

Les effets au Canada des embargos et des boycotts décrétés par un pays étranger

Denis Racine

Volume 30, Number 3, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042971ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/042971ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Racine, D. (1989). Les effets au Canada des embargos et des boycotts décrétés par un pays étranger. *Les Cahiers de droit*, 30(3), 703–745.
<https://doi.org/10.7202/042971ar>

Article abstract

Embargoes and boycotts have for many years now constituted means of retorsion for one nation against another. Since 1945, such measures have acquired renewed favour due to the globalization of trade and conflictual relations of various groups of countries. In addition, some countries have not hesitated to give their legislation extraterritorial effects so as to make their economic sanctions even more efficient, thus transforming third-party countries into instruments of their foreign policy. Canada, as with most countries having an open economy, is not immune to such effects.

To illustrate his point, the author examines two outstanding cases which culminated in the early 1980's : the extraterritoriality of U.S. legislation concerning exports and Arab boycotts against Israel.

After providing background material on the use of these economic arms, the author analyses legislative and judiciary reactions of Canada and main European powers. Various governments — so as to resolve conflicts of laws caused by such situations in areas of both public and private international law, the effects of which victimize their own citizens — have come to the realization that despite efforts made by national legislatures and courts, the solution largely remains one of diplomacy.

Les effets au Canada des embargos et des boycotts décrétés par un pays étranger

Denis RACINE *

Les embargos et les boycotts ont été utilisés depuis longtemps comme moyens de représailles d'une nation contre une autre. Ces moyens ont connu une recrudescence depuis 1945, due à la mondialisation du commerce et aux relations conflictuelles de divers groupes de pays. Par ailleurs, afin de rendre leurs sanctions économiques plus efficaces, certains États n'ont pas hésité à donner à leur législation des effets extraterritoriaux, faisant ainsi des États tiers les instruments de leur politique étrangère. Le Canada, comme la plupart des pays à économie ouverte, n'est pas à l'abri de ces effets.

L'auteur a choisi, pour illustrer son propos, deux cas qui ont connu leur paroxysme au début des années 80 : l'extraterritorialité des lois américaines concernant l'exportation et le boycottage arabe contre Israël.

Après avoir dressé un historique de l'utilisation de ces armes économiques, il étudie les réactions législatives et judiciaires du Canada et des principaux États européens. Les divers gouvernements, en vue de résoudre les conflits de lois engendrés par ces situations relevant tant du droit international privé que public, et dont les premières victimes sont d'abord leurs justiciables, ont réalisé que la solution, en dépit des efforts des législateurs et des tribunaux nationaux, demeure encore en bonne partie diplomatique.

Embargoes and boycotts have for many years now constituted means of retorsion for one nation against another. Since 1945, such measures have acquired renewed favour due to the globalization of trade and conflictual relations of various groups of countries. In addition, some countries have not hesitated to give their legislation extraterritorial effects so as to make their

* LL.L., M.B.A., avocat, Québec.

economic sanctions even more efficient, thus transforming third-party countries into instruments of their foreign policy. Canada, as with most countries having an open economy, is not immune to such effects.

To illustrate his point, the author examines two outstanding cases which culminated in the early 1980's: the extraterritoriality of U.S. legislation concerning exports and Arab boycotts against Israel.

After providing background material on the use of these economic arms, the author analyses legislative and judiciary reactions of Canada and main European powers. Various governments — so as to resolve conflicts of laws caused by such situations in areas of both public and private international law, the effects of which victimize their own citizens — have come to the realization that despite efforts made by national legislatures and courts, the solution largely remains one of diplomacy.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| 1. L'extra-territorialité des lois américaines en matière d'exportation | 709 |
| 1.1. La notion d'extra-territorialité | 709 |
| 1.2. L'extra-territorialité des lois américaines en matière d'exportation | 710 |
| 1.2.1. Le <i>Trading with Enemy Act</i> | 710 |
| 1.2.2. L' <i>Export Administration Act</i> | 711 |
| 1.3. L'effet de l'extra-territorialité des lois américaines concernant l'exportation : perspective historique | 713 |
| 1.3.1. L'embargo contre les pays du Bloc de l'Est | 713 |
| 1.3.2. Les embargos contre la Chine, la Corée du Nord, le Vietnam, Cuba et le Cambodge | 714 |
| 1.3.3. L'embargo contre l'Iran | 714 |
| 1.3.4. L'embargo de 1979 contre l'URSS | 714 |
| 1.3.5. L'embargo de 1981 contre la Pologne et l'URSS | 715 |
| 1.3.6. Les embargos contre la Libye, la Rhodésie, l'Ouganda et l'Afrique du Sud | 716 |
| 1.4. L'application des embargos américains dans les pays occidentaux (sauf le Canada) | 716 |
| 1.4.1. L'embargo contre la Chine | 716 |
| 1.4.2. Le gel des avoirs iraniens | 717 |
| 1.4.3. L'embargo de 1979 contre l'URSS | 717 |
| 1.4.4. L'embargo de 1981 contre l'URSS | 718 |
| 1.4.4.1. La société John-Brown | 718 |
| 1.4.4.2. L'affaire de la société Sensor | 719 |
| 1.4.4.3. Le cas Dresser Industries | 720 |
| 1.5. L'application des embargos américains au Canada | 721 |
| 1.5.1. Historique | 721 |
| 1.5.2. La réponse législative canadienne | 724 |

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| 1.6. L'application de l'extra-territorialité des lois américaines concernant les exportations aux corporations canadiennes | 727 |
| 1.6.1. La filiale canadienne d'une corporation-mère américaine | 727 |
| 1.6.1.1. La filiale canadienne | 727 |
| 1.6.1.2. La corporation-mère américaine | 728 |
| 1.6.2. La filiale américaine d'une corporation-mère canadienne | 730 |
| 1.6.3. La corporation canadienne importatrice de technologie américaine et exportatrice de produits à contenu de haute technologie | 730 |
| 2. Le boycott arabe contre Israël | 733 |
| 2.1. Le boycott arabe contre Israël : historique et nature | 733 |
| 2.2. La réponse législative des États et la position des entreprises | 735 |
| 2.2.1. La France | 735 |
| 2.2.2. Les États-Unis | 738 |
| 2.2.3. Le Canada | 740 |
| Conclusion | 744 |

Au XIX^e siècle, le développement de certains pays a commandé de nouveaux besoins à satisfaire. Sur le plan politique, cette préoccupation s'est traduite par l'aventure coloniale ou impérialiste des pays européens ou des États-Unis.

Sur le plan économique, la satisfaction des besoins nationaux passait d'abord par les échanges commerciaux puis par le contrôle de certains marchés étrangers par le capital de la métropole. À cela, se joignait le phénomène du surplus de liquidités qui forçait le processus de « multinationalisation » des entreprises¹.

L'évolution de la situation a même incorporé l'investissement étranger par les entreprises nationales à la politique extérieure des pays d'origine. Et, de là, le fait que les gouvernements des pays d'origine deviennent partie prenante face aux actions des pays d'accueil contre les multinationales implantées chez eux, notamment dans les cas de mesure d'expropriation. À titre d'exemple, citons les cas classiques des interventions suivantes : en 1953, en Iran, celle des États-Unis et la Grande-Bretagne suite à la nationalisation de l'Anglo-Iranien ; en 1954, au Guatemala, celle des États-Unis pour soutenir la United Fruit ; en 1956, en Égypte, celle de la Grande-Bretagne et de la

1. Sur le phénomène de la « multinationalisation », voir C.F. BERGSTEN, T. HORST et T. MORAN, *Les multinationales aujourd'hui*, Paris, Economica, 1983, chap. 9.

France, suite à la nationalisation du Canal de Suez ; en 1973, au Chili, celle des États-Unis pour renverser le régime Allende qui avait nationalisé l'industrie du cuivre.

Les États-Unis ont même développé un arsenal juridique sophistiqué à ce sujet, où les objectifs de la politique nationale se confondent avec les objectifs de groupes particuliers œuvrant sur la scène internationale. Mentionnons à ce sujet les amendements Hickenlopper en 1962² et Gonzalez en 1972³ au *Foreign Assistance Act*. Par ailleurs, les pays, dans la concurrence qu'ils se font, disposent d'un ensemble de moyens pour infléchir la politique de l'adversaire. Ces moyens vont de la simple déclaration d'un représentant du gouvernement à l'état de guerre.

L'apparition de la bombe atomique et la décolonisation ont fait disparaître, sauf exceptions notables⁴, la guerre comme mode de règlement des conflits entre nations industrialisées. Toutefois, les conflits se sont transportés sur le terrain de l'économie et du commerce. C'est ainsi que le boycott et l'embargo sont devenus une arme dont se servent souvent les nations pour influencer la politique d'un autre pays.

L'*Encyclopédie Universalis* définit ainsi le mot « embargo » :

Au sens classique du terme, l'embargo (de l'espagnol embargar, placer sous séquestre) désigne une mesure de force, admise par la coutume internationale, qui consiste à immobiliser temporairement les navires de commerce étrangers en vue de faire pression sur les États dont ils portent le pavillon. Abondamment utilisée par le gouvernement anglais, notamment au XVIII^e siècle, cette mesure est toujours prévue en droit, mais elle est quelque peu tombée en désuétude.

Dans l'acception moderne du terme, on distingue une conception extensive, où l'embargo, devenu synonyme de boycottage, désigne l'interdiction frappant les importations et exportations en provenance et à destinations de certains États, et une conception restrictive, la plus fréquemment retenue, qui ne vise que les exportations à destination de certains États.⁵

Historiquement, Berthold Goldman rappelle qu'au début du siècle, c'est surtout la Chine qui s'est servie du boycottage comme arme de représailles contre d'autres nations et notamment les États-Unis en 1905, la Grande-Bretagne en 1925 et à plusieurs reprises contre le Japon. L'article 16 du *Pacte*

2. 76 Stat. 260-61. Cet amendement oblige les USA à interrompre immédiatement l'aide bilatérale à tout pays ayant exproprié des biens appartenant à des firmes américaines sans verser une indemnisation équitable ou sans utiliser une procédure régulière.

3. 86 Stat. 59. Cet amendement applique les principes de l'amendement Hickenlooper aux prêts à des conditions de faveur consenties par la Banque interaméricaine de développement et à toute contribution américaine aux organismes de prêts internationaux.

4. La Corée, le Vietnam.

5. *Encyclopédia Universalis*, vol. I, Paris, 1984, p. 969.

de la *Société des Nations* prévoyait la rupture de toutes relations commerciales et financières avec un État agresseur. Cette disposition a été appliquée avec un succès mitigé contre l'Italie en 1935, suite à l'invasion de l'Éthiopie ⁶.

Le déclenchement d'un boycott ou d'un embargo comporte des conséquences, non seulement au niveau des relations entre les États, mais pour les acteurs de la scène commerciale, c'est-à-dire les commerçants eux-mêmes. En général, l'emploi du boycott dans les pays occidentaux relève de la politique nationale qui est souvent appuyée par une montée de fièvre nationaliste, tant au niveau de la conception de l'État que des valeurs défendues par celui-ci (ex. : racisme, anti-racisme, droits de l'homme, etc.).

Cependant la multinationale ayant son siège social dans un pays d'origine et des établissements dans les pays d'accueil peut être déchirée entre le boycott décrété par le pays d'origine et non suivi par le pays d'accueil ou vice-versa. Il en va de même avec des corporations qui commercent avec plusieurs États et dont l'un d'eux décrète un boycott contre un autre État avec lequel la corporation entretient des liens.

Le but de la présente étude est donc de dresser une problématique de la situation au Canada et d'étudier les avenues possibles pour les corporations canadiennes faisant face à de telles situations. À cet égard, peu de textes ont été publiés sur le sujet dans la littérature juridique canadienne. Outre les rapports Watkins, Gray et Stanfield, seuls James I.W. Corcoran ⁷, C.W. Graham ⁸ et Philippe J. Lalonde ⁹ ont écrit leurs commentaires sur la question, en fonction évidemment d'une perspective canadienne. Cela peut paraître surprenant car l'économie canadienne étant étroitement liée à celle des États-Unis, nous sommes certainement le pays le plus vulnérable aux atteintes à la souveraineté que ce type de mesures entraîne.

L'emploi du boycott partiel ou total constitue un moyen dont dispose un pays dans la définition de sa politique étrangère. À cet effet, la doctrine traditionnelle du droit international public reconnaît cet instrument comme émanant de la souveraineté de l'État, à savoir le droit de régler son commerce international.

Toutefois, les États ont pu et peuvent, par des traités ou des conventions internationales, réduire ou renoncer à l'emploi du boycott contre les autres

6. *Id.*, vol. 3, p. 925.

7. James I.W. CORCORAN, « The Trading With the Enemy Act and the Controlled Canadian Corporation », (1968) *McGill Law Journal* 174.

8. C.W. GRAHAM, « The Foreign Extraterritorial Measures Act », (1986) 1 *Canadian Business Law Journal* 410.

9. Philippe V. LALONDE, « The Discriminatory Business Practices Act : What price symbolism ? », (1980) 30 *Univ. of Toronto Faculty of Law Review* 83.

parties co-contractantes. C'est ainsi que la *Charte de l'Organisation des États Américains*¹⁰ interdit l'usage du boycott. Malgré ces interdictions, des conventions prévoient des dispositions à l'effet que l'ensemble des parties liées au traité peuvent décréter des sanctions économiques contre un pays non-partie à celui-ci.

Le boycott peut également être décrété par des instances internationales. Ce fut notamment le cas pour la Rhodésie¹¹ et l'Afrique du Sud¹² qui ont fait l'objet d'une telle mesure de la part du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale des Nations-Unies en application de l'article 41 de la Charte. Au surcroît, certains États utilisent le boycott pour atteindre des objectifs particuliers. Aussi, tant la nature du boycott que les objectifs particuliers à chacun d'eux peuvent varier à l'infini ; chaque cas est d'espèce. Une constante demeure : les boycotts affectent les corporations ou particuliers qui sont en relations d'affaires avec l'État boycotté ou ses citoyens.

Dans cette perspective, un État tiers peut être entraîné dans une guerre commerciale entre deux pays, soit par le fait qu'il est pays d'origine ou d'accueil de corporations multinationales, soit parce que ses corporations locales sont en relations d'affaires avec la partie boycottée.

Le premier cas peut être illustré par le phénomène de l'extra-territorialité des lois américaines en matière d'exportation. Quant au second, l'exemple du boycott arabe contre Israël nous fournira une bonne référence de travail. À travers ces deux exemples, les embargos et boycotts étrangers ont, comme nous le verrons, des effets certains dans des pays neutres dont le Canada et sur des filiales canadiennes de corporations multinationales.

Les effets d'un boycott décrété par un pays étranger sur le territoire d'un pays tiers sont toujours considérés comme une atteinte grave à la souveraineté de cet État. Quant aux corporations, elles sont déchirées entre l'allégeance qu'elles doivent avoir aux lois du pays d'accueil et leur fidélité à leur corporation-mère qui, elle, est soumise aux lois du pays d'origine ayant décrété le boycott.

Essentiellement, toute la problématique est résumée dans le précédent paragraphe et il s'agira d'examiner les réponses que l'État canadien a données à ce problème et les avenues possibles pour les corporations canadiennes impliquées dans une telle situation.

10. Art. 16 : No state may use or encourage the use of coercitive measures of an economic or political character in order to force the sovereign will of another state and obtain from it advantages of any kind.

11. Résolutions n^{os} 232 et 253 du Conseil de Sécurité, 1966, 1968.

12. Résolution n^o 418 du Conseil de Sécurité, 4 novembre 1977.

1. L'extra-territorialité des lois américaines en matière d'exportation

1.1. La notion d'extra-territorialité

Traditionnellement, chaque État a exercé sa juridiction sur les personnes physiques ou morales habitant son territoire. Cet État ne peut donc pas imposer sa compétence sur le territoire d'un autre État. Cependant, avec le développement du commerce, des moyens de communication et les facilités qu'ont les personnes et les biens de se déplacer, les États ont promulgué des lois dont l'application ou les effets peuvent s'étendre à tous leurs ressortissants, qu'ils soient ou non sur le territoire national.

À ce sujet, le professeur Jacquet, après avoir examiné et critiqué la doctrine traditionnelle, définit ainsi l'extra-territorialité :

La norme extra-territoriale sera donc celle qui tend à développer certains effets au-delà du territoire de l'État qui l'a émise.¹³

Il poursuit en expliquant :

Deux circonstances sont de nature à faire considérer une norme comme extraterritoriale. La première tient à la volonté manifestée par l'auteur de la norme ; autrement dit, une norme à laquelle son auteur imprime explicitement un caractère extraterritorial doit être considérée comme telle, indépendamment de la réalisation effective de cette extraterritorialité. [...] La seconde circonstance tient à la réalité de l'effet sans considération de la volonté de l'auteur ; doit être considérée comme extraterritoriale toute norme qui produit un effet à l'étranger même si son auteur n'a pas recherché cet effet.¹⁴

Cette situation créée pour les ressortissants de cet État un dilemme car ils sont soumis à la fois aux lois de leur État d'origine et aux lois du pays d'accueil ; d'où la possibilité de conflit de juridiction. Évidemment, ce conflit n'implique pas seulement les personnes mais aussi les États qui, jaloux de leurs prérogatives souveraines, voient dans l'extra-territorialité des lois d'un autre État une interférence directe dans leurs juridictions. Pour appuyer cette vision des problèmes que pose l'extra-territorialité des lois, citons M. Stanley J. Marcuss :

Significantly, the term extraterritoriality conveys a sense, at least from European perspective, of concern about interference with basic sovereign rights, concern about interference with legal policies, and finally, concern about interference with foreign policy and related international economic policy objectives.¹⁵

13. Jean-Michel JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », (1985) *Journal de droit international* 327, p. 347.

14. *Id.*, p. 347.

15. Stanley MARCUSS, « Extraterritoriality: US Antiboycott Law and the Foreign Corrupt Practices Act », (1983) 15 *Law and Policy in International Business*, p. 1135-1136.

Indiquons immédiatement qu'il n'y a pas que les lois américaines qui comportent des dispositions ou des effets « extra-territoriaux ». Cependant, c'est leur application qui a suscité le plus de controverses depuis la dernière guerre mondiale et qui a entraîné, de la part d'États tiers, diverses interventions législatives.

1.2. L'extra-territorialité des lois américaines en matière d'exportation

Sa force économique, son marché financier ouvert et la prédominance du dollar font que l'influence des États-Unis apparaît beaucoup plus grande que celle des autres pays. De là, l'extra-territorialité de ses lois se fait davantage sentir, d'autant plus que ce moyen a même été élevé au rang d'instrument de politique étrangère.

En matière de boycott et d'embargo, principalement deux lois américaines comportent des effets « extra-territoriaux » et sont sources de conflits entre les États, plaçant ainsi les ressortissants américains en général et les multinationales en particulier dans une position délicate. Examinons donc maintenant ces deux lois : le *Trading with Enemy Act* (TWEA) et l'*Export Administration Act* (EAA).

1.2.1. Le *Trading with Enemy Act*

Cette loi, édictée en 1917 dans le contexte de la Première guerre mondiale, interdit aux ressortissants américains de commercer avec les nations ou leurs ressortissants qui sont en guerre avec les États-Unis ou durant une période d'urgence nationale décrétée par le président ou contre un pays dit « pays étranger désigné »¹⁶. C'est ainsi qu'en se servant de cette loi, le président des États-Unis a décrété une période d'urgence nationale contre la Chine et la Corée du Nord le 17 décembre 1950, contre Cuba en 1960, contre le Nord Vietnam le 5 mai 1964, contre le Sud Vietnam et le Cambodge en 1975.

Dans le cas de la Chine, les pays membres du COCOM ont suivi l'exemple des U.S.A. dans la foulée d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies décrétant des sanctions contre la Chine en mai 1951, suite à l'intervention de cette dernière dans le conflit coréen. Aussi le COCOM a arrêté une liste spéciale de biens à exportation restreinte pour la Chine ; cette liste ayant été surnommée « CHINCOM ». Mais en 1957, la liste CHINCOM

16. 50 USC APP. 1-44.

a été abolie par tous les pays de COCOM sauf les États-Unis ; ce qui sera, comme nous le verrons, source de nombreux problèmes, notamment avec le Canada¹⁷.

La substance de cette loi se trouve à l'article 5 :

5(b) 1) During time of war or during any other period of national emergency declared by President, the President may through any agency that he may designate, or otherwise, and under such rules and regulations as he may prescribe, by means of instructions, licenses or otherwise investigate regulate, direct and compel, nullify, void, prevent or prohibit, any acquisition, holding, withholding, use, transfer, withdrawal, transportation, importation or exportation of, or dealing in, or exercising any right, power or privilege with respect to, or transactions involving any property in which any foreign country or a national thereof has any interest, by any person, or with respect to any property, subject to the jurisdiction of the United States.¹⁸

Par suite d'une délégation du président en faveur du secrétaire au trésor, celui-ci a édicté un règlement intitulé *Foreign Assets Control Regulations*. Dans ce règlement, les mots « person subject to the jurisdiction of the United States », comprennent :

- 1) Any person, wheresoever located who is a citizen or a resident of United States ;
- 2) Any person, actually within the United States ;
- 3) Any corporation organized under the law of United States or of any state, territory, possession or district of the United States ;
- 4) Any partnership, association, corporation or other organization wheresoever organized or doing business, which is owned or controlled by persons specified, in (1), (2) or (3).¹⁹

D'autres lois américaines possèdent des dispositions à portée « extra-territoriale ». Les lois anti-trust (*Sherman Act et Clayton Act*) de même que le *Internal Revenue Code* font partie de ceux-là. Bien que leur examen détaillé n'entre pas dans le cadre de cette étude, l'application de ces lois a entraîné des réponses législatives et judiciaires dans les pays tiers qui apportent un éclairage certain sur notre problématique.

1.2.2. L'Export Administration Act

La fin de la Seconde guerre mondiale a été suivie de la Guerre froide avec les nations du Bloc de l'Est. Ainsi, quelques mois après le lancement du Plan Marshall et le refus d'y adhérer des pays de l'Est, les États-Unis ont adopté un

17. Dietrich-André LOEBER, *East-West trade*, vol. 1, New York, Oceana Publication Inc., 1976, p. 323-325.

18. 50 USC APP. 5.

19. 31 CFR 500.329(a).

embargo unilatéral envers les pays communistes afin d'interdire l'exportation de biens dits stratégiques dans ces pays et qui seraient susceptibles de renforcer leur potentiel militaire. Aussi, le 28 février 1949, le Congrès adoptait l'*Export Control Act*²⁰. Cette loi édicte que les exportations américaines vers toutes les destinations (sauf le Canada) sont soumises à l'obtention préalable d'une licence générale (pour les pays non communistes) ou validée (pour la quasi totalité, à l'origine, des exportations vers les pays communistes).

Utilisant comme moyen de pression le Plan Marshall, les États-Unis convainquent leurs alliés d'appliquer aussi un tel embargo et de constituer un groupe consultatif sans statut formel : le *Coordinating Committee* ou COCOM, dont le siège est fixé à Paris. Les membres du COCOM sont les quinze États de l'OTAN moins l'Islande et plus le Japon.

Pour renforcer sa persuasion, le Congrès américain adopte en 1951 le *Mutual Assistance Defence Act* ou *Battle Act*²¹, qui prive de l'assistance militaire, économique et financière des États-Unis tout pays exportant des biens stratégiques vers les pays communistes.

Le premier objectif du COCOM est de déterminer la liste des produits visés par l'embargo et de statuer sur les exceptions éventuelles. Il est par ailleurs admis que tout État membre peut, dans le cadre de sa législation nationale, allonger cette liste (comme les États-Unis) sans toutefois pouvoir la raccourcir.

La Loi de 1949 a été reconduite plusieurs fois, reformulée en 1969²² et à nouveau révisée en profondeur en 1979²³. À ce sujet, la base de l'application « extra-territoriale » de cette loi est conçue dans la définition des mots « person » et « United States person »

Sec. 16: As used in this act

- (1) The term « person » includes the singular and the plural and any individual, partnership, corporation or other form of association, including any government or agency thereof;
- (2) The term « United States person » means: any United States resident or national (other than an individual resident outside the United States and employed by other than a United States person), any domestic concern (including any permanent domestic establishment of any foreign concern) and any foreign subsidiary or affiliate (including any permanent foreign establishment) of any domestic concern which is controlled in fact by such

20. US Pub. L. n° II, 63, stat. 7, (1949), codifié à 50 USC, APP. 2021 à 2032.

21. US Pub. L. n° 213, 65 stat. 644, (1951), codifié à 50 USC, c. 20A s., 1611 s.

22. US Pub. L. n° 91-184, 83 stat. 841, (1969), codifié à 50 USC, APP. 2401 à 2420.

23. US Pub. L. n° 96-72, 93 stat. 503, (1979), codifié à 50 USC, APP. 2401 à 2420.

domestic concern, as determined under regulations of the President ;²⁴
(nous soulignons)

Tant dans le TWEA que dans le texte précédent, nous remarquons que les termes « possédé » ou « contrôlé » ne sont pas définis bien qu'il puisse y avoir quelques flottements dûs notamment aux lois fiscales qui établissent le niveau de contrôle à plus de 10 %. Il semble bien que la détention de 51 % ou plus des actions votantes soient nécessaires pour créer le contrôle²⁵.

1.3. L'effet de l'extra-territorialité des lois américaines concernant l'exportation : perspective historique

Tel que dit précédemment, l'usage des sanctions économiques contre d'autres pays a été fréquemment utilisé comme instrument de politique étrangère par les États-Unis depuis 1947. Dans une perspective historique, examinons les principaux embargos utilisés par les U.S.A. depuis la fin de la Seconde guerre mondiale.

1.3.1. L'embargo contre les pays du Bloc de l'Est

En 1949, les États-Unis adoptent le *Exportation Control Administration* afin de contrôler l'exportation de biens dits stratégiques ou de haute technologie vers les pays du Bloc de l'Est. Ces mesures sont alors largement suivies par l'adoption de législations nationales dans les principaux pays alliés suite aux pressions exercées par les États-Unis. Cependant, le développement et la force économique des pays d'Europe et du Japon ont largement fait diminuer l'influence des États-Unis et, par conséquent, leur pouvoir de dicter leur volonté en matière de sanctions économiques à leurs alliés. Malgré diverses modifications, l'essentiel des mesures décrétées en 1949 est encore en vigueur.

Les opposants à de telles sanctions rappellent que celles-ci n'ont certainement pas empêché les Russes de développer la technologie nécessaire pour être les premiers à envoyer un homme dans l'espace en 1961 et développer un arsenal militaire et nucléaire fort impressionnant.

24. US Pub. L. n° 96-72, 93 stat. 533, (1979), codifié à 50 USC, APP. 2415. Le texte du règlement modifié le 22 juin 1982 et édicté en vertu de cette loi comporte à l'article 385-2 des dispositions semblables (15 C.F.R. 385.2).

25. CORCORAN, *supra*, note 7, p. 178.

1.3.2. Les embargos contre la Chine, la Corée du Nord, le Vietnam, Cuba et le Cambodge

Défiant les forces des Nations-Unies, la Chine, nouvellement contrôlée par les communistes, intervient en 1950 dans le conflit coréen en faveur des troupes du Nord. Aussitôt, les Américains interdisent le commerce avec la Chine et la Corée du Nord sur la base juridique du *Trading with Enemy Act*.

En 1957, tous les pays du COCOM lèvent leur embargo contre la Chine, sauf les États-Unis. Il faut attendre en 1974 afin que ceux-ci assouplissent leurs restrictions commerciales vis-à-vis la Chine.

En 1960, la dégradation des relations avec le régime de Fidel Castro à Cuba a entraîné l'application du TWEA contre cette île des Caraïbes. Dès le début de la guerre du Vietnam, les États-Unis ont appliqué la même loi contre le Nord-Vietnam. Enfin la chute du Vietnam et du Cambodge a étendu l'embargo à ces pays en 1975.

1.3.3. L'embargo contre l'Iran

En 1978, les intégristes musulmans, sous la direction de l'Ayatollah Khomeiny, réussissent à renverser le régime du Shah en Iran. L'année suivante, des étudiants envahissent l'ambassade américaine à Téhéran et capturent plusieurs diplomates américains. En représailles, le président américain adopte une série de mesures dont un décret ordonnant le gel des avoirs iraniens, en possession ou contrôlé par toutes «persons subject to the jurisdiction of the United States»²⁶. Cette expression a été définie dans les règlements d'application du décret de façon à peu près similaire au E.A.A., visant ainsi les filiales étrangères des banques américaines²⁷.

1.3.4. L'embargo de 1979 contre l'URSS

À la fin de 1978, les troupes soviétiques envahissent l'Afghanistan afin de protéger le régime communiste qu'ils avaient établi dans ce pays quelques années auparavant.

Dans les pays occidentaux, la colère est grande. Aussi en réponse à cette action militaire offensive, les États-Unis décrètent en 1979 un embargo sur les grains et la haute technologie contre l'URSS et boycottent l'année suivante les Jeux Olympiques de Moscou. Les mesures américaines sont suivies par la

26. *Executive Orders*, n° 12170, 14 novembre 1979, 44 F.R. 65729.

27. 44 FED. REG. 65, 956 (1979). L'art. 535.329 définit les mots «persons subject to the jurisdiction of the United States».

plupart des pays occidentaux et notamment le Canada. Or, l'embargo sur les grains, bien qu'augmentant le coût des importations des soviétiques, a eu l'effet de modifier le marché international des grains en faveur des pays en voie de développement, dont principalement l'Argentine, qui a suppléé à ce manque d'approvisionnement. Sur le plan intérieur, les pressions faites par les producteurs de grains ont été si grandes que le gouvernement américain a dû les indemniser et, à la fin, lever l'embargo.

1.3.5. L'embargo de 1981 contre la Pologne et l'URSS

Le 12 décembre 1981, suite à l'action provoquée par le syndicat libre Solidarité, le gouvernement polonais décrète la *Loi martiale*. Les pays occidentaux réagissent fort mal à cette nouvelle offensive menée à partir de Moscou.

Le 29 décembre 1981, le président Reagan annonce des sanctions économiques contre la Pologne et l'URSS. À cette période, le commerce américain avec les pays du Bloc de l'Est atteint \$ 1,5 milliards tandis que celui des pays européens atteint \$ 10,5 milliards. Aussi, ceux-ci ne se sentent pas prêts à abandonner de tels débouchés commerciaux pour leurs produits. La France et l'Allemagne de l'Ouest préfèrent donc utiliser la voie diplomatique pour persuader les Russes de modifier leur action en Pologne plutôt que de suivre les États-Unis dans la voie des sanctions économiques. C'est dans ce contexte qu'éclate l'affaire du gazoduc euro-sibérien au début de 1982.

Dès le début de la décennie 1970, les pays d'Europe de l'Ouest, sérieusement affectés par le choc pétrolier de 1973, songent à s'approvisionner en gaz naturel auprès de l'URSS, détenteur de 40% des réserves mondiales de cet hydrocarbure. Pour les Européens, il s'agit de tenter un troc entre leur technologie et leur crédit contre un approvisionnement en gaz naturel. Déjà, en 1974, les États-Unis avaient fait connaître leur opposition à ce projet²⁸.

Cependant, le deuxième choc pétrolier, en 1979, ramène le projet à l'avant-scène politique. À l'automne 1981, les Allemands de l'Ouest, les Français, les Italiens et les Britanniques signent d'importants contrats avec les Russes pour la construction du gazoduc. Les Américains, furieux de constater l'attitude européenne, décrètent le 18 juin 1982 un embargo total

28. Voir sur le sujet : Bernard AUDIT, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », (1983) *Revue critique de droit international privé*, 401 ; Homer. E. Jr. MOYER, et L.A. MARBRY, « Export Control as Instrument of Foreign Policy: The History, Legal Issues and Policies Lessons of Three Recent Cases », (1983) 15 *Law and Policy in International Business* 1 et Bruno DETHOMAS, « L'affaire de l'embargo », (1982), *Le Monde, Bilan économique et social*, p. 30.

sur la fourniture de haute technologie par les filiales européennes des multinationales américaines ou par les corporations européennes détenant des licences d'exploitation de la technologie fournie par les compagnies américaines.

Nous verrons par la suite quelle a été l'application de ces sanctions économiques et pourrons constater qu'au lieu de pénaliser l'URSS, celles-ci ont créé une crise ouverte entre les États-Unis et leurs alliés. Il faudra attendre au 13 novembre 1982 pour que l'Administration américaine sous la pression concertée des européens et des industriels américains, lève l'embargo contre l'URSS.

1.3.6. Les embargos contre la Libye, la Rhodésie, l'Ouganda et l'Afrique du Sud

Depuis 1965, les Américains ont également décrété des embargos contre différents pays pour des raisons de non-respect des droits de l'homme ou leur implication dans le terrorisme international. C'est le cas de la Rhodésie, de l'Ouganda, de l'Afrique du Sud et de la Libye.

Cependant, ces divers embargos ont causé moins de difficultés aux États-Unis de la part de leurs alliés étant donné qu'ils ont été également décrétés par les Nations-Unies, ou par la Communauté Économique Européenne, ou encore pour des raisons qui sont également partagées par les alliés.

1.4. L'application des embargos américains dans les pays occidentaux (sauf le Canada)

1.4.1. L'embargo contre la Chine

Les effets de cet embargo se sont faits sentir au Canada et dans plusieurs pays européens et un cas célèbre en France en a résulté. En 1964, la compagnie Fruehauf-France reçoit une commande de la société Berliet pour la fabrication de 60 semi-remorques destinées à être exportées vers la Chine. Le Département américain du Trésor, en application du TWEA interdit à Fruehauf-France, filiale contrôlée au $\frac{2}{3}$ par la société américaine Fruehauf, d'exécuter le contrat. Il a fallu que les actionnaires minoritaires de Fruehauf-France obtiennent, le 22 mai 1965, la nomination d'un administrateur provisoire qui ordonne la réalisation du contrat ²⁹.

29. JACQUET, *supra*, note 13, p. 350 ; *Massardy v. Société Fruehauf-France*, Paris, 22 mai 1965, Gaz. Pal. 1965.2.86.

Le juge considéra que la non-réalisation du contrat porterait atteinte à l'équilibre financier et à la crédibilité de l'entreprise, ce qui pourrait signifier à terme sa fermeture et la perte de 600 emplois.

1.4.2. Le gel des avoirs iraniens

Le décret présidentiel du 14 novembre 1979 a ordonné aux banques américaines de geler les avoirs iraniens qui y étaient en dépôt ou sous leur contrôle. L'Administration américaine a de plus considéré cet ordre comme étant valable à l'encontre des filiales anglaises et françaises des banques américaines. Cette interprétation avait donc pour effet de geler les avoirs iraniens déposés à Londres ou à Paris auprès de filiales de banques américaines.

Il en est résulté une crise ouverte avec les gouvernements de France et du Royaume-Uni. (Des procédures judiciaires furent entreprises par la Banque centrale d'Iran en France et en Grande-Bretagne pour contrer la mesure américaine.) Le conflit politique et judiciaire a été résolu par la levée de l'embargo suite aux Accords d'Alger, en novembre 1981.

1.4.3. L'embargo de 1979 contre l'URSS

En général, l'application de l'embargo américain contre les pays du Bloc de l'Est a été assez bien respectée jusqu'à la fin des années 1970 par les États-Unis et leurs alliés occidentaux ; le COCOM ayant bien joué son rôle. Les premiers craquements du système apparaissent en 1978 lorsque le président Carter interdit à la firme américaine Univac de livrer à l'Agence Tass un ordinateur en vue des Jeux Olympiques de Moscou. Sans faire jouer expressément la réglementation du COCOM, Carter demande également aux quatre pays occidentaux (Allemagne de l'Ouest, Grande-Bretagne, France et Japon) susceptibles de remplir la commande, de ne pas livrer un tel ordinateur à l'URSS. Il a dû cependant revenir sur sa décision en avril 1979 lorsqu'on apprit que le contrat de fourniture fut conclu avec une entreprise française (CII-Honeywell-Bull) et une firme britannique d'informatique. Le gouvernement français justifia cette vente en affirmant que ce matériel ne figurait pas sur les listes du COCOM ; point de vue contraire, évidemment, à celui de Washington. L'affaire UNIVAC survenait après le cas des machines-outils en 1976 que Claude Lachaux résume ainsi :

En 1976, Cyril Bath, le constructeur de machines-outils à Cleveland (Ohio) est contacté par une agence soviétique qui lui demande une dizaine de presses à métaux. L'industriel répond qu'il est intéressé et reçoit commande, mais d'une seule machine. Le gouvernement américain refuse la licence d'exportation au motif que la machine peut être utilisée en aéronautique. Il apprend au même

moment que neuf machines du même type ont été commandées en France à Creusot-Loire. Washington porte l'affaire devant le COCOM. Paris, après avoir d'abord nié, reconnaît la réalité du contrat, mais apporte la preuve que les machines étaient destinées à l'industrie automobile. Le gouvernement français jugeant qu'il ne s'agissait pas d'une technologie avancée, n'a pas jugé nécessaire de demander l'autorisation du COCOM.³⁰

1.4.4. Embargo de 1981 contre l'URSS³¹

Le 18 juin 1982, le président Reagan étend l'embargo aux filiales américaines à l'étranger³². Cette décision fut à l'origine d'une des plus importantes crises commerciales entre les pays industrialisés. En effet, les Européens refusent de suivre les Américains dans la voie de l'embargo. Aussi, durant l'été 1982, une demi-douzaine d'entreprises établies en France, en Grande-Bretagne, en Allemagne et en Italie exécutèrent des livraisons à destination de l'URSS spontanément ou sur réquisition. Le gouvernement américain répliqua en mettant à exécution la menace antérieurement proférée de placer ces entreprises sur une « liste de refus » en matières de licence d'exportations d'équipements ainsi que de possibilité de fournitures sur le marché américain. Cette situation donna lieu à des échanges diplomatiques nombreux dont l'adoucissement fut facilité par l'approche d'une réunion ministérielle du GATT. Le 16 novembre 1982, les mesures édictées en décembre 1981 et en juin 1982 furent rapportées et les sanctions contre les entreprises européennes levées.

Toutefois, cet épisode nous a laissé principalement trois cas qui sont fort intéressants sur le plan de l'action juridique.

1.4.4.1. La société John Brown

La société John Brown avait un contrat pour livrer à l'URSS des pièces d'équipement concernant le gazéoduc. Ces pièces étaient fabriquées à partir de la technologie américaine et le contrat tombait donc sous le coup de l'embargo. Or, deux ans auparavant, le Parlement britannique avait adopté une loi de blocage dite *Protection of Trading Interest Act*. Se servant de cette loi, le Gouvernement britannique ordonna à l'entreprise d'exécuter son contrat et de ne pas respecter l'embargo décrété par les américains.

30. Claude LACHAUX, *Le commerce est-ouest*, Collection « Que sais-je », n° 2162, Paris, PUF, 1984, p. 77-78.

31. 15 CFR 379-4.

32. 15 CFR 385-2.

Ce fut donc là le premier test sur l'efficacité d'une loi de blocage en temps de crise et il semble bien, d'après son dénouement, que cette loi a eu la portée désirée en ce qui concerne la filiale anglaise.

1.4.4.2. L'affaire de la société Sensor

En 1982 est intervenu un contrat entre une société française, la C.E.P., et la Société Sensor, société de droit néerlandais, filiale d'une autre société de droit néerlandais elle-même filiale d'une société américaine. Le contrat prévoyait la livraison par Sensor à la C.E.P., en octobre 1982, de sismographes expressément destinés à l'URSS. À la suite des mesures annoncées par le président américain en juin, Sensor fit savoir à son acheteur qu'il était tenu de respecter ces mesures en tant que filiale d'une société américaine, ce qui résultait en l'impossibilité d'exécuter son contrat pour cause de force majeure. La C.E.P. a alors poursuivi devant un tribunal néerlandais la Société Sensor afin de la forcer à exécuter son contrat³³.

Le tribunal s'est alors basé sur une approche traditionnelle du droit international privé en recherchant la loi applicable au contrat. Venant à la conclusion qu'il s'agit de la loi des Pays-Bas, il compléta toutefois son examen pour savoir en vertu de quel chef une société néerlandaise serait tenue d'appliquer une décision américaine selon les règles du droit international public. Il a alors conclu que ces mesures ne reposaient pas sur un chef de compétence valide, à savoir, soit sur le principe de nationalité, soit sur celui de la protection des intérêts d'un État, et qu'en conséquence Sensor n'était pas tenu de respecter l'embargo et devait exécuter le contrat. On peut s'étonner que le juge ait pris en compte les possibilités d'application de la décision américaine nonobstant l'application de la loi du for au contrat.

Le juge s'est inspiré des récents développements de la jurisprudence en droit commercial international et plus particulièrement de l'article 7 de la *Convention de Rome* du 19 juin 1980 qui édicte :

Lois de police : Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ces derniers pays, ces dispositions sont applicables quelque soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à cette disposition impérative, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui en découleraient de leur application ou de leur non-application...

33. *Compagnie Européenne des Pétroles S.A. v. Sensor Nederland B.V.*, (1983) *Revue critique de droit international privé* 473.

Le juge néerlandais a donc admis la compétence à titre d'hypothèse mais a refusé l'efficacité de la norme parce que la situation visée ne se rattache pas par un lien suffisamment étroit à l'État auteur de la norme. À cet égard, le Tribunal indique :

Il ne résulte pas des considérations qui précèdent qu'il faille nier tout effet au régime de juridiction selon les critères du droit international public.

En effet, il n'est pas inacceptable que cet effet s'étende à des citoyens américains qui, cherchant à tourner la mesure américaine, créeraient hors des États-Unis une société non américaine.

Aucun indice ne permet de supposer que tel pourrait être le cas en l'occurrence. Si, néanmoins, le régime de juridiction vise à faire tomber un cas comme celui du présent litige sous le coup de la mesure américaine, ce régime doit, dans ce sens, être considéré comme non conforme au droit international public.

Dans ces conditions, le régime de juridiction ne saurait avoir pour effet que le juge néerlandais tienne compte de l'embargo américain.

Les considérations qui précèdent n'affectent nullement le régime de juridiction [...]

Selon les règles du droit international privé néerlandais — même si le droit néerlandais est applicable à un contrat international comme dans le cas d'espèce — doit néanmoins dans certaines circonstances donner la priorité à certaines dispositions impératives du droit étranger par rapport au droit néerlandais.

Parmi les circonstances qui obligent le juge néerlandais à accorder une telle priorité figure la condition que le contrat présente des facteurs de rattachement suffisants avec le pays étranger en question.³⁴

Il s'agit là d'une décision importante car elle détermine la non-applicabilité de la loi américaine à une filiale étrangère et constitue à ce titre une jurisprudence précieuse pour l'avenir.

1.4.4.3. Le cas Dresser Industries

La société Dresser-France, filiale de la société Dresser Industries avait reçu un contrat pour la fourniture de vingt-et-un compresseurs pour la construction du gazoduc. Elle reçut donc l'ordre de se conformer à l'embargo américain et de refuser l'exécution de ce contrat. Après échange de notes diplomatiques entre le gouvernement français et le gouvernement américain, Dresser-France fut réquisitionné le 23 août 1982 afin de compléter l'exécution du contrat. Cette réquisition était fondée sur une loi de 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre tel que modifié en 1959. Le même jour où Dresser-France était réquisitionné par le gouvernement français, celle-ci et sa société-mère, Dresser Industries, déposait une injonction contre le Département

34. *Supra*, note 33, p. 479.

américain du commerce afin de faire déclarer les mesures d'extra-territorialité illégales. Les requérants avançaient essentiellement trois arguments, à savoir :

1. Le président des États-Unis avait excédé sa juridiction en vertu de l'*Export Administration Act* en émettant des directives d'une portée « extra-territoriale » ;
2. Les contrôles avaient une dimension « extra-territoriale » tellement grande qu'ils violaient les obligations légales internationales des États-Unis ;
3. La défense de *Foreign Sovereign Compulsion* exemptait de pénalité Dresser Industries du fait de la réquisition ordonnée par le Gouvernement français.

Le juge, tout en émettant des doutes quant au fond, rejeta la demande d'injonction du fait qu'elle était prématurée étant donné que le Département du commerce n'avait pas encore engagé de procédures contre Dresser Industries et que, dans tous les cas, la procédure administrative qui devrait être suivie permettait à celle-ci de se faire entendre devant le Département. Le jour suivant, le Département du Commerce a ordonné et ce, sans audition, la suspension temporaire des privilèges d'exportation de Dresser-France en bloquant l'importation par celle-ci de transfert de technologie américaine ou de produits américains. De plus, cet ordre interdisait à Dresser-France d'utiliser la technologie américaine ou les composantes d'une telle technologie antérieurement importées des États-Unis. Par la suite, Dresser-France a demandé une révision de cet ordre du Département du Commerce. La révision a été entendue par un commissaire administratif qui a rejeté la demande.

Enfin, cette affaire s'est à nouveau retrouvée devant les tribunaux où un juge a d'abord refusé une injonction et a fixé pour décembre 1982 les audiences sur la question au mérite. Toutefois, la levée des sanctions par le président Reagan, en novembre 1982, a mis un terme à ce dossier³⁵.

1.5. L'application des embargos américains au Canada

1.5.1. Historique

L'embargo décrété par les États-Unis contre la Chine et Cuba a été la principale source de difficultés entre ceux-ci et le Canada. Rappelons qu'après

35. *Dresser Industries Inc. and Dresser-(France) S.A. v. Baldrige*, 549 F., Supp. 108, 1982. Voir aussi : James R. ATWOOD, « The Export Administration Act and the Dresser Industries case », (1983) 15 *Law and Policy International Business*, 1157 et Victoria M. OSIUS, « Extraterritorial application of U.S. Export Law : Dresser Industries », (1983) *Wisconsin International Law Journal* 138.

1957, la liste CHINCON a été abolie au Canada et nous n'avons jamais participé à l'embargo contre Cuba étant donné, notamment, notre non-adhésion à l'Organisation des États Américains. L'application de l'extra-territorialité des lois américaines et particulièrement du *Trading with Enemy Act* s'est fait douloureusement sentir au Canada à cause évidemment du grand nombre de filiales de multinationales américaines œuvrant au pays.

À la fin des années cinquante, un certain nombre de cas ont mis cette loi sur l'avant-scène de la politique canadienne. En 1958, le gouvernement américain s'oppose à la fourniture d'un millier de véhicules automobiles à la Chine par la compagnie Ford Canada, filiale de la corporation américaine Ford. Cette position a entraîné un échange de protestations et de notes diplomatiques. La crise fut résolue lors de la visite du président Eisenhower à Ottawa, le 9 juillet 1958, où les gouvernements des deux pays ont convenu que :

Les règlements des États-Unis ne s'appliqueront pas d'une façon qui pourrait nuire à l'économie canadienne. S'il devait arriver que le refus de commandes de la part de compagnies fonctionnant au Canada ait dans l'avenir un effet quelconque sur l'activité économique canadienne, le gouvernement des États-Unis envisagerait d'un œil favorable la possibilité d'exempter la compagnie-mère, aux États-Unis, de l'application du règlement de contrôle des biens étrangers, en ce qui concerne ces commandes.³⁶

Les principales critiques adressées à cette entente relèvent que le fait, pour le Canada, de participer à de telles négociations rende implicite son acceptation de l'extra-territorialité des lois américaines³⁷.

Quelques jours plus tard, les Canadiens apprennent que la compagnie Rayonier du Canada, filiale du groupe américain Crown Zellerbach, a obtenu une licence du Gouvernement américain pour procéder à l'exportation en Chine de pulpe de sulfite. Le Canada y voit aussitôt une atteinte à sa souveraineté.

Par la suite, les incidents se multiplient avec divers marchés dont ceux de B.F. Goodrich, Fairbanks-Morse et Massey-Ferguson³⁸.

Face à ces dissensions, le rapport Merchant-Heaney, intitulé « Canada and the United States, Principals for Partnership », commandé à la suite de la rencontre du président Johnson et du premier ministre Pearson en janvier 1964, recommandait qu'on accorde aux filiales américaines au Canada une

36. Herb GRAY, *Investissements étrangers directs au Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1972, p. 287.

37. A.J. WATKINS, *Rapport du groupe d'études ad hoc chargé d'étudier la structure de l'industrie canadienne*, Ottawa, Bureau du Conseil Privé, 1968, p. 332.

38. CORCORAN, *supra*, note 7.

exemption générale des règlements relatifs au contrôle exercé sur les biens américains détenus à l'étranger et promulgué en vertu du *Trading with the Enemy Act*. Toutefois, cette recommandation n'a pas été mise en pratique³⁹.

Ces incidents sont survenus dans le contexte de beaux jours du nationalisme économique de la fin des années 60 et du début des années 70. C'est ainsi que le phénomène de l'extra-territorialité des lois américaines fut vivement dénoncé par les rapports Watkins en 1968 et Gray en 1972. À ce sujet, le rapport Gray faisait les recommandations suivantes pour contrer l'application des lois américaines :

1. Imposer une responsabilité en sens contraire aux personnes exploitant l'entreprise canadienne, qui sont soumises à la compétence des tribunaux canadiens, si elles se soumettent à l'autorité des États-Unis ;
2. Essayer de forcer la vente à l'exportation qu'interdit les États-Unis en confisquant ou en achetant la marchandise en vertu de dispositions obligatoires et en les revendant à l'acheteur sur le marché interdit ; ou
3. Protester auprès des États-Unis pour tenter de les amener à prévenir son action lorsqu'elle est contraire aux intérêts du Canada.⁴⁰

Plus près de nous, en 1974, les Américains s'opposent à ce que M.L.W. Worthington de Montréal, filiale d'une multinationale américaine, vende vingt-cinq locomotives à Cuba. La question soulève alors beaucoup de passion et le premier ministre Trudeau suggère même aux administrateurs de démissionner en bloc pour protester contre l'intervention du gouvernement américain⁴¹.

Il n'y a pas que les lois sur l'exportation américaines qui causent du souci au gouvernement canadien. L'extra-territorialité des lois antitrust a été également à l'origine de nombreux conflits entre les deux pays. En 1977, l'enquête américaine sur le cartel de l'uranium s'est heurtée au refus du Canada de déposer devant un tribunal américain les documents exigés. Le gouvernement canadien invoqua l'intérêt national en matière de contrôle de l'énergie atomique⁴².

39. WATKINS, *supra*, note 37, p. 333.

40. GRAY, *supra*, note 36, p. 289.

41. Débats de la Chambre des communes, 1^{re} session, 30^e législature, vol. 14, 5 mars 1974.

42. *Gulf Oil Corporation v. Gulf Canada Ltd. et al.*, [1980] 2 R.C.S. 39. Voir aussi *Re Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light Company et al.*, (1977), 78 D.L.R. (3d) 3, aux États-Unis, *In Re Uranium Antitrust Litigation*, (1979) 480 F. Supp. 1138 et en Grande-Bretagne, *Rio Tinto Zinc Corporation and others v. Westinghouse Electric Corporation*, (1978) 2 All E.R., 434.

Plus grave encore fut l'affaire de la Banque de Nouvelle-Écosse. Dans le cadre d'une enquête du Département de la Justice des États-Unis sur le crime organisé, celui-ci obtient une ordonnance d'un grand jury d'une Cour de district de la Floride afin d'exiger que la filiale américaine de la Banque de Nouvelle-Écosse fournisse des documents en possession de leur autre filiale installée aux Îles Grand Cayman. Les américains soupçonnent que les fonds faisant l'objet de l'enquête proviennent du commerce illicite de la drogue. Or, la loi des Grand Cayman, paradis fiscal réputé, protège le secret bancaire et interdit donc une telle divulgation de documents.

Par contre, l'ordonnance de la Cour de district est assortie d'une amende de 25,000.00 \$ par jour de retard à fournir les documents. Malgré des appels devant la Cour de circuit et devant la Cour suprême des États-Unis, ainsi qu'une intense activité diplomatique, la Banque a dû produire les documents après avoir obtenu le consentement du Gouvernement des Grand Cayman et payé une amende de 1,825,000.00 \$⁴³.

Tous ces cas ont mis à rude épreuve les relations canado-américaines et ont suscité des réponses législatives au Canada.

1.5.2. La réponse législative canadienne

En sa qualité d'allié des États-Unis, le Canada adopte en 1953 la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*⁴⁴. Cette loi permet au gouverneur en conseil d'établir une « liste de marchandises d'exportation contrôlée », comprenant tout article dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'exportation pour les fins suivantes :

- a) s'assurer que des armes, des munitions ou du matériel ou des armements de guerre, des approvisionnements navals, des approvisionnements de l'armée ou de l'Air, ou des articles jugés susceptibles d'être transformés en l'un des susdits ou de pouvoir servir à leur production, ou ayant autrement une nature ou valeur stratégique, ne seront pas rendus disponibles à une destination où leur emploi pourrait être préjudiciable à la sécurité du Canada...⁴⁵

Le Gouvernement peut également établir une liste de pays appelés « liste de pays visés par contrôle » comprenant tout pays dont il estime nécessaire de contrôler l'exportation de marchandises⁴⁶. Cette liste comprend les pays suivants : l'Albanie, l'Allemagne de l'Est, Berlin-Est, la Bulgarie, la Corée du

43. Robert MACINTOSH, « The Impact of Extraterritoriality on World Banking », (1986) 11 *Canadian Business Law Journal* 274, p. 280-283.

44. S.C. 1953-54, c. 27 devenu S.R.C. 1970, c. E-17.

45. S.R.C. 1970, c. E-17, art. 3.

46. S.R.C. 1970, c. E-17, art. 4.

Nord, la Hongrie, la Mongolie, le Nord-Vietnam, la Pologne, la République Populaire de Chine, la Rhodésie, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et l'URSS⁴⁷. En 1981, la Chine a été rayée de cette liste⁴⁸.

Cette loi institue un régime de licence accordée par le ministre du commerce en vue de l'exportation des marchandises comprises dans la « liste des marchandises d'exportation contrôlée » ou à un pays nommé dans la « liste des pays visés par contrôle ». Toute violation de cette loi entraîne des amendes pouvant aller jusqu'à 25 000 \$ et à l'emprisonnement d'au plus cinq ans⁴⁹. De plus, la loi permet d'intenter des poursuites contre tout administrateur ou fonctionnaire de la corporation qui sont alors passibles des mêmes peines⁵⁰.

Auparavant, suite à un accrochage entre le gouvernement canadien et celui des États-Unis au sujet d'une enquête antitrust sur l'industrie des pâtes et papier, le Parlement ontarien a adopté une loi en vue d'interdire à une compagnie ontarienne d'obéir à un ordre émanant d'un tribunal étranger, afin de déplacer hors d'Ontario ses registres ou livres de commerce⁵¹. Le Québec a suivi cet exemple en 1957 avec la *Loi sur les dossiers d'entreprises*⁵² qui est toujours en vigueur.

En 1957, l'incident Ford a entraîné une double réponse canadienne, législative et diplomatique. La première a eu pour effet d'obliger toute filiale canadienne à publier annuellement un rapport financier sujet à l'inspection publique⁵³.

Le cas de M.L.W. Worthington en 1974 a également suscité l'adoption de deux modifications législatives.

La première ayant été présentée lors de l'adoption de la nouvelle *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, a pour effet d'obliger la majorité des membres du conseil d'administration d'une corporation à être de nationalité canadienne⁵⁴. Cette disposition, longtemps réclamée, a notamment pour but de soustraire les administrateurs à la contrainte que la loi américaine peut exercer sur leur personne.

47. C.R.C. 1978, c. 600.

48. *Gazette du Canada* Partie 11, vol. 115, n° 14, 3 juillet 1981, p. 2059.

49. S.R.C. 1970, c. E-17, art. 19.

50. S.R.C. 1970, c. E-17, art. 20.

51. *Compagnie Information Act*, S.O. 1947, c. 16.

52. *Loi sur les dossiers d'entreprises*, 6-7 Eliz. II, c. 42, devenu L.R.Q. c. D-2.

53. S.C. 1957, c. 53, art. 116.

54. S.C. 1974-75, c. 33, art. 100(3)-(4).

L'autre amendement concerne l'introduction des articles 31.5 et 31.6 dans la *Loi sur les enquêtes sur les coalitions*. Ces deux articles ont pour effet de donner au directeur des enquêtes et recherches le pouvoir de rendre une ordonnance afin d'interdire l'application au Canada d'un jugement, d'une législation ou de directives étrangers si ceux-ci ont pour effet de :

- Nuire à la concurrence au Canada ;
- Nuire 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 ;
- Nuire au commerce extérieur du Canada sans apporter des avantages en compensation ;
- Faire autrement obstacle ou tort au commerce du Canada sans apporter des avantages en compensation⁵⁵.

Enfin, la persistance américaine afin d'appliquer « extra-territorialement » leurs lois antitrust et, par la suite, l'affaire du gazoduc a suscité, dans plusieurs pays, l'adoption de lois dites « lois de blocage » (blocking statutes). Après quelques tentatives⁵⁶, le Canada adoptait le 20 décembre 1984 la *Loi sur les mesures extra-territoriales étrangères*⁵⁷ suivant en cela l'exemple de 16 autres pays⁵⁸.

En matière d'extra-territorialité des lois étrangères concernant l'exportation, l'article 5 de cette loi définit les pouvoirs du procureur général du Canada :

5(1) : Le procureur général du Canada, s'il estime qu'un État ou un tribunal étranger a pris, se propose et est susceptible de prendre, dans le domaine du

55. S.C. 1974-75, c. 76, art. 12, remplacé par *Loi sur la concurrence*, S.R. c. C-23, art. 54 et 55.

56. Le projet de loi C-32, intitulé *Loi sur les boycottages économiques étrangers et dénonciation des demandes*, présenté en première lecture le 15 décembre 1978 est mort au feuillet en raison des élections générales de mai 1979. Le 11 juillet 1980, le Gouvernement présentait le bill C-41 intitulé *Loi sur les procédures et jugements étrangers* qui n'a jamais été adopté. Le 28 mai 1984, le Gouvernement revenait à la charge avec le bill C-38, lequel n'aura pas de suite dû aux élections générales de septembre 1984.

57. S.C. 1984, c. 49.

58. En 1980, la Grande-Bretagne adopte le *Protection of Trading Interest Act*. Voir à ce sujet : A.V. LOWE, « Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interest Act, 1980 » (1981) 75 *American Journal of International Law* 257. La même année, la France adopte la *Loi du 16 juillet 1980* concernant la communication de renseignements économiques à l'étranger. Voir à ce sujet : Michel NEVOT, « La communication de renseignements économiques à l'étranger. Remarques sur la loi du 16 juillet 1980 », (1981) *Revue critique de droit international privé* 421. En 1984, l'Australie consolide sa législation en ce domaine en adoptant le *Foreign proceedings (Excess of jurisdiction) Act*. Généralement sur le sujet, voir : P.C.F. PETTIT, et C.J.D. STYLES, « The International Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Laws », (1982) 37 *The Business Lawyer* 697.

commerce ou des échanges internationaux, une mesure qui, par sa nature ou ses modalités d'exécution, a porté ou est susceptible de porter atteinte, dans ce domaine, à d'importants intérêts canadiens touchant une activité exercée en tout ou en partie au Canada, ou, d'une façon générale, a empiété ou est susceptible d'empiéter sur la souveraineté du Canada, peut par arrêté, avec le consentement du Secrétaire d'État aux affaires extérieures, enjoindre à toute personne se trouvant au Canada :

- a) soit de l'informer de cette mesure ou de toutes directives, instructions, indications d'orientation ou autres communications s'y rapportant et émanant d'un tiers en situation de diriger ou d'influencer les activités de cette personne ;
- b) soit de se soustraire à cette mesure ou aux directives, instructions, indications d'orientation ou autres communications visées à l'alinéa a).⁵⁹

1.6. L'application de l'extra-territorialité des lois américaines concernant les exportations aux corporations canadiennes

Sur la toile de fond historique et légale que nous venons de présenter, examinons maintenant quelles sont les applications de l'extra-territorialité des lois américaines concernant les exportations des corporations canadiennes. Dans cette perspective, plusieurs cas peuvent survenir, qu'il convient de les disséquer l'un après l'autre : (1.6.1.) La filiale canadienne d'une corporation-mère américaine ; (1.6.2.) La filiale américaine d'une corporation-mère canadienne ; (1.6.3.) La corporation canadienne importatrice de technologie américaine et exportatrice de produits à contenu de haute technologie.

1.6.1. La filiale canadienne d'une corporation-mère américaine

Advenant un embargo décrété par le président américain et auquel le gouvernement canadien refuserait de souscrire, tant la filiale canadienne que la corporation-mère américaine seraient dans une situation difficile.

1.6.1.1. La filiale canadienne

Du point de vue psychologique, les dirigeants de la filiale canadienne seraient partagés entre leur loyauté vis-à-vis la corporation-mère et leur attachement national. Toutefois, l'obligation créée par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* qu'il faille le statut de canadien à une majorité d'administrateurs de la corporation peut créer un préjugé favorable à l'intérêt national canadien et mettre les administrateurs à l'abri des poursuites personnelles de la part du gouvernement américain.

59. S.C. 1984, c. 49, art. 5.

Conséquemment, si, après un embargo décrété par le Gouvernement américain, la filiale canadienne reçoit l'ordre par sa corporation-mère de se conformer audit embargo, le procureur général du Canada peut, en invoquant l'article 5 de la *Loi sur les mesures extra-territoriales étrangères*, obliger, par arrêté, la filiale à l'informer de l'ordre d'embargo et ne pas se conformer à cet ordre.

La filiale n'aurait alors d'autre choix que de se plier à l'arrêté du procureur général. En effet, l'article 7 de cette loi rend la filiale passible d'une amende de 10,000.00 \$ et/ou d'un emprisonnement de 5 ans⁶⁰. De plus, l'article utilise les termes « quiconque enfreint un arrêté... », ce qui laisse entendre que les dirigeants de la filiale pourraient être poursuivis personnellement.

Par contre, conceptuellement, nous pourrions envisager que la filiale puisse respecter l'embargo par une attitude passive et discrète en refusant de commercer avec la nation mise au ban. Cependant, elle pourra difficilement conserver longtemps le secret ou refuser d'exécuter des contrats en cours car l'État boycotté protestera inévitablement auprès du Gouvernement canadien ce qui entraînera la prise de l'arrêté par le procureur général.

À cela, s'ajoute le désir naturel des hommes d'affaires de commercer et leur horreur de perdre des marchés potentiels pour des raisons d'ordre politique, de surcroît décrétés par des Gouvernements étrangers.

1.6.1.2. La corporation-mère américaine

Selon l'*Export Administration Act of 1979* ou le *Trading with Enemy Act* et ses règlements, le refus ou l'empêchement de la filiale canadienne de suivre l'embargo implique un défaut de la part de la corporation-mère américaine. Cette infraction est susceptible d'entraîner des sanctions pénales comprenant une amende n'excédant pas cinq fois la valeur des biens illégalement exportés, ou 100,000.00 \$, ou un emprisonnement d'au plus 10 ans⁶¹. S'y ajoutent des sanctions civiles se traduisant par une amende civile de 10,000.00 \$ par infraction et la suspension ou la révocation de la licence d'exportation⁶².

Encore ici, la loi américaine utilise les mots « quiconque » ce qui laisse entendre que les dirigeants pourraient être personnellement poursuivis pour leur participation à l'infraction. Dans cette hypothèse, la corporation-mère pourrait s'inspirer des moyens de défense élaborés par la jurisprudence

60. S.C. 1984, c. 49, art. 7.

61. US Pub. L. n° 96-72, 93 Stat. 529, (1979), art. 11(b), codifié à 50 USC, APP. 2410.

62. *Supra*, note 56, art. 11(c).

relative aux lois antitrust concernant le non-respect d'un ordre de divulgation de documents étrangers. Le juge détermine d'abord la bonne foi ou la mauvaise foi du défendeur. Dans un deuxième temps, il met en balance un certain nombre de facteurs dont, notamment :

- Les intérêts nationaux vitaux en jeu à l'arrière-plan du litige ;
- La sévérité de la prohibition étrangère, qui permet d'évaluer la gravité des sanctions encourues par la partie défaillante à l'étranger ;
- L'importance des informations requises pour la résolution du contentieux ;
- L'existence éventuelle de procédures alternatives et équivalentes à la procédure de découverte ;
- Les nécessités de la courtoisie internationale et les considérations de politique étrangère en jeu ;
- Le statut du défendeur requis : partie ou témoin ;
- La nationalité des parties ;
- Un certain nombre de considérations centrées sur le degré de flexibilité manifesté par l'État étranger, dans l'application de sa législation prohibitive et sur le caractère légitime ou délibérément hostile de la loi étrangère au regard des notions de courtoisie internationale.

Ces critères ont été élaborés dans l'arrêt *Timberlane Lumber*⁶³.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que, dans notre cas précis, la filiale fait plus qu'obéir à une loi étrangère mais doit se conformer à un ordre direct qui lui est adressé par le gouvernement étranger. En ce cas, la corporation-mère pourrait tirer profit des défenses dites *Act of State* et *Foreign Sovereign Compulsion Defense*.

Depuis longtemps déjà, le droit américain connaît la théorie de l'*Act of State* qui constitue une défense au cas de contrainte exercée par le pouvoir exécutif ou législatif d'un État étranger à l'encontre d'un ressortissant américain. Cependant, la théorie de l'*Act of State* ne serait pas une protection pour une personne qui est contrainte par une décision du pouvoir judiciaire étranger. Aussi, la doctrine a élaboré la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* selon laquelle une partie qui a fait tous les efforts possibles pour obéir au mandat du tribunal américain ne doit pas être punie si une telle obéissance est rendue impossible par la décision d'un tribunal étranger⁶⁴.

Cette théorie relativement récente sera certainement appelée à se développer dans le contexte de l'interdépendance économique et politique des pays.

63. *Timberland Lumber Co. v. US Bank of America N.T. and S.A.*, (1976) 549 F. 2d. 597.

64. Voir Jean-Gabriel CASTEL, « The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws », (1983) *Recueil des cours de l'Académie de Droit international* 9, p. 55 à 60.

L'application de cette défense suppose à l'évidence l'intervention du gouvernement étranger sur le fond du litige, et ne concerne pas la légalité ou la validité de l'acte de contrainte, mais uniquement le lien de causalité entre cet acte et les violations du droit américain. Seul un ordre du gouvernement étranger, ne laissant d'autres alternatives pratiques à la violation de la législation américaine que la cessation des activités locales du défendeur, sera généralement retenu comme une excuse légale valable par les tribunaux américains. À la différence de l'Act of State, cette doctrine ne repose pas principalement sur le respect dû aux souverains étrangers mais plutôt sur la sympathie inspirée par la situation difficile imposée au défendeur.⁶⁵

Mentionnons toutefois que cette théorie n'a pas fait l'objet d'un examen judiciaire par un tribunal américain suite à l'affaire du gazoduc étant donné la brièveté de la crise et sa solution politique et diplomatique.

1.6.2. La filiale américaine d'une corporation-mère canadienne

Cette situation présente beaucoup moins de difficultés que la précédente. En effet, la *Loi sur les licences d'exportation canadienne* ne comporte pas d'effet « extra-territorial » contrairement à la loi américaine. Ainsi dans le cas, fort improbable, où le gouvernement canadien décréterait un embargo contre une autre nation que le gouvernement américain refuserait de suivre, seule la corporation-mère canadienne en serait affectée. Du côté américain, les dispositions anti-boycott de l'EAA s'appliqueraient alors et la filiale serait requise de ne pas respecter l'embargo⁶⁶.

Dans le cas contraire d'un embargo décrété par le gouvernement américain et auquel le gouvernement canadien ne souscrirait pas, seule la filiale américaine serait touchée par cet embargo car celle-ci ne contrôle pas la corporation-mère au sens du TWEA ou de l'EAA.

1.6.3. La corporation canadienne importatrice de technologie américaine et exportatrice de produits à contenu de haute technologie

Dans le cas d'un embargo décidé par le Gouvernement américain et non suivi par le Gouvernement canadien, la corporation canadienne qui importe des technologies américaines en vue de la fabrication de produits à contenu de

65. Laurent COHEN-TANUGI, « Les juridiction américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques », (1983) *Revue critique de Droit international Privé* 213, p. 236. Voir aussi : Pierre VOGELZANG, « Foreign Sovereign Compulsion in American Antitrust Law », (1980) 33 *Stanford Law Review* 131.

66. *Export Administration Act of 1979*, Pub. L. n° 96-72, 93 Stat. 526, (1979), art. 8, codifié à 50 USC, APP. 2407.

haute technologie ou à valeur stratégique serait, ou pourrait être, touchée par ledit embargo.

En effet, au-delà du contrôle que les États-Unis entendent exercer sur leurs ressortissants, ils ont étendu les restrictions pour viser tant les biens corporels, tels équipements ou composantes d'équipement que les biens fabriqués à partir de données techniques américaines en vertu d'accords de licence. Ces mesures posent un problème intéressant de droit, à savoir le pouvoir d'un État d'exercer sa juridiction sur des biens qui ont quitté son territoire national.

Dans le contexte de l'affaire du gazoduc euro-sibérien, Bernard Audit explique :

Ces mesures étaient de deux ordres. En premier lieu, les personnes relevant de pays tiers ne pouvaient réexporter des équipements ou des composants d'équipements liés à l'exploitation du pétrole ou du gaz naturel s'ils étaient d'origine américaine, sans l'autorisation du gouvernement des États-Unis. En second lieu, personne aux États-Unis ou dans un pays étranger ne pouvait exporter ou réexporter à destination de l'U.R.S.S. des produits dans des installations construites en tout ou en partie sur la base de données techniques américaines, dès lors qu'un engagement écrit en ce sens était requis au moment où les données avaient été exportées, ou que l'utilisation des données techniques faisait l'objet d'un accord de licence avec une personne relevant de la souveraineté des États-Unis ou donnait lieu au versement d'une redevance à une telle personne, quel que soit le moment où les données avaient été exportées, ou encore que le bénéficiaire des données techniques avait accepté, dans un accord de licence ou toute autre convention, de respecter la réglementation américaine de contrôle des exportations. Il convient de rechercher si ces dispositions ne se heurtent pas à une limitation de compétence selon le droit international. Pour cela, on distinguera celle visant les biens corporels de celle qui se réfère à la technologie de source américaine.

a) *Disposition visant les biens corporels.* Une telle disposition semble parfaitement justifiable dans la mesure où l'État qui prétend interdire la réexportation exerce un tel contrôle au moment où les biens sont exportés. Elle paraît condamnable dès lors qu'elle prétend viser des biens qui ont quitté le territoire sans restriction. Cette limitation à la compétence internationale procède du principe selon lequel si un État a tout pouvoir de légiférer quant aux biens situés sur son territoire, il n'en a aucun quant aux biens situés à l'étranger. Ce principe, il faut cependant le rappeler, est fortement battu en brèche en matière de nationalisation, où l'on est amené à constater des cas d'admission tacite de patrimoine situés à l'étranger de sociétés nationalisées. Mais ceci se justifie implicitement par la reconnaissance de l'unité du patrimoine de l'entreprise nationalisée, dès lors que l'État d'accueil ne voit pas de raison de s'opposer à l'effet extra-territorial. S'agissant de marchandises vendues sans restriction à l'étranger, on ne voit nulle justification de cet ordre ; les biens ont définitivement échappé à la souveraineté de l'État d'où ils ont été exportés. [...]

b) *Disposition visant les données techniques d'origine américaine.* Dans cette hypothèse, les biens ont été fabriqués à l'étranger et ont avec les États-Unis un « lien technologique » tenant au processus de fabrication : lien direct, lorsque la

technologie intervient dans la fabrication elle-même ; indirect, lorsqu'elle est incorporée à l'unité de production. Ce lien technologique est cependant, selon les conditions prévues par le texte, complété par un lien volontaire. Ceci semble indiquer que le premier a paru insuffisant à l'État auteur de la norme pour fonder sa compétence. Si effectivement l'expression de « technologie américaine » fait image, elle ne définit pas un régime en droit international. Le principe de territorialité des brevets s'oppose en particulier à ce que même l'État où a été effectué le premier dépôt prétende édicter des mesures à portée extra-territoriale. Mais la question est ici de savoir si le lien volontaire prévu comme condition d'application de la norme est de nature à lui apporter une légitimité. À cet égard, il y a lieu de distinguer les trois cas prévus par la règle. On les envisagera par ordre croissant des critiques qui peuvent leur être adressées. Lorsque, selon le premier, le receveur de la technologie s'est engagé au moment de l'exportation à ne pas réexporter les produits obtenus à l'aide de la technologie, il se pliait à une norme que l'État américain avait compétence pour édicter. La situation apparaît la même que lorsque l'acheteur d'un bien corporel s'est engagé à ne pas réexporter celui-ci. Dans le troisième cas envisagé par la norme, le receveur de la technologie s'est engagé à respecter la réglementation américaine de contrôle des exportations. Une différence importante sépare cette situation de la précédente. Le receveur de la technologie souscrit un engagement « en blanc » : il doit respecter la réglementation américaine présente et à venir. La norme étatique imposant une telle stipulation dans les contrats d'exportation est contestable, car elle tend à faire du promettant un instrument d'exécution d'une politique étrangère dans son pays.⁶⁷

La sanction pour la corporation canadienne serait alors le retrait ou la suspension de la licence d'exportation de technologie américaine, ce qui la couperait évidemment de ses sources d'approvisionnement et également de ses entrées éventuelles sur cet important marché⁶⁸.

Aussi, dans l'état actuel des choses, et plus particulièrement en l'absence de jurisprudence ferme en la matière, il semble bien que la corporation canadienne n'aurait d'autre choix que d'utiliser la filière politique ou judiciaire pour régler son problème. À ce titre, nous pouvons déplorer que la levée des sanctions contre l'URSS en novembre 1982 n'ait pas permis aux tribunaux américains de trancher les arguments présentés par les procureurs de Dresser Industries concernant l'application « extra-territoriale » de l'embargo américain et l'effet des sanctions aux États-Unis.

67. AUDIT, *supra*, note 28, p. 421 à 424.

68. *Supra*, note 56, art. 11(c)(2)(a).

2. Le boycott arabe contre Israël

2.1. Le boycott arabe contre Israël : historique et nature

Dès sa naissance, l'État d'Israël s'est heurté à l'hostilité des nations arabes, qui lui ont d'ailleurs fait une guerre ouverte à quatre reprises⁶⁹.

En plus de ces guerres ouvertes ou larvées par des moyens terroristes ou autres, les États Arabes entretiennent une guerre commerciale permanente contre l'État hébreux. En effet, la Ligue Arabe, organisme regroupant les pays arabes⁷⁰, aussitôt créée en 1945, a commencé à boycotter les produits ou les citoyens juifs devenus, en 1948, israéliens. En 1951, la Ligue met sur pied, à Damas, le Bureau central pour le boycottage d'Israël. Dès lors, chaque pays arabe a adopté des lois pour boycotter Israël et le Bureau a pour tâche de coordonner ces mesures qui sont, toutefois, demeurées d'application assez inconsistante.

Par contre, le boycottage s'est raffiné et s'est raffermi avec les années de sorte qu'il affecte aujourd'hui la plupart des nations du monde en plus d'être devenu un enjeu de politique intérieure pour plusieurs d'entre elles. Nous constatons ce raffinement par le développement et l'application du concept du boycottage direct ou primaire, indirect ou à considération patrimoniale (secondaire ou tertiaire) ou à considération extra-patrimoniale⁷¹.

Le boycottage direct est dirigé directement contre Israël ou ses ressortissants par les États arabes.

Le boycottage à caractère patrimonial peut être secondaire ou tertiaire. Il est secondaire lorsqu'il vise des entreprises non-arabes et non-israéliennes qui maintiennent des liens d'affaires avec Israël ou ses ressortissants. Il est tertiaire lorsqu'il vise des entreprises non-arabes et non-israéliennes qui maintiennent des liens avec des entreprises affectées par le boycott secondaire.

Le boycottage à considération extra-patrimoniale concerne les entreprises qui ont des sympathies sionistes ou juives, qui sont sous le contrôle de telles

69. En 1948, 1956, 1967 et 1973.

70. *Pacte de la Ligue des États Arabes*, signé au Caire le 22 mars 1945 par la Syrie, la Transjordanie, l'Irak, l'Arabie Saoudite, le Liban, l'Égypte et le Yémen auxquels se sont joints notamment la Libye (1953), le Soudan (1956), la Tunisie (1958), le Maroc (1958), le Koweït (1961), l'Algérie (1962), la République Démocratique du Yémen (1967), Bahrein (1971), Qatar (1971), Oman (1971), les Émirats Arabes Unis (1971), la Mauritanie (1973), la Somalie (1974), la Palestine (1976) et Djibouti (1977). Toutefois, l'Égypte en a été exclu au lendemain de la signature des Accords de Camp David avec Israël (1979).

71. Nous empruntons cette typologie à Jean-Louis BISMUTH, *Le boycottage dans les échanges économiques internationaux au regard du droit*, Paris, Economica, 1980.

personnes ou ont des administrateurs, des actionnaires et même des employés juifs ou sionistes.

Le boycott s'est également raffermi à cause de la nouvelle puissance des États Arabes suite au premier, puis au deuxième choc pétrolier, en 1973 et en 1979. Les brusques hausses du prix du pétrole ont transformé plusieurs États Arabes de pays en déficit de capitaux en pays de surplus de capitaux. Ce nouvel état de fait a permis de développer considérablement les échanges commerciaux avec ces pays. Ainsi, les exportations canadiennes à destination des pays arabes ont augmenté de 1000 %, entre 1969 et 1974 et ils atteignaient en 1983, \$1,178,000,000. pour le Canada dont \$441,000,000. pour le Québec⁷².

Le problème est que chacun des contrats signés par ces pays contiennent des clauses de boycott contre Israël que l'entreprise cocontractante s'engage à respecter. L'effet direct de ces clauses a été de les faire transcrire dans les crédits documentaires au titre des conditions d'obtention du crédit. L'institution financière émettrice du crédit exige alors pour l'application du crédit un certificat dit « d'origine négative » attestant que l'opérateur n'est pas inscrit sur la « Liste noire du boycott d'Israël » ou n'est pas une filiale ou la maison-mère d'une société boycottée. Les banques, et en particulier les banques canadiennes, sont donc devenues partie prenante du boycott arabe contre Israël, car le défaut de respecter ces clauses est susceptible d'entraîner la nullité ou la non-entrée en vigueur du crédit documentaire. Le plus dramatique est que cette condition doit être respectée dans les contrats d'assurance-crédit à l'exportation, car les émetteurs de tels contrats sont en général des sociétés d'État⁷³.

Nous voyons bien pourquoi ces clauses de boycott sont devenues des enjeux de politique intérieure pour les États neutres dans le conflit israélo-arabe. À titre d'illustration, la Ligue Arabe mentionne sur la « Liste noire du boycott d'Israël » les entreprises visées par le boycott indirect. C'est ainsi qu'en 1977 plus de 140 entreprises canadiennes étaient inscrites sur cette liste⁷⁴.

De même, quelques conflits sont survenus concernant l'application du boycott et des décisions arbitrales ont eu à statuer sur le sujet. Dans l'affaire *Gotaverken v. Libyan General Maritime Transport Organisation* (G.M.T.O.),

72. Cité dans : LALONDE, *supra*, note 9, p. 84. Bureau de la Statistique du Québec, *Commerce International du Québec*, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1984.

73. La C.O.F.A.C.E. en France et la Société pour l'expansion des exportations (S.E.E.) au Canada.

74. Voir l'appendice 20 du *Rapport de la Commission sur la coercition et la discrimination économique*, présidée par le professeur Irwin COTLER, Montréal, Université McGill, 1977.

les parties avaient signé trois contrats de construction pour la livraison de trois navires-citernes de 153,700 tonnes métriques chacun. Ces contrats contenaient des clauses de boycott de l'État d'Israël. Aussi, les Libyens refusèrent de prendre livraison des navires alléguant que les clauses de boycott n'ont pas été respectées tandis que la corporation suédoise se justifiait au motif que la loi suédoise interdisait de telles clauses de boycott. Dans une décision rendue en 1978, les arbitres de la Chambre de commerce internationale ont considéré que la loi suédoise n'était pas applicable et, selon la preuve fournie, qu'il a été clairement convenu entre les parties que la partie suédoise n'aurait qu'à fournir un certificat à l'effet qu'aucun matériel ou équipement du vaisseau n'a été fait ou acheté en Israël. Ils ont alors jugé illégal que la partie libyenne exige un certificat ou d'autres documents visant une obligation plus lourde dans l'application des clauses du boycott. En conséquence,

As a consequence, the buyer had no ground to reject the vessels, in as much as its rejection was founded on the application of the Libyan boycott law. First, because the boycott law did not apply to the contracts and secondly, because the builder had fulfilled the only obligation he had accepted, with regards to the origin of materials and equipment, in furnishing contractual certificate.⁷⁵

Examinons donc la position des entreprises canadiennes face à cette problématique et à la lumière de la réponse que certains États ont donné à ce défi lancé à leur souveraineté.

Indiquons immédiatement que parmi les pays de l'O.C.D.E., seuls la France, les États-Unis et l'Ontario ont proposé des mesures législatives pour contrer le boycottage secondaire et tertiaire.

2.2. La réponse législative des États et la position des entreprises

2.2.1. La France

La France a réagi au boycott arabe en modifiant le *Code Pénal* par la *Loi du 7 juin 1977 (loi n° 77-574) portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* et notamment par l'ajout des articles 187-2 et 416-1 :

Art. 187-2: Les peines énoncées à l'article 187-1 sont également applicables à tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de Service Public qui, par son action ou son omission, aura contribué à rendre plus difficile l'exercice d'une quelconque activité économique dans des conditions normales :

75. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. VI, 1981, p. 137.

1. Par toute personne physique à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vrai ou supposé à une ethnie, une race ou une religion déterminée ;
2. Par toute personne morale à raison de son origine nationale, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vrai ou supposé, à une ethnie, une race ou une religion déterminée, de ses membres ou de certain d'entre eux, de ses dirigeants ou de certain d'entre eux.

Art. 416-1: Les peines énoncées à l'article 416 sont également applicable à quiconque aura, par son action ou son omission, et sauf motif légitime, contribuer à rendre plus difficile l'exercice d'une quelconque activité économique dans des conditions normales :

1. Par toute personne physique à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vrai ou supposé, à une ethnie, une race ou une religion déterminée ;
2. Par toute personne morale à raison de son origine nationale, de l'appartenance ou de sa non-appartenance, vrai ou supposé à une ethnie, une race ou une religion déterminée, de ses membres ou de certains d'entre eux.⁷⁶

L'article 32-III de la loi du 7 juin stipule ce qui suit :

Les dispositions des articles 187-2 et 416-1 du Code Pénal ne sont pas applicables lorsque les faits visés dans ces articles sont conformes à des directives du Gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique et commerciale ou en application de ses engagements internationaux.

Par la suite, le premier ministre a transmis l'Avis suivant relatif à l'application de l'article 32 aux organismes gouvernementaux :

En raison de la nécessité de rétablir l'équilibre du commerce extérieur et d'améliorer la situation de l'emploi en France par la recherche de nouveaux débouchés, le développement des exportations françaises est un objectif plus que jamais prioritaire.

Cette ligne est conforme aux orientations de la loi du 21 juillet 1976 portant approbation du VII^e Plan de développement économique et social, qui prévoit qu'il convient de (favoriser la pénétration des entreprises exportatrices sur de nouveaux marchés, principalement dans les pays producteurs de pétrole et en voie d'industrialisation du Moyen-Orient, de l'Asie du Sud-Est, de l'Amérique latine et certains pays d'Afrique).

Le développement rapide des exportations vers ces marchés est un objectif fondamental de la politique économique et commerciale du Gouvernement.

Il est donc précisé, en application du paragraphe III de l'article 32 de la loi de ces marchés entrent dans le cadre de la politique économique et commerciale du Gouvernement et sont donc conformes aux directives de celui-ci.

Il en résulte, en particulier, que les paragraphes I et II de l'article 32 susvisé ne sont pas applicables aux décisions d'octroi de la garantie de la Coface relatives aux contrats correspondants aux dites opérations commerciales.⁷⁷

76. Loi n° 77-574 du 7 juin 1977 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.
77. « Avis relatif à l'application de l'article 32 de la loi n° 77-674 du 7 juin 1977 », *Journal Officiel*, 24 juillet 1977, cité dans (1977) *Journal de Droit International* 959.

Suite à l'Avis du premier ministre, les sociétés Maxi-Librati Création et Womenstyl et le Mouvement de la liberté de commerce ont déposé devant le Conseil d'État des requêtes pour faire casser ledit Avis au motif de sa valeur discriminatoire.

Le Conseil d'État, dans une décision du 18 avril 1980, indique qu'il faut interpréter l'article 32-III de la loi de façon restrictive et que l'Avis du premier ministre, faute de précisions, a pour effet de retirer aux articles 187-2 et 416-1 la plus grande partie de leur portée. Le Conseil d'État a donc annulé ledit Avis⁷⁸.

Suite à ce jugement, le Gouvernement émit une nouvelle directive le 9 mai 1980, laquelle s'énonce ainsi :

I. Prolongeant les dispositions de la loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, l'article 32 de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 punit, en ses paragraphes I et II, de peines correctionnelles les agissements de ceux qui contribuent à rendre plus difficile l'exercice par une personne physique d'une quelconque activité économique dans des conditions normales à raison de son origine nationale ou de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée. Les mêmes peines s'appliquent à ceux qui entravent l'activité d'une personne morale pour des motifs analogues tenant à ses membres ou à ses dirigeants.

N'est donc en aucun cas admise dans les contrats l'inclusion de clauses restrictives fondées sur l'origine nationale, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion déterminée des personnes appelées à intervenir dans l'exécution de ces contrats au nom des exportateurs français, ou tendant à faire obstacle selon de tels critères aux relations économiques entre les exportateurs et d'autres entreprises françaises ou relevant de pays membres des communautés européennes.

II. La loi n° 77-574 du 7 juin 1977 ne mentionne pas les clauses visant les États ou des ressortissants et sociétés de ces États.

L'expression « origine nationale » ne vise pas de telles clauses. Son sens ne peut être en effet que celui qui lui est donné dans la Convention de New York du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, convention à laquelle la France a adhéré le 28 juillet 1971. Cette expression n'est pas synonyme de nationalité mais vise, parmi les nationaux d'un même État, la protection des minorités parfois appelées nationales et tend à prohiber toute discrimination entre ressortissants d'un même État à raison de la nation, au sens ethnique ou culturel, à laquelle ils appartiennent ou ont pu appartenir.

III. Le paragraphe III de l'article 32 de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 dispose que les paragraphes I et II ne sont pas applicables lorsque les faits qu'ils visent sont conformes à des directives du Gouvernement prises dans le cadre de sa politique économique ou commerciale ou en application de ses engagements internationaux.

78. Décision du Conseil d'État du 18 avril 1980 rapportée dans (1980) *Journal de droit international* 866, avec le commentaire de M. Pierre-Michel Eisemann.

Des clauses restrictives, pour autant qu'elles n'aient aucun caractère raciste, peuvent ainsi être admises dans certaines catégories d'opérations commerciales ou financières qui répondent à la politique économique et commerciale du Gouvernement. Cette politique a pour objectif essentiel d'assurer l'équilibre des échanges et des paiements extérieurs de la France, de remplir les obligations résultant des accords conclus par les communautés européennes ou des accords de coopération économique, commerciale, technique ou financière conclus par la France et de placer les entreprises françaises dans des conditions de concurrence autant que possible similaires à celles des autres pays des communautés européennes, conformément aux traités de Paris et de Rome.

Les opérations commerciales concernées portent sur les échanges agricoles, y compris ceux des produits des industries agro-alimentaires, les échanges de produits énergétiques et de matières premières minérales, les échanges de biens intermédiaires, de bien d'équipement et assimilés, de matériels de transport, de biens de consommation courante et d'équipement ménager.

Il en va de même pour les échanges de services et les opérations de banque et d'assurance liés au commerce extérieur, les opérations de grands travaux et de coopération technique ainsi que la participation de banques françaises à des émissions ou à des crédits internationaux.

D'autres directives pourront préciser la définition des catégories d'opérations prévues ci-dessus.⁷⁹

Toutefois, l'efficacité de ces articles a ses limites tel que l'indique un arrêt rendu à Paris le 8 novembre 1982.

Le délit prévu par l'article 32 de la loi du 7 juin 1977 ne serait être retenu à l'encontre d'un consultant « consulting engineers » du fait de l'insertion d'une clause de boycottage déposée par un gouvernement contractant dans les contrats internationaux auxquels il est partie, le consultant n'ayant formulé aucun conseil quant à l'opportunité ou aux modalités du boycottage et n'ayant pas été consulté sur une telle question de nature purement politique.⁸⁰

2.2.2. Les États-Unis

Le Congrès américain a également voulu intervenir à l'encontre du boycott arabe. C'est ainsi qu'en 1977, il adopte le *Export Administration Act Amendments of 1977*⁸¹. Dans ce texte, le législateur américain a d'abord constaté l'inapplicabilité pratique des amendements de 1965⁸² qui indiquaient

79. « Directive du 9 mai 1980 relative à l'application de l'article 32 de la loi n° 77-574 du 7 juin 1977 », publié au *Journal Officiel* du 10 mai 1980 et cité dans (1980) *Journal de Droit International* 738.

80. *Gazette du Palais* du 31 mars 1983 et rapporté par l'*Encyclopédie Juridique Dalloz*, mise à jour 1988, section droit pénal, p. 32.

81. US Pub. L. n° 95-52, 91 Stat. 235, (1977), codifié à 50 USC, APP. 2401 s.

82. Legislative History of Pub. L. n° 95-92, in US Code Congressional and Administrative News, (1977) 95th congress, 1st session, vol. I, p. 366.

que la politique des États-Unis s'opposait au boycott décrété par des pays étrangers contre d'autres pays qui entretenaient des liens d'amitié avec les USA et encourageaient les compagnies américaines à s'opposer à de tels boycotts. Toutefois, tout en agissant, les américains n'ont pas voulu mettre en péril leur position commerciale avec les pays arabes et leurs rôles de médiateur dans le conflit du Moyen-Orient.

C'est pourquoi, tout en condamnant la discrimination basée sur la religion, ils ne l'ont pas fait en ce qui concerne la nationalité. En pratique, on reconnaissait que le boycott primaire relevait de l'exercice de la souveraineté des pays arabes et seuls les boycotts secondaire ou tertiaire sont condamnés. Rappelons également que le EAA régleme le commerce international et inter-étatique ; aussi le commerce intra-étatique, relevant de la juridiction des États, n'est pas affecté. Par ailleurs, les dispositions « extra-territoriales » du EAA étendent les mesures anti-boycott aux « United States persons » tel que précédemment défini⁸³.

Dans ce contexte, certains États ont également adopté des lois anti-boycott. C'est ainsi que l'État de New York a décrété l'article 296(13) du *New York Human Rights Law*.

It shall be an unlawful discriminatory practices.

i) for any person to discriminate against, boycott or blacklist, or to refuse to buy from, sell to or trade with, any person, because of the race, creed, color, national origin or sex of such person, or of such person's partners, members, stockholders, directors, officers, managers, superintendants, agents, employees, business associates, suppliers or customers, or

ii) for any person willelly to do any act or refrain from doing any act which enables any such person to take such action.⁸⁴

Les États sont allés beaucoup plus loin que le texte fédéral qui a été accusé de mollesse et de laisser une trop grande place à l'influence arabe.

Les adversaires de cette loi d'État soutiennent, au contraire, que cette législation, basée sur la juridiction des droits civils appartenant aux États, a une portée sur les effets inter-étatiques de la discrimination et apparaît donc constitutionnellement sujette à caution. Ils soutiennent également que la « Supremacy Clause »⁸⁵ donne priorité à la législation fédérale. Par contre, certains États ont lié leur législation anti-boycott à leur compétence en matière de loi anti-trust intra-étatique. C'est le cas de la Californie, de la Floride, du Michigan, du Massachusetts, du Minnesota, de l'Ohio et de la

83. US Pub. L. n° 96-72, 93 Stat. 533 (1979), art. 16, codifié à 50 USC, App. 2415.

84. *New York Exec. Law* (McKinney Supp. 1980).

85. Constitution des États-Unis, art. VI, par. 2.

Caroline du Sud. Au contraire l'Illinois, le New Jersey et l'État de Washington ont adopté la même base légale que l'État de New York.

Enfin, comme plusieurs autres compromis, les dispositions anti-boycott de l'EAA, accusées de dissuader les entreprises à exporter, contiennent de nombreuses failles et le Gouvernement central a annoncé en 1981 son intention de ne pas mettre beaucoup d'effort pour les faire respecter⁸⁶.

Toutefois, cette politique a semblé évoluer si l'on en croit la nouvelle parue dans le journal *Le Soleil* du 26 mars 1988 :

Safeway, première chaîne de distribution alimentaire aux États-Unis, ayant des intérêts au Moyen-Orient, a accepté de payer une amende record de près de \$ 1 million US au gouvernement fédéral qui l'accuse d'avoir transgressé, au détriment d'Israël, les lois contre le boycottage, a annoncé hier le département du Commerce. Safeway a été accusé en juillet 1987 de nombreuses infractions à cette loi dans le cadre d'opérations de ses supermarchés en Arabie Saoudite et au Koweït, dont notamment le refus de faire des affaires avec des fournisseurs américains liés à Israël et figurant sur une liste noire établie par l'Arabie Saoudite.⁸⁷

2.2.3. Le Canada

Le Gouvernement du Canada, après avoir proposé le *Bill C-32*⁸⁸ qui contenait des dispositions anti-boycott, a préféré, après l'élection des conservateurs en 1979, se doter d'une politique globale vis-à-vis des pays arabes. Dans la foulée de l'enquête et du rapport Stanfield⁸⁹, provoqués par la levée de boucliers des pays arabes pour contrer une promesse électorale du premier ministre Joe Clark de déménager l'ambassade canadienne de Tel Aviv à Jérusalem, le Gouvernement a jugé plus sage de ne pas intervenir par voie législative.

La politique du Gouvernement canadien a donc été de désavouer le boycottage secondaire ou tertiaire mais de laisser les individus libres d'y consentir ou non. Aussi, le Gouvernement s'en est tenu à une directive de 1976 engageant ses agences et plus particulièrement la Société pour l'expansion des exportations à ne pas participer au boycott arabe. C'est ainsi que la S.E.E. inclut depuis ce temps un avenant anti-boycott dans ses contrats d'assurance ou de crédits à l'exportation. Cet avenant précise que l'assurance

86. Voir : Nina LAHOUD, « Federal and New York State anti-boycott Legislation : The preemption issue », (1982) 14 *International Law and Politics* 371.

87. Journal *Le Soleil*, 26 mars 1988.

88. Projet de loi intitulé *Loi sur les boycottages économiques étrangers et demandes*.

89. *Rapport final du représentant spécial du Gouvernement du Canada concernant le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1980, p. 19 à 27.

émise par la S.E.E. ne s'applique pas aux contrats ou opérations à l'égard desquels la partie étrangère :

- a) poserait des actes discriminatoires fondés sur la race, la nationalité, l'origine ethnique ou la religion ;
- b) refuserait de pratiquer la vente ou l'achat avec quelque entreprise ou personne canadienne que ce soit ;
- c) limiterait ses investissements commerciaux ou autres activités économiques dans un autre pays ;
- d) produirait un document (quelquefois appelé « certificat d'origine négatif ») dont les modalités confirment que certains biens ou services ne proviennent pas d'entreprises ou d'endroits donnés ;
- e) refuserait d'acheter des biens et services d'un autre pays ou de les vendre à un autre pays, étant entendu toutefois qu'un acheteur peut stipuler que l'entrée des biens et services provenant de pays précis autres que le Canada serait interdite si ces biens et services étaient importés directement.

Une vérification auprès de la S.E.E. nous indique que la plupart des pays arabes n'offrent pas d'objections à cet avenant et que les clauses de boycott font toujours l'objet d'une étude cas par cas⁹⁰.

En 1985, le Comité sénatorial permanent des affaires étrangères confirmait la pertinence de la directive du Gouvernement fédéral de 1976 en écrivant :

La principale sanction prévue dans les lignes directrices canadiennes est le retrait des services gouvernementaux, y compris le financement du contrat d'exportation en cause. [...] En fait, les sanctions fédérales constituent un mécanisme de dissuasion efficace contre la participation au boycottage, meilleur que celui de l'Ontario, les entreprises ontariennes pouvant facilement contourner l'obstacle en signant le contrat d'exportation dans une autre province que la leur.⁹¹

Le 9 novembre 1978, la Législature ontarienne adoptait *The Discriminatory Business Practice Act*⁹². L'article 2 de cette loi en définit clairement les objectifs :

The purpose and intent of this Act is to prevent discrimination in Ontario on the ground of race, creed, colour, nationality, ancestry, place of origin, sex or geographical location of persons employed in or engaging in business.⁹³

90. Entrevue téléphonique avec M. Jacques Lacasse du bureau de Montréal de la S.E.E., 29 janvier 1988.

91. COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *Rapport sur les relations du Canada avec les pays du Proche-Orient et l'Afrique du Nord*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985, p. 109.

92. O.S. 1978, c. 60 devenu R.S.O. 1980, c. 119.

93. O.S. 1978, c. 60, art. 2.

L'article 3 exclut du champ d'application de la loi les boycotts en matière de relations de travail et ceux décrétés en vertu d'une politique du Gouvernement du Canada ou de l'Ontario.

L'article 4 définit ce qu'est une pratique commerciale discriminatoire. Il vise les trois cas suivants :

1. A refusal to engage in business with a second person, where the refusal,
 - a) is on account of an attribute,
 - i) of the second person, or
 - ii) of a third person with whom the second person conducts, has conducted or may conduct business ; and
 - b) is a condition of the engaging in business of the person making the refusal and another person.
2. A refusal or failure to employ, appoint or promote a second person or a dismissal or suspension of a second person from employment, where the refusal, failure, dismissal or suspension,
 - a) is on account of an attribute,
 - i) of the second person, or
 - ii) of a third person with whom the second person conducts, has conducted or may conduct business ; and
 - b) is a condition of the engaging in business of the person making the refusal, failure, suspension or dismissal and another person.
3. Entering into a contract that includes a provision that one to the parties to the contract,
 - a) will refuse to engage in business with a second person ; or
 - b) will refuse of fail to employ or promote or will dismiss of suspend from employment a second person on account of an attribute of the second person or of a third person with whom the second person conducts, has conducted or may conduct business.⁹⁴

L'article 5 interdit les pratiques commerciales discriminatoires, la transmission d'information sur une autre personne en référence avec sa race, sa couleur, sa nationalité, son origine, son sexe, sa localisation géographique, etc., de même que l'exigence de certificat dit d'origine négative⁹⁵.

Enfin, l'article 16 édicte des pénalités allant jusqu'à 5,000.00 \$ pour une personne et 50,000.00 \$ pour une corporation pour toute infraction à la loi. De plus, tout administrateur, officier, dirigeant ou agent d'une corporation est présumé être partie à l'infraction sauf s'il s'y est opposé et donc passible des mêmes pénalités⁹⁶.

94. O.S. 1978, c. 60, art. 4.

95. O.S. 1978, c. 60, art. 5.

96. O.S. 1978, c. 60, art. 16.

Cette loi a reçu sensiblement la même critique qu'aux États-Unis. À ce sujet, Philippe V. Lalonde, après avoir émis des doutes sur la constitutionnalité de la loi, écrit :

The Discriminatory Business Practices Act is an unfortunate piece of legislation. [...] it is submitted that, notwithstanding the legislation has some value as a symbol or can be justified as a legitimate political tool to pressure the federal government, that the Act is a regrettable piece of legislation.⁹⁷

L'auteur prétend que l'Ontario se trouve, par cette loi, à prendre partie dans le conflit israélo-arabe, qu'elle définit une politique étrangère et qu'elle est incompétente pour ce faire. De plus, cette politique fait présumer que l'Ontario parle pour tout le Canada et constitue une atteinte sérieuse aux libertés civiles des citoyens, plus particulièrement au droit de protester par des mesures économiques.

Essentiellement, la loi vise à interdire le boycottage secondaire et tertiaire étant entendu que le boycott primaire relève de la souveraineté des pays arabes.

Encore là, M. Lalonde indique que les personnes ou organismes faisant pression pour qu'une entreprise boycotte le commerce avec un autre pays ne sont pas affectés par les dispositions de la loi. À titre d'exemple, un groupe de pression suggérant à une entreprise, suite au magouillage électoral, de boycotter le commerce avec Haïti ne serait pas poursuivi en vertu de la loi alors que l'entreprise le serait.

La loi est silencieuse sur le boycott de produits car elle ne s'attache qu'aux qualités des commerçants. Il serait alors possible de boycotter les vins d'Afrique du Sud sans pour autant enfreindre la loi. Aussi, nous partageons l'avis de M. Lalonde à l'effet que cette loi ne revêt qu'une valeur de symbole et que sa seule conséquence pratique est de nuire aux relations commerciales avec les pays arabes.

Ajoutons également que cette loi ne vise qu'une infraction commise en Ontario. Comme dans un contrat international, les parties ont la faculté de désigner la loi applicable, il suffirait à une entreprise ontarienne d'appliquer le boycott arabe en dehors de l'Ontario en vertu de la loi d'un État désigné qui ne désavoue pas le boycott.

Enfin, l'extra-territorialité de l'EAA ne saurait affecter l'entreprise canadienne filiale de compagnie américaine en vertu de la loi canadienne de blocage, tel que précédemment discutée. Mentionnons aussi que l'extra-territorialité dans ce cas ne peut jouer que si la mesure anti-boycott affecte le

97. LALONDE, *supra*, note 72, p. 104-105.

commerce américain. En conséquence, un contrat intervenu entre un pays arabe et une filiale canadienne n'affecterait pas le commerce américain.

Conclusion

L'expérience des années 1975 à 1983 a été riche en matières de boycott et d'embargo. En premier lieu, plusieurs analystes continuent de mettre en cause l'efficacité de ce type de mesure pour faire infléchir la politique d'un pays aussi puissant que l'URSS.

En second lieu, ces sanctions économiques ont créé beaucoup de tensions entre les alliés occidentaux et ce, au plus grand plaisir de la nation boycottée, l'URSS. La principale source de ces controverses concerne l'extra-territorialité des lois américaines. Bien que n'étant pas nouvelle, cette notion d'extra-territorialité a été vivement contestée dans l'affaire du gel des avoirs iraniens et celle du gazoduc euro-sibérien.

Une application trop rigoureuse de l'effet « extra-territorial » a entraîné des mesures de rétorsion dans les pays occidentaux et notamment par l'adoption des lois dites « de blocage ». La mise en marche du processus prévu par ces législations ne peut que conduire immédiatement à un conflit de lois que les tribunaux ne peuvent trancher clairement, au plus grand désavantage des justiciables eux-mêmes.

En 1985, lors de la reconduction de l'EAA, d'abord prévue en 1983, le législateur américain était confronté à trois écoles de pensée : les tenants du statu-quo, les tenants de l'abolition de l'effet « extra-territorial » (et notamment les gouvernements étrangers)⁹⁸ et ceux qui voulaient limiter les pouvoirs du président en matière de contrôle des exportations ou de technologies qui sont disponibles ailleurs dans le monde et de protection des contrats pré-existants.

Finalement, le Congrès a adopté, après de longs débats, l'*Export Administration Amendments Act of 1985*. Cette loi a opté pour la dernière thèse tout en renforçant les pouvoirs du COCOM en matière d'exportation de matériel à faible technologie et du président en ce qui concerne le matériel ou la technologie fournie à une filiale ou à un client en vue de la réexportation⁹⁹. Aussi, le problème de l'extra-territorialité de ces contrôles, qu'a mis en lumière l'affaire du gazoduc euro-sibérien, demeure entier.

98. Voir Harold H. TITTMANN, « Extraterritorial Application to U.S. Export Control Laws on Foreign Subsidiaries of U.S. Corporation: An American Lawyer's from Europe », (1982), *International Lawyer* 730.

99. Pub. L. n° 99-64, 99 Stat. 120, (1985), codifié à 50 USC, APP. 2401 s. Voir aussi: Dean L. OVERMAN, « Reauthorization of the Export Administration Act: Balancing Trade Policy with National Security », (1985) 17 *Law and Policy in International Business* 325.

Ainsi que le soulignait le professeur Demaret, l'application « extra-territoriale » des lois est à la fois un problème de droit et de diplomatie :

Droit ou diplomatie? La réponse est droit et diplomatie. À court terme, les diplomates doivent prendre le relai des tribunaux et des législateurs qui, les uns aux États-Unis, les autres en Europe, ont parfois traité les questions relatives à l'application extraterritoriale des lois comme un match de ping-pong, sinon de boxe. Mais à plus long terme, la solution des conflits passe par la coordination et l'harmonisation des lois économiques et des lois de procédures des États-Unis et des États européens.

En attendant ces développements, un souhait : que les États appliquent leurs lois respectives avec diplomatie. Mais nous quittons là le droit pour la politique.¹⁰⁰

Dans un autre cas de figure, à savoir le boycott arabe contre Israël, plusieurs gouvernements occidentaux ont réagi pour enrayer l'insidieux piège que constitue le boycott secondaire et tertiaire. Ils y étaient entraîné bien malgré eux par les règles générales du commerce international et notamment le crédit documentaire et l'assurance-crédit à l'exportation.

Fidèles à eux-mêmes, les Américains ont adopté une législation dite « anti-boycott » comportant des effets « extra-territoriaux ». Au Canada, seule l'Ontario a légiféré en suivant les mêmes principes d'intervention que les Américains. L'expérience a toutefois prouvé la valeur symbolique de ces législations et leur relative inefficacité.

En conséquence, il n'y avait certainement pas lieu pour le Gouvernement du Canada ou celui du Québec de suivre la voie tracée par l'Ontario. Toutefois, leur désaveu du boycott au niveau de leurs ministères ou agences semble beaucoup plus efficace.

Pour l'avenir, il serait souhaitable que la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* soit amendée afin de protéger les contrats pré-existants et, éventuellement, indemniser les victimes du boycott en créant des mécanismes d'évaluation des préjudices, comme dans la législation de la République Fédérale d'Allemagne¹⁰¹.

Les crises successives ont mis à rude épreuve la cohésion du COCOM. Aussi, les alliés occidentaux auraient certainement avantage à repenser l'efficacité des mesures de boycott et leur application. Un meilleur consensus sur le déclenchement de ces sanctions permettrait certainement d'atteindre les objectifs fixés en tenant compte de la puissance économique des pays européens et l'importance de leur commerce avec les pays de l'Est.

100. Paul DEMARET, « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : une question de droit ou de diplomatie? », (1985) 21 *Revue trimestrielle de Droit Européen* 1, p. 39.

101. Voir Werner HEIN, « Economic Embargoes and Individual Rights under German Law », (1983) 15 *Law and Policy in International Business* 401.