

SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL

# L'EXTRA-TERRITORIALITÉ DANS LES ANNÉES 1990

*Document de travail n°15*  
*Juin 1993*



**INVESTISSEMENT  
CANADA**

**INVESTMENT  
CANADA**

90907



INDUSTRIE CANADA/INDUSTRY CANADA

**MANDAT**

Investissement Canada a le mandat 1) d'encourager les investissements par des Canadiens et des non-Canadiens, 2) de faire de la recherche et de fournir des avis sur des questions liées à l'investissement, et 3) d'examiner les investissements étrangers importants afin de s'assurer qu'ils seront vraisemblablement à l'avantage net du Canada.

Les documents de travail d'Investissement Canada sont publiés par la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement de l'Agence pour fournir de l'information et susciter des discussions. Cette division suit de près les tendances de l'investissement au Canada et à l'étranger, et étudie diverses questions reliées à l'investissement telles que la mondialisation et le comportement des entreprises multinationales. En outre, elle fournit au ministre responsable d'Investissement Canada des conseils et des analyses sur les politiques en matière d'investissement.

La série de documents de travail de l'Agence vise à renseigner les Canadiens intéressés sur des questions se rapportant à l'investissement, ainsi qu'à favoriser une meilleure compréhension du rôle et de l'importance des investissements internationaux au sein de l'économie canadienne.


**DATE DUE - DATE DE RETOUR**

HG5159/.I59/1993/no.15  
Terposky, Greg.  
Extraterritoriality in the  
1990s / prepared by Greg  
CHSL c. 2 aa IC



SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL

## L'EXTRA-TERRITORIALITÉ DANS LES ANNÉES 1990

*Préparé par Greg Tereposky, en vertu d'un contrat passé avec  
Investissement Canada*

*Document de travail n° 15  
Juin 1993*

---

Prière d'adresser tout commentaire à :

Emmy Verdun  
Directeur, Politiques sur l'investissement  
Investissement Canada  
C.P. 2800, succursale D  
Ottawa (Ontario)  
K1P 6A5

Téléphone : (613) 992-1532

*Also available in English*

---

Les opinions exprimées dans ces documents de travail ne reflètent pas nécessairement celles d'Investissement Canada ou du gouvernement fédéral. Vous trouverez à la fin du présent ouvrage des renseignements portant sur les documents de travail publiés dans le cadre de cette série, et sur la façon d'obtenir des exemplaires des titres qui sont encore disponibles.



## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>i</b>
<b>REVENDEICATIONS DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE ET CONFLITS CONNEXES</b> .....	<b>1</b>
L'application des lois antitrust aux activités commerciales internationales pratiquées en totalité ou en partie en dehors de l'État qui revendique la compétence .....	<b>3</b>
Ordonnances judiciaires forçant la production et la communication de documents aux fins des litiges .....	<b>7</b>
Réglementation en matière de valeurs mobilières .....	<b>10</b>
L'application des lois concernant les objectifs liés à la politique étrangère .....	<b>12</b>
<i>Mesures de contrôle des exportations</i> .....	<b>12</b>
<i>Gels de biens</i> .....	<b>14</b>
Litiges transnationaux de nature privée .....	<b>14</b>
<b>RÉACTIONS AUX REVENDEICATIONS DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE ET GESTION DU CONFLIT</b> .....	<b>17</b>
Méthodes unilatérales de gestion des conflits .....	<b>18</b>
<i>Mesures adoptées par les pouvoirs législatif et exécutif</i> .....	<b>18</b>
<i>Mesures judiciaires</i> .....	<b>19</b>
Méthodes bilatérales et multilatérales de gestion des conflits .....	<b>21</b>
<b>L'EXTRA-TERRITORIALITÉ AU COURS DES ANNÉES 1990</b> .....	<b>25</b>
Détermination des domaines dans lesquels la compétence extraterritoriale peut être nécessaire .....	<b>25</b>
Mesures visant à promouvoir une convergence entre les politiques .....	<b>26</b>
Détermination des principes et des procédures à appliquer aux revendications de compétence extraterritoriale .....	<b>29</b>
Examen des revendications de nature privée .....	<b>30</b>
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>35</b>
<b>SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL D'INVESTISSEMENT CANADA</b> .....	<b>37</b>



## INTRODUCTION

En raison de l'évolution qui caractérise le mouvement international des marchandises, des services et des capitaux depuis la fin de la guerre, les États ont dû relever des défis sans précédent en matière de réglementation. Au cours des quatre dernières décennies, ils ont revendiqué leur compétence à l'égard d'activités qui se produisent en dehors de leur territoire, mais qui touchent leur économie et leurs affaires. Ces revendications de compétence extraterritoriale, qui découlent de mesures d'exécution tant privées que publiques fondées sur le droit public interne, ont engendré soit des « conflits de compétence » soit des « obligations contradictoires ».<sup>1</sup> Plus récemment, des parties privées, qu'il s'agisse de résidents ou non, ont formulé des revendications de compétence étendue dans des actions en justice intentées contre des sociétés multinationales résidentes. Cette seconde source de conflits de compétence deviendra probablement de plus en plus importante au fur et à mesure que le nombre de litiges transnationaux augmentera.

En plus d'entraîner des répercussions politiques accessoires, les conflits de compétence ont nui au milieu commercial international.<sup>2</sup> Pour tenter de résoudre ces conflits à l'échelle multilatérale, les pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont tenté de trouver des solutions axées sur la collaboration en rédigeant la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales (1976). Cette déclaration ainsi que les décisions et les lignes directrices qui s'y rattachent constituent les paramètres de l'examen des exigences contradictoires. Les États ont également signé des ententes bilatérales et multilatérales portant sur certains domaines de réglementation (comme les lois antitrust et la réglementation en matière de valeurs mobilières). Malgré ces efforts, de nombreuses questions ne sont pas encore tranchées.

Le traitement des conflits de compétence par la communauté internationale continue à évoluer. Certains gouvernements favorisent encore des théories restrictives qui sont fondées sur le territoire. Selon ces théories, seuls les États adoptent des lois et des règlements qui

---

<sup>1</sup> L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a utilisé l'expression « obligations contradictoires » pour décrire les conflits de compétence, c'est-à-dire les cas où les exigences législatives ou juridiques d'un pays ayant une portée extraterritoriale viennent en contradiction avec la législation ou les politiques en vigueur dans d'autres pays : OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales : réexamen de 1991 de la Déclaration et des décisions de 1976* (Paris : OCDE, 1991), p. 57.

<sup>2</sup> La Chambre de commerce internationale commente de façon détaillée les conséquences négatives qui engendrent les conflits de compétence découlant des sources traditionnelles dans D. Lange et G. Born (éditeurs), *The Extraterritorial Application of National Laws* (Paris : ICC Publishing S.A., 1987). Dans le cas des conflits découlant de litiges transnationaux, le degré d'incertitude qui caractérise le milieu commercial international augmentera si, lorsqu'on effectue un investissement ou qu'on entreprend un projet commercial, on présume que certaines lois internes s'appliqueront et que, plus tard, on constate que les principes juridiques d'un autre territoire peuvent s'appliquer.

régissent les personnes se trouvant à l'intérieur de leur territoire et les activités s'y déroulant<sup>3</sup>. D'autres États, notamment les États-Unis, estiment que l'adhésion au principe de la territorialité pure et simple ne tient pas compte des réalités du commerce international.<sup>4</sup>

Malgré l'existence d'opinions opposées sur de nombreuses questions relatives à l'extra-territorialité, une certaine convergence est indéniable. Les conflits aigus auxquels nous avons assisté au cours des dernières décennies ont incité les États revendicateurs, à tout le moins, à examiner les conséquences extraterritoriales de leurs mesures avant de les adopter. Les États visés par la revendication reconnaissent également la légitimité des demandes de compétence étendue dans certains cas. Dans le cas des litiges transnationaux, on a reconnu, d'un côté comme de l'autre, les contraintes imposées par la démarche de la « surenchère judiciaire » suivie par les demandeurs. Cependant, il n'y a pas consensus général sur le fondement juridique approprié des revendications de compétence. On ne s'entend pas non plus sur la procédure à appliquer pour l'examen des conflits pouvant survenir lorsque plusieurs revendications sont formulées quant à la compétence sur une question donnée.

Dans le récent mémoire qu'il a déposé à titre d'intervenant bénévole dans l'affaire *Hartford Fire Insurance Co. et al. v. State of California et al.*<sup>5</sup>, le gouvernement du Canada énonce un certain nombre de propositions qui sont pertinentes aux fins d'une analyse contemporaine des questions liées à l'extra-territorialité. Dans ce mémoire, le gouvernement canadien s'exprime en ces termes :

Le Canada ne s'oppose pas à la tradition en vigueur aux États-Unis en matière d'application des lois antitrust, selon laquelle la compétence des États-Unis s'étend à certaines personnes qui se trouvent en dehors de ce pays et à certaines conduites qui y sont adoptées. Lorsque les lois et les politiques canadiennes appliquées au Canada sont compatibles avec les règles appliquées par les États-Unis à l'échelle extraterritoriale, il n'est pas nécessaire qu'il y ait conflit. Tant le Canada que les États-Unis ont pour politique de promouvoir la concurrence et le bien-être des consommateurs.

Compte tenu des liens étroits qui unissent nos deux pays, le gouvernement du Canada est en faveur de l'application des lois des États-Unis d'une façon compatible avec les principes pertinents du droit international. À l'instar des États-Unis, le Canada s'intéresse depuis très longtemps à l'évolution et à l'application du droit international. Le gouvernement du Canada sera peut-être en

---

<sup>3</sup> Comme l'a souligné F.A. Mann, « étant donné que la souveraineté est indubitablement de nature territoriale dans le monde dans lequel nous vivons à l'heure actuelle, pour déterminer la portée de la compétence, il faut nécessairement utiliser comme point de départ le principe de la territorialité qui a évolué au fil des siècles... de façon générale, la compétence s'étend et se limite aux personnes et aux choses se trouvant dans les limites du territoire souverain ainsi qu'à ses ressortissants, quel que soit l'endroit où ils se trouvent ». : Mann, « *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited After 20 Years* » (1984) 186, Recueil des Cours 13, p. 20.

<sup>4</sup> Voir les commentaires formulés dans P.M. Roth, « *Reasonable Extraterritoriality : Correcting the Balance of Interests* » (1992), 41 Int'l & Comp. L.Q. 245.

<sup>5</sup> Décision de la *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* portée en appel devant la *Supreme Court of the United States*, voir *Hartford Fire Insurance Co. et al.; Merrett Underwriting Agency Management Ltd., et al. v. State of California et al.*, N° 91-1111 et 91-1128 (*U.S. Supreme Court*, 1991).

mesure d'aider cette Cour, pendant l'examen qu'elle fera des décisions rendues par les tribunaux inférieurs, à déterminer la pertinence du droit international coutumier en ce qui a trait à une consécration claire, du moins aux yeux du Canada, de ces principes dans le droit américain.

Au moins trois propositions sous-tendent cet énoncé. Selon la première, la réglementation extraterritoriale est nécessaire pour assurer le contrôle efficace des activités commerciales dans une économie mondiale de plus en plus intégrée. Comme l'a fait remarquer le professeur Roth, il est de moins en moins réaliste de tenter de contrôler les opérations internationales en appliquant des règlements limités aux territoires nationaux<sup>6</sup>. À titre d'exemples de lois et de règlements internes qui peuvent exiger une portée internationale dans ce contexte, mentionnons les règles antitrust, les règles sur les fusions et les acquisitions, les règles touchant les valeurs mobilières ainsi que les procédures relatives à la production et à la communication de documents. Au cours des années 1990, les décideurs seront davantage appelés à reconnaître que la réglementation du commerce international doit avoir une certaine portée extraterritoriale pour être efficace. En conséquence, la première tâche à laquelle ils devront s'attaquer consistera, non pas à déterminer si cette portée devrait être autorisée, mais plutôt à relever les facteurs permettant de déterminer les limites de ces pouvoirs et la façon de résoudre plus efficacement les différends découlant d'obligations contradictoires.

Selon la deuxième proposition, lorsque les lois et les politiques nationales sont compatibles, l'exercice de la compétence extraterritoriale ne donnera pas nécessairement lieu à des conflits. La façon la plus efficace de résoudre les conflits de compétence consiste à harmoniser ou à reconnaître mutuellement les lois nationales. Même si une harmonisation complète est impossible, la prolifération d'ententes bilatérales touchant des domaines de réglementation précis (notamment les valeurs mobilières) indique que, dans une large mesure, l'harmonisation ou la reconnaissance mutuelle peut être envisagée. Les décideurs devront donc, dans un deuxième temps, déterminer d'autres domaines dans lesquels la collaboration est possible.

Selon la troisième proposition, en cas de conflit touchant des lois ou des politiques, la compétence extraterritoriale devrait être revendiquée d'une façon compatible avec les principes internationaux. En raison de l'adoption de théories opposées sur la compétence par différents États (et même par différents tribunaux au sein d'un même État), il est très difficile pour les décideurs de s'entendre sur ces principes. Compte tenu de la grande variété de cas dans lesquels les conflits surviennent, on ne sait pas très bien s'il est même possible d'isoler des « principes directeurs » généraux qui seraient largement reconnus. Comme troisième tâche, les décideurs devront donc tenter de s'entendre sur ces principes et sur les circonstances dans lesquelles ils s'appliqueront afin, à tout le moins, de faciliter l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle.

---

<sup>6</sup> *Supra*, note 4, p. 267.



Bien qu'elle ne soit pas énoncée dans le mémoire que le Canada a présenté à titre d'intervenant bénévole, il existe une quatrième proposition liée à la diminution des conflits de compétence. Comme l'indiquent les documents de base de l'OCDE ainsi que d'autres ouvrages concernant des questions liées à l'extra-territorialité, il est parfois possible d'atténuer l'ampleur du conflit par la voie de la procédure, lorsqu'une solution axée sur le fond n'est pas possible. Voilà donc la quatrième tâche qui attend les décideurs : perfectionner les mécanismes de procédure existants et en élaborer de nouveaux.

Dans le présent document, l'auteur tente de cerner les principales solutions susceptibles de favoriser l'évolution du traitement des conflits de compétence au cours de la prochaine décennie. À cette fin, il examine les documents et les procédures utilisés pour étudier les revendications de compétence extraterritoriale et il évalue les possibilités d'en améliorer le traitement. Dans le cadre de cet examen, l'auteur résume les principaux cas dans lesquels les revendications de compétence extraterritoriale ont donné lieu à des conflits, les motifs invoqués à l'appui de ces revendications, les réponses des États visés par celles-ci et les mesures prises lors des différends. Le présent document ne se veut pas une étude exhaustive de tous les cas dans lesquels des revendications de compétence extraterritoriale ont été formulées<sup>7</sup>. Il vise plutôt à illustrer l'évolution du traitement des conflits de compétence et à évaluer les mesures qui peuvent être adoptées pour résoudre ces différends à l'avenir.

---

<sup>7</sup> Pour des études détaillées des revendications de compétence extraterritoriale, voir Lange et Born, *supra*, note 2; A.V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction* (Cambridge : Grotius Publications Ltd., 1988).

## REVENDEICATIONS DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE ET CONFLITS CONNEXES

La compétence extraterritoriale est revendiquée (i) lorsque les pouvoirs législatif et exécutif d'un gouvernement cherchent à contrôler des activités survenant en partie à l'intérieur (ou, dans de rares cas, complètement en dehors) du territoire de l'État, pour le motif que ces activités peuvent toucher une politique nationale, des personnes qui se trouvent dans cet État ou des activités qui s'y déroulent, et (ii) lorsque, par suite d'une activité commerciale ayant une portée internationale, la compétence prescriptive et décisionnelle d'un tribunal national est invoquée. Dans ce dernier cas, la procédure judiciaire peut être utilisée tant publiquement, par le gouvernement, qu'en privé, par des résidents ou des non-résidents de l'État concerné<sup>8</sup>.

Les États revendicateurs ont invoqué divers principes ou théories à l'appui de leurs revendications extraterritoriales. Dans bien des cas, le lien de la « nationalité » a été appliqué. Sur la scène commerciale, cette théorie peut prendre de nombreuses formes, notamment le lien entre une société mère et une filiale<sup>9</sup>, le lien d'affiliation entre une société mère et une succursale<sup>10</sup>, le lien avec un actionnaire<sup>11</sup> et même la nationalité de la technologie<sup>12</sup>. Le lien corporatif entre une société mère et une filiale est également fondé

---

<sup>8</sup> Il arrive souvent que des questions concernant l'extra-territorialité se posent dans des différends liés à des opérations de nature purement privée. Tout comme les activités commerciales accrues à l'échelle internationale incitent forcément les gouvernements à intervenir par la réglementation, il est inévitable que des conflits surviennent fréquemment au sujet du *situs* et des procédures touchées dans des litiges transnationaux. La générosité attribuée aux jurys et la disponibilité de certains recours selon les lois américaines ont incité des demandeurs non résidents à intenter des poursuites aux États-Unis afin de contourner les restrictions qu'imposent leurs propres lois et tribunaux nationaux à l'égard des actions intentées contre des multinationales. Les demandeurs auront naturellement tendance à choisir la tribune judiciaire la plus avantageuse pour eux, surtout dans les actions délictuelles découlant de leur responsabilité relative au vice du produit dans le cas des marchandises distribuées à l'échelle internationale ainsi que dans les actions fondées sur le droit de la concurrence. Cette tendance peut créer des conflits entre les tribunaux et, à l'occasion, entre les gouvernements de différentes nations.

<sup>9</sup> Ce lien a aussi été appelé la « théorie de l'entreprise ». L'État dans lequel se trouve la société mère revendique sa compétence à l'égard d'une filiale étrangère. La principale question à trancher est celle de savoir s'il faut lever le voile de l'anonymat pour tenir compte du lien corporatif sous-jacent : voir *Fruehauf v. Massard* (1966), 5 I.L.M. 476 (Cour d'appel, Paris); *Imperial Chemical Ltd. v. EEC Commission*, [1972] E.C.R. 619; *U.S. Cuban Assets Control Regulations*, plus loin, note 58.

<sup>10</sup> Les filiales étrangères sont souvent assimilées à des ressortissants étrangers : voir *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.*, [1986] 1 Lloyd's Rep. 259; *United States v. Bank of Nova Scotia* 740 F.2d 817 (1984, 11th Cir. C.A.).

<sup>11</sup> Même si ce lien est reconnu dans *Barcelona Traction*, [1970] I.C.J. Rep. 3, ce fondement invoqué pour revendiquer la compétence n'a généralement pas été accepté : *Compagnie Européenne des Pétroles S.A. v. Sensor Nederland B.V.* (1983), 22 I.L.M. 166; *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, art. 414(2).

<sup>12</sup> Ce fondement a été considéré comme une raison insuffisante pour reconnaître la compétence du gouvernement des États-Unis : *Compagnie Européenne des Pétroles S.A.*, *supra*, note 11.

sur le principe de la « territorialité »<sup>13</sup>. La théorie la plus large et la plus controversée, soit la doctrine des « conséquences », a été formulée aux États-Unis et la Commission européenne l'a invoquée pour justifier des revendications de compétence extraterritoriale<sup>14</sup>.

Même si certains domaines du droit (mesures antitrust, opérations bancaires, valeurs mobilières) ont fait l'objet de revendications de compétence extraterritoriale plus souvent que d'autres, toute activité qui franchit les frontières d'un pays et qui est assujettie à un règlement peut être visée par des allégations de cette nature<sup>15</sup>. Les conflits de compétence seront examinés dans les domaines suivants :

- 1) l'application des lois antitrust à des activités commerciales à caractère international poursuivies partiellement ou totalement en dehors de l'État qui revendique la compétence;
- 2) les ordonnances judiciaires forçant la production et la communication de documents aux fins d'un litige;
- 3) la réglementation en matière de valeurs mobilières;
- 4) l'application de lois concernant certains objectifs liés à des politiques étrangères (p. ex., les mesures de contrôle des exportations et les gels de biens);
- 5) les litiges transnationaux de nature privée (dans lesquels les demandeurs cherchent à obtenir une réparation et une indemnité plus importantes que celles qui sont disponibles dans d'autres systèmes de droit nationaux liés au litige).

Même si des questions touchant la compétence extraterritoriale se sont également posées dans les domaines de l'imposition des sociétés multinationales et de la réglementation en matière

---

<sup>13</sup> Appelée la théorie de l'unité économique. Selon cette théorie, une société mère étrangère est traitée comme si elle se trouvait à l'intérieur des limites de l'État où est située une filiale sur laquelle elle exerce un contrôle évident. Cette théorie, qui est l'inverse de la théorie de l'entreprise, repose sur le principe de la territorialité, selon lequel un État est autorisé à réglementer les personnes se trouvant à l'intérieur de ses limites et les activités s'y déroulant.

<sup>14</sup> Voir les commentaires formulés plus loin aux notes 23 à 35.

<sup>15</sup> Comme l'a fait remarquer le professeur Roth, les pressions exercées en faveur de l'adoption de règlements ayant une portée plus étendue ne se limiteront plus aux domaines traditionnels des mesures antitrust, des mesures de contrôle des exportations, de la communication de documents et des valeurs mobilières : Roth, *supra*, note 4, p. 266.

de faillite<sup>16</sup>, le présent document portera principalement sur les conflits survenant dans les cinq domaines susmentionnés.

### L'application des lois antitrust aux activités commerciales internationales pratiquées en totalité ou en partie en dehors de l'État qui revendique la compétence

C'est dans le domaine des lois nationales sur la concurrence que les revendications de compétence opposées sont les plus fréquentes. Cela s'explique principalement par l'existence de politiques nationales différentes qui entrent en jeu lorsqu'un État applique ses lois à des activités pratiquées dans un autre territoire. Les États-Unis ont tendance à considérer le maintien de la concurrence comme une fin en soi<sup>17</sup>, tandis que d'autres États estiment qu'il s'agit là de l'un des objectifs d'orientation à atteindre<sup>18</sup>. Cette différence entre les politiques nationales a parfois donné lieu à des conflits teintés d'acrimonie. Même dans les cas où les politiques sous-jacentes aux lois étaient semblables, des différences sur le plan des détails ont engendré des conflits<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Lange et Born, *supra*, note 2, commentent les aspects extraterritoriaux de la fiscalité aux pages 29 à 31 de leur étude. Selon eux, la double imposition et l'imposition fondée sur les principes de l'imposition unitaire constituent les principales questions qui se posent dans ce domaine. Même s'il existe plusieurs ententes bilatérales ainsi que des conventions informelles visant à régler ces questions, Lange et Born estiment que ces solutions n'ont pas permis d'éliminer tous les problèmes liés à l'extra-territorialité dans ce domaine.

Lorsqu'un failli possède des biens dans plusieurs territoires, la réglementation en matière de faillite peut aussi avoir des incidences extraterritoriales. Dans son article intitulé « *Canadian/United States Bankruptcy - Questions of Jurisdiction* » (février 1985), *Comm. L. J.* 44, à la page 46, R.F. Fellrath souligne que la faillite internationale peut avoir pour effet d'assujettir des biens se trouvant dans un territoire donné à une loi étrangère. L'incidence extraterritoriale de la faillite est réglée en partie par la législation nationale qui permet à des requérants étrangers de déposer une demande au niveau interne (pour des commentaires concernant le droit américain sur ce point, voir B. Weintraub et A. Resnick, *Bankruptcy Law Manual*, 3<sup>e</sup> éd. (Boston : Warren, Gorham & Lamont, 1992), p. 2-23 à 2-27) ainsi que par des ententes internationales (comme la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, 5 juin 1990; réimprimée dans (1991) 30 I.L.M. 165).

<sup>17</sup> Comme l'a indiqué le tribunal dans *Northern Pacific Ry. v. United States* 356 U.S. 1 (1958), p. 4, le *Sherman Act*, qui interdit les restrictions touchant le commerce, se voulait « une charte globale des libertés économiques visant à préserver la concurrence libre et absolue comme règle du commerce ».

<sup>18</sup> Voici ce que dit Kindred (éditeur) dans *International Law*, 4<sup>e</sup> éd. (Canada : Emond Montgomery, 1987), p. 517 :

Cette législation [c.-à-d. les lois antitrust] est fondée implicitement sur les concepts des États concernant les avantages ou inconvénients relatifs découlant de la diminution de la concurrence, de la décentralisation du pouvoir décisionnel en matière économique, de la fixation des prix, de la répartition des ressources naturelles, humaines et autres pour atteindre certains objectifs nationaux et d'autres politiques nationales qui visent à favoriser le développement économique de l'État concerné. Ces politiques traduisent les notions politiques fondamentales qui sous-tendent la structure économique d'un État. L'application de ces politiques à des activités pratiquées dans d'autres États risque d'empêcher ceux-ci d'atteindre des objectifs similaires à l'intérieur de leur propre territoire.

<sup>19</sup> La mesure que la Commission européenne a adoptée en vue d'interdire une fusion entre une société canadienne de fabrication d'aéronefs servant au transport régional et un consortium franco-italien est un exemple de certaines particularités des règles relatives à la fusion qui ont donné lieu à un conflit. Dans cette cause-là, la fusion aurait été autorisée selon la loi canadienne, pour le motif que l'entreprise canadienne (de Havilland) risquait de disparaître si la fusion n'était pas réalisée. Les normes que la Communauté européenne (CE) a appliquées ne prévoyaient pas le même facteur, soit le risque d'échec des entreprises faisant face à des problèmes financiers, et la fusion n'a pas été autorisée : « *Competing views of Competition* », *Globe & Mail*, 3 octobre 1991, p. B1.



Dans les domaines administratif<sup>20</sup>, pénal<sup>21</sup> et civil<sup>22</sup>, les États-Unis ont appliqué leurs lois antitrust à des activités pratiquées essentiellement en dehors du territoire américain. Le raisonnement invoqué à l'appui de ces revendications a évolué avec le temps. Le critère des conséquences énoncé dans l'arrêt *Alcoa*<sup>23</sup>, qui avait pour effet d'appuyer la compétence même lorsque toutes les activités étaient pratiquées en dehors des États-Unis, si elles avaient des conséquences sur le commerce américain, a été atténué par le critère de « l'équilibre des intérêts »<sup>24</sup> et par celui de la « règle de raison » qui a été formulé dans l'arrêt *Timberlane*<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Les tentatives visant à faire valoir les lois antitrust à l'échelle extraterritoriale ne se font pas nécessairement dans le cadre de procédures judiciaires officielles. Ainsi, malgré l'appui du gouvernement fédéral canadien à l'égard de la prise de contrôle d'une société canadienne (Connaught Laboratories Ltd.) par une entreprise française (Institut Mérieux S.A.), les autorités américaines ont soutenu que la société fusionnée pourrait avoir un pouvoir trop important dans certaines parties du marché américain des vaccins : voir « *Competing views of Competition* », *ibid.* Même si les autorités américaines n'ont pas intenté de poursuites judiciaires officielles, elles ont exercé des pressions importantes.

<sup>21</sup> Ainsi, dans une récente action antitrust intentée contre un certain nombre d'entreprises anglaises, on a allégué que celles-ci avaient consenti, en Angleterre, à restreindre les conditions conformément auxquelles elles accepteraient certains types d'activités américaines de réassurance sur le marché de Londres. Voir *re Insurance Antitrust Litigation* 723 F. Supp. 464 (N.D. Ca., 1989), 938 F.2d 919 (9th Cir. 1991), demande d'autorisation d'en appeler devant la *U.S. Supreme Court* actuellement à l'étude.

D'autres causes sont souvent citées sur ce point : *United States v. General Electric Co.*, [1962] Trade Cas. 70,342 (mise en commun de brevets canadiens en matière de radiodiffusion); *United States v. Imperial Chem. Indus. Ltd.* 105 F. Supp. 215 (1952) (industrie des fibres synthétiques); *re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Addressed to Canadian International Paper Co.* 72 F.Supp. 1013 (1947) (industrie de la papeterie); *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Centres* (1955), 133 F.Supp. 40, [1963] Trade Cas. 70,600, [1965] Trade Cas. 71,352 (industrie de la fabrication de montres suisses).

<sup>22</sup> Seuls les États-Unis permettent l'application privée étendue de leurs lois antitrust et le recouvrement de dommages-intérêts triples en cas de violation desdites lois : Lange et Born, *supra*, note 2, p. 8. Ainsi, la société américaine demanderesse, Westinghouse, a intenté des poursuites privées contre des producteurs d'uranium dans plusieurs pays qu'elle accusait de participer à un cartel international visant à fixer le prix mondial de l'uranium : *re Uranium Antitrust Litigation Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd.* 617 F.2d 1247 (7th Cir. 1980). Dans *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgium World Airlines* 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984), un transporteur aérien américain a intenté une action antitrust au privé.

<sup>23</sup> La doctrine des conséquences a été énoncée pour la première fois dans *United States v. Aluminum Company of America* 148 F.2d 416 (1945), où le juge Learned Hand a étendu l'applicabilité du *Sherman Act* aux ententes qui avaient été conclues à l'étranger et qui visaient à restreindre et restreignaient effectivement le commerce à l'intérieur des États-Unis, même si les parties en question n'avaient aucun autre lien avec ce pays.

<sup>24</sup> L'application du critère des conséquences ayant été jugée abusive, le législateur américain a adopté l'article 18 du *Second Restatement de la Foreign Relations Law of the United States*, qui avait pour effet de restreindre la compétence des tribunaux américains à la conduite ayant des conséquences à l'intérieur des États-Unis, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) La conduite et ses conséquences sont généralement reconnues comme des éléments constitutifs d'un crime ou d'un délit selon la loi des États qui ont raisonnablement élaboré un système juridique;
- b) Les conditions suivantes sont réunies :
  - i) la conduite et ses conséquences représentent des éléments constitutifs d'une activité à laquelle la règle s'applique;
  - ii) les conséquences à l'intérieur du territoire sont importantes;
  - iii) les conséquences constituent un résultat direct et prévisible de la conduite à l'extérieur du territoire;
  - iv) la règle n'est pas incompatible avec les principes de justice généralement reconnus par les États qui ont raisonnablement élaboré un système juridique.

et dans le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (le « *Third Restatement* »)<sup>26</sup>. Les critères appliqués plus récemment indiquent que l'on tient davantage compte des répercussions de la revendication pour les États qui s'y opposent.

<sup>25</sup> Voir *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* 549 F.2d 597 (C.A., 9th Cir. 1976), où le tribunal a déclaré en partie ce qui suit :

Le critère des conséquences en soi est incomplet, parce qu'il ne tient pas compte des intérêts des autres nations... Une analyse tripartite semble être indiquée. Tel qu'il est reconnu plus haut, selon les lois antitrust, il doit y avoir d'abord une conséquence quelconque, véritable ou voulue, sur le commerce étranger américain avant que les tribunaux fédéraux ne puissent exercer de façon légitime leur compétence sur la question selon ces lois. En deuxième lieu, une preuve plus étoffée de la contrainte ou des restrictions sera peut-être nécessaire pour démontrer que les conséquences sont suffisamment importantes pour causer un tort perceptible aux demandeurs et, par conséquent, une violation civile des lois antitrust... En troisième lieu, il faut aussi se poser une question qui concerne uniquement le contexte international, soit celle de savoir si les intérêts des États-Unis et les liens avec ceux-ci, y compris l'ampleur des conséquences pour le commerce étranger américain, sont suffisamment importants par rapport à ceux des autres nations pour justifier une revendication de compétence extraterritoriale.

Extrait tiré de *Kindred*, *supra*, note 18, p. 520.

<sup>26</sup> Le paragraphe 403 du « *Third Restatement* » énonce les restrictions touchant la compétence en ce qui a trait à la prescription des lois :

(1) Même si l'un des fondements de la compétence selon l'article 402 est présent, un État ne peut appliquer une loi à la conduite, aux relations, au statut ou aux intérêts de personnes ou de choses ayant des liens avec un autre État, lorsque l'exercice de cette compétence n'est pas raisonnable.

(2) La question de savoir si l'exercice de la compétence est raisonnable est examinée en fonction de tous les facteurs pertinents, notamment :

- a) la mesure dans laquelle l'activité (i) a lieu à l'intérieur de l'État réglementant ou (ii) a des conséquences importantes, directes et prévisibles pour l'État réglementant ou à l'intérieur de celui-ci;
- b) l'existence de liens, comme la nationalité, la résidence ou l'activité économique, (i) entre l'État réglementant et les personnes principalement responsables de l'activité visée par la réglementation ou (ii) entre l'État et les choses ou personnes que la loi ou le règlement vise à protéger;
- c) la nature de l'activité visée par la réglementation, l'importance de la réglementation pour l'État réglementant, la mesure dans laquelle d'autres États réglementent ces activités et la mesure dans laquelle le règlement en question est généralement reconnu comme étant souhaitable;
- d) l'existence d'attentes justifiées qui pourraient être protégées ou touchées par la réglementation en question;
- e) l'importance de la réglementation pour le système politique, juridique ou économique international;
- f) la mesure dans laquelle cette réglementation est compatible avec les traditions du système international;
- g) la mesure dans laquelle un autre État peut juger souhaitable de réglementer l'activité;
- h) les risques de conflit entre la réglementation en question et celle des autres États.

(3) L'exercice de la compétence qui n'est pas déraisonnable selon les critères énumérés au paragraphe (2) peut néanmoins être déraisonnable s'il exige qu'une personne prenne des mesures entraînant la violation d'un règlement d'un autre État qui n'est pas déraisonnable selon ces critères. En cas de conflit touchant l'exercice de la compétence, le conflit est tranché en fonction des intérêts respectifs des États réglementants, compte tenu des facteurs énumérés au paragraphe (2).

Les États-Unis ne sont pas le seul pays qui revendique une compétence étendue dans le domaine des lois antitrust<sup>27</sup>. En se fondant sur l'article 85 du Traité de Rome<sup>28</sup>, la Commission européenne a également exercé sa compétence sur des activités qui se déroulaient en dehors du territoire de la Communauté européenne (CE)<sup>29</sup>. Dans *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the E.E.C.*,<sup>30</sup> la Commission a imposé une amende à une entreprise britannique qui avait participé à un cartel international. À l'époque, le Royaume-Uni n'était pas membre de la CE, et la Commission a invoqué, à l'appui de sa décision, la doctrine des conséquences<sup>31</sup> et la théorie de l'unité du droit de propriété des entreprises<sup>32</sup>. La Cour de justice européenne a confirmé la décision de la Commission en invoquant la théorie de l'unité et ne s'est pas prononcée sur la doctrine des conséquences. De la même façon, dans l'arrêt *Wood Pulp*<sup>33</sup>, qui portait sur un cartel formé d'États non membres de la CE qui touchait la consommation par des États membres de celle-ci, la Cour a décidé que la mise en œuvre de la pratique concernée avait eu lieu à l'intérieur de la

<sup>27</sup> L'entente de collaboration que les États-Unis et la CE ont signée le 23 septembre 1992 témoigne d'une certaine convergence entre les deux parties en ce qui a trait à l'application de leurs règles sur la concurrence. L'*Accord entre la Commission des communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leur droit de la concurrence* (1991), 30 I.L.M. 1491, vise à faciliter l'application, sur une base de collaboration et, parfois, de coordination, des lois antitrust par les autorités des États-Unis et de la CE. Pour d'autres commentaires concernant la question de la convergence entre les États-Unis et la CE dans le domaine des lois antitrust, voir J. Friedberg, « *The Convergence of Law in an Area of Political Integration : The Wood Pulp Case and the Alcoa Effects Doctrine* » (1991), 52 U. Pitt. L. Rev. 289.

<sup>28</sup> Le paragraphe (1) de l'article 85 interdit « ... tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun... ».

<sup>29</sup> La République fédérale d'Allemagne (telle qu'elle existait alors) a également appliqué de façon énergique ses lois sur la concurrence en dehors de son territoire : Lange et Born, *supra*, note 2, p. 4; Roth, *supra*, note 4, p. 264 et 265.

<sup>30</sup> [1972] E.C.R. 619 (Cour européenne de justice).

<sup>31</sup> Voici ce que la Commission a déclaré à ce sujet :

... Cette décision s'applique à toutes les entreprises qui ont participé aux pratiques concertées, qu'elles soient établies à l'intérieur ou à l'extérieur du marché commun; selon le paragraphe 85(1) du Traité de la CEE, toutes les ententes entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées qui peuvent toucher le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun sont incompatibles avec celui-ci et sont interdites; en conséquence, les règles de la concurrence du Traité s'appliquent à toutes les restrictions touchant la concurrence qui produisent, à l'intérieur du marché commun, les effets mentionnés au paragraphe 85(1); il n'est donc pas nécessaire de déterminer si les entreprises qui ont causé les restrictions touchant la concurrence ont leur siège à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté...

[traduction; voir *Lowe Extraterritorial Jurisdiction* (Cambridge : Grotius, 1983) p. 144]

<sup>32</sup> Selon la théorie de l'unité, une société mère étrangère et sa filiale nationale sont considérées comme une seule entreprise, sous réserve de la compétence territoriale de l'État dans lequel la filiale se trouve, lorsque la société mère contrôle les activités de la filiale. La Commission a préconisé la théorie de l'unité dans certains cas, notamment lorsque la société mère était propriétaire de la majeure partie du capital de la filiale ou qu'elle pouvait exercer une influence et a effectivement exercé une influence décisive sur les politiques contestées de la filiale.

<sup>33</sup> (1985) O.J. L85/1, [1985] 3 C.M.L.R. 474.

Communauté et a évité de se prononcer sur la validité de la doctrine des conséquences<sup>34</sup>. Même si le statut du critère des conséquences selon les règles de la CE n'est pas encore réglé, on a maintenant tendance, en Europe, à contrôler la conduite des entreprises étrangères situées en dehors du territoire de la CE, lorsque cette conduite a des conséquences importantes pour elle<sup>35</sup>.

Il y a également convergence entre la politique américaine et celle de la CE dans le domaine des fusions et des acquisitions. La CE a récemment adopté un règlement qui s'applique aux fusions de sociétés qui ne sont pas situées sur le territoire des États membres de la CE et dont le volume des ventes consenti à des entreprises se trouvant dans des États membres de la CE est suffisamment important<sup>36</sup>. La CE a appliqué ce règlement aux fusions survenues en dehors de son territoire, notamment des fusions qui ont été faites au Canada<sup>37</sup>.

### Ordonnances judiciaires forçant la production et la communication de documents aux fins des litiges

Les tribunaux doivent de plus en plus souvent obtenir des éléments de preuve se trouvant en dehors de leur territoire pour des litiges sur lesquels ils doivent statuer. Dans bien des cas, des éléments de preuve se trouvant à l'étranger sont obtenus sans difficulté et utilisés sans opposition de la part d'instances étrangères. Des conflits peuvent survenir lorsque les politiques nationales sont différentes, notamment lorsque l'action dans laquelle la demande de preuve est formulée n'est pas reconnue dans l'État où les documents se trouvent (ou que l'activité reprochée y est légale), lorsque la production de documents constitue une violation des lois de cet État ou lorsque la collecte d'éléments de preuve est considérée comme une mesure judiciaire.

---

<sup>34</sup> Roth, *supra*, note 4, p. 262.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Le mécanisme du règlement, qui est entré en vigueur le 21 septembre 1990, est commenté dans Roth, *supra*, note 4, p. 262 et 263.

<sup>37</sup> Ainsi, la Commission européenne a décidé de bloquer la vente d'un fabricant canadien d'aéronefs servant au transport régional (de Havilland) à un consortium franco-italien. Lorsqu'elle a appliqué ses lignes directrices relatives aux fusions, la Commission a examiné les conséquences de la fusion proposée pour la concurrence et a conclu qu'il fallait interdire l'entente, parce que la société fusionnée contrôlerait environ les deux tiers du marché européen des aéronefs destinés au transport régional : « *Competing views of Competition* », *supra*, note 19.



Le « *Third Restatement* » renfermait le commentaire suivant :

Aucun aspect de l'application des règles de droit américaines en dehors des limites des États-Unis n'a donné lieu à autant de frictions que les demandes de documents concernant des enquêtes et des litiges se déroulant aux États-Unis.<sup>38</sup>

Ainsi, dans le litige relatif à l'uranium<sup>39</sup>, la Westinghouse Electric Corporation a intenté une action antitrust contre les producteurs américains et étrangers d'uranium à qui elle reprochait d'avoir comploté pour fixer les prix et l'approvisionnement mondiaux. Le « cartel » de l'uranium était également poursuivi devant d'autres tribunaux fédéraux et tribunaux d'États américains. Avant l'instruction, on a demandé la communication de documents situés en dehors des États-Unis. De l'avis des gouvernements étrangers, l'action antitrust était mal fondée, parce qu'ils avaient conclu une entente de commercialisation à la suite d'un embargo américain touchant l'importation d'uranium étranger destiné à être utilisé pour la fabrication de réacteurs nucléaires américains.

Les gouvernements de l'Australie, du Canada, du Royaume-Uni et de la France ont invoqué la législation existante ou ont adopté une nouvelle législation pour autoriser la délivrance d'ordonnances de non-communication contre des parties se trouvant en possession de documents situés dans leur territoire. Le tribunal américain devant lequel les procédures précédant l'instruction se sont déroulées a refusé de donner effet à ces ordonnances et a ordonné la divulgation des documents étrangers<sup>40</sup>. Cette ordonnance avait pour effet d'exiger des défendeurs qu'ils violent les règles étrangères sur la non-divulgation, faute de quoi ils seraient passibles de sanctions. Lorsqu'il a été saisi de ce conflit, le juge Marshall, qui présidait les procédures précédant l'instruction dans l'affaire *Westinghouse*, a dit ce qui suit : « Les intérêts opposés qui sont en jeu en l'espèce indiquent l'existence d'opinions inconciliables concernant précisément le même aspect de la politique nationale »<sup>41</sup>. Il n'était pas prêt à atténuer les effets de l'ordonnance. En raison de cette impasse, il a fallu un règlement pour mettre fin au litige.

Certains tribunaux ont aussi rendu des ordonnances forçant la production de registres bancaires étrangers. Les ordonnances de cette nature peuvent aller à l'encontre des lois

<sup>38</sup> Tiré d'un extrait cité par Roth, *supra*, note 4, p. 249.

<sup>39</sup> (1979) 480 F. Supp. 1138 (N.D. Ill.).

<sup>40</sup> Voir *Uranium Cartel Litigation : Gulf Oil Corp. c. Gulf Canada limitée*, [1980] 2 R.C.S. 39 (le tribunal exercerait à tort son pouvoir s'il ignorait une politique gouvernementale en donnant effet aux lettres rogatoires); *re Westinghouse Electric Corp. and Duquesne Light Co.* (1977) 16 O.R. (2d) 273 (H.C. Ont.) (l'application de lettres rogatoires est fondée sur la doctrine de la courtoisie internationale, laquelle ne sera pas appliquée de façon à violer la politique d'ordre public de l'État visé par la demande); *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* [1978] 2 W.L.R. 81 (C.L.) (la tenue d'enquêtes à l'échelle internationale n'était pas autorisée, parce qu'elle constituait une violation de la souveraineté britannique, contexte dans lequel les tribunaux pourraient tenir compte de la politique avouée du gouvernement britannique).

<sup>41</sup> Dans *re Uranium Antitrust Litigation* 480 F.Supp. 1138 (N.D. Ill. 1979), p. 1148.

étrangères selon lesquelles la divulgation de données bancaires constitue une infraction<sup>42</sup>. Les banques multinationales peuvent être confrontées à des demandes issues de règlements contradictoires et être tenues responsables selon les lois d'un pays si elles se conforment aux lois de l'autre<sup>43</sup>. Il arrive parfois qu'un État revendique sa compétence de façon indirecte en prenant en otage une succursale locale et en utilisant la structure de la banque pour forcer une succursale se trouvant en dehors de son territoire à communiquer les documents. Comme l'indique la décision rendue dans l'affaire *Bank of Nova Scotia*, l'imposition de sanctions à la succursale d'une banque se trouvant à l'intérieur du territoire où le tribunal peut exercer sa compétence peut constituer un moyen efficace de forcer la divulgation de registres étrangers.<sup>44</sup>

Lorsqu'ils ont examiné les lois étrangères portant interdiction et protégeant le caractère confidentiel des renseignements, les tribunaux américains ont généralement (mais pas nécessairement dans tous les cas) cherché à préserver leur compétence en ordonnant la divulgation malgré la possibilité d'une sanction étrangère<sup>45</sup>. Les critères appliqués par les tribunaux américains ne sont pas uniformes et, même à l'intérieur du même circuit, des

---

<sup>42</sup> Ainsi, dans l'affaire *U.S. v. First National City Bank* (1968), 396 F.2d 897 (U.S.C.A., 2nd Circ), qui concernait des demandes de divulgation de documents aux États-Unis, laquelle divulgation pouvait aller à l'encontre des lois allemandes sur le caractère confidentiel des données bancaires, le tribunal a ordonné la divulgation afin de faciliter l'enquête relative à une allégation de violation d'une loi antitrust américaine. Après avoir entendu le témoignage de plusieurs avocats, le tribunal a conclu que la divulgation n'aurait pas pour effet d'exposer la banque à des sanctions de nature pénale en Allemagne.

Le droit canadien concernant la communication des documents dans des cas de cette nature n'est pas clair. Dans *Frischke v. Royal Bank of Canada* (1977), 80 D.L.R. (3d) 393, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de forcer la Banque Royale du Canada et deux de ses employés à divulguer des renseignements de façon à enfreindre les lois sur le secret du Panama. Dans *Spencer v. The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (C.A. Ont.); conf. (1985), 21 D.L.R. (4d) 756 (C.S.C.), la Cour suprême du Canada a forcé un employé de la Banque Royale du Canada qui habite maintenant au Canada à divulguer la situation d'un client de la banque aux Bahamas, même si la divulgation allait à l'encontre de la loi bahamienne. Enfin, dans *Comaplex Resources International v. Schaffhauser Kantonalbank* (1991), 42 C.P.C. (2d) 230, un notaire de la Haute Cour de l'Ontario a reconnu la jurisprudence américaine qui préconise la nécessité d'équilibrer les intérêts, mais il a décidé qu'une partie ne devrait pas être autorisée à invoquer une loi étrangère interdisant la communication de renseignements dans une demande visant à forcer la divulgation. Cette défense ne devrait pouvoir être soulevée que lorsque le tribunal songe à imposer des sanctions par suite de la violation de l'ordonnance. Le notaire a donc ordonné à la banque défenderesse de divulguer les renseignements, même si cette divulgation pouvait avoir pour effet d'exposer la banque et ses représentants à des sanctions au civil et au pénal selon les lois de la Suisse. Cette décision a été portée en appel, et le juge Southy, de la Division générale de la Haute Cour de l'Ontario, s'est demandé si, d'après les faits qui lui étaient présentés, la loi suisse aurait pour effet d'interdire la divulgation et constituerait le fondement d'une défense dans une demande d'ordonnance portant réparation. Il a décidé que, dans les circonstances, la loi suisse pertinente n'aurait pas pour effet d'interdire la divulgation : *Comaplex Resources International v. Schaffhauser Kantonalbank* [décision non publiée] (2 octobre 1991) (H.C. Ont.).

<sup>43</sup> Dans *United States v. Bank of Nova Scotia*, précité, note 10, le gouvernement du Canada a contesté les demandes américaines de divulgation des registres détenus dans les succursales de la Banque de Nouvelle-Écosse se trouvant aux îles Caïmans ainsi qu'aux îles Turks et Caïcos. Un tribunal de la Floride a délivré un *subpoena* contre la succursale de la banque à Miami au cours d'une enquête tenue devant un grand jury des États-Unis, afin de forcer l'exécution de l'ordonnance et d'imposer une amende de 25 000 \$ par jour à une autre succursale de la banque se trouvant en Floride. Étant donné que les lois bancaires des deux territoires étrangers interdisaient la communication des documents, les succursales se trouvant là-bas n'ont pas divulgué les registres, afin d'éviter de se voir déclarées responsables sur le plan pénal et de voir leur permis d'exploitation d'entreprise révoqué. Malgré les plaidoyers du gouvernement canadien, la banque a été condamnée à verser des amendes totalisant 1 825 000 \$ pour avoir omis de se conformer à l'ordonnance du tribunal américain.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> P. Erwin, « *The International Securities Enforcement Cooperation Act of 1990 : Increasing International Cooperation in Extraterritorial Discovery?* » (1992) B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 471, p. 477.

décisions contradictoires ont été rendues<sup>46</sup>. Les tribunaux américains tiendront compte, entre autres choses, du critère de la « bonne foi » établi dans *Société internationale v. Rogers*<sup>47</sup>, de l'analyse fondée sur la « règle de raison » énoncée dans le *Third Restatement*, des intérêts nationaux opposés et des principes de la courtoisie internationale<sup>48</sup>.

### Réglementation en matière de valeurs mobilières

La mondialisation des marchés des capitaux a forcé les autorités de réglementation nationales œuvrant dans le domaine des valeurs mobilières à protéger l'intégrité des marchés de capitaux nationaux. Les questions relatives à l'extra-territorialité qui se posent dans ce domaine sont généralement liées à l'application des dispositions des lois sur les valeurs mobilières qui concernent la fraude<sup>49</sup> ou le contournement des règles, souvent dans le contexte de l'utilisation inappropriée de renseignements concernant des initiés<sup>50</sup>. Dans son ouvrage intitulé *The Regulation of Insider Trading in Britain*, le professeur Suter souligne que « la mondialisation permet aux initiés d'utiliser davantage des institutions financières étrangères ou de négocier sur des marchés de titres extraterritoriaux »<sup>51</sup>.

L'arrêt *SEC v. Banca della Svizzera Italiana*<sup>52</sup> est un exemple du caractère international de la réglementation relative aux valeurs mobilières. Le litige portait sur des

<sup>46</sup> Id., p. 477 et 481.

<sup>47</sup> 357 U.S. 197 (1958). Dans cette cause-là, le demandeur avait omis de se conformer à une demande de communication de documents, pour le motif que cette communication constituerait une violation des lois bancaires suisses. Le tribunal a jugé que le demandeur n'avait pas agi de mauvaise foi, parce qu'il avait démontré qu'il avait fait tous les efforts voulus pour se conformer à la demande, que la divulgation aurait constitué une violation des lois sur le secret de la Suisse et que celle-ci avait tout intérêt à assurer le respect de ces lois. Le tribunal a jugé que les tribunaux américains ne peuvent pas imposer de lourdes sanctions comme le rejet causant un préjudice, en l'absence de circonstances extrêmes, p. 208-212.

<sup>48</sup> Erwin, *supra*, note 45, p. 478 et 479.

<sup>49</sup> L'arrêt *Consolidated Goldfields plc v. Minorco S.A.* 871 F.2d 252 (1989) est un exemple d'application claire à l'échelle extraterritoriale des dispositions relatives à la fraude des lois américaines sur les valeurs mobilières. Comme l'a souligné le professeur Mann, le tribunal américain a appliqué les dispositions américaines relatives à la fraude à une opération qui a eu lieu en Angleterre et qui concernait des entreprises étrangères. Le tribunal a agi de cette façon même si la SEC a déposé un mémoire à titre d'intervenant bénévole dans lequel elle lui demandait de s'abstenir d'accorder la réparation pour des raisons fondées sur la doctrine de la courtoisie internationale : F.A. Mann, « *The Extremism of American Extraterritorial Jurisdiction* » (1990), 39 *Intl. & Comp. L.Q.* 410, p. 411-412.

<sup>50</sup> Même si la réglementation relative aux valeurs mobilières porte avant tout sur l'inscription des courtiers en valeurs mobilières et sur la divulgation des renseignements importants dans les offres touchant des valeurs mobilières, ces exigences ne s'appliquent généralement qu'à des offres faites à l'intérieur des limites de l'État réglementant. Ainsi, les dispositions relatives à l'inscription de la loi intitulée *U.S. Securities Act*, 15 U.S.C. §77(e) (1988), c.5, s'appliquent seulement aux offres et aux ventes qui ont lieu à l'intérieur des États-Unis. Même si l'on ne sait pas de façon absolue quelles sont les activités qui constituent une offre ou une vente à l'intérieur des États-Unis, il est certain que ces actions ne seront pas assujetties aux règles relatives à l'inscription et à la divulgation, si elles surviennent complètement à l'extérieur des États-Unis : J. Trachtman, « *Recent Initiatives in International Financial Regulation and Goals of Competitiveness, Effectiveness, Consistency and Cooperation* », 12 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 241, p. 303.

<sup>51</sup> J.A. Suter, *The Regulation of Insider Trading in Britain* (Butterworths : Londres, 1989), p. 355.

<sup>52</sup> 92 FRD 111 (SD NY, 1981).

allégations d'opérations commerciales d'initiés à l'étranger après une série d'opérations faites à une bourse américaine suivant les directives de la *Banca della Svizzera Italiana (BSI)*, une banque suisse. La *Securities and Exchange Commission (SEC)* estimait que les profits élevés réalisés lors des opérations découlaient de l'utilisation de renseignements internes. En réponse à une ordonnance rendue par un tribunal fédéral américain, la BSI a refusé de divulguer l'identité de ses mandants, invoquant le risque d'être tenue responsable au civil et au pénal selon les règles suisses concernant le caractère confidentiel des données bancaires. La SEC a demandé au tribunal d'exiger la divulgation et d'imposer des sanctions en cas de non-respect. Le juge a indiqué que des sanctions seraient imposées, à moins que la BSI n'obtienne de ses clients des renoncements au respect de l'obligation du secret. La BSI a dévoilé les noms<sup>53</sup>.

Bien que l'arrêt *BSI* ait suscité des controverses, la facilité avec laquelle les ordonnances relatives aux opérations boursières ont été obtenues a indiqué la logique sous-jacente à la revendication de compétence extraterritoriale. Si les parties étaient autorisées à éviter l'application des règles relatives aux valeurs mobilières simplement en donnant des directives depuis un endroit situé en dehors du territoire de l'autorité réglementante, la réglementation pourrait, à toutes fins utiles, perdre toute efficacité.

Les tribunaux canadiens ont également reconnu qu'il peut être nécessaire de rendre des ordonnances forçant la divulgation, lorsque cette divulgation est interdite par une loi étrangère<sup>54</sup>. Il y a d'autres cas où l'on a forcé l'application extraterritoriale des lois relatives aux valeurs mobilières, mais les litiges ont été relativement peu nombreux. Il semble que cette situation s'explique principalement par l'admission, de la part des autorités nationales, du fait que cette application protège l'efficacité du fonctionnement des marchés. En matière de valeurs mobilières, on s'entend davantage que dans le domaine des lois antitrust sur les types de conduite qui ne sont pas souhaitables. Le nombre de cas dans lesquels les règlements nationaux sont différents sur des points importants est moins élevé<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Suter, p. 366.

<sup>54</sup> *Comaplex*, supra, note 42.

<sup>55</sup> Ce consensus ressort de certaines lois internes comme la *U.S. International Securities Enforcement Act of 1990*, Pub. L. n° 101-550, 104 Stat. 2714, de traités bilatéraux d'assistance mutuelle, de mémoires d'entente entre organismes et d'autres ententes d'exécution; pour des commentaires concernant ces traités et ententes, voir Erwin, supra, note 45, p. 481-488, et Suter, supra, note 51, p. 358-366.



## L'application des lois concernant les objectifs liés à la politique étrangère

### Mesures de contrôle des exportations

Les mesures de contrôle des exportations imposées dans le but d'assurer le respect des objectifs sous-jacents à une politique étrangère ont fait l'objet de nombreux conflits<sup>56</sup>. Encore là, ce sont les États-Unis qui se sont fait les principaux défenseurs de ces mesures de contrôle. Ils ont revendiqué leur compétence à l'égard d'opérations faites à l'étranger en invoquant (i) un lien corporatif entre la société mère américaine et sa filiale étrangère (la théorie de l'unité) ou, moins fréquemment, (ii) l'argument selon lequel les produits et les données techniques exportés en dehors des États-Unis demeurent assujettis à la compétence de ce pays. L'application de sanctions économiques américaines a eu des conséquences extraterritoriales, notamment en Chine et en Corée du Nord<sup>57</sup>, à Cuba<sup>58</sup> et en Iran<sup>59</sup>. Par

<sup>56</sup> Ainsi, selon le projet de modification (« Mack Amendment ») de la *U.S. Export Administration Act*, il aurait été illégal pour toute filiale américaine, y compris les filiales se trouvant au Canada, de faire affaires avec Cuba. Le gouvernement canadien a annoncé qu'il prendrait un décret en application de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* en vue d'interdire à toute société établie au Canada de se conformer à la loi américaine. Finalement, le président Bush s'est opposé à la modification : « *U.S. trade bill expected to die* », *Globe & Mail*, 3 novembre 1990, p. A9; « *St. Joe averts a 30-second Cuban crisis* », *Globe & Mail*, 7 novembre 1990, p. B8.

<sup>57</sup> Le règlement américain intitulé *Foreign Assets Control Regulations*, qui avait pour effet d'interdire les opérations commerciales avec la Chine et la Corée du Nord, s'appliquait aux filiales étrangères qui appartenaient à des citoyens ou à des résidents américains ou étaient contrôlées par ceux-ci : 31 C.F.R. 500.329(a)(1982).

<sup>58</sup> Le règlement intitulé *Cuban Assets Control Regulations*, qui a été établi en 1963, s'appliquait aux filiales étrangères, mais comportait des exemptions précises. Voici ce qu'on pouvait lire au règlement 31 C.F.R. 515.541 :

- a) À l'exception de ce qui est prévu aux alinéas b), c), d) et e) du présent article, toutes les opérations accessoires à la poursuite d'activités commerciales à l'étranger par une association, une société ou un autre organisme non bancaire qui est constitué et qui exploite son entreprise selon les lois d'un pays étranger dans le territoire commercial autorisé sont autorisées.
- b) Le présent article n'a pas pour effet d'autoriser les opérations touchant des comptes en dollars américains ou d'autres biens assujettis à la compétence des États-Unis.
- c) Le présent article n'a pas pour effet d'autoriser les opérations touchant l'achat, la vente ou le transfert de marchandises d'origine américaine ou l'obtention de crédit à leur égard.
- d) Le présent article n'a pas pour effet d'autoriser le transport à bord d'un navire qui appartient à une entreprise décrite à l'alinéa a) du présent article ou qui est contrôlé par celle-ci d'une marchandise depuis un pays étranger désigné vers un pays ou encore depuis un pays quelconque directement ou indirectement vers un pays étranger désigné.
- e) Le présent article n'a pas pour effet d'autoriser une personne assujettie à la compétence des États-Unis, sauf une entreprise décrite à l'alinéa a) du présent article, à conclure une opération ou à participer d'une façon ou d'une autre à une opération. Aux fins du présent article seulement, aucune personne n'est présumée pratiquer une opération ou y participer d'une façon ou d'une autre uniquement parce qu'elle a un intérêt financier dans une entreprise décrite au paragraphe a) de la présente disposition.

Les modifications apportées au règlement en 1975 avaient pour effet d'autoriser les filiales étrangères à faire affaires avec Cuba, si l'État hôte n'interdisait pas ces échanges. Cependant, selon d'autres modifications adoptées en 1977, aucune personne se trouvant à l'intérieur des États-Unis n'avait désormais le droit de participer à des opérations cubaines autorisées en vertu d'une licence. Les licences étaient délivrées uniquement si la filiale était indépendante de sa société mère américaine en ce qui a trait au processus décisionnel, à la prise de risques, au financement et à la poursuite des activités pour lesquelles la licence était requise et si, de façon générale, elle exploitait son entreprise de façon indépendante. Pour plus de détails, voir le règlement 31 C.F.R. 515.559(c) (1983).

suite du boycott d'Israël par les Arabes, les États-Unis ont adopté des dispositions anti-boycott qui s'appliquaient jusqu'à un certain point en dehors de leur territoire dans le cas des filiales étrangères de sociétés américaines participant à des opérations commerciales américaines<sup>60</sup>.

La revendication la plus notoire de la compétence extraterritoriale est peut-être celle qui a été formulée dans les litiges concernant le pipeline sibérien. En juin 1982, par suite de la participation soviétique à la répression politique en Pologne, les États-Unis ont imposé des sanctions touchant l'exportation et la réexportation de marchandises et de données techniques liées à l'exploration, à l'acheminement et au raffinage de pétrole et de gaz. Ces mesures, qui ont été appliquées de façon rétroactive à des contrats déjà signés, mais non encore exécutés, comportaient trois éléments ayant une portée extraterritoriale : (i) la réexportation de produits et de technologies d'origine américaine en dehors des États-Unis; (ii) l'exportation de produits étrangers fabriqués à l'aide d'une technologie d'origine américaine; et (iii) l'exportation faite par des personnes morales étrangères qui appartenaient à des ressortissants ou à des résidents des États-Unis ou qui étaient contrôlées par ceux-ci<sup>61</sup>. Les pays de l'Europe de l'Ouest ont critiqué ouvertement les mesures de contrôle, soutenant qu'elles étaient incompatibles avec les principes de la territorialité et de la nationalité de la compétence prescriptive<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Après la prise d'otages à l'ambassade américaine à Téhéran, le gouvernement américain a adopté un règlement ayant pour effet de geler les dépôts iraniens faits en dollars américains et détenus dans des banques se trouvant aux États-Unis ainsi que dans leurs filiales et succursales étrangères. Les gouvernements étrangers se sont opposés à l'application du règlement américain aux succursales de la banque se trouvant dans leur territoire, mais les otages ont été libérés, et le règlement a été révoqué avant que la cause ne soit entendue devant les tribunaux.

<sup>60</sup> Voir 50 U.S.C. 2407. Les dispositions s'appliquaient aux personnes américaines, définies comme étant « toute filiale ou société affiliée étrangère (y compris une entité étrangère permanente) d'une entreprise interne qui est contrôlée effectivement par celle-ci, selon une décision prise en application du règlement du président » : 50 U.S.C. 2415(2). Pour des commentaires récents concernant la législation anti-boycott, voir S.G. Joy, « *Application of Selected American Laws to United States Companies Transacting Business in Kuwait : Foreign Corrupt Practices Act and Anti-boycott Legislation* » (1992), 43 Mercer L. Rev. 691.

<sup>61</sup> Selon l'article 2(c)(2) du règlement 15 C.F.R. 385, la définition des personnes assujetties à la compétence américaine était identique à celle du règlement 31 C.F.R. 500.329(a) (1982) dans le cas des sanctions imposées à la Chine et à la Corée du Nord.

<sup>62</sup> En cherchant à réglementer la conduite et les droits de propriété des ressortissants non américains en dehors de leur territoire, les États-Unis ont adopté des mesures de contrôle s'appliquant à des activités poursuivies à l'étranger et non visées par leur compétence territoriale. En outre, les États-Unis ont violé le principe de la nationalité en tentant d'étendre la portée du règlement aux entreprises qui ont été constituées en dehors des États-Unis, mais qui avaient un lien société mère-filiale avec une entreprise américaine, un lien découlant de la détention d'actions avec des personnes américaines ou encore un lien découlant d'une entente de licence ou de redevances avec des personnes américaines. Voir Castel, *Extraterritoriality in International Trade* (Toronto : Butterworths, 1988), p. 162.

Parmi les arrêts plus récents concernant l'application extraterritoriale des mesures américaines de contrôle des exportations, mentionnons *re Datapoint International GmbH* (14 août 1987), *System Computers Ltd.* (12 mai 1986), *re Sven Olof Hakanson* (2 janvier 1988) et *re Datasaab Contracting A.B.* 49 Fed. Reg. 19,090 (1984). Dans chaque cas, une société étrangère a exporté des marchandises d'origine américaine sans l'autorisation des États visés par les mesures de contrôle des États-Unis. Dans chacune de ces causes, il s'agissait d'une conduite à l'étranger par des étrangers et, sauf dans l'arrêt *Datapoint* (qui concernait une filiale autrichienne d'une société américaine), le seul lien avec les États-Unis résidait dans l'origine des marchandises.

### Gels de biens

Les États ont ordonné à maintes reprises les gels de dépôts se trouvant dans des banques intérieures au cours de périodes de crise touchant des États hostiles. Dans certains cas, ces ordonnances ont eu des conséquences extraterritoriales. Pendant la crise des otages américains en Iran, les États-Unis ont ordonné, entre autres choses, le gel de tous les dépôts iraniens faits en dollars américains dans des succursales européennes des banques américaines<sup>63</sup>.

Encore là, des problèmes se posent lorsque les directives adressées à des succursales d'une banque se trouvant à l'étranger nécessitent une conduite incompatible avec les règles de droit locales. C'est ce qui s'est produit lorsque les États-Unis ont gelé les biens libyens en 1986<sup>64</sup>. Le décret et le refus subséquent, par les succursales de Londres de deux banques américaines, de dégeler les fonds, ont donné lieu à deux actions en justice<sup>65</sup>. Dans les deux causes, le tribunal anglais s'est prononcé en faveur de la partie demanderesse, concluant que la loi régissant les contrats de dépôt était celle de l'endroit où le dépôt était conservé. En conséquence, les décrets américains étaient non exécutoires en Grande-Bretagne<sup>66</sup>.

### Litiges transnationaux de nature privée

Lord Denning a déjà dit ce qui suit : « Une partie à un litige est attirée vers les États-Unis tout autant qu'un papillon de nuit est attiré vers la lumière. En effet, si elle peut réussir à présenter sa cause devant les tribunaux américains, elle aura de bonnes chances de faire fortune »<sup>67</sup>. Il arrive souvent que des parties privées, qu'il s'agisse ou non d'Américains, intentent des poursuites judiciaires aux États-Unis pour se prévaloir des règles

<sup>63</sup> Le règlement intitulé *United States Iranian Assets Control Regulations*, 31 C.F.R. partie 535 (1980), qui a été adopté sous l'autorité de la loi intitulée *International Emergency Economic Powers Act* de 1977, 50 U.S.C., articles 1701 à 1706, avait pour effet d'interdire tous les transferts de biens sur lesquels des entités iraniennes avaient des droits et s'appliquait, notamment, à toutes les succursales étrangères de banques américaines détenant des dépôts en dollars américains. Voici un extrait de la déclaration de la Maison-Blanche : « aujourd'hui, le Président est intervenu pour geler tous les biens iraniens officiels aux États-Unis, notamment les dépôts se trouvant dans les banques des États-Unis ainsi que leurs filiales et succursales à l'étranger... »; voir 15 *Weekly Comp. Docs.* 2117 (14 novembre 1979). Les poursuites judiciaires intentées subséquentement pour contester la portée de ce règlement n'ont pas été entendues, parce qu'elles sont devenues inutiles lorsque le règlement a été révoqué après la libération des otages.

<sup>64</sup> Conformément à l'article 5(b)(1)(B) de la loi intitulée *Trading with the Enemy Act*, 50 U.S.C., le président Reagan a délivré un décret ayant pour effet de geler les biens libyens. Décret n° 12,544 (1986) 51 *Fed. Reg.* 1235.

<sup>65</sup> *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.*, [1986] 1 *Lloyd's Rep.* 259; *Libyan Arab Foreign Bank v. Manufacturers Hanover Trust Co.*, [1989] 1 *Lloyd's Rep.* 608.

<sup>66</sup> Dans les deux actions, on a soutenu que le remboursement des comptes de Londres nécessiterait des opérations par l'entremise du système de traitement des paiements de New York. Ces opérations ne pourraient être faites sans donner lieu à des répercussions juridiques découlant de l'application des décrets. Cependant, le tribunal britannique a jugé que les obligations relatives au dépôt pouvaient être honorées à Londres sans nécessiter une conduite illégale aux États-Unis.

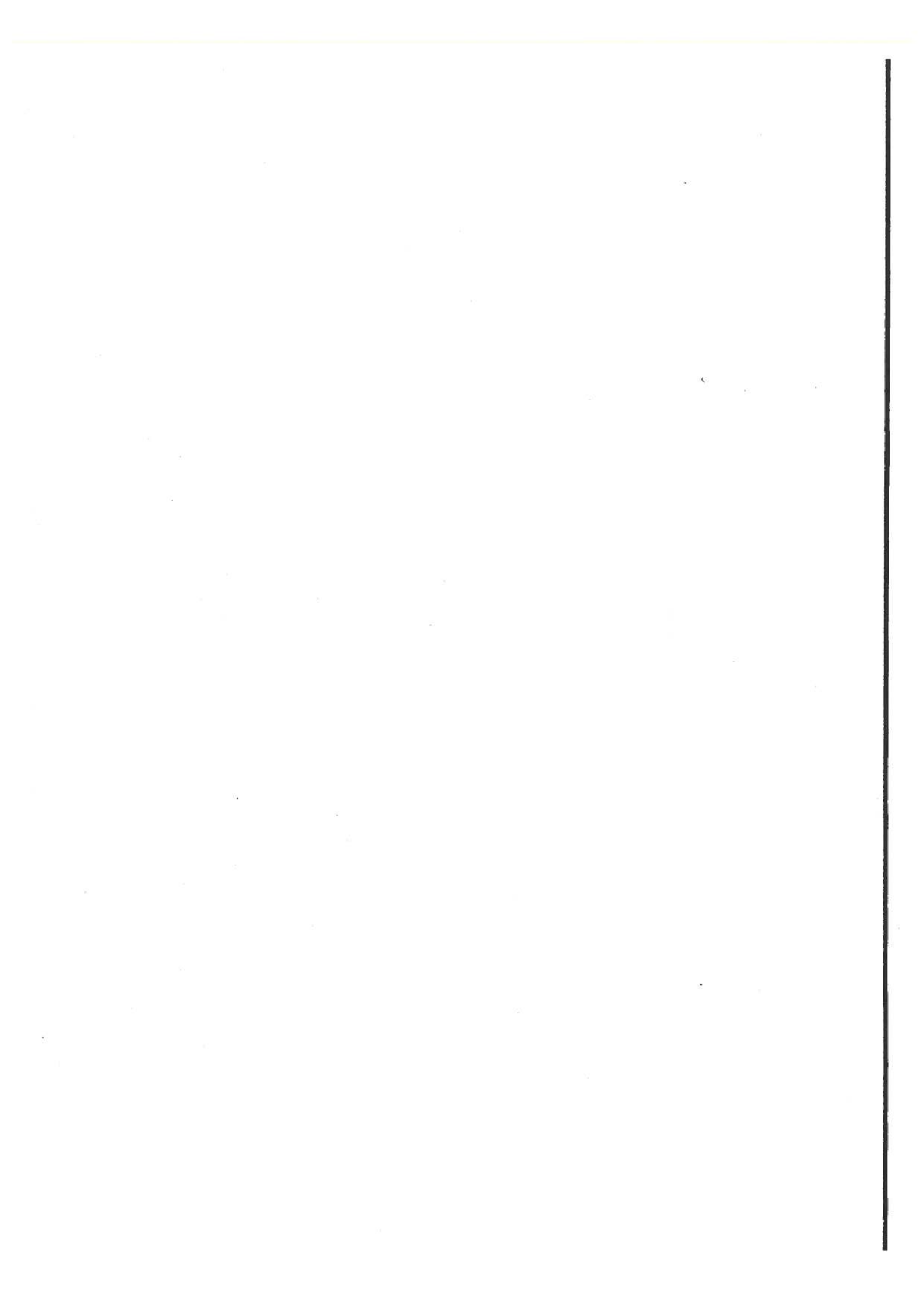
<sup>67</sup> *Smith Kline & French Laboratories Ltd. and Others v. Bloch*, [1983] 2 *All E.R.* 72 (C.A.), p. 74.

plus larges concernant la communication des documents ainsi que d'autres avantages liés aux procédures précédant l'instruction, attirées qu'elles sont par la possibilité d'obtenir une indemnité beaucoup plus élevée de la part des jurys américains. En outre, l'attitude généreuse des tribunaux des États et des tribunaux fédéraux américains relativement à la compétence leur facilite la tâche à cet égard. Ainsi, dans certains États, notamment au Texas, il est possible de revendiquer la compétence en invoquant des liens que d'autres pays jugeraient trop ténus.

Cette situation a incité les parties à contester l'exercice de la compétence devant les tribunaux étrangers en soutenant que le demandeur ne devrait pas être autorisé à procéder devant le tribunal américain et en demandant une injonction visant à interdire la poursuite de ce litige. Les tribunaux d'Angleterre et du Canada ont parfois rendu des injonctions interdisant ces poursuites. À leur tour, ces injonctions ont fait l'objet d'injonctions ayant pour effet d'en interdire l'application aux États-Unis.

Ces revendications larges peuvent avoir pour effet d'accroître le degré d'incertitude dans le milieu des affaires international. Ainsi, il se peut qu'un investisseur fasse un investissement en présumant qu'une certaine loi s'applique (p. ex., les règles canadiennes restrictives régissant les réparations non monétaires dans les litiges touchant les préjudices personnels) et constate plus tard que les principes de droit d'un autre territoire s'appliquent (p. ex., les principes plus libéraux qui régissent les litiges relatifs aux préjudices personnels au Texas). Plus les litiges transnationaux prendront de l'ampleur, plus les conflits découlant de cette source non traditionnelle seront susceptibles d'augmenter eux aussi.





## RÉACTIONS AUX REVENDICATIONS DE COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE ET GESTION DU CONFLIT

Face aux revendications de compétence étendue formulées par certaines nations, d'autres États (les États opposés) ont réagi en déposant des protestations diplomatiques<sup>68</sup>, en intentant des actions en justice<sup>69</sup>, en intervenant directement dans des procédures judiciaires (à titre d'intervenants bénévoles)<sup>70</sup> et en adoptant des lois visant à bloquer les mesures judiciaires ou gouvernementales, à permettre la « récupération » des indemnités accordées<sup>71</sup> ou à interdire l'application d'ordonnances comme celles qui exigent la production de documents situés dans leur territoire<sup>72</sup>. Ces mesures ont donné lieu à des conflits

---

<sup>68</sup> Ainsi, dans le litige concernant le pipeline sibérien, la Communauté européenne (CE) a présenté au *U.S. Department of State*, le 12 août 1982, des commentaires concernant les modifications apportées le 22 juin 1982 à la loi intitulée *Export Administration Act* (voir (1982) 21 I.L.M. 891) déclarant que :

30. La Communauté européenne estime que les modifications apportées le 22 juin 1982 au règlement intitulé *Export Administration Regulations* sont illégales, parce qu'elles ne peuvent valablement reposer sur l'un ou l'autre des fondements de la compétence généralement reconnus en droit international. En outre, dans la mesure où ces modifications ont tendance à toucher des entreprises liées principalement à des États membres de la Communauté européenne aux fins de la politique commerciale américaine à l'endroit de l'U.R.S.S., elles constituent une ingérence inacceptable dans la politique commerciale indépendante de la Communauté européenne. Dans le passé, les États-Unis ont rejeté des mesures comparables adoptées par d'autres États.

<sup>69</sup> Ainsi, l'opposition de la France à la demande de mesures de contrôle des exportations américaines touchant le commerce avec la République populaire de Chine a mené à l'affaire *Fruehauf v. Massardy*, [1965] J.C.P. II 14,274 bis (Cour d'appel, Paris).

<sup>70</sup> Ainsi, les gouvernements de l'Australie, de l'Afrique du Sud, du Canada et de la Grande-Bretagne ont présenté des mémoires à titre d'intervenants bénévoles devant le tribunal qui a entendu le litige concernant le cartel de l'uranium, *supra*. Pour des extraits, voir Lowe, *supra*, note 7, p. 106-109 et p. 156-174.

<sup>71</sup> La loi intitulée *Protection of Trading Interests Act* (1980) permet à une personne britannique ou à une personne faisant affaires en Grande-Bretagne d'intenter une action devant un tribunal anglais pour obtenir un jugement équivalant à la partie non compensatoire des dommages-intérêts triples accordés : M. Novicoff, « *Blocking and Clawing Back in the name of Public Policy* » (1985), 7 *Nw. J. of Int'l L. & Bus.* 12.

<sup>72</sup> Ainsi, l'article 82 de la *Loi sur la concurrence* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-34, permet aux tribunaux d'interdire à des personnes se trouvant au Canada d'adopter les mesures prescrites par un tribunal étranger ou un autre tribunal, lorsque ces mesures :

- i) nuiraient à la concurrence au Canada;
- ii) nuiraient à l'efficacité du commerce ou de l'industrie au Canada sans engendrer ou accroître au Canada une concurrence qui rétablirait ou améliorerait cette efficacité;
- iii) nuiraient au commerce extérieur du Canada sans apporter d'avantages en compensation;
- iv) feraient autrement obstacle ou tort au commerce au Canada sans apporter d'avantages en compensation.

Parmi d'autres lois canadiennes pertinentes, mentionnons la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*, L.R.C. (1985), ch. F-29 (Canada), la *Loi sur la conservation des documents commerciaux*, L.R.O. (1990), ch. B-19 (Ontario) et la *Loi sur les dossiers d'entreprises*, L.R.Q. 1977, ch. D-12 (Québec).

Une cause concernant une loi provinciale de cette nature, soit la *Loi sur les dossiers d'entreprises* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. D-12, a été plaidée le 7 octobre 1992 devant la Cour suprême du Canada : *Hunt c. Lac D'Amiante du Québec liée et autres*, C.S.C. dossier n° 22637.

diplomatiques entre les États ainsi qu'à la création intentionnelle de conflits découlant de la réglementation qui placent les parties privées devant des exigences souveraines opposées. Les gouvernements et les tribunaux ont adopté diverses méthodes unilatérales, bilatérales et multilatérales pour gérer les conflits découlant des revendications de compétence extraterritoriale.

### Méthodes unilatérales de gestion des conflits

#### *Mesures adoptées par les pouvoirs législatif et exécutif*

La façon la plus efficace de réduire le nombre de conflits liés aux revendications de compétence extraterritoriale consiste pour l'État à circonscrire expressément sa compétence à la législation nationale pertinente. Ainsi, la récente loi américaine intitulée *Civil Rights Act* a une certaine portée extraterritoriale au départ, mais elle est rédigée d'une façon qui diminue les possibilités de conflits avec les lois étrangères<sup>73</sup>. L'État peut également expressément reconnaître dans sa législation les intérêts et les revendications découlant des lois étrangères<sup>74</sup>. Ces solutions devraient permettre de réduire les risques liés à l'adoption ou à l'application de lois souveraines opposées.

<sup>72</sup> (Suite) Des lois semblables ont aussi été adoptées dans d'autres territoires, notamment : *The Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act 1976* (Australie); loi du 27 mars 1969, modifiée le 21 juin 1976, et Arrêté royal du 6 février 1979 relatif à la réglementation du transport maritime et aérien (Belgique); loi n° 254 du 8 juin 1967 sur les restrictions touchant la liberté des propriétaires de navires danois à donner des renseignements aux autorités des pays étrangers (Danemark); loi interdisant à un propriétaire de navire de produire des documents dans certains cas, 4 janvier 1968 (Finlande); *Loi relative à la communication de documents et de renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime, 1968-1980* (France); loi sur les obligations fédérales en matière de navigation, 24 mai 1965 (République fédérale d'Allemagne); *Shipping Documents Act 1980* (Italie); *Evidence Amendment Act 1980* (Nouvelle Zélande); loi n° 3 du 16 juin 1967 autorisant le roi en conseil à interdire aux propriétaires de navires de communiquer des renseignements aux autorités des pays étrangers (Norvège); décret présidentiel n° 1718 du 21 août 1980 prévoyant des stimulants pour l'application de programmes de développement économique en restreignant l'utilisation de documents et de renseignements vitaux pour les intérêts nationaux dans certaines procédures (Philippines); *Protection of Business Act 1978* (Afrique du Sud); ordonnance concernant l'interdiction faite aux propriétaires de navires de produire des documents concernant l'industrie de la navigation suédoise dans certains cas, 13 mai 1966; code pénal, article 273 (Suisse); *Shipping Contracts and Commercial Documents Act 1964* (Royaume-Uni); *Protection of Trading Interests Act 1980* (Royaume-Uni). Pour des extraits de ces lois, voir Lowe, *supra*, note 7.

<sup>73</sup> Même si l'article 109 de la *Civil Rights Act* américaine, Pub. L. No. 102-166, 105 stat. 1071 (1991) accorde la protection aux citoyens américains qui travaillent pour des sociétés américaines à l'étranger, l'alinéa 109b) prévoit que, lorsque le respect de cette loi force un employeur à violer les lois d'un pays étranger, l'employeur sera soustrait aux pénalités prévues par la loi en question. Cette exemption vise à éviter les conflits avec les lois d'un pays étranger : voir les commentaires formulés dans R.S. Orleans, « *Extraterritorial Employment Protection Amendments of 1991 : Congress Protects U.S. Citizens Who Work for U.S. Companies Abroad* » (1992), 16 Md. J. Int'l L. & Trade 147.

<sup>74</sup> Ainsi, la loi américaine intitulée *International Securities Enforcement Cooperation Act of 1990* accorde à la *Securities and Exchange Commission (SEC)* le pouvoir de préserver le caractère confidentiel des documents étrangers, de divulguer des documents américains confidentiels à des autorités réglementaires étrangères et d'invoquer les jugements rendus par les tribunaux étrangers pour restreindre les activités d'achat et de vente de valeurs mobilières des particuliers aux États-Unis. Cette loi est un exemple de mesures traduisant une tendance à la collaboration dans les domaines de réglementation qui doivent nécessairement avoir une certaine portée extraterritoriale : voir Erwin, *supra*, note 45, p. 471-472. Les lois sur la faillite des États-Unis permettent également à des requérants étrangers de déposer une requête au niveau interne, *supra*, note 16.

Il n'en demeure pas moins que certaines lois sont appliquées de façon très large et viseront à réglementer l'activité étrangère d'une façon à peu près absolue. Dans ces cas, d'autres États ont jugé nécessaire d'invoquer des lois portant interdiction<sup>75</sup>. Le fait que des décrets visant à nier les conséquences d'un décret étranger soient adoptés indique clairement qu'il existe d'autres intérêts souverains en jeu. L'adoption de lois de cette nature a permis aux États-Unis de prendre davantage conscience de la réaction des États étrangers aux revendications de compétence étendue. Cependant, du point de vue de la partie privée, l'existence d'un décret portant interdiction n'a pu être invoquée avec succès pour justifier l'inobservance des ordonnances judiciaires américaines. Les tribunaux américains n'ont pas hésité à imposer des sanctions en cas de violation. Même si ces lois n'ont pas protégé les parties privées des sanctions imposées par les États-Unis, elles continueront à être invoquées tant et aussi longtemps que les États estimeront que d'autres s'apprêtent à formuler des revendications trop larges ou à prendre des mesures pouvant nuire à leurs intérêts juridiques ou commerciaux.

### *Mesures judiciaires*

Le pouvoir qu'ont les juges américains de restreindre la portée extraterritoriale des lois américaines est limité par la possibilité que le Congrès ou l'assemblée législative de l'État concerné ait prescrit qu'une loi a une portée étendue, auquel cas le tribunal devra y donner effet. Il est difficile pour un tribunal de circonscrire sa compétence lorsque les lois ou les règlements qu'il est tenu d'appliquer ne sont pas libellés de façon aussi précise. Certains tribunaux ont appliqué, dans le cadre de l'exercice de leur compétence, les critères de l'équilibre des intérêts et du caractère raisonnable.

Même si l'on a parfois fait de vaillants efforts pour tenir compte des intérêts d'un État étranger, un examen de la jurisprudence américaine indique à quel point les tribunaux ont eu du mal à gérer les conflits extraterritoriaux. D'abord, le volume élevé de cas dans lesquels les tribunaux ont tranché le litige en faveur de la reconnaissance de leur compétence (plutôt que du rejet de la revendication) indique qu'ils ont tendance à accorder plus d'importance aux intérêts américains qu'aux intérêts étrangers concernés. En second lieu, il n'existe pas suffisamment de critères objectifs que les tribunaux auraient pu appliquer. Voici ce que le juge Blair, du Canada, a dit au cours d'une allocution prononcée devant un auditoire américain :

---

<sup>75</sup> La nécessité de cette intervention découle de la position de l'État qui revendique sa compétence, qui présume que sa revendication est valable et que son intérêt dans la réglementation ou dans le litige en question est aussi important, sinon plus, que celui de l'autre État ou encore que l'État étranger n'a pas manifesté un intérêt suffisamment marqué à ce sujet. Cette hypothèse de l'absence d'intérêt de l'État opposé a donné lieu à l'adoption de lois étrangères qui permettent au pouvoir du gouvernement concerné d'agir rapidement pour manifester son intérêt, dans les cas appropriés.



... comment un juge d'un tribunal canadien ou américain peut-il déterminer l'équilibre approprié entre des intérêts internationaux, par exemple, les intérêts du Canada en ce qui a trait à l'exploitation de ses ressources naturelles et les intérêts de ce pays relativement au maintien de la concurrence? À mon avis, il n'appartient pas à la magistrature de trancher ce genre de question.<sup>76</sup>

D'autres personnes ont fait des commentaires de cette nature, y compris des juristes américains.

Enfin, des problèmes d'ordre pratique se posent, car il arrive souvent que des gouvernements étrangers rejettent le critère de l'équilibre des intérêts et refusent, pour des raisons liées à la politique gouvernementale, d'articuler leurs intérêts autrement qu'en faisant savoir laconiquement au tribunal qu'à leur avis il n'a pas la compétence voulue.

Selon certains tribunaux et commentateurs, la détermination de la compétence devrait reposer, du moins en partie, sur la doctrine de la « courtoisie ». Il est vrai que bon nombre de tribunaux ont invoqué ce concept. Cependant, une revue de la jurisprudence indique que cette doctrine est un facteur déterminant uniquement lorsque les liens avec la compétence territoriale du tribunal sont tellement ténus que le tribunal refuserait probablement d'exercer sa compétence à tout événement<sup>77</sup>. Lorsque l'État démontre l'existence de liens suffisants ou d'un intérêt marqué pour revendiquer sa compétence, il est rare que le tribunal rejette cette revendication en se fondant sur les principes de la courtoisie internationale.

Les tribunaux d'autres pays ont également été appelés à répondre aux revendications de compétence des tribunaux américains. Dans certains litiges transnationaux de nature privée, la surenchère judiciaire a incité les défendeurs américains et étrangers à tenter de suspendre les procédures en demandant au tribunal américain ou au tribunal compétent de délivrer une injonction interdisant au demandeur d'intenter des poursuites. Cette attitude a donné lieu à plusieurs conflits teintés d'acrimonie entre les tribunaux<sup>78</sup>. Tout comme dans le cas des lois portant interdiction, ces mesures n'ont pas permis de résoudre entièrement les revendications extraterritoriales. Cette inefficacité était évidente dans les cas où les parties au litige étaient placées dans une position où elles risquaient de violer une ordonnance judiciaire rendue dans un territoire en se conformant à une ordonnance rendue dans l'autre. Ainsi, l'affaire *Laker Airways* et la récente affaire *Amchem* ont opposé les tribunaux américains respectivement aux tribunaux britanniques et canadiens dans des demandes d'injonctions visant à interdire les poursuites et des demandes d'injonctions visant à interdire

---

<sup>76</sup> Blair, « *The Canadian Experience* », dans J. Griffin (ed.), *Perspectives on the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust and Other Laws*, p. 65 et 67.

<sup>77</sup> Certains ont soutenu que, en appliquant les principes de la courtoisie internationale, les tribunaux américains ont ni plus ni moins fermé les yeux sur les intérêts étrangers et ont régulièrement reconnu leur compétence : Waller, *supra*, note 24, p. 945.

<sup>78</sup> Voir, par exemple, les arrêts anglais *Laker Airways* (p. ex., *British Airways v. Laker Airways*, [1984] 3 All E.R. 39 (H.C.) et *Midland Bank v. Laker Airways*, [1986] 1 All E.R. 526 (C.A.)), ainsi que le litige actuellement en cours devant les tribunaux du Texas et de la Colombie-Britannique dans *Workers Compensation Board and Others v. Amchem Products Incorporated and Others*, C.S.C. dossier n° 22256 (1992).

l'application d'injonctions de cette nature, les tribunaux ayant cherché à suspendre les litiges à l'étranger ou à préserver leur propre compétence<sup>79</sup>.

### Méthodes bilatérales et multilatérales de gestion des conflits

La plupart des mesures visant à résoudre ou à gérer les conflits de nature extraterritoriale consistent en des ententes officielles et non officielles, des consultations diplomatiques et des négociations. Il existe une multitude d'ententes bilatérales et multilatérales visant à solutionner les revendications de compétence extraterritoriale, notamment dans les domaines de la législation antitrust et des valeurs mobilières. Dans le domaine des lois antitrust, les conflits ont été plus fréquents entre les années 1950 et le début des années 1980 qu'ils ne le sont aujourd'hui. Au cours de cette période, en plus d'adopter des lois portant interdiction et d'autres lois, les États qui s'opposaient aux revendications territoriales étrangères ont négocié des ententes bilatérales<sup>80</sup> et ont commencé à exprimer leurs préoccupations devant des tribunes comme l'OCDE. Même s'il est difficile d'évaluer l'efficacité de ces ententes en raison des exigences relatives au caractère confidentiel, certains observateurs estiment qu'elles ont donné des résultats<sup>81</sup>. La baisse du nombre de litiges indique que les États ont appris avec le temps comment aborder ces problèmes.

Les traités bilatéraux semblent avoir été particulièrement efficaces dans le domaine des valeurs mobilières. Un certain nombre de pays ont conclu avec les États-Unis des traités bilatéraux prévoyant une aide mutuelle en matière pénale<sup>82</sup>. Même si ces traités se sont révélés efficaces dans les cas où des données de nature extraterritoriale sont réunies, certains d'entre eux comportent des exigences doubles sur la criminalité qui les rendent moins efficaces dans les cas concernant des violations qui constituent uniquement des infractions de nature civile aux États-Unis<sup>83</sup>. Des mémoires d'entente ont également été conclus en vue de

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Mémoire d'entente entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique portant sur les préavis, la consultation et la coopération concernant l'application de lois antitrust nationales (9 mars 1984), (1984) 23 I.L.M. 275; *Australia-U.S. Agreement Relating to Cooperation in Antitrust Matters* (29 juin 1982), T.I.A.S. n° 10365; Accord entre la Commission des communautés européennes et le gouvernement des États-Unis concernant l'application de leur droit de la concurrence, *supra*, note 27; *FRG-U.S. Agreement Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices* (23 juin 1976), 27 U.S.T. 1956; *France-FRG Agreement Concerning Cooperation on Restrictive Business Practices* (28 mai 1984), (1987) 26 I.L.M. 531. Voir également la Recommandation révisée du Conseil [de l'OCDE] sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux (21 mai 1986), 25 I.L.M. 1629; recommandations de l'OCDE sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux (5 octobre 1967; 3 juillet 1973; 25 septembre 1977). L'OCDE a également publié de nombreux rapports et lignes directrices sur des questions liées à l'extra-territorialité (voir les commentaires à ce sujet plus loin).

<sup>81</sup> Roth, *supra*, note 4, p. 270.

<sup>82</sup> Par exemple : le Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique (1985), 24 I.L.M. 1092; le *U.S.-U.K. Treaty Concerning the Cayman Islands and Mutual Assistance in Criminal Matters* (1986), 26 I.L.M. 356; et le *U.S.-Switzerland Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters* (1973), 12 I.L.M. 916.

<sup>83</sup> Erwin, *supra*, note 45, p. 485.

favoriser l'échange de renseignements dans le domaine des opérations relatives aux valeurs mobilières<sup>84</sup>. Ces ententes ont été invoquées avec succès dans bon nombre de cas où l'on a demandé la communication de documents en matière d'enquêtes sur les valeurs mobilières<sup>85</sup>.

Des lignes directrices importantes pour l'étude des conflits de compétence ont été élaborées sous les auspices de l'OCDE. Conformément à la déclaration de 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales<sup>86</sup> ainsi qu'au réexamen de 1979 de la déclaration, les pays membres de l'OCDE ont convenu de se consulter et de collaborer de bonne foi pour résoudre les problèmes découlant d'obligations contradictoires<sup>87</sup>. L'examen de la déclaration qui a été fait en 1984 a permis d'améliorer les lignes directrices, grâce à l'élaboration du mécanisme de consultation<sup>88</sup> et à la présentation d'un ensemble de facteurs généraux et de solutions pratiques dont les pays membres devraient tenir compte lorsqu'ils examinent l'adoption, la modification ou l'application de lois pouvant donner lieu à des obligations contradictoires<sup>89</sup>. Les dispositions générales prévoient que les pays membres qui songent à adopter une nouvelle législation ou à exercer leur compétence d'une autre façon devraient :

- i) tenir compte des principes pertinents du droit international;
- ii) chercher à éviter ces conflits, ou à en réduire le nombre, et les problèmes qu'ils créent en prônant la modération et la restriction ainsi qu'en respectant et en accommodant les intérêts des autres pays membres;
- iii) tenir pleinement compte de la souveraineté et des intérêts légitimes des autres pays membres notamment en matière économique et juridique;

<sup>84</sup> Par exemple : le *U.S.-Canada Memorandum of Understanding on the Administration and Enforcement of Securities Laws* (1988), 27 I.L.M. 410; le *U.S.-U.K. Memorandum of Understanding on the Exchange of Information* (1986), 25 I.L.M. 1431; le *U.S.-Switzerland Memorandum of Understanding to Establish Mutually Acceptable Means for Improving International Law Enforcement in the Field of Insider Trading* (1982), 22 I.L.M. 1; et le *U.S. Japan Memorandum on the Sharing of Information* (1986), 25 I.L.M. 1429.

<sup>85</sup> Erwin, *supra*, note 45, p. 487.

<sup>86</sup> OCDE, 21 juin 1967.

<sup>87</sup> « Décision révisée du Conseil relative aux procédures de consultation intergouvernementale concernant les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », C(79) 102 (texte final), à ¶ 5, réimprimée dans OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales : réexamen de la déclaration et des décisions de 1976* (Paris : OCDE, 1979), p. 11-12.

<sup>88</sup> « Seconde décision révisée du Conseil relative aux procédures de consultation intergouvernementale concernant les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », C/MIN(84) 6 (texte final), à ¶ 7-10, réimprimée dans OCDE, *Investissement international et entreprises multinationales : Réexamen de 1984 de la déclaration et des décisions de 1976* (Paris : OCDE, 1984), p. 11-13.

<sup>89</sup> Rapport du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, C/MIN (84) 5 (texte final), à ¶ 26-34, réimprimé dans le Réexamen de 1984, *ibid.*, p. 26-27.

- iv) se rappeler l'importance de permettre le respect des obligations contractuelles ainsi que les répercussions possibles des mesures ayant un effet rétroactif.<sup>90</sup>

En outre, les dispositions générales prévoient que les pays membres devraient chercher à promouvoir la coopération comme solution de rechange à l'action unilatérale afin d'éviter de créer des obligations contradictoires ou de réduire ce risque<sup>91</sup>.

Dans le cas de la procédure, les solutions pratiques exposées dans le réexamen de 1984 de la déclaration sont fondées sur la reconnaissance du fait que les mesures bilatérales seront très efficaces dans la majorité des cas<sup>92</sup>. Les pays membres devraient être prêts, entre autres choses, à élaborer des ententes bilatérales officielles et officieuses concernant la notification et la consultation, à examiner de façon rapide et bienveillante les demandes de notification et de consultation et à aviser les pays membres concernés de toute législation proposée qui comporte des dispositions susceptibles d'engendrer des conflits<sup>93</sup>.

Dans le réexamen de 1991 de la déclaration de 1976, un nouveau document portant sur les obligations contradictoires a été ajouté<sup>94</sup>. Selon la décision du Conseil sur les obligations contradictoires, les pays membres peuvent demander au Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales de tenir des consultations sur des questions concernant les obligations contradictoires, et les pays membres concernés sont tenus de collaborer de bonne foi pour résoudre ces problèmes<sup>95</sup>. La décision a pour effet d'intégrer les dispositions générales et les solutions pratiques énoncées en 1984 et de confirmer que le Comité continuera de servir de tribune pour l'examen de la question des obligations contradictoires, notamment des principes de droit en jeu<sup>96</sup>. La décision prévoit également que les pays membres doivent aider le Comité au cours de ses examens périodiques des situations vécues ayant trait aux questions liées à des obligations contradictoires<sup>97</sup>.

---

<sup>90</sup> *Id.*, à ¶ 27.

<sup>91</sup> *Id.*, à ¶ 28.

<sup>92</sup> *Id.*, à ¶ 29.

<sup>93</sup> *Id.*, à ¶ 30.

<sup>94</sup> Décision du Conseil sur les obligations contradictoires (Paris : OCDE, juin 1991).

<sup>95</sup> *Id.*, à ¶ 1.

<sup>96</sup> *Id.*, à ¶ 2.

<sup>97</sup> *Id.*, à ¶ 3.



Selon le Comité, les lignes directrices ont permis aux pays membres d'atténuer considérablement les risques de conflits découlant des obligations contradictoires<sup>98</sup> et aussi d'en diminuer la gravité. Elles ont également permis aux pays membres de déterminer les problèmes et d'ébaucher des solutions possibles.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Réexamen de 1991, *supra*, note 1, p. 58.

<sup>99</sup> *Id.*, p. 63.

## L'EXTRA-TERRITORIALITÉ AU COURS DES ANNÉES 1990

On peut s'attendre à ce que les revendications de compétence extraterritoriale augmentent à l'avenir. Comme l'a souligné un commentateur, en raison de la nature internationale du commerce,

la loi nationale doit avoir une certaine portée extraterritoriale pour demeurer efficace... Compte tenu de l'ampleur croissante des opérations et des ententes planifiées à l'échelle internationale, toute mesure visant à les contrôler au moyen d'une réglementation qui s'applique uniquement à l'intérieur des limites de l'État est de moins en moins réaliste.<sup>100</sup>

Compte tenu de la mondialisation croissante du commerce, les revendications de compétence extraterritoriale reposent désormais sur un fondement plus solide<sup>101</sup>. Ainsi, dans le Traité de Rome, on a reconnu que la création d'un seul marché composé de marchés nationaux auparavant distincts nécessitait l'adoption d'une politique commune sur la concurrence. On exerce également des pressions pour harmoniser les politiques sur la concurrence et les autres politiques sous-jacentes à la réglementation (bien qu'à un degré moindre que dans un marché commun) au fur et à mesure que les pays pratiquant le libre-échange éliminent les obstacles au commerce entre eux. Ainsi, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont décidé de remplacer leurs lois sur les recours commerciaux par des règles sur la concurrence, et les trois parties qui ont récemment conclu l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) ont décidé de créer un Groupe de travail sur le commerce et la concurrence.

Même si des mesures unilatérales, bilatérales et multilatérales permettent de réduire les conflits de compétence, il faut déployer d'autres efforts dans les domaines où les difficultés persistent. À cet égard, plusieurs tâches attendent les décideurs des années 1990.

### Détermination des domaines dans lesquels la compétence extraterritoriale peut être nécessaire

Dans la mesure où les États réduisent les obstacles au commerce et à l'investissement et où les marchés deviennent plus internationaux quant à leur portée, le fondement territorial traditionnel de la compétence a tendance à s'érouler. Étant donné que les marchés deviennent plus régionaux (ou même globaux) que nationaux, l'argument invoqué pour revendiquer la compétence sur une activité qui se déroule en dehors du territoire national devient plus sérieux. Il est de moins en moins réaliste de chercher à contrôler des activités

---

<sup>100</sup> Roth, *supra*, note 4, p. 266-267.

<sup>101</sup> La mondialisation du commerce constitue un fondement pragmatique de la compétence extraterritoriale dans certains cas. De l'avis du professeur Roth, cette compétence comporte également un fondement théorique. Selon cet auteur, la compétence extraterritoriale pourrait reposer sur l'existence des conséquences économiques ou financières à l'intérieur du territoire de l'État concerné. Cette théorie équivaudrait à une « théorie de la territorialité objective » plus moderne. Toujours selon cet auteur, de nos jours, le principe objectif ne devrait pas se limiter aux actes physiques et devrait s'appliquer aux mesures ou aux conséquences économiques : Roth, *supra*, note 4, p. 284-285. Même si Roth invoque un argument sérieux pour faire valoir le bien-fondé de la compétence extraterritoriale, il ne peut déterminer la portée des restrictions qui devraient être imposées à cette compétence et la façon de délimiter celles-ci.

ayant une ampleur internationale au moyen d'un régime de réglementation applicable uniquement à l'intérieur des limites de l'État. Étant donné que l'adoption d'une législation supranationale est peu probable, les États devront tenter de s'adapter à la réglementation extraterritoriale dans certains domaines pour que la réglementation nationale soit efficace.

Les domaines les plus importants dans lesquels la compétence extraterritoriale est nécessaire jusqu'à un certain point sont ceux qui concernent l'efficacité des marchés internationaux. L'existence même de marchés intégrés justifie l'adoption de règlements ayant une portée extraterritoriale dans des domaines comme les valeurs mobilières, les fusions et les acquisitions ainsi que les litiges en matière commerciale. Par ailleurs, des mesures liées à la politique étrangère extraterritoriale (notamment les sanctions commerciales que les États-Unis ont imposées à Cuba) ne font pas partie intégrante du fonctionnement efficace des marchés internationaux et doivent être justifiées autrement.

La première tâche qui attend les décideurs consiste à déterminer les aspects de la réglementation qui sont les plus étroitement liés au fonctionnement efficace des marchés. Ces domaines constitueront vraisemblablement le fondement le plus solide d'une entente sur la réglementation ayant une portée extraterritoriale.

### Mesures visant à promouvoir une convergence entre les politiques

Le fondement des conflits extraterritoriaux réside dans la revendication de la compétence sur une activité étrangère qui peut porter atteinte à la souveraineté de l'État où l'activité s'est déroulée ainsi que dans les risques d'iniquité à l'endroit des personnes qui ont pratiqué leurs activités conformément à la loi de cet État. Plus les règles de fond et les politiques sous-jacentes à la réglementation varient entre les États, plus il y a de chances que les personnes poursuivant des activités qui se déroulent dans plusieurs États ou qui touchent plusieurs États soient confrontées à des lois et à des politiques contradictoires. Comme l'a dit Lord Wilberforce dans *re Westinghouse Uranium Contract Litigation*, « De toute évidence, dans les litiges concernant les mesures antitrust, la politique d'un État consistera peut-être à défendre ce que la politique d'un autre État vise à contester »<sup>102</sup>. De la même façon, dans l'affaire *Laker Airways*, le juge Wilkey a dit ce qui suit : « Le différend en l'espèce n'est pas causé par les tribunaux des deux pays. Il repose surtout sur l'existence de politiques nationales fondamentalement opposées en ce qui a trait à l'interdiction d'activités commerciales anticoncurrentielles. Ces politiques reposent sur une décision des pouvoirs législatif et exécutif des pays respectifs »<sup>103</sup>.

Plus il y a convergence entre les différentes lois et politiques concernées, plus les possibilités de conflits diminuent. Ainsi, si l'État A s'oppose farouchement aux cartels,

---

<sup>102</sup> [1978] A.C. 547, p. 617.

<sup>103</sup> 731 F.2d 909, 945 (D.C. Cir. 1984).

tandis que l'État B les tolère, les personnes se trouvant dans l'État B feront probablement face à des exigences juridiques incompatibles, si l'État A juge bon de faire valoir sa loi antitrust en dehors de son territoire. Si les deux lois antitrust sont similaires, il y aura moins de chances qu'une personne se trouvant dans l'État B puisse se soustraire à l'application de la loi de l'État A. Deux décennies plus tôt, la loi antitrust américaine et les lois sur la concurrence des partenaires commerciaux des États-Unis qui étaient membres de l'OCDE comportaient des différences importantes. L'assouplissement des normes américaines sous l'administration Reagan et le resserrement de celles des autres pays ont donné lieu à une plus grande convergence sur le plan des politiques, ce qui a amoindri les risques de conflits concernant l'application publique des lois antitrust.

L'ex-procureur général adjoint des États-Unis, Charles F. Rule, a reconnu la convergence entre les intérêts politiques et juridiques des États-Unis et ceux de la CE dans les commentaires qu'il a formulés à l'égard de l'Accord entre la Commission des communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leur droit de la concurrence<sup>104</sup> :

L'entente de 1991 intervenue entre la Commission et les États-Unis est formulée sur un ton bien différent des accords précédents. D'abord, plutôt que de chercher avant tout à protéger les intérêts souverains d'un territoire des ingérences de la part des autorités antitrust de l'autre, l'entente vise davantage à faciliter la collaboration et, dans certains cas, l'application concertée par ces mêmes autorités. Cette collaboration et cette coordination sont devenues de plus en plus importantes en raison de l'application, par la Commission, de son règlement sur le contrôle des fusions et de la fréquence accrue à laquelle les États-Unis et la Commission cherchent maintenant à tenir une enquête sur une même fusion, acquisition ou autre conduite ayant une portée transnationale.<sup>105</sup>

Selon Rule, l'entente constituait un pas en avant par rapport à la clause relative à la « courtoisie négative » qui était énoncée dans les ententes bilatérales antérieures conclues entre les États-Unis et des pays comme l'Australie et le Canada. Rule a décrit la courtoisie négative comme une politique qui découle de la volonté d'éviter les conflits. Les ententes australiennes et canadiennes précédentes portent les marques de conflits parfois teintés d'acrimonie au sujet de la politique d'exécution des États-Unis.

Rule a comparé l'entente de 1991 avec ces accords antérieurs, soutenant qu'elle avait pour effet d'officialiser le concept de la « courtoisie positive », qui est axé sur la collaboration entre deux territoires au sujet de questions d'intérêt mutuel. Si les États-Unis craignent qu'un comportement anticoncurrentiel au sein de la CE ne nuise à leurs intérêts, ils peuvent demander à la Commission d'intervenir, et vice versa :

En somme, cette entente est importante, parce qu'elle traduit l'intention, de la part des deux territoires les plus importants du monde dans le domaine des mesures antitrust, de collaborer et même de coordonner leurs activités d'exécution... En outre, selon l'entente, lorsque les autorités

---

<sup>104</sup> *Supra*, note 27.

<sup>105</sup> *Id.*, p. 1487-1490.



antitrust des États-Unis et de la Commission décident séparément de tenir une enquête sur la même conduite ou opération ou de contester celle-ci, elles travailleront conjointement pour réduire l'entrave au commerce international que des enquêtes multiples et non coordonnées peuvent par ailleurs causer.<sup>106</sup>

Cependant, il ne faut pas surestimer l'importance de la convergence des politiques en ce qui a trait à la réduction des conflits qui peut en découler<sup>107</sup>. Des différences importantes entre les lois des États-Unis et celles des pays membres de la CE (et d'autres pays) demeurent; ainsi, les États-Unis, en permettant l'octroi de dommages-intérêts triples, encouragent les parties privées à agir à titre de procureurs généraux privés. Les parties privées ne sont pas assujetties aux contraintes imposées par les facteurs d'ordre politique, la communication diplomatique et les liens entre les personnages officiels pas plus qu'aux ententes officieuses et officielles qui empêchent un gouvernement d'agir sans tenir compte des intérêts étrangers. En outre, tel qu'il a déjà été mentionné, certaines différences touchant des détails que comportent les politiques peuvent mener à des résultats assez différents, même si les lois sont semblables de façon générale. Néanmoins, il semble évident que, dans la mesure où il y a convergence entre les politiques des États, les risques de conflits seront diminués d'autant.

La deuxième tâche qui attend les décideurs consiste à déterminer d'autres domaines pouvant faire l'objet d'une harmonisation ou d'une reconnaissance mutuelle. L'entente sur la concurrence qui a été conclue en 1991 entre les États-Unis et la CE est un exemple de l'efficacité de ces mesures.

---

<sup>106</sup> *Id.*, p. 1489-1490.

<sup>107</sup> Dans « *The Extremism of American Extraterritorial Jurisdiction* », *supra*, note 49, le professeur Mann souligne que, même s'il est vrai qu'au cours des dernières années, les assemblées législatives américaines et les tribunaux américains ont adopté des solutions plus raisonnables pour résoudre les revendications de compétence extraterritoriale, la décision rendue en 1989 dans l'affaire *Consolidated Goldfields* peut indiquer un retour aux mesures draconiennes antérieures. Dans cette cause-là, Minarco, société du Luxembourg, a présenté une offre d'achat visant la prise de contrôle d'une société anglaise. Environ 0,025 pour cent des actions de la société visée étaient inscrites au nom de résidents américains. Par ailleurs, 2,5 pour cent des actions étaient inscrites au nom de prête-noms anglais, mais appartenaient en réalité à des résidents américains. Les demandeurs ont intenté une action aux États-Unis en invoquant l'article 7 de la *Clayton Act*, lequel interdit l'acquisition d'actions lorsque celle-ci peut avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence. Cette revendication de compétence concernait en réalité deux entreprises étrangères, et, de l'avis de Mann, le tribunal a décidé, essentiellement, que le marché pertinent était le marché mondial (et non le marché américain) et que la concurrence à l'intérieur de ce marché avait diminué. Selon lui, c'est là un exemple clair d'une revendication de compétence abusive.

La portée extraterritoriale des lois américaines a également été critiquée récemment dans le rapport du 8 juin 1992 intitulé « *Japanese Report on Unfair Trade Practices* ». Un résumé de ce rapport est imprimé dans *Inside U.S. Trade, Special Report*, 12 juin 1992.

### Détermination des principes et des procédures à appliquer aux revendications de compétence extraterritoriale

Lorsqu'un différend touchant la compétence est inévitable, il existe deux façons générales de le résoudre : soit élaborer des principes internationaux qui régiront les revendications de compétence extraterritoriale à l'origine du conflit ou élaborer des mécanismes de procédure permettant de résoudre celui-ci.

Dans le mémoire qu'il a déposé à titre d'intervenant bénévole dans l'affaire *Hartford Fire Insurance*<sup>108</sup>, le Canada propose l'application des lois ayant une portée extraterritoriale « d'une façon compatible avec les principes pertinents du droit international ». Dans ses propositions générales, l'OCDE précise que les pays membres qui envisagent d'adopter une nouvelle législation ou d'autres mesures touchant l'exercice de la compétence devraient « tenir compte des principes pertinents du droit international »<sup>109</sup>. De toute évidence, les décideurs devront déterminer ces principes. C'est là une tâche difficile, compte tenu de l'absence de consensus international à ce sujet. L'OCDE a déployé des efforts considérables aux fins de l'examen de ces principes. Cependant, comme les pays membres n'ont pu s'entendre, elle n'a pas été en mesure d'élaborer un code de principes directeurs.

Les décideurs pourraient songer à négocier un code non exécutoire qui établit une hiérarchie de principes. Même s'il n'y a pas toujours consensus dans certains domaines, il est bien évident que certains principes sont plus acceptables que d'autres. Une hiérarchie de principes pourrait constituer un fondement à l'aide duquel la communauté internationale pourrait établir un consensus dans d'autres domaines.

La seconde solution, soit l'élaboration de mécanismes de procédure, a déjà connu un grand succès. À titre d'exemples, mentionnons les lignes directrices de l'OCDE et l'accord conclu entre les États-Unis et la CE au sujet des mesures antitrust. Compte tenu du fait que les États ont des préoccupations différentes dans les mêmes domaines de politique (p. ex., les opinions différentes concernant la communication et la production de documents dans les territoires de *common law* et les territoires de droit civil), il est probable que les solutions concernant la procédure seront de nature bilatérale (bien que des ententes plurilatérales et d'autres accords régionaux soient aussi possibles). À l'échelle multilatérale, les décideurs devraient veiller à ce que les mécanismes de procédure facilitent la négociation de ces ententes.

---

<sup>108</sup> *Supra*, note 5.

<sup>109</sup> *Supra*, note 91.

### Examen des revendications de nature privée

L'évolution des conflits extraterritoriaux et l'élaboration progressive, bien que rudimentaire, de mécanismes entre les États ont incité les organismes gouvernementaux à prendre davantage conscience de la nécessité de concilier les intérêts au moment de déterminer s'il y a lieu d'exercer leur compétence sur une activité ayant une portée internationale. La gestion des litiges de nature privée représente cependant un problème beaucoup plus complexe.

Dans ce domaine, la principale source d'inquiétude provient des États-Unis. Le gouvernement fédéral et certains États ont en effet adopté des lois prévoyant des recours pour les parties privées dans certains domaines. Ces parties ne sont pas sensibilisées aux intérêts des États étrangers. En fait, loin de chercher à maintenir de bonnes relations avec un gouvernement étranger, un demandeur privé jugera peut-être plus avantageux d'accroître la tension. Ainsi, l'opposition d'un gouvernement étranger à la communication de documents peut effectivement aider un demandeur à obtenir des sanctions contre un défendeur qui ne respecte pas les demandes de divulgation.

Si l'on ne tient pas compte des impératifs d'ordre tactique, c'est dans les litiges civils que les tribunaux américains ont eu le plus de mal à atteindre un équilibre entre les intérêts de la justice et ceux d'un État souverain étranger. Certains tribunaux américains se sont montrés prêts à soupeser de façon appropriée les intérêts américains et étrangers, mais pas tous. Ainsi, dans l'affaire *Laker Airways*, le juge Wilkey a dit ce qui suit : « En l'absence d'une directive explicite du Congrès, cette Cour ne dispose ni du pouvoir ni des mesures institutionnelles lui permettant de soupeser la politique et les facteurs politiques qu'il faut évaluer lorsque vient le temps de résoudre les revendications de compétence opposées »<sup>110</sup>. Bon nombre d'observateurs et de gouvernements étrangers partagent l'avis du juge Wilkey. Malgré ce commentaire, la nécessité d'équilibrer les intérêts est maintenant reconnue en droit américain<sup>111</sup>.

Deux solutions bien différentes s'offrent à la communauté internationale pour résoudre le problème des litiges de nature privée. D'abord, les États pourraient chercher à harmoniser les principes relatifs à la compétence. Tel qu'il est mentionné dans la section précédente, compte tenu de l'évolution des conflits extraterritoriaux et de l'existence de systèmes de droit nationaux différents, il ne faut pas sous-estimer la difficulté sous-jacente à l'obtention d'un consensus sur ces principes. Il sera peut-être plus réaliste, à court terme, de négocier des mécanismes visant à régulariser l'intervention des gouvernements étrangers dans les litiges privés, de façon que l'on tienne davantage compte de leurs intérêts. On pourrait peut-être améliorer la nature spéciale actuelle de ces interventions.

---

<sup>110</sup> *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines* 731 F.2d. 909, p. 955.

<sup>111</sup> Voir, par exemple, les arrêts cités aux notes 21 à 23 qui précèdent.

Si les pays sont prêts à reconnaître que les tribunaux d'un État peuvent légitimement évaluer les intérêts de celui-ci et ceux d'un État étranger, un certain nombre de questions se posent. Quels sont les types de preuve dont il faudrait tenir compte? Quel poids devrait-on y accorder? Le pouvoir exécutif du gouvernement devrait-il avoir un rôle à jouer dans la détermination ou la vérification de la nature de l'intérêt étranger? Un tribunal devrait-il être autorisé à tirer des conclusions négatives de l'absence d'intervention du pouvoir exécutif?

Une entente concernant l'application de procédures uniformes aux fins de la formulation d'intérêts souverains pourrait comporter une clause énonçant une procédure spéciale à suivre en plus de l'intervention à titre d'intervenant bénévole. Ainsi, l'entente pourrait prévoir que, lorsqu'un gouvernement étranger a un intérêt spécial dans une action privée, il peut demander une consultation avec le gouvernement de l'État dans lequel l'action a été intentée, afin que les deux gouvernements puissent s'entendre sur une description commune de l'intérêt étranger, description que le gouvernement national présenterait ensuite au tribunal. L'entente pourrait prévoir que le tribunal serait lié par la description commune.

Dans la même veine, les États pourraient négocier une entente sur l'application de procédures uniformes par les tribunaux lors de la conciliation des intérêts. C'est ce qui a été fait au niveau exécutif des gouvernements dans l'Accord entre la Commission des communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leur droit de la concurrence. L'article VI de l'Accord énonce les facteurs suivants :

3. Lorsqu'il apparaît que des mesures d'application d'une Partie peuvent affecter des intérêts importants de l'autre, les Parties prennent en considération les facteurs suivants, ainsi que tous les autres facteurs qui paraissent pertinents compte tenu des circonstances, pour chercher à concilier les intérêts concurrents :
  - a) l'importance relative pour les actes anticoncurrentiels incriminés du comportement sur le territoire de la Partie qui prend les mesures d'application par rapport au comportement sur le territoire de l'autre partie;
  - b) la volonté ou l'absence de volonté des auteurs des actes anticoncurrentiels de porter préjudice aux consommateurs, aux fournisseurs ou à leurs concurrents sur le territoire de l'autre partie;
  - c) l'importance relative des effets des mesures d'application sur les intérêts de la Partie qui prend ces mesures par rapport à leurs effets sur ceux de l'autre Partie;
  - d) l'existence ou l'absence d'anticipations raisonnables qui seraient confortées ou réduites à néant du fait des mesures d'application;
  - e) le degré de conflit ou de compatibilité entre les mesures d'application et la législation ou les mesures de politique économique de l'autre Partie;



- f) la mesure dans laquelle les mesures d'application de l'autre Partie à l'encontre des mêmes personnes, y compris les jugements ou engagements résultant de ces mesures, peuvent être affectées.<sup>112</sup>

Aux États-Unis, on a présenté une proposition visant à résoudre les problèmes liés à la compétence concurrente et aux procédures multiples dans les litiges civils; cette proposition s'apparente beaucoup à ce type de solution axée sur un équilibre négocié. En effet, un sous-comité de l'*American Bar Association* a préparé la « *Conflict of Jurisdiction Model Act* »<sup>113</sup> visant à résoudre le problème des procédures parallèles et prévoyant la sélection d'une seule tribune. L'article 3 de la loi type énonce 14 facteurs dont il faut tenir compte aux fins de la sélection de la tribune adjudicatrice<sup>114</sup>. Bon nombre de ces facteurs pourraient être adaptés à l'examen du problème que constitue la revendication de la compétence.

Le principal problème que comporte cette solution réside dans le fait que bon nombre de critiques estiment que les tribunaux sont mal placés pour concilier les intérêts nationaux avec les intérêts étrangers. C'est pourquoi on a tendance à favoriser davantage la seconde solution, selon laquelle les litiges relatifs à la compétence pourraient être assujettis à une démarche internationale plutôt qu'à un examen par des tribunaux nationaux. Les tribunaux demeureraient libres de faire valoir leur compétence, s'ils le jugent à propos, mais seraient tenus de s'en remettre à un organisme international lorsqu'un gouvernement étranger (ou une partie étrangère) serait d'avis que cette compétence ne devrait pas être exercée. Bon nombre

<sup>112</sup> *Supra*, note 27.

<sup>113</sup> Voir les commentaires formulés dans L.E. Teitz, « *Taking Multiple Bites of the Apple : A Proposal to Resolve Conflicts of Jurisdiction and Multiple Proceedings* » (1992), 26 *Int'l Lawyer* 21.

<sup>114</sup> *Sec.3. Factors in Selection of Adjudicating Forum* (Facteurs de sélection de la tribune adjudicatrice).

La tribune adjudicatrice est choisie en fonction des facteurs suivants :

- a. les intérêts liés à la justice entre les parties et les intérêts de la justice à l'échelle mondiale;
- b. les politiques d'ordre public des pays compétents, y compris l'intérêt qu'ont les tribunaux touchés à faire en sorte que les procédures se déroulent devant eux;
- c. le lieu de l'opération ou de l'événement concerné et des conséquences, le cas échéant, de l'événement ou de l'opération à l'origine du litige;
- d. la nationalité des parties;
- e. les règles de fond vraisemblablement applicables et la connaissance relative qu'en ont les tribunaux concernés;
- f. l'existence d'un redressement disponible et la tribune le plus susceptible d'accorder le redressement le plus complet;
- g. les répercussions du litige sur les systèmes judiciaires des tribunaux concernés et les chances d'obtenir une décision rapide du tribunal choisi;
- h. l'endroit où se trouvent les témoins et l'existence de mesures coercitives possibles;
- i. l'emplacement des documents et des autres éléments de preuve et la facilité avec laquelle ils peuvent être obtenus, examinés ou transportés;
- j. le lieu du premier dépôt et le lien entre cet endroit et le litige;
- k. la possibilité pour la tribune désignée d'obtenir la compétence sur les personnes et les biens qui font l'objet du litige;
- l. la question de savoir si la désignation d'une tribune adjudicatrice constitue une façon plus appropriée de résoudre le litige que le recours à des procédures parallèles;
- m. la nature et la portée du litige découlant du conflit et la question de savoir si la désignation d'une tribune adjudicatrice retardera indûment la détermination des droits des parties originales ou nuira à cette détermination;
- n. la nécessité de modifier le moins possible le choix de tribune fait par un demandeur.

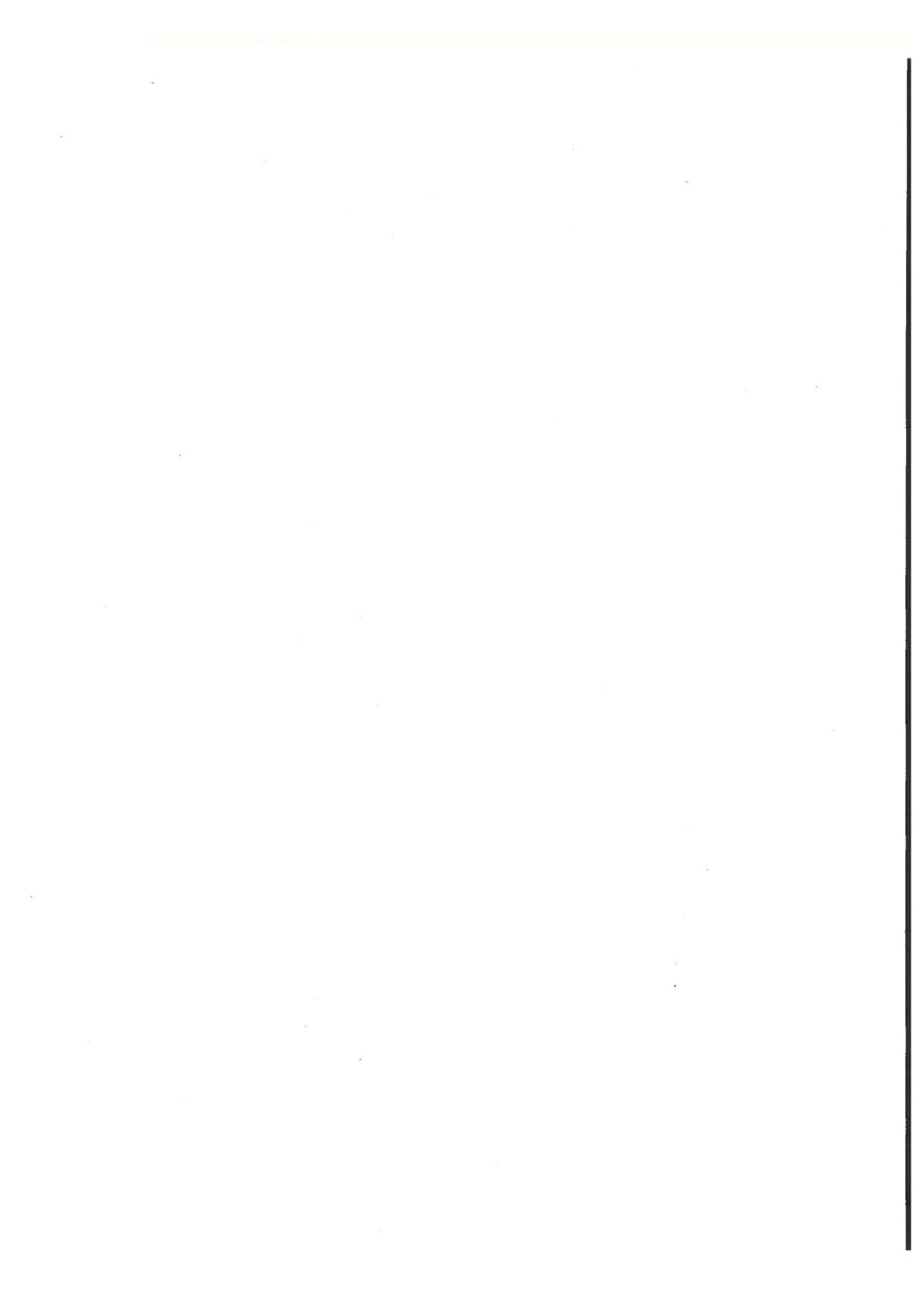
des éléments des critères de l'équilibre et du caractère raisonnable que les tribunaux américains ont élaborés pourraient être appliqués à l'échelle internationale. Selon cette solution, ce serait un comité ou un tribunal international qui chercherait à concilier les intérêts de deux nations, plutôt qu'un tribunal de l'un des pays concernés. La décision du comité ou du tribunal international lierait le tribunal national.

Bien que cette dernière proposition soit très ambitieuse, une méthode semblable a déjà été adoptée dans d'autres domaines de réglementation. L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis prévoit la possibilité de créer des comités binationaux pour trancher les litiges commerciaux qui concernent non seulement les dispositions de l'Accord lui-même, mais aussi les lois nationales des deux parties<sup>115</sup>. Une procédure semblable est énoncée dans l'Accord de libre-échange récemment négocié entre le Mexique, le Canada et les États-Unis<sup>116</sup>. Un comité international qui trancherait les questions relatives à l'extraterritorialité pourrait être formé de membres de chacun des deux pays qui sont parties au litige. Ces membres pourraient être d'anciens juges ou des spécialistes de ces questions. Ils pourraient rendre leur décision en se fondant sur la loi nationale applicable ainsi que sur les principes internationaux pertinents, ce qui permettrait l'application d'une méthode plus objective pour la conciliation des différents intérêts.

---

<sup>115</sup> Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, chapitres 18 et 19.

<sup>116</sup> Accord de libre-échange nord-américain, chapitres 19 et 20.



## CONCLUSION

Il y a fort à parier que nous assisterons à une hausse plutôt qu'à une baisse des revendications de compétence extraterritoriale et des conflits en découlant. Dans le passé, on présumait qu'un État ne pouvait étendre la portée de sa compétence au-delà de ses limites territoriales. C'est de moins en moins le cas. Dans le contexte économique global de notre époque, on commence à reconnaître la nécessité d'appliquer une réglementation extraterritoriale dans certains cas. Il ne s'agit donc pas de savoir si la compétence extraterritoriale devrait être autorisée, mais plutôt de déterminer les cas dans lesquels elle devrait l'être et les limites qui devraient être imposées à l'exercice de cette compétence.

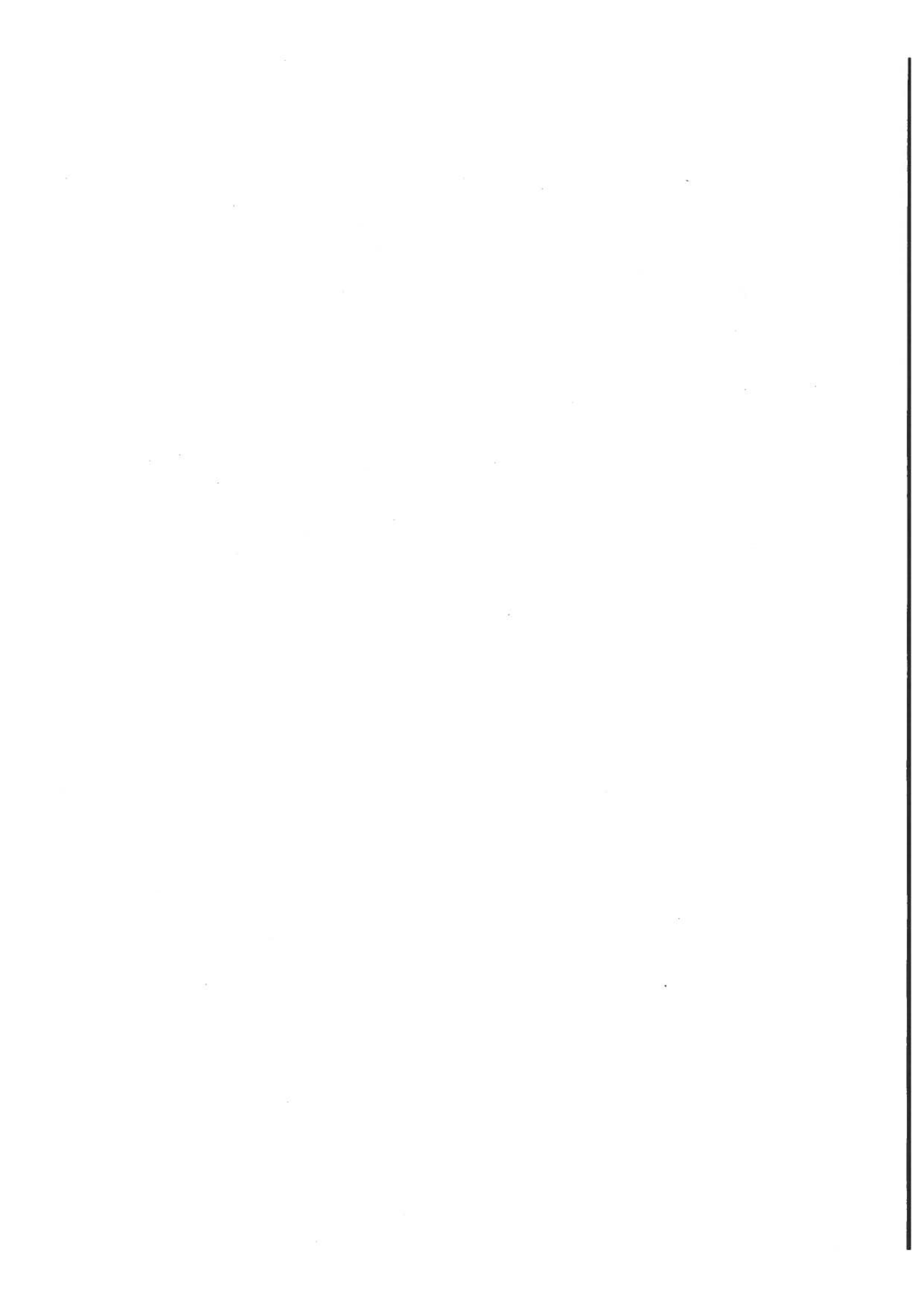
D'abord, à l'échelle multilatérale, les décideurs devraient favoriser l'élaboration de principes internationaux. Un code non obligatoire ou un ensemble de lignes directrices comportant une hiérarchie des différents principes pouvant être invoqués pour revendiquer la compétence représente l'une des solutions qui permettrait d'atteindre cet objectif. Un « point de repère » international permettra d'évaluer la pratique nationale, ce qui pourrait faciliter l'adoption de pratiques uniformes entre les États. Selon toute vraisemblance, cette démarche ne sera pas adoptée en même temps dans tous les domaines de réglementation, mais les succès modestes déjà enregistrés pourraient constituer le fondement d'un consensus plus large à l'échelle internationale.

En deuxième lieu, les décideurs devraient continuer à négocier des ententes bilatérales et d'autres instruments concernant certaines controverses. Ces ententes permettront de promouvoir l'harmonisation et la reconnaissance mutuelles et d'atténuer en grande partie les conflits de compétence.

En troisième lieu, les décideurs devraient s'inspirer des lignes directrices que l'OCDE a déjà adoptées en matière de procédure pour aborder le problème des obligations contradictoires. Ainsi, les procédures à suivre pour chercher à concilier les intérêts pourraient être semblables à celles qui sont intégrées dans l'Accord entre la Commission des communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leur droit de la concurrence. À cet égard, les décideurs devraient chercher à élaborer des lignes directrices plus détaillées.

Enfin, les décideurs devraient commencer à examiner les problèmes propres aux litiges de nature privée. Jusqu'à maintenant, on s'est préoccupé principalement des conflits de compétence entre les gouvernements. Tel qu'il est mentionné dans la dernière section du présent document, les décideurs devraient prendre des mesures visant à résoudre les problèmes d'extra-territorialité qui se posent dans les litiges privés.





## **SÉRIE DE DOCUMENTS DE TRAVAIL D'INVESTISSEMENT CANADA**

1. **CANADIAN MINORITY EQUITY PARTICIPATION IN FOREIGN CONTROLLED SUBSIDIARIES**  
Document de travail n° 1, préparé par le personnel de la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, 1990.
2. **SUBSIDIARY STRATEGY IN A FREE TRADE ENVIRONMENT**  
Document de travail n° 2, préparé par Harold Crookell, professeur à l'Université Western Ontario, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
3. **FORMATION AND OPERATION OF JOINT VENTURES IN CANADA**  
Document de travail n° 3, préparé par J. Michael Geringer, de l'Université Western Ontario, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
4. **TRENDS AND TRAITS OF CANADIAN JOINT VENTURES**  
Document de travail n° 4, préparé par J. Michael Geringer, de l'Université Western Ontario, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
5. **LES CONSÉQUENCES DE LA MONDIALISATION POUR LES ENTREPRISES**  
Document de travail n° 5, auquel a collaboré Dinah Maclean, de la firme Grady Economics and Associates Ltd., en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1990.
6. **LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX : L'ÉVOLUTION CANADIENNE DANS LE CADRE DE LA MONDIALISATION**  
Document de travail n° 6, préparé par le personnel de la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, 1990.
7. **LES DÉBOUCHÉS ET DÉFIS DU LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN : UNE OPTIQUE CANADIENNE**  
Document de travail n° 7, préparé par le personnel de la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, et Ron Hood, de la firme R.D. Hood Economics Inc., en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1991.
8. **UN ACCORD MULTILATÉRAL EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT : QUESTIONS, MODÈLES ET OPTIONS**  
Document de travail n° 8, préparé par la firme Strategico Inc., en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1991.

9. **INVESTISSEMENT INTERNATIONAL ET COMPÉTITIVITÉ**  
Document de travail n° 9, préparé par le personnel de la Division de la recherche et des politiques sur l'investissement d'Investissement Canada, 1992.
10. **LA CONTRIBUTION DE L'INVESTISSEMENT ET DE L'ÉPARGNE À LA PRODUCTIVITÉ ET À LA CROISSANCE ÉCONOMIQUE DU CANADA**  
Document de travail n° 10, préparé par David Slater, ancien président du Conseil économique du Canada, et des membres du personnel d'Investissement Canada, dont John Knubley, William Krause, David Swimmer et Robert Wisner, 1992.
11. **PERFORMANCE DES ENTREPRISES PAR SUITE D'UNE PRISE DE CONTRÔLE**  
Document de travail n° 11, préparé par la firme Regional Data Corporation, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1992.
12. **L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER AU CANADA : MESURE ET DÉFINITIONS**  
Document de travail n° 12, préparé par David Swimmer et William Krause, du Groupe de la recherche sur l'investissement d'Investissement Canada, 1992.
13. **LES FUSIONS ET ACQUISITIONS AU CANADA ET CELLES DES SOCIÉTÉS CANADIENNES À L'ÉTRANGER : SAVOIR DÉTERMINER LES ENJEUX**  
Document de travail n° 13, préparé par Daniel M. Shapiro, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1993.
14. **LES ACCORDS SUR LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS : LE POINT DE VUE DU CANADA**  
Document de travail n° 14, préparé par E. Michael Power, ministère de la Justice, Services juridiques d'Investissement Canada, 1993.
15. **L'EXTRA-TERRITORIALITÉ DANS LES ANNÉES 1990**  
Document de travail n° 15, préparé par Greg Tereposky, en vertu d'un contrat passé avec Investissement Canada, 1993

**POUR OBTENIR DES EXEMPLAIRES DE L'UN OU L'AUTRE DE CES DOCUMENTS, VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC :**

Agent des publications  
Recherche et politiques sur l'investissement  
Investissement Canada  
C.P. 2800, succursale D  
Ottawa (Ontario) K1P 6A5

Téléphone : (613) 992-3847

