourtant, le principe ne s'applique guère dans les relations transnationales, et c'est là une stratégie hasardeuse<sup>153</sup>. Côté américain, en espérant réduire ces pénalités du fait de la coopération volontaire : par ces processus de justice négociée, spécificité américaine, les entreprises acceptent des sanctions administratives sans jugement. Le principe de justice négociée est désormais importé par le mécanisme français des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP), qui l'adapte néanmoins à la culture française, en le soumettant au contrôle judiciaire : sans remettre en cause les injonctions extraterritoriales américaines (d'autant qu'elles découlent, même indirectement, des obligations de coopération interétatique figurant dans les conventions contre

<sup>149</sup> La doctrine souligne l'application aléatoire de cette technique judiciaire : « *Use of the presumption against extraterritoriality [...] has been highly uneven in U.S. jurisprudence* », et fournit des exemples dans lesquels cette présomption a été écartée (en matière de concurrence) et appliquée en matière de protection des droits sociaux : T. PUTNAM, *Courts Without Borders: Law, Politics, and U.S. Extraterritoriality*, *op. cit.* note 9, pp. 23-24.

<sup>150</sup> Pour des exemples, v. P. DEGHANI, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.* note 145.

<sup>151</sup> Suite à un tweet de D. Trump le 8 mai 2019, le 16 mai Total annonce son retrait total d'Iran. A titre complémentaire, v. CIJ, ordonnance en indication de mesures conservatoires du 3 octobre 2018, *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*.

<sup>152</sup> V. *supra*, I.A.2.

<sup>153</sup> A. MIGNON-COLOMBET, « Vers une reconnaissance internationale du principe *non bis in idem* », *op. cit.* note 134.

la corruption), ce système présente du moins l'intérêt, côté français, de partager le butin qui, jusque-là, ne bénéficiait qu'au Trésor américain<sup>154</sup>.

On peut surtout souligner la stratégie collective de *soumission volontaire* aux obligations issues du droit américain. Prises entre des obligations contradictoires (subir des sanctions américaines, ou subir des sanctions européennes si elles respectent les sanctions américaines), les entreprises choisissent la loi du plus fort et se dotent de services juridiques coûteux de *compliance* destinés à mieux connaître le droit américain afin de s'y conformer<sup>155</sup>. Certains rapports parlementaires évoquent même une stratégie de « *over-compliance* »<sup>156</sup>. Ainsi,

« les opérateurs économiques européens sont pris en otage entre l'application extraterritoriale (controversée) des sanctions unilatérales américaines et la passivité alarmante des autorités nationales et européennes. L'évaluation des risques ne leur laisse d'autres choix que de devenir elles-mêmes les vecteurs de l'application extraterritoriale de la réglementation américaine »<sup>157</sup>.

## 2. La contre-extraterritorialité : invalidation partielle du processus ou mimétisme normateur ?

On a beau jeu de dénoncer les inactions et les impuissances du côté européen de l'Atlantique. Des initiatives ont pourtant été prises (protestations internationales, lois de blocage, décisions judiciaires nationales), qui freinent le processus entérinant ces liens de rattachement déraisonnables.

Les réactions internationales de protestation sont très rares au niveau universel, et seule l'une d'entre elles (à l'égard de la loi *Helms-Burton*) résonne encore deux décennies plus tard. Chaque année, l'Assemblée générale de l'ONU adopte une résolution demandant aux Etats de s'abstenir de prendre de telles lois et mesures, « dont les effets extraterritoriaux affectent la souveraineté des autres Etats, les intérêts légitimes d'entités ou personnes sous leur juridiction et la liberté de commerce et de navigation »<sup>158</sup>. Mexique, Canada et Union

<sup>154</sup> Voir la contribution de A. MIGNON-COLOMBET au présent ouvrage sur la justice négociée. P. DUFOURQ, « Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus », *op. cit.* note 135. Egalement S. LAUER, « L'amende infligée à Airbus, une bonne affaire géopolitique », *Le Monde*, 4 février 2020, p. 29 : « Cette fois, dans le cadre de l'affaire Airbus, la justice française s'arroge 60 % de l'amende, contre 20 % pour le SFO et 20 % pour le DOJ ».

<sup>155</sup> Les revues juridiques et professionnelles spécialisées dédiées à la *compliance* se multiplient. Voir par exemple la revue *Compliances* créée en 2018 : [<https://www.compliances.fr/>]. Il existe également des formations universitaires, et des départements dédiés dans les cabinets d'avocats comme dans les grands groupes. Or, pas plus que les administrations telles que l'*OFAC*, ils n'opèrent de distinction entre les mesures de « sanctions » décidées par le Conseil de sécurité des Nations unies et les mesures unilatérales. La *compliance* est donc un puissant outil d'exécution des mesures coercitives.

<sup>156</sup> Assemblée nationale, Rapport d'information n° 4082 (Quatorzième législature), déposé par la Commission des Affaires étrangères et la Commission des finances de l'Assemblée nationale, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine présidée par Pierre Lellouche, *préc.* note 105, p. 39.

<sup>157</sup> P. DEGHANI, « Les entreprises, vecteurs de la portée extraterritoriale des programmes de sanctions américaines », *op. cit.* note 145.

<sup>158</sup> La formule employée est la même chaque année, et la résolution généralement adoptée à l'unanimité moins les deux voix des USA et d'Israël. Assemblée générale, *Nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier imposé à Cuba par les Etats-Unis d'Amérique*, A/RES/74/7, 12 novembre 2019. En 2019, le Brésil a également voté contre.



Européenne avaient adopté des législations de blocage, et avaient saisi les organes de règlement des différends de l'ALENA et de l'OMC, à des fins plus diplomatiques que judiciaires. Sans attendre la réponse du juge, l'UE avait déjà privilégié la négociation d'une dérogation. Il faut dire que la jurisprudence OMC est en demi-teinte : dans l'affaire de la Section 301 du *Trade Act*, l'Organe de règlement des différends (ORD) avait considéré que l'existence de la loi (prévoyant des sanctions sur les entreprises étrangères dont les pratiques concurrentielles sont jugées déloyales) n'était pas illicite en soi et que le gouvernement avait pris l'engagement d'appliquer le *Trade Act* de manière compatible avec le droit de l'OMC. Aujourd'hui, la saisine de l'ORD n'est même plus d'actualité, et l'on constate un *incroyable fatalisme* des rapports publics de ces dernières années sur les perspectives de succès d'un recours à l'OMC, en raison des dispositions du GATT permettant l'invocation d'arguments relatifs aux intérêts essentiels de sécurité, mais aussi du blocage de l'Organe d'appel provoqué récemment par les Etats-Unis<sup>159</sup>.

Que faire face aux Etats-Unis ? En 2016, le rapport Berger-Lellouche identifiait trois réactions possibles du côté français, en suggérant la coopération (mais « à armes égales », avec l'augmentation conséquente des moyens du Trésor), l'évitement du dollar et la promotion de l'euro, et l'affrontement qui avait fonctionné dans les années 1990<sup>160</sup>. Mais les Etats ont surtout fait le choix de « contre-législations » : la France, comme de nombreux autres, possède ainsi une « loi de blocage », qui interdit de communiquer à une autorité étrangère « les documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique [...] de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public »<sup>161</sup>. Adoptée en réaction (déjà) à des pratiques américaines, la loi vise à parer aux *discovery injonctions*, dont la portée contraignante malmène la souveraineté de l'Etat sur le territoire duquel elles produisent leurs effets, en cantonnant la communication d'informations au seul cadre multilatéral prévu par les conventions de coopération en matière civile ou pénale<sup>162</sup>. L'appréciation de ces mécanismes est ambivalente. Ils seraient inefficaces car ni appliqués ni respectés, disent beaucoup, les qualifiant de « tigre de papier »<sup>163</sup>. Certes, la justice française n'a appliqué la loi de 1968 qu'une seule fois<sup>164</sup>. Certes, la Cour suprême américaine en a refusé l'application également (les requérants français tentaient de l'invoquer pour justifier leur refus de transmettre des documents), au motif qu'elle n'était pas sérieusement appliquée en France

<sup>159</sup> En bloquant la désignation des membres de l'Organe d'appel, les Etats-Unis paralysent l'organe qui doit fonctionner de manière collégiale. J. BOUISSOU, « Le gendarme du commerce mondial dépose les armes », *Le Monde*, 11 décembre 2019.

<sup>160</sup> Assemblée nationale, Rapport d'information n° 4082, préc. note 105, 180 p.

<sup>161</sup> Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980, étendue en 1980 à toute demande de renseignements émanant d'autorités publiques, judiciaires ou d'acteurs privés. Elle n'interdit pas de transmettre des informations, mais invite à passer par les conventions d'entraide judiciaire.

<sup>162</sup> V. *supra*, Section I.A.B.

<sup>163</sup> V. la contribution de F. ROUSSEL au présent ouvrage.

<sup>164</sup> Cass. Crim., *Christopher Armeniadès*, 12 décembre 2007, n° 07-83.228.

même. Ainsi, on peut effectivement souligner que « [L]’ineffectivité de la loi dans son versant répressif a ainsi annihilé sa prétention à constituer un titre défensif efficace à l’étranger »<sup>165</sup>. Cependant, l’esprit l’emporte sur la loi :

« En tout état de cause, il apparaît clairement que la loi n’a jamais été conçue pour sanctionner de façon effective des comportements jugés coupables, mais pour défendre les entreprises françaises susceptibles d’être acculées devant les juges américains ; il s’est agi de leur permettre de se défendre efficacement contre d’éventuelles poursuites judiciaires en cas de refus de communiquer certains documents réclamés dans le cadre d’une procédure de *discovery* »<sup>166</sup>.

On peut sûrement mieux faire : tel est l’esprit du rapport Gauvain de juin 2019, qui préconise l’usage et le renforcement de ce mécanisme, sous-exploité<sup>167</sup>.

De son côté, l’UE avait adopté un règlement de blocage en 1996, visant à rendre « griffe pour griffe », même si l’entreprise se trouvait alors entre marteau et enclume. D’abord, il interdit de se conformer aux sanctions américaines, et impose aux juges en Europe de refuser de reconnaître l’effet des décisions judiciaires américaines, tout en renvoyant aux Etats membres le soin de mettre en œuvre des « contre-sanctions » pour les entreprises se soumettant. Visant à multilatéraliser le contexte, il prévoit des exemptions possibles (si la *non-compliance* risque de léser gravement les intérêts de l’entreprise), devant être négociées non auprès des autorités nationales (qu’elles soient européennes ou américaines), mais auprès de la Commission européenne. Ensuite, il aménage la possibilité de récupérer les sommes versées *via* un recours aux juges européens contre les bénéficiaires des sanctions (« *claw back clause* », impraticable face à l’*OFAC*)<sup>168</sup>. Comme pour la loi française avant lui, le règlement était resté lettre morte, du fait des négociations diplomatiques entre Europe et Etats-Unis mettant fin au contentieux *Helms-Burton* devant l’OMC. Ainsi, le bilan dressé par le rapport du sénateur Bonnecarrère est très sceptique : le règlement est laissé inappliqué au sein des Etats membres<sup>169</sup>, il est impuissant à protéger contre les pénalités infligées aux Etats-Unis, et le recouvrement des sommes payées par la voie judiciaire en Europe est empêché par l’immunité de juridiction de l’Etat fédéral (ce point mériterait discussion, les immunités des Etats étant limitées)<sup>170</sup>.

<sup>165</sup> Commentaire de la décision de la Cour de cassation de 2007 par D. CHISLSTEIN, « Application de la loi de blocage du 16 juillet 1980 sur la recherche de renseignements d’ordre économique », *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 626.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> Assemblée nationale, *Rétablir la souveraineté de la France et de l’Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, rapport établi par R. Gauvain à la demande du Premier ministre, 26 juin 2019.

<sup>168</sup> Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil portant protection contre les effets de l’application extraterritoriale d’une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, 22 novembre 1996, *JOCE* L 309, 29 novembre 1996. Pour une analyse, v. la contribution de F. ROUSSEL au présent ouvrage.

<sup>169</sup> Par exemple, en novembre 2018 la Société Générale a préféré payer 1,3 milliards de dollars pour ses liens avec Cuba.

<sup>170</sup> Sénat, Rapport d’information n° 17 (2018-2019), *Extraterritorialité des sanctions américaines : quelles réponses de l’Union européenne ?*, présenté par Philippe Bonnecarrère, au nom de la Commission des affaires européennes, le 4 octobre 2018.

Enfin, la stratégie d'évitement a mené en 2019 à l'adoption d'INSTEX (*Instrument in Support of Trade Exchanges*), face à la reprise des sanctions américaines visant l'Iran (et notamment sa banque centrale). Réaction de la France, de l'Allemagne, et du Royaume-Uni, le mécanisme vise à permettre de continuer à commercer avec l'Iran sans passer par le système financier américain de compensation en dollars, « conformément au droit de l'UE et à la résolution 2231 du Conseil de sécurité des Nations unies »<sup>171</sup>. Son objet est limité au commerce alimentaire et pharmaceutique et, un an après sa mise en place, il semble ineffectif, et les critiques sont acerbes<sup>172</sup>.

La crainte de l'UE de voir son propre régime de sanctions ou de blocage passé au crible du contrôle juridictionnel, explique une partie de sa paralysie. La diplomatie coercitive semble s'être durablement installée et les doutes sur la licéité de l'outil (contraignant et parfois extraterritorial) déteignent sur l'appréciation de la légitimité de sa finalité. L'inaction de l'Union à l'égard de l'unilatéralisme états-unien alimente l'hypothèse de l'adoption par les Etats de « législations-miroirs », mais la solution est contestable à plus d'un égard, en ce qu'elle consacrerait alors une extraterritorialité débridée. Elle conforterait le processus normatif que les Etats-Unis initient à marche forcée. Faire comme les Etats-Unis ? Cela implique de répondre à une illécéité par une autre. Cela serait aussi néfaste pour les relations internationales économiques, décidément placées sous l'empire du plus fort.

\* \* \*

En somme, le sujet des extraterritorialités en droit international public lance trois défis majeurs : un défi aux principes fondamentaux du droit international, un défi posé aux valeurs de (lâchons le gros mot) la communauté internationale, et un défi au système de sécurité collective.

### 1. Défi aux principes fondamentaux du droit international, d'abord :

Certaines extraterritorialités contemporaines (*projection de puissance*) sont contestées comme étant déraisonnables du fait de liens de rattachement inefficaces, imprévisibles et opportunistes. Leur licéité peut être mise en cause au regard de principes essentiels du droit international : violation du principe de bonne foi dans la manière dont les Etats déterminent et mettent en œuvre leurs titres de compétence et à cet égard, on pourrait parler d'abus de droit ; mais aussi violation du principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'Etats visés directement par des mesures coercitives unilatérales, et ingérence dans les

<sup>171</sup> Texte d'Instex validé par l'Union européenne en février 2019, [<https://www.tresor.economie.gouv.fr/PagesInternationales/Pages/f797c7e7-0eb1-43b2-9254-721c3e30a6d1/files/22876d27-e193-457b-9048-380f87c0b1a2>]. Dès sa naissance, le mécanisme avait été taxé de « gadget qui ne résout rien », A. LAIMI (auteur de *Le droit, nouvelle arme de guerre économique : comment les Etats-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Actes Sud, février 2020, 336 p.

<sup>172</sup> A. SAUERBREY, « The Failure of Europe's Feeble Muscle Flexing », *NY Times*, 10 février 2020 : « Get through all that? Here's the tl;dr version: Under constant American diplomatic pressure and threats, Instex has gone from being promoted as the linchpin of an independent European foreign policy to a company sending less than a million euros' worth of humanitarian aid to Iran in half-secrecy. The once-defiant posture – Europe proudly standing up to a bully – is long gone ».

affaires extérieures des autres Etats affectés. Leurs conséquences drastiques peuvent mettre à mal le respect de la dignité humaine de la population de l'Etat visé. La diplomatie coercitive a pris une ampleur considérable ces dernières décennies, mais le dialogue normatif est resté en sourdine. Doit-on loger à la même enseigne la coercition unilatérale pure et celle qui vient parfaire des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies ? Doit-on condamner avec la même vigueur celle qui vise au changement du régime et celle qui poursuit le changement d'une politique menée en violation des normes impératives du droit international ? Non. Le droit international a des concepts (notamment les contre-mesures d'intérêt collectif) pour distinguer entre ces situations. Néanmoins, il s'agit là de principes dont la portée et les conditions d'application restent encore à déterminer – le droit est ici en mouvement et tout silence est un abandon, une carence là où on attend une vraie politique juridique sur des aspects essentiels des relations internationales contemporaines.

### 2. Défi aux valeurs de la communauté internationale, ensuite :

Certaines extraterritorialités qui s'affichent comme des outils de défense des valeurs communes autorisées voire habilitées par le droit international, peuvent à l'analyse révéler des finalités bien plus ambivalentes. On peut, au nom de la lutte contre la corruption transnationale, évincer au passage des entreprises concurrentes pour favoriser ses propres intérêts économiques ou politiques. Les mêmes procédures mêlent ainsi des finalités et une extraterritorialité consacrées par voie conventionnelle (la lutte contre la corruption) ou par le Conseil de sécurité à des objectifs de politique intérieure et extérieure unilatérale (mesures coercitives contre tel ou tel Etat). Cette instrumentalisation des valeurs communes aux fins de poursuite d'une politique unilatéraliste ne peut que jeter le discrédit sur une extraterritorialité légitime.. Car comment peut-on, avec une telle confusion entre l'outil et les finalités, séparer le bon grain de l'ivraie ?

### 3. Défi au système de sécurité collective, enfin :

Certes, les mesures coercitives unilatérales ne sont pas nées d'hier ; mais d'isolées, elles sont devenues des instruments majeurs de la politique étrangère de certains Etats – on peut même dire l'outil par excellence en cas d'échec des négociations. Une quarantaine d'Etats (un cinquième de la planète !) sont désormais ciblés par les uns ou les autres et plusieurs milliers de personnes se voient soumises à ces types de mesures – on est passé d'une pratique éparse à une politique systématique guère encadrée juridiquement.

On peut voir dans la multiplication des mesures unilatérales un palliatif masquant – mal – l'échec du Conseil de sécurité. Les Etats préféreraient passer par l'organe onusien – non seulement pour s'octroyer un gage de légitimité, mais aussi pour gagner en efficacité du fait de l'universalité d'application de ses résolutions. La voie unilatérale serait entreprise à contre-cœur lorsqu'il serait bloqué par un veto. Ce serait en somme de l'*unilatéralisme de substitution*. Mais certaines des « sanctions » unilatérales ont été adoptées pour faire échec au processus onusien – celles des Etats-Unis contre l'Iran relèvent de cette catégorie de l'*unilatéralisme de sabotage*. Les Etats-Unis s'érigent ainsi en gardiens

parallèles de la sécurité internationale, en portant une appréciation unilatérale sur l'existence d'une menace, le plus souvent d'ailleurs à l'aune de leur politique intérieure et extérieure. De surcroît, grâce à la portée extraterritoriale agressive de leur régime de « sanctions », ils peuvent atteindre une universalité *de facto* équivalente à celle d'une résolution du Conseil de sécurité.

On peut et on doit s'interroger sur les défauts, les carences, les impuissances du régime de sécurité collective, comme plus généralement celles du multilatéralisme actuel. Mais croire que l'on peut y substituer l'unilatéralisme, c'est se replonger plus d'un siècle en arrière. On a encore et toujours besoin d'un intermédiaire des forces que seul le multilatéralisme apporte.