

PORTÉE MONDIALE ET EMPRISE LOCALE : L'INTERPRÉTATION DE LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION

par

Steve Coughlan
Robert J. Currie
Hugh M. Kindred
Teresa Scassa

Dalhousie Law School

Préparé pour la Commission du droit du Canada
Le 23 juin 2006

Ce document a été préparé pour la Commission du droit du Canada. Les points de vue exprimés sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement ceux de la Commission. L'exactitude de l'information contenue dans ce document est l'unique responsabilité de l'auteur.

Table des matières

REMERCIEMENTS

LES AUTEURS

RÉSUMÉ

I. INTRODUCTION	1
II. LES INSTRUMENTS D'ANALYSE ET LES PRATIQUES EXTRATERRITORIALES ACTUELLES.	5
A. Définitions, distinctions et dichotomies	5
1. Définition de la compétence	5
2. Territorialité et extraterritorialité : l'existence et l'exercice de la compétence en droit national et en droit international	6
3. Pouvoirs prescriptifs, judiciaires et exécutifs.....	10
B. La mécanique d'une mesure extraterritoriale	12
1. Le but d'une mesure extraterritoriale	12
2. La compétence extraterritoriale.....	14
C. Les moyens de prendre une mesure extraterritoriale.....	16
1. Introduction : les facteurs qui influent sur le choix des moyens.....	16
2. Les moyens dont le Canada dispose pour étendre sa compétence à l'extérieur de son territoire.....	17
3. La réponse du Canada à une revendication extraterritoriale excessive	30
III. LA JUSTIFICATION POLITIQUE D'UNE MESURE EXTRATERRITORIALE	35
A. La réglementation d'une conduite extraterritoriale ayant un lien étroit avec le Canada.....	36
B. Le contrôle de l'image du Canada.....	37
C. L'évitement des territoires sans loi	38
D. La mise en œuvre d'accords internationaux concernant certaines infractions	39
IV. LES PRINCIPAUX SUJETS DE PREOCCUPATION ACTUELS : ETUDES DE CAS	40
A. L'extraterritorialité et l'Internet	40
1. La territorialité dans le contexte de l'Internet	43
2. Le pouvoir législatif et prescriptif et l'Internet.....	48
3. La mise en œuvre de traités, d'autres accords internationaux et de la coopération internationale	51
B. La protection des renseignements personnels.....	52
C. Les droits de la personne	58
D. La concurrence sur le marché	64
V. CONCLUSION : POUR UN CADRE ANALYTIQUE DE DECISION EN MATIERE DE MESURES EXTRATERRITORIALES	68
A. Le chemin parcouru	68
B. La force exécutoire : le critère clé.....	69
C. La construction de l'extraterritorialité : cadre analytique	78
D. La voie à suivre?.....	84
BIBLIOGRAPHIE	90

Remerciements

Les auteurs désirent remercier Lee Seshagiri de son aide inestimable à la recherche juridique, ainsi que Lynda Corkum, du Law and Technology Institute de la Dalhousie Law School, de son soutien administratif.

Les auteurs

Steve Coughlan, LL.B. (Université Dalhousie), Ph.D. (Université de Toronto) et membre du Barreau de la Nouvelle-Écosse, est professeur de droit à l'Université Dalhousie de Halifax, en Nouvelle-Écosse. Il enseigne principalement le droit pénal. Il est un des directeurs de publication des *Criminal Reports*, du cyberbulletin sur le droit criminel de l'Institut national de la magistrature et du *Bulletin IT.Can* de l'Association canadienne du droit des technologies de l'information; il est également coauteur de l'*Annual Review of Criminal Law* de Carswell et du manuel *Learning Canadian Criminal Law* (10^e éd.). Il a gagné plusieurs prix d'enseignement, dont le Prix d'excellence dans l'enseignement de la Dalhousie Alumni Association (2004) et le Prix de distinction dans l'enseignement de l'Association of Atlantic Universities (2005).

Robert J. Currie, LL.B. (Université Dalhousie), LL.M. (Université d'Édimbourg) et membre du Barreau de la Nouvelle-Écosse, est professeur adjoint de droit à l'Université Dalhousie de Halifax, en Nouvelle-Écosse. Il enseigne le droit criminel international, la défense des intérêts internationaux, la preuve et la procédure civile. Il est le coauteur de la plus récente édition d'*International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, le principal manuel canadien de droit public international. Le professeur Currie est un spécialiste du domaine du droit criminel international et transnational; il a également publié des articles et des commentaires sur des sujets variés, dont la preuve civile et criminelle, le droit de la responsabilité civile délictuelle, le droit et la technologie, le droit municipal, de même que la responsabilité professionnelle dans le secteur de la santé.

Hugh M. Kindred, LL.B. (Université de Bristol), LL.M. (Universités de Londres et de l'Illinois) et membre des Barreaux de l'Angleterre et de la Nouvelle-Écosse, est professeur de droit à l'Université Dalhousie de Halifax, en Nouvelle-Écosse, où il enseigne le droit international, le droit des affaires et le transport maritime. Il a également travaillé pour la CNUCED à Genève et enseigné à l'Université de Sydney, en Australie. Il a publié de nombreux écrits; il est notamment codirecteur de publication (avec Phillip Saunders) et coauteur d'*International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, qui en est à sa 7^e édition (2006), ainsi que du supplément documentaire et du site Web d'accompagnement. En 2003, l'Association canadienne des professeurs de droit a décerné au professeur Kindred son Prix pour l'excellence universitaire.

Teresa Scassa, LL.B./B.C.L. (Université McGill), LL.M., S.J.D. (Université du Michigan) et membre du Barreau de la Nouvelle-Écosse, est professeure de droit à l'Université Dalhousie de Halifax, en Nouvelle-Écosse. Elle enseigne la propriété et la propriété intellectuelle et est directrice du Law and Technology Institute. Elle est coéditrice du *Canadian Journal of Law and Technology* et du *Bulletin IT.Can*. Elle est coauteure d'*Electronic Commerce and Internet Law in Canada* (CCH Canadian, 2004) et l'auteure d'une foule d'autres publications sur la propriété intellectuelle et le droit des technologies de l'information.

Résumé

La portée du droit national va souvent plus loin que son emprise. Le Canada, comme les autres pays, a un pouvoir légal effectif sur son territoire et sur tout ce qu'il contient. Cependant, le processus de mondialisation actuel a entre autres conséquences que les intérêts canadiens ne sont plus exclusivement confinés à l'intérieur des frontières nationales. Le Canada considère donc de plus en plus nécessaire d'envisager d'affirmer la compétence de ses lois au-delà de ses frontières. Cette allégation d'un droit de regard du Canada à l'extérieur de son territoire risque de susciter une vive opposition de la part d'autres pays, qui pourraient considérer que le Canada tente d'intervenir sur leur propre territoire et de s'ingérer dans leurs affaires intérieures. De même, d'autres États qui subissent les mêmes pressions de la mondialisation pourraient tenter d'appliquer leurs lois, leurs décrets et les ordonnances de leurs tribunaux sur le territoire du Canada, où ils susciteront vraisemblablement la même indignation. Pourtant, la croissance rapide du volume et de la diversité des interactions transnationales entre personnes, activités et événements qui constitue le moteur de la mondialisation rend inévitable l'application extraterritoriale de pouvoirs légaux nationaux. Il y a donc lieu d'examiner et d'évaluer la portée, les moyens et l'efficacité des mesures extraterritoriales.

Le présent document établit un cadre analytique à mettre en œuvre pour répondre à l'ensemble de questions complexes et indissociables qui se posent lorsque le Canada est confronté au problème de savoir s'il doit prendre une mesure extraterritoriale. Ce cadre prend en compte les contextes factuels très variés où la question de l'extraterritorialité peut se poser.

Le document établit une distinction à savoir quand le Canada peut adopter une mesure extraterritoriale et quand il devrait opter pour une telle mesure afin de mettre en œuvre un objectif de ses politiques. Ces questions suscitent elles-mêmes d'autres considérations : i) une question nationale d'ordre légal, à savoir quand les tribunaux (ou organismes administratifs) canadiens reconnaîtront et mettront en œuvre les prétentions extraterritoriales du Parlement ou des corps législatifs; ii) un problème de droit international, à savoir quand d'autres États reconnaîtront et appuieront les prétentions qu'aurait le Canada de prendre des mesures extraterritoriales; iii) enfin, une question purement pratique, à savoir si la prétention que le Canada pourrait avoir de prendre une mesure extraterritoriale aura force d'exécution.

La notion de « mesure extraterritoriale » n'est elle-même pas exempte d'ambiguïté; le sens en est analysé dans ce document. Certaines mesures législatives ou judiciaires ayant un impact ou une influence au-delà des frontières géographiques du Canada ne devraient quand même pas être considérées comme de véritables mesures « extraterritoriales », parce qu'elles n'ont que des effets concomitants. De plus, dans ce contexte, même le mot « mesure » nécessite des précisions. De toute évidence, un gouvernement prend une « mesure » quand il adopte une législation prohibitive. Cependant, beaucoup d'autres solutions s'offrent aussi aux gouvernements qui cherchent à infléchir le comportement d'acteurs au pays ou à l'étranger; par conséquent, il y a également lieu d'examiner les moyens d'action auxquels le Canada pourrait recourir à l'extérieur de son territoire.

Les parties II et III du document établissent une série de distinctions qui visent à définir clairement les instruments d'analyse nécessaires pour comprendre les diverses aspects indissociables de l'extraterritorialité. On y examine les problèmes de compétence, en faisant la distinction entre la compétence territoriale et la compétence extraterritoriale; sont également définies et analysées les notions de pouvoirs législatifs/prescriptifs, de pouvoirs exécutifs/d'exécution, de pouvoirs judiciaires/décisionnels et de pouvoirs d'enquête. Le document se tourne ensuite vers la mécanique des mesures extraterritoriales, y compris la capacité d'infléchir le comportement des particuliers, sociétés ou autres États et les diverses

capacités des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux à cet égard. Cette analyse est suivie d'une étude des types de mesures extraterritoriales où se distinguent : i) l'impact extraterritorial sans mesure extraterritoriale; ii) la mesure extraterritoriale unilatérale; iii) la mesure extraterritoriale multilatérale; y sont également abordées les réponses du Canada aux revendications extraterritoriales d'autres pays. Le document se penche ensuite sur les principales justifications sur le plan des politiques qui, par le passé, ont motivé le Canada à prendre des mesures extraterritoriales. Cet aspect du document est centré sur le droit criminel, car c'est le domaine où le Canada a les plus solides antécédents d'action (ou d'inaction) extraterritoriale et où, par conséquent, les leçons du passé sont les plus claires. Cette analyse dégage les motivations extraterritoriales justifiant la réglementation d'une conduite outre-frontières ayant des liens étroits avec le Canada, la maîtrise par le Canada de son image publique, l'évitement des territoires sans loi et la mise en œuvre d'accords internationaux concernant certaines infractions.

Les parties IV et V examinent dans quelle mesure, si tel est le cas, ces distinctions et les leçons du passé sont garantes de l'avenir. La partie IV présente quatre « études de cas » portant sur des domaines du droit qui soulèvent des problèmes nouveaux et complexes où pourraient intervenir des enjeux différents de l'approche essentiellement prohibitive du droit criminel. On y traite plus particulièrement des défis que posent les questions extraterritoriales qui concernent i) le réseau Internet; ii) la protection des renseignements personnels, iii) les droits de la personne et iv) les marchés concurrentiels. La partie V regroupe tous les aspects de l'extraterritorialité envisagés au fil du document. En conclusion, elle propose un cadre analytique pratique fait de diverses questions et observations et de leurs interactions mutuelles à prendre en compte dans toute circonstance où se pose la question fondamentale de savoir si et quand le Canada « devrait » prendre une mesure extraterritoriale pour atteindre les objectifs visés par ses politiques.

PORTÉE MONDIALE ET EMPRISE LOCALE : L'INTERPRÉTATION DE LA COMPÉTENCE EXTRATERRITORIALE À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION

I. INTRODUCTION

La portée du droit national va souvent plus loin que son emprise. Le Canada, comme les autres pays, a un pouvoir légal effectif sur son territoire et sur tout ce qu'il contient. Cependant, le processus de mondialisation actuel a entre autres conséquences, pour le meilleur ou pour le pire, que les intérêts canadiens ne sont plus exclusivement confinés à l'intérieur des frontières nationales. Le Canada considère donc de plus en plus nécessaire d'envisager d'affirmer la compétence de ses lois au-delà de ses frontières. Cette allégation d'un droit de regard du Canada à l'extérieur de son territoire risque de susciter une vive opposition de la part d'autres pays, qui pourraient considérer que le Canada tente d'intervenir sur leur propre territoire et de s'ingérer dans leurs affaires intérieures. De même, d'autres États qui subissent les mêmes pressions de la mondialisation que le Canada pourraient tenter d'appliquer leurs lois, leurs décrets et les ordonnances de leurs tribunaux sur le territoire du Canada, où ils se heurteront vraisemblablement à la même indignation. Pourtant, la croissance rapide du volume et de la diversité des interactions transnationales entre personnes, activités et événements qui constitue le moteur de la mondialisation rend inévitable l'application extraterritoriale de pouvoirs légaux nationaux. Il y a donc lieu d'examiner et d'évaluer la portée, les moyens et l'efficacité des mesures extraterritoriales.

Le problème des mesures extraterritoriales prises par le Canada est complexe; il ne se réduit pas à une seule question. Au contraire, il met en jeu un ensemble de questions

indissociables dont chacune soulève à son tour plusieurs problèmes. Le présent document ne tente donc pas de répondre à une question unique; il établit plutôt un cadre analytique à mettre en œuvre pour répondre à la « question de l'extraterritorialité » dans les contextes factuels très variés où elle peut se poser.

Pour commencer, il est utile d'établir une distinction entre les questions de savoir quand le Canada peut adopter une mesure extraterritoriale et quand il devrait opter pour une telle mesure. Chacune de ces questions nécessite à son tour certaines précisions. La question de savoir si le Canada « peut » adopter une mesure extraterritoriale soulève au minimum les enjeux suivants : i) une question nationale d'ordre légal, à savoir quand les tribunaux (ou organismes administratifs) canadiens reconnaîtront et mettront en œuvre les prétentions extraterritoriales du Parlement ou des corps législatifs; ii) un problème de droit international, à savoir quand d'autres États reconnaîtront et appuieront les prétentions qu'aurait le Canada de prendre des mesures extraterritoriales; iii) enfin, une question purement pratique, à savoir si la prétention que le Canada pourrait avoir de prendre une mesure extraterritoriale aura force d'exécution. De même, la question de savoir si le Canada « devrait » prendre une mesure extraterritoriale soulève diverses considérations : i) quelles considérations pourraient inciter le Canada à adopter des lois ayant un effet à l'extérieur de son territoire; ii) quelles considérations relatives aux relations internationales devraient militer pour ou contre l'adoption de mesures extraterritoriales par le Canada; iii) enfin, en relation avec la question précédente, quelle attitude le Canada devrait adopter à l'endroit des autres États qui adoptent des mesures extraterritoriales applicables sur le territoire de compétence du Canada. Dans ce document, nous n'aborderons pas la question du « devoir » sous l'angle des résultats stratégiques qui pourraient motiver l'adoption d'une mesure extraterritoriale, car cette question s'adresse aux responsables des orientations politiques nationales. Nous examinerons plutôt les moyens de déterminer si le Canada « devrait » adopter des mesures extraterritoriales afin de mettre en œuvre les choix établis par ses politiques, quels qu'ils soient.

Toutes ces questions s'articulent sur une compréhension relativement précise de ce qu'est une « mesure extraterritoriale »; or, cette expression elle-même n'est pas exempte d'ambiguïté. Certaines mesures législatives ou judiciaires ayant un impact ou une influence au-delà des frontières géographiques du Canada ne devraient quand même pas être considérées comme de véritables mesures « extraterritoriales », parce qu'elles n'ont que des effets concomitants. De plus, dans ce contexte, même le mot « mesure » nécessite des précisions. De toute évidence, un gouvernement prend une « mesure » quand il adopte une législation prohibitive. Cependant, beaucoup d'autres solutions s'offrent aussi aux gouvernements qui cherchent à infléchir le comportement d'acteurs au pays ou à l'étranger; par conséquent, il y a également lieu d'examiner les moyens d'action auxquels le Canada pourrait recourir à l'extérieur de son territoire.

En termes généraux, nous procéderons en deux étapes. Dans la première (parties II et III), nous établirons une série de distinctions qui visent à définir clairement les instruments d'analyse nécessaires pour comprendre les divers aspects indissociables de l'extraterritorialité que nous avons vus plus haut. Nous examinerons les problèmes de compétence, en faisant la distinction entre la compétence territoriale et la compétence extraterritoriale; nous définirons et analyserons également les notions de pouvoirs législatifs/prescriptifs, de pouvoirs exécutifs/d'exécution, de pouvoirs d'enquête et de pouvoirs judiciaires/décisionnels. Nous nous tournerons ensuite vers la mécanique des mesures extraterritoriales, y compris la capacité d'infléchir le comportement des particuliers, sociétés ou autres États et les diverses capacités des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux à cet égard. Cette analyse sera suivie d'une étude des types de mesures extraterritoriales où se distingueront : i) l'impact extraterritorial sans mesure extraterritoriale; ii) la mesure extraterritoriale unilatérale; iii) la mesure extraterritoriale multilatérale. Dans le cadre de cette analyse, nous aborderons également les réponses du Canada aux revendications extraterritoriales d'autres pays. Enfin, nous terminerons cette première étape en examinant les principales justifications sur le plan

des politiques qui, par le passé, ont motivé le Canada à prendre des mesures extraterritoriales. Cet aspect de notre étude sera centré sur le droit criminel, car c'est le domaine où le Canada a les plus solides antécédents d'action (ou d'inaction) extraterritoriale et où, par conséquent, les leçons du passé sont les plus claires. Dans cette analyse, nous dégagerons les motivations extraterritoriales justifiant la réglementation d'une conduite outre-frontières ayant des liens étroits avec le Canada, la maîtrise par le Canada de son image publique, l'évitement des territoires sans loi et la mise en œuvre d'accords internationaux concernant certaines infractions.

Au cours de la deuxième étape de notre étude (parties IV et V), nous examinerons dans quelle mesure, si tel est le cas, ces distinctions et les leçons du passé sont garantes de l'avenir. Cet examen prendra la forme de quatre « études de cas » portant sur des domaines du droit qui soulèvent des problèmes nouveaux et complexes où pourraient intervenir des enjeux différents de l'approche essentiellement prohibitive du droit criminel. Nous y traiterons plus particulièrement des défis que posent les questions extraterritoriales qui concernent i) le réseau Internet; ii) la protection des renseignements personnels, iii) les droits de la personne et iv) les marchés concurrentiels. Pour terminer, nous tenterons de tirer quelques conclusions. Il ne s'agira pas de conclusions précises sur ce que le Canada devrait faire ou éviter au juste, car les questions sont trop complexes pour qu'on puisse y donner des réponses toutes faites. Nos conclusions prendront plutôt la forme d'un cadre analytique fait de diverses questions et observations et de leurs interactions mutuelles à prendre en compte dans toute circonstance où se pose la question fondamentale de savoir si le Canada « devrait » prendre une mesure extraterritoriale.

II. LES INSTRUMENTS D'ANALYSE ET LES PRATIQUES EXTRATERRITORIALES ACTUELLES

A. Définitions, distinctions et dichotomies

1. Définition de la compétence

Le terme « compétence » (*jurisdiction* en anglais) a des sens multiples et multicouches selon le contexte où on l'utilise. Généralement parlant, ce terme [TRADUCTION] « décrit l'étendue de la compétence légale qu'a un État ou une autre autorité de réglementation [...] d'établir des règles de conduite, de les appliquer et de les faire respecter par des personnes¹ ». À l'échelon national, la compétence est la capacité qu'a l'État, par ses pouvoirs législatifs, exécutifs ou judiciaires, d'exercer son autorité sur les personnes, les lieux et les objets.

Cependant, toute analyse de l'extraterritorialité engage nécessairement la capacité qu'a l'État d'exercer son autorité par des moyens qui font intervenir et touchent des personnes, des lieux et des objets situés à l'extérieur de ses frontières. Dans le système judiciaire international, l'État est essentiellement une entité territoriale et chaque État jouit d'une entière compétence et d'un contrôle exclusif sur son territoire². Toute loi par laquelle un État exerce un pouvoir à l'extérieur de ses frontières a nécessairement des implications sur les intérêts d'autres États. C'est manifestement le cas lorsque la loi en question est préjudiciable au territoire ou aux citoyens d'un État étranger, ce qui engage très directement les intérêts du second État. C'est également vrai, cependant, même pour des régions comme la haute mer ou l'espace. Comme aucun État n'a de compétence pleine et entière sur ces régions, tous les États ont au moins un intérêt conceptuel à réglementer la façon d'agir de n'importe quel État, de manière à protéger leurs propres intérêts.

En conséquence, nous devons examiner plus particulièrement la compétence au sens du droit international, ce qui appelle un certain nombre de concepts et relations variés. Surtout,

¹ V. Lowe, « Jurisdiction », dans M. Evans (dir.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 329.

² Voir, d'une façon générale, Hugh M. Kindred et Phillip M. Saunders (dir.), *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7^e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2006 (« Kindred »), chapitre 2.

la compétence en droit international [TRADUCTION] « reflète les principes de base de la souveraineté de l'État, l'égalité des États et la non-ingérence dans les affaires intérieures³ ». Comme nous le verrons dans la prochaine section, il s'agit d'une notion fondamentale qui donne aux États une base légale pour trier ce que chacun peut ou ne peut pas faire, notamment à l'extérieur de ses frontières.

2. Territorialité et extraterritorialité : l'existence et l'exercice de la compétence en droit national et en droit international

Une étape cruciale de l'examen de l'exception que constitue la compétence extraterritoriale consiste à comprendre sa relation avec la règle de la compétence territoriale. La compétence pleine et entière qu'a un État sur son territoire et sur toute personne ou objet qui s'y trouve est une fonction de la souveraineté de l'État. Ainsi, le territoire du Canada est le lieu où les autres États ne peuvent pas agir souverainement, du moins pas sans la permission du Canada. Comme les autres États sont également souverains, il s'ensuit que dès que l'exercice d'un pouvoir par le Canada a une incidence à l'extérieur de ses frontières, il fait face à des restrictions.

Le droit international concernant l'exercice de leur compétence par les États peut s'exprimer simplement : l'exercice par un État de ses pouvoirs souverains ne peut empiéter sur la souveraineté d'un autre État. Voilà un énoncé facile à dire, mais d'application nébuleuse et nuancée vu la complexité de juger où se trouve la limite. Le point de conflit central correspond aux situations de *compétence concurrente*, où deux ou plusieurs États ont le droit d'exercer une certaine compétence sur une question donnée.

Le règlement de ces conflits peut se faire de deux façons. Premièrement, les États peuvent s'entendre à savoir où se situe la compétence principale, cas par cas. Par exemple, si un citoyen français commet un meurtre au Canada, la France pourrait demander à exercer sa compétence sur son ressortissant. Cependant, elle s'en remettra vraisemblablement au

³ M. Shaw, *International Law*, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 572.

Canada, qui est l'État où le meurtre a été commis et où se trouvent probablement tous les éléments de preuve, en plus d'être le plus lésé des deux États. Le simple fait pour un État d'avoir la compétence théorique sur une question ne signifie pas nécessairement qu'il ait le moindre intérêt à l'exercer.

Deuxièmement, en droit international, on a élaboré divers principes de compétence afin de permettre aux États d'atténuer le conflit qui pourrait résulter d'allégations de compétence concurrentes. Ce système d'« affectation des compétences⁴ » est une excroissance directe de la nécessité de gérer les relations entre États; malgré son caractère normatif, il est plutôt fonctionnaliste dans la pratique. Comme l'a écrit le professeur Brownlie, [TRADUCTION] « la suffisance des raisons de la compétence est une question que l'on considère normalement en relation avec les droits d'autres États et non en tant que question de compétence fondamentale⁵ ».

Le point de départ, bien entendu, est le *principe territorial*, qui fait de la souveraineté territoriale telle que nous l'avons définie plus haut une notion juridictionnelle fondamentale⁶. Il est généralement accepté qu'un État puisse affirmer sa compétence sur son territoire, y compris les eaux territoriales, les eaux intérieures, l'espace aérien et certaines zones maritimes. Dans le contexte de la compétence en matière pénale, deux sous-catégories de la territorialité ont été mises de l'avant : la *territorialité subjective*, par laquelle un État a la compétence sur un acte criminel qui se produit ou, à tout le moins, qui débute sur son territoire tout en ayant des conséquences sur un autre État, et la *territorialité objective*, par laquelle un État a la compétence sur un acte qui a débuté dans un autre État mais se termine dans le premier.

⁴ R. Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994 (« Higgins »), p. 56.

⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003 (« Brownlie »), p. 297-298.

⁶ Cette analyse des principes juridictionnels est tirée en partie de Robert J. Currie et Steve Coughlan, « Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Bigger Picture or Smaller Frame? », *Canadian Criminal Law Review*, vol. 10 (2006) (à paraître) (« Currie et Coughlan »).

Comme la territorialité est le point de départ, il s'ensuit que les autres principes de compétence sont extraterritoriaux. Voici les quatre principes qui se sont acquis une certaine acceptation en droit international :

a) Le principe de nationalité

Un État peut affirmer sa compétence sur les actes de ses ressortissants, où qu'ils aient lieu. Ce principe est invoqué plus souvent par les pays de droit civil que par les pays de common law, mais il a un statut égal à celui de la territorialité en tant que motif de compétence universellement tenu pour valable.

b) Le principe de protection

Un État peut affirmer sa compétence [TRADUCTION] « sur des actes commis à l'étranger qui sont préjudiciables à sa sécurité, à l'intégrité de son territoire et à son indépendance politique⁷ ». On pense par exemple à la trahison, à l'espionnage et à la contrefaçon de la monnaie de l'État.

c) Le principe de l'universalité

Un État peut affirmer sa compétence sur certains actes criminels qui sont considérés comme des agressions envers l'ensemble de la communauté internationale et qui, partant, justifient une permissivité juridictionnelle élargie. Citons entre autres exemples le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la piraterie. Les régimes de certains traités obligent les États membres qui appréhendent un individu accusé d'un crime visé à lui intenter des poursuites, qu'il y ait un lien ou non entre le crime et l'État qui procède à l'arrestation. Si l'État ne souhaite pas intenter de poursuite, il est alors tenu d'extrader l'individu à un État partenaire du traité qui indique sa volonté d'intenter une poursuite. Ce genre de mécanisme s'appelle le « *devoir aut dedere, aut judicare* » (« extradere ou poursuivre en justice »); il se distingue de la notion plus large d'universalité tant par son caractère obligatoire que par le fait qu'il s'applique uniquement entre les parties au traité pertinent.

⁷ Kindred, *supra* note 2, p. 559.

d) Le principe de la personnalité passive

De temps à autre et d'une façon controversée, certains États affirment leur compétence sur des actes qui portent atteinte à leurs ressortissants, peu importe où l'acte est commis.

L'exercice de la compétence extraterritoriale n'est donc pas nécessairement illégal en droit international : cela dépend si on peut dire qu'en exerçant sa compétence, un État empiète sur la souveraineté d'un autre État. Chacun des principes de compétence ci-dessus a pour effet de légitimer, dans une mesure plus ou moins grande, la prétention d'un État à exercer sa compétence sur des personnes, des lieux et des objets à l'extérieur de son territoire. Ce sont les techniques qu'utilisent les États pour négocier l'issue des conflits, généralement dans des situations de compétence concurrente.

Récemment, les principes décrits ci-dessus ont servi de critères dans le cadre d'un examen plus général de la légalité de l'exercice d'une compétence, à savoir s'il existe [TRADUCTION] « un lien substantiel et de bonne foi entre la question visée et la source de la compétence⁸ ». Le professeur Brownlie, entre autres, a postulé que la compétence d'un État sur un acte extraterritorial est légitime si ce critère fondamental est respecté⁹. L'essence de cet examen, généralement désignée par l'expression « lien réel et important », est devenue dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada le critère appliqué par les tribunaux canadiens pour décider s'il y a lieu d'exercer une compétence territoriale i) sur les actes criminels ayant à la fois des aspects internes et transnationaux¹⁰ et ii) en matière civile, soit pour prononcer un jugement, soit pour exécuter un jugement prononcé à l'étranger¹¹.

⁸ Brownlie, *supra* note 5, p. 309.

⁹ Et aussi que dans l'exercice de ses compétences, l'État n'intervient pas dans les champs de compétence nationaux ou territoriaux d'un autre État, et que sont mis en application [TRADUCTION] « des éléments d'accommodement, de mutualité et de proportionnalité »; *ibid.*

¹⁰ *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178 (*Libman*). On remarquera que le critère défini par Brownlie porte sur la question de savoir si un État peut se prévaloir de sa compétence sur une question visée en droit international, tandis que le critère du « lien réel et important » utilisé par la Cour suprême du Canada concerne la question distincte mais apparentée de savoir si les tribunaux canadiens peuvent exercer leur compétence territoriale sur une question de droit interne.

¹¹ *Morguard Investments Ltd. c. DeSavoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 (*Morguard*), *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416 (*Beals*). Comme nous le verrons plus loin, on a déjà suggéré que le critère du « lien réel et important » serve de base pour l'affirmation de la compétence sur les cas d'atteinte au droit d'auteur.

Le point essentiel est que la *capacité* qu'a le Canada d'exercer légalement sa compétence extraterritoriale dépend de l'ampleur et du niveau du lien entre le Canada et la question visée, comparativement aux liens similaires qu'ont d'autres États avec la même question. La présente étude est consacrée à la question générale du bien-fondé et de l'intérêt de poser un tel geste.

3. Pouvoirs prescriptifs, judiciaires et exécutifs

Si, dans la section qui précède, nous avons exploré le fondement juridique de l'exercice de la compétence extraterritoriale, il importe de distinguer les diverses manifestations de cet exercice¹². Les pouvoirs *législatifs* ou *prescriptifs* renvoient à la capacité qu'a l'autorité législative de faire et d'appliquer des lois visant des questions extérieures au territoire de l'État; les pouvoirs *d'exécution* ou *exécutifs* renvoient à la capacité qu'a l'État de prendre des mesures qui donnent effet à ses lois (notamment la capacité qu'a la police ou tout autre acteur gouvernemental d'enquêter sur une question, qu'on pourrait qualifier de *pouvoir d'enquête*); enfin, les pouvoirs *judiciaires* ou *décisionnels* concernent la capacité qu'ont les tribunaux d'un État de trancher des litiges comportant des éléments étrangers.

Les principes du droit international que nous avons décrits plus haut visent à réglementer le pouvoir prescriptif : ils déterminent où et quand un État a la compétence de faire des lois visant des questions extraterritoriales. En théorie, un État qui légifère au-delà de ses compétences en droit international empiète sur la souveraineté d'autres États. Dans la pratique, cependant, le risque de conflit apparaît uniquement s'il est possible que l'État qui légifère applique ses lois, comme le fait un État qui [TRADUCTION] « agit sur le territoire d'un autre État ou, au moins, met en œuvre sur son propre territoire des mesures auxquelles la conformité est

¹² On trouvera l'exposé classique de cette question dans Michael Akehurst, « Jurisdiction in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1972-1973), p. 145 et s.

exigée dans un État étranger¹³ ». L'application peut également consister, pour les tribunaux nationaux, à décider, dans l'exercice de leur pouvoir judiciaire, qu'ils sont habilités à se saisir d'un litige donné.

Certes, il se peut, comme on dit, que le Parlement ait la compétence d'interdire de fumer dans les rues de Paris¹⁴, mais si le Canada ne tente pas d'appliquer une telle interdiction, elle ne présente aucun problème d'ordre pratique. Il est possible qu'un État ait un pouvoir prescriptif sur une question extraterritoriale sans avoir le pouvoir de l'appliquer. Bien sûr, les tentatives faites par certains États d'appliquer leurs lois sans en avoir le droit clairement établi ont donné lieu à des conflits internationaux; l'exemple classique en est l'enlèvement de personnes par un État sur le territoire d'un État étranger¹⁵. Le pouvoir d'enquête est circonscrit d'une façon semblable : les agents de police d'un État, par exemple, ne peuvent exercer leurs pouvoirs d'exécution sur le territoire d'un autre État sans l'autorisation de ce dernier¹⁶.

Cela étant, le Canada a eu tendance à calquer son pouvoir prescriptif sur son pouvoir d'exécution – c'est-à-dire à légiférer à l'extérieur de son territoire uniquement s'il est disposé (et potentiellement capable) d'enquêter et d'exécuter ses lois¹⁷. C'est particulièrement vrai en matière criminelle, où l'application débute à l'arrivée de l'individu au Canada ou au moment où une demande d'extradition est reconnue par un État étranger. C'est aussi vrai, indirectement, en matière civile, où le Canada applique les décisions de tribunaux étrangers tout comme il s'attend en général à l'exécution de ses propres décisions.

¹³ Michal Gondek, « Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization? », *Netherlands International Law Review*, vol. 52 (2005), p. 349-388, p. 366, citant F.A. Mann, « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years, » *Recueil des Cours*, vol. 186 (1984-III), p. 34.

¹⁴ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student Ed., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2003, p. 301, citant Jennings, *The Law and the Constitution* (5^e éd., 1959), p. 170-171, et *B.C. Electric Railway c. Le Roi*, [1946] C.A. 527, p. 541-542.

¹⁵ Voir, par exemple, *Attorney General of Israel v. Eichmann* (1961), 36 I.L.R. 5 (Dist. Ct. Jerusalem), confirmé (1961), 36 I.L.R. 277 (Israel S.C.); *United States v. Alvarez-Machain*, 112 S. Ct. 2188 (1992). Les Canadiens ne sont pas immunisés contre l'enlèvement; voir Wade A. Buser, « The Jaffe Case and the Use of International Kidnapping as an Alternative to Extradition », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 14 (1984), p. 357-365.

¹⁶ Higgins, *supra* note 4, p. 70; John Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 2^e éd., Kenwyn, Juta, 2000, p. 173.

¹⁷ Voir Currie et Coughlan, *supra* note 6.

B. La mécanique d'une mesure extraterritoriale

Dans cette section, nous analysons la « mécanique » d'une mesure extraterritoriale. Cette analyse consiste à examiner les fins pour lesquelles un État ou une province pourrait envisager une mesure extraterritoriale. Nous verrons plus loin (à la section II(C)) comment l'État devrait procéder pour concrétiser ces divers buts ou objectifs. Le deuxième aspect de l'analyse porte sur la capacité qu'ont les gouvernements fédéral et provinciaux de prendre des mesures ayant une portée à l'extérieur de leur territoire.

1. Le but d'une mesure extraterritoriale

Toute mesure extraterritoriale adoptée par un gouvernement vise généralement l'une des trois fins suivantes : 1) contrôler ou influencer le comportement de particuliers; 2) contrôler ou influencer le comportement de sociétés; 3) contrôler ou influencer le comportement d'autres États.

Une bonne part des activités extraterritoriales relève du domaine du droit criminel. Dans ce contexte, la mesure extraterritoriale aurait pour but principal de punir un malfaiteur canadien, ou un malfaiteur se trouvant sur le territoire canadien, pour un acte qu'il aurait peut-être commis à l'extérieur du Canada. Les dispositions législatives récemment adoptées au Canada en matière de tourisme sexuel impliquant des enfants en sont un exemple¹⁸. D'autres dispositions législatives punitives ont une portée extraterritoriale, notamment la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*¹⁹ et diverses infractions associées au terrorisme²⁰. Ces exemples illustrent comment une mesure extraterritoriale peut contrôler ou influencer la conduite de particuliers. On trouve un exemple non punitif dans l'imposition de taxes aux non-résidents²¹.

¹⁸ *Code criminel*, L.R., 1985, ch. C-46, paragr. 7(4.1).

¹⁹ L.C. 2000, ch. 24.

²⁰ *Code criminel*, *supra* note 18, par. 7(3.75), « activité terroriste »; art. 83.02, « Financement du terrorisme ».

²¹ *B.C. Electric Railway Co. c. Le Roi*, [1946] C.A. 527, paragr. 8-10.

Les particuliers ne sont pas la seule cible possible des mesures extraterritoriales. Le gouvernement fédéral peut faire des lois concernant les sociétés canadiennes ayant des activités à l'extérieur des frontières du pays²². Les pressions en ce sens ont nettement augmenté depuis quelques années. Ce genre de réglementation peut avoir pour objet les droits de la personne, les effets environnementaux ou d'autres facettes des activités des entités visées²³. Le manque de responsabilisation des sociétés ayant des activités dans des pays en développement est un important problème international; jusqu'ici, l'autoréglementation est le moyen de choix de contrer ce comportement, malgré les nombreuses critiques qui la jugent insuffisante pour régler les problèmes. Certes, d'autres territoires ont déjà fait appel à une législation nationale ayant un effet outre-frontières pour établir des normes de conduite assorties de sanctions aux contrevenants²⁴, mais il ne s'agit là que d'un des choix politiques possibles. Citons parmi les autres suggestions l'élaboration de traités internationaux visant à développer des obligations réciproques, les mécanismes de plainte indépendants²⁵, de même que l'établissement de normes accompagnées de règles d'attribution des marchés du gouvernement qui favorisent les sociétés qui se conforment aux normes.

Dans certains cas, des mesures sont conçues de manière à avoir une portée extraterritoriale en influant sur les actions d'autres nations. Par exemple, la Directive du Parlement européen [...] relative à la protection [...] des données à caractère personnel²⁶ oblige spécifiquement les États membres de l'UE à légiférer de sorte qu'il ne puisse y avoir aucun mouvement transfrontalier de données à caractère personnel en vue de leur traitement à

²² *Ibid.*

²³ Par exemple, dans un rapport récent portant sur la responsabilisation des sociétés transnationales dans les zones de conflit, les auteurs demandent à des pays tels que le Canada de réglementer les activités territoriales de leurs sociétés. Voir : Georgette Gagnon, Audrey Macklin et Penelope Simons, *Déconstruire l'engagement : Autoréglementation des sociétés dans les zones de conflit – Répercussions sur les droits de la personne et la politique publique canadienne*, Commission du droit du Canada, janvier 2003, www.lcc.gc.ca/research_project/gr/gbb/rp/gagnon-fr.asp.

²⁴ *Corporate Code of Conduct Bill*, Australie, 2000.

²⁵ Oxfam Community Aid Abroad, *Submission to the Joint Parliamentary Committee on Securities and Corporations inquiry into the Corporate Code of Conduct Bill 2000*, décembre 2000, www.oxfam.org.au/campaigns/submissions/corpcodeconduct.pdf.

²⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Journal officiel des communautés européennes*, 23 novembre 1995, n° L 281.

l'étranger à moins que le pays tiers ait adopté une loi établissant des normes de protection des données d'un niveau essentiellement équivalent²⁷. Bien qu'une telle législation n'aurait aucune portée extraterritoriale ouverte, la menace de la perte d'une clientèle à la suite de la Directive sur la protection des données a eu un puissant effet motivateur sur la décision prise par le gouvernement canadien d'adopter la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)*²⁸.

On peut dire que les États-Unis ont utilisé de façon très efficace les négociations des accords commerciaux multilatéraux pour arriver à harmoniser leurs propres normes nationales ayant force de loi avec celles d'autres pays. Dans nombre de cas, par exemple, les tribunaux canadiens ont cité les obligations prises par le Canada dans le cadre d'accords commerciaux comme une raison de choisir une interprétation des lois canadiennes qui soit conforme à celle de lois comparables des États-Unis²⁹.

2. La compétence extraterritoriale

La capacité de prendre des lois ayant une portée extraterritoriale est un aspect de la souveraineté d'un État. La force d'exécution de ces lois constitue une question distincte. La *Loi constitutionnelle de 1867* n'empêche pas le gouvernement canadien d'adopter des lois ayant une portée extraterritoriale³⁰, ce qu'il a effectivement fait en diverses occasions³¹. Souvent, les lois ayant une portée extraterritoriale sont adoptées en vue de mettre en œuvre les obligations découlant d'accords internationaux, lesquelles sont assumées à titre d'exercice de la prérogative du gouvernement fédéral en matière d'affaires étrangères. Au Canada, on considère que seul le gouvernement fédéral a la capacité de conclure des traités³², bien

²⁷ *Ibid.*, article 25.

²⁸ L.C. 2000, ch. 33. Voir Teresa Scassa et Michael Deturbide, *Electronic Commerce and Internet Law in Canada*, Toronto, CCH Canadian, 2004, p. 104.

²⁹ Voir, par exemple : *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc.* (1996), 74 C.P.R. (3e) 72 (F.C.T.D.); confirmé, [1998] 2 C.F. 22; (1997), 76 C.P.R. (3e) 296 (C.A.F); autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée, [1998] 1 R.C.S. xv; voir aussi les motifs de dissidence du juge Binnie dans *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45; 2002 CSC 76.

³⁰ *Croft c. Dunphy*, [1933] C.A. 156. Voir aussi *Statut de Westminster de 1931*, R.C.S. 1985, annexe II, n° 27, art. 3.

³¹ On trouvera de exemples de lois de ce genre tout au long du présent texte.

³² Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3^e édition, Toronto, Carswell, 1992, p. 283.

qu'aucune disposition constitutionnelle explicite n'accorde l'exclusivité d'un tel pouvoir au gouvernement fédéral. Néanmoins, ce pouvoir ne donne pas au gouvernement fédéral la capacité de légiférer dans des domaines de compétence provinciale³³.

Bien que limités, les pouvoirs des provinces sur la scène internationale existent. Les provinces, par exemple, peuvent collaborer avec le gouvernement fédéral (et le font souvent) sur les questions négociées à l'international. Cet aspect revêt une importance particulière lorsque l'accord résultant a des effets sur des domaines qui sont du ressort législatif des provinces. Les provinces peuvent aussi conclure des ententes avec d'autres gouvernements, tant que ces ententes ne visent pas à avoir force obligatoire en droit international.³⁴ Ces ententes peuvent prendre la forme de marchés de biens ou de services, ou encore d'ententes sur des questions telles que l'application réciproque d'ordonnances ou la reconnaissance de documents tels les permis de conduire³⁵.

Les gouvernements des diverses provinces canadiennes n'ont la compétence de légiférer que sur des questions qui touchent leur propre territoire³⁶, bien qu'on tolère une portée extraterritoriale incidente, sans plus³⁷. Cela signifie que les provinces n'ont guère le pouvoir de prendre des lois pour modifier dans d'autres provinces un comportement qui a des répercussions sur leur propre territoire³⁸. La Cour suprême a noté qu'en ce qui concerne la compétence des provinces de prendre des lois ayant une portée extraterritoriale, les provinces ont davantage de contraintes que le gouvernement fédéral vis-à-vis d'autres États. Dans le cas

³³ *A.-G. Canada v. A.G. Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326. Lord Atkins a établi que si le gouvernement fédéral peut conclure des traités, la mise en œuvre de ceux-ci revient à l'ordre de gouvernement ayant la compétence sur l'objet du traité.

³⁴ Hogg, *supra* note 32, p. 297. Voir aussi *P.G. Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137.

³⁵ Hogg, *ibid.*

³⁶ *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468. L'art. 92 de la *Loi constitutionnelle* limite explicitement la compétence législative aux catégories de sujets « dans chaque province ». Voir aussi Hogg, *supra* note 32, p. 318.

³⁷ *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act 1980*, [1984] 1 R.C.S. 297, p. 332.

³⁸ Dans *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477, la législation du Manitoba a été déclarée invalide en partie parce qu'elle était censée [TRADUCTION] « annuler l'effet d'une permission dûment accordée par l'autorité de réglementation d'un autre territoire » (juge Ritchie, p. 521).

des provinces : [TRADUCTION] « Leur pouvoir législatif est restreint par la *Constitution*, et il existe un forum commun qui applique cette restriction³⁹. »

C. Les moyens de prendre une mesure extraterritoriale

1. Introduction : les facteurs qui influent sur le choix des moyens

Tout organe du gouvernement, qu'il soit législatif, exécutif ou judiciaire, peut affirmer sa compétence à l'extérieur de son territoire. Par exemple, un pouvoir extraterritorial peut s'exprimer sous la forme d'une loi qui criminalise un comportement à l'étranger, d'un décret imposant un embargo commercial sur des ports étrangers ou d'une ordonnance d'un tribunal pour la signification d'un acte de procédure à l'étranger. Il convient donc d'analyser séparément les moyens par lesquels s'exerce la compétence extraterritoriale dans le cadre des processus législatif, exécutif/administratif et judiciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, en dernier ressort, le pouvoir de prendre une mesure extraterritoriale que possède un organe du gouvernement dépend de la constitution canadienne et des pouvoirs qu'elle accorde ou qu'elle restreint.

Outre l'allégation unilatérale de son autorité extraterritoriale, le Canada peut aussi exercer sa compétence à l'étranger sous la forme d'ententes avec d'autres États. Ces ententes peuvent prendre la forme d'ententes bilatérales, d'accords multilatéraux ou d'obligations envers les Nations-Unies. Nous décrivons chacune de ces formes séparément.

Tout comme le Canada peut affirmer sa compétence extraterritoriale, il doit aussi s'attendre à ce que d'autres États tentent d'exercer un pouvoir extraterritorial qui, délibérément ou par coïncidence, est susceptible d'avoir des répercussions négatives pour le Canada et ses intérêts. Cette perspective devrait tempérer le Canada dans l'affirmation de sa propre compétence extraterritoriale, affirmation qui doit être rationnelle et mesurée afin d'éviter de

³⁹ *Ibid.*, p. 512 (juge Pigeon). Dans la cause récente *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, la Cour suprême du Canada expose une analyse en trois étapes pour déterminer si une loi provinciale a une portée extraterritoriale interdite; cette détermination gravite sur la question de savoir si, pour l'essentiel, la loi porte sur un domaine de compétence provinciale et si elle « a un lien significatif avec la province qui l'adopte et [...] respecte la souveraineté législative des autres territoires » (paragr. 36).

saper la diplomatie canadienne face aux prétentions excessives d'autres États quant à leur propre compétence extraterritoriale. Bref, la probabilité d'une allégation semblable, voire réciproque, de l'autorité extraterritoriale par d'autres États exige une certaine courtoisie.

En même temps, le Canada trouve pratique et nécessaire de repousser la prétention d'autres États quant à leurs pouvoirs extraterritoriaux par des réponses nationales unilatérales visant la protection des intérêts canadiens. Nous aborderons également ces mesures à la fin de la présente section.

2. Les moyens dont le Canada dispose pour étendre sa compétence à l'extérieur de son territoire

a) Les lois

Comme nous l'avons vu à la section II(A)(3), le vaste pouvoir qu'a le Parlement de prescrire des lois ne se traduit par une mise en application que si le Canada a la compétence à la fois sur l'acte et sur l'acteur. Cependant, le Parlement ne s'occupe pas toujours de la question de l'application, en laissant plutôt le soin aux autres organes du gouvernement, soit l'exécutif et les tribunaux. Par conséquent, il existe trois formes de législation à portée extraterritoriale, selon le type de compétence :

- i) la compétence à l'égard d'un acte commis à l'extérieur du Canada, p. ex. l'article 46 de la *Loi sur la concurrence*⁴⁰, qui interdit toute entente monopolistique intervenue à l'étranger entre des sociétés canadiennes, et la disposition du *Code criminel* en matière de tourisme sexuel impliquant des enfants⁴¹;
- ii) la compétence à l'égard d'acteurs agissant à l'extérieur du Canada, p. ex. l'article 477.1 du *Code criminel*, qui porte sur les infractions commises par des Canadiens ou des étrangers à bord d'un navire canadien;

⁴⁰ L.R.C. 1985, ch. C-34.

⁴¹ *Supra* note 18.

- iii) la compétence à l'égard d'actes commis à l'extérieur du Canada par des acteurs extraterritoriaux, p. ex. la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*⁴² et plus particulièrement les articles 6 et 8, qui concernent les infractions commises à l'étranger et la compétence à l'égard des auteurs d'une infraction.

La loi comporte généralement des prescriptions à caractère obligatoire, c'est-à-dire qu'elle a pour but direct soit de contraindre les personnes à s'y conformer, soit de criminaliser les écarts de conduite ou la non-conformité. Toutefois, elle peut aussi servir d'outil de persuasion en offrant aux personnes visées un choix de conduites en fonction de leur situation particulière et de leur choix personnel. C'est là un moyen particulièrement efficace d'affirmer son influence législative à l'extérieur de son territoire sur des personnes qui résident ou détiennent des biens au Canada. Par exemple, le pouvoir de taxation du Parlement pourrait lui servir à persuader les sociétés canadiennes de se conformer aux normes de conduite canadiennes dans leurs transactions commerciales et financières à l'étranger ou dans les pays en développement.

De plus, bien que le droit international puisse énoncer des restrictions relatives à la compétence d'un État, comme on l'a vu plus haut à la section II(A)(2), sur le plan constitutionnel, le Parlement peut adopter des lois qui contreviennent au droit international. Ce sont les circonstances particulières de l'occasion qui déterminent dans quelle mesure il est sage ou non pour le Parlement d'adopter une telle ligne de conduite. Un cas classique s'est produit en 1970, lorsque le Canada s'est donné des pouvoirs de réglementation et de gestion sur de vastes portions de l'océan Arctique en adoptant la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*⁴³. Beaucoup d'États, dont les États-Unis, se sont objectés à cette affirmation de l'autorité, jugeant qu'elle était excessive et qu'elle contrevenait au droit maritime international de l'époque. Cependant, le Canada a affirmé que la fragilité de l'environnement de cette région exigeait l'adoption de lois spéciales pour assurer sa protection, et il a présenté avec succès cet

⁴² *Supra* note 19.

⁴³ L.R.C. 1985, ch. A-12.

argument à la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, qui était alors en cours. En conséquence, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁴⁴ contient un article (l'art. 234) qui défend la loi adoptée par le Canada.

Cette analyse du pouvoir législatif extraterritorial du Parlement ne s'applique pas à l'autorité législative des provinces, que la *Constitution* restreint à leur propre territoire⁴⁵. Ainsi, une province qui voudrait appliquer ses lois à l'extérieur de son territoire ne peut le faire qu'avec l'aide du gouvernement fédéral. Comme on peut s'y attendre, pour des raisons politiques associées au souci qu'ont les provinces de conserver leur autorité entière et souveraine, cela s'est rarement produit. C'est également une mesure difficilement réalisable sur le plan législatif. On peut en voir une tentative aux articles 9 et 21 de la *Loi sur les océans*⁴⁶, qui autorisent l'application du droit provincial à l'extérieur de la province, dans eaux côtières et autres espaces maritimes extracôtiers de compétence canadienne (c'est-à-dire fédérale). La technique utilisée consiste à autoriser la province à demander au gouvernement fédéral d'adopter un décret qui étend le champ d'application de la loi provinciale en question à la zone extracôtière adjacente à la province. Autrement dit, l'applicabilité de la loi provinciale à l'extérieur de son territoire est confirmée par une décision de l'exécutif fédéral. Jusqu'ici, il n'est arrivé qu'une seule fois qu'on exerce ce pouvoir conféré par la *Loi sur les océans*, pour appliquer les lois de l'Île-du-Prince-Édouard au secteur du Pont de la Confédération, qui relie cette province au Nouveau-Brunswick.

b) Les mesures exécutives

Alors que la Constitution canadienne confère aux organes législatifs et judiciaires du gouvernement des pouvoirs inhérents ou une autorité directe, les mesures exécutives du gouvernement sont des affirmations dérivées du pouvoir. Pour être valide, toute décision exécutive et administrative doit revêtir l'autorité d'une loi habilitante ou d'une prérogative de

⁴⁴ ONU Doc. A/CONF.62/122 (1982).

⁴⁵ Voir la section II(B)(2), plus haut.

⁴⁶ L.C. 1996, ch. 31.

l'État. Il n'en demeure pas moins que le gouvernement du Canada est une des principales sources de mesures extraterritoriales. La gamme des moyens de prendre des mesures extraterritoriales est vaste. Pour des raisons de commodité, on peut diviser ces techniques en mesures unilatérales et en mesures participatives de nature bilatérale ou multilatérale.

Les mesures unilatérales relèvent évidemment du pouvoir et du contrôle exclusifs du gouvernement. Généralement, elles s'adressent tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales (sociétés) à l'étranger, qu'elles soient canadiennes ou étrangères. Par exemple, un ministre peut rendre une ordonnance discrétionnaire à l'égard des étrangers; c'est le cas des décisions sur les migrants prises en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁴⁷ pour des raisons d'ordre humanitaire. Le gouvernement peut aussi promouvoir des codes de conduite à l'intention des Canadiens à l'étranger; c'est le cas des normes de responsabilité sociale et de respect des droits de la personne applicables aux sociétés canadiennes (et à leurs agents) qui investissent et ont des activités dans des pays en développement.

Une mesure unilatérale peut également s'adresser à des États et à leur gouvernement. Ainsi, le gouvernement canadien pourrait exiger ou demander l'aide d'un gouvernement étranger afin de rejoindre des personnes à l'extérieur de son territoire, comme il le fait lorsqu'il demande l'extradition d'un criminel fugitif. Elle peut aussi viser à influencer les actions et politiques d'un gouvernement étranger en faveur du respect des droits et intérêts du Canada ou à protéger les Canadiens qui se trouvent dans l'État en question. Ainsi, le gouvernement canadien peut imposer des sanctions économiques à un État étranger ou à ses biens en vertu de la *Loi sur les mesures économiques spéciales*⁴⁸ dans les cas de manquements graves à la paix et à la sécurité internationales. Avec moins de vigueur, le gouvernement peut emprunter des avenues diplomatiques pour influencer les politiques ou les actions d'un État qui ont des répercussions au Canada, ou pour persuader cet État de cesser de réprimer les Canadiens qui

⁴⁷ L.C. 2001, ch. 27.

⁴⁸ L.C. 1992, ch. 17.

se trouvent sur son territoire. C'est ce moyen qu'a choisi le gouvernement canadien quand il a fait des représentations en Syrie concernant les mauvais traitements infligés à Maher Arar et sa libération.

Si la question extraterritoriale entre le Canada et un État étranger ne soulève pas de conflit, la courtoisie et la coopération sont souvent les meilleurs moyens de la résoudre. Ces moyens participatifs de contrôler la compétence extraterritoriale sont soit bilatéraux, soit multilatéraux. Par exemple, le Canada a rédigé un certain nombre de protocoles d'entente bilatéraux avec d'autres États pour améliorer l'administration de questions courantes d'ordre pratique qui intéressent les deux parties. Ces protocoles sont des énoncés de politique réciproques non contraignants. Par exemple, un arrangement entre le Canada et les États-Unis autorise l'exercice des procédures de douanes et d'immigration d'un État dans les points d'entrée de l'autre; cette solution fondée sur la coopération et la réciprocité facilite le passage à la frontière des voyageurs des deux pays⁴⁹.

Les techniques multilatérales sont des solutions de choix aux revendications extraterritoriales conflictuelles parce qu'elles reflètent l'intérêt commun d'un éventail élargi d'États rivaux à concilier leurs revendications. Le Canada les a trouvées efficaces et efficientes pour faire progresser les négociations multilatérales avec d'autres États afin d'assurer l'harmonisation internationale de leurs droits nationaux en conformité avec les normes et intérêts canadiens. Les initiatives de ce genre du gouvernement canadien dans le cadre de l'Organisation maritime internationale ont permis d'uniformiser bon nombre d'aspects de la réglementation visant l'industrie internationale du transport maritime, à l'avantage mutuel des sociétés canadiennes pratiquant le commerce outre-mer et de tous les autres utilisateurs de services maritimes. Les ententes sur l'application réciproque des décisions arbitrales ou des

⁴⁹ Comme on l'a vu plus haut, même si une province ne peut ni prendre de lois ayant une portée extraterritoriale, ni conclure un accord avec un État étranger, les gouvernements provinciaux possèdent et exercent le droit de signer des protocoles d'entente avec un État ou une de ses subdivisions politiques (p. ex. un État des États-Unis) pour faciliter l'administration de questions qui, sur le plan constitutionnel, relèvent de leur champ de compétence (p. ex. l'immatriculation des véhicules, les ordonnances de soutien familial).

ordonnances d'adoption sont d'autres exemples de solutions multilatérales à des conflits en matière de compétence extraterritoriale.

Cependant, en empruntant ces avenues multilatérales, le Canada court le risque que d'autres États plus puissants, tels les États-Unis et l'Union européenne, aient plus d'influence que lui et détournent les négociations des intérêts et objectifs canadiens. En outre, l'esprit de coopération et d'avantage mutuel est un ingrédient essentiel au succès de ces moyens participatifs de résoudre les tensions extraterritoriales. On en voit jusqu'ici une preuve évidente dans l'échec des États-nations, dont le Canada, à négocier un accord sur la criminalisation du terrorisme en général. Seuls certains types particuliers de terrorisme sont interdits internationalement, car, comme on pourrait dire, le terroriste de l'un est souvent le combattant de la liberté de l'autre.

c) Le processus judiciaire

Les tribunaux, à titre d'interprètes de la loi et d'évaluateurs de l'action administrative, font souvent office d'arbitres en matière de compétence extraterritoriale. Cependant, pour exercer leur autorité, ils ont besoin d'assurer un contrôle effectif des actions comme des acteurs concernés. Autrement dit, comme on l'a vu plus haut à la section II(A)(3), il leur faut des pouvoirs prescriptifs sur la question et des pouvoirs exécutifs sur les personnes. En l'absence de l'un de ces éléments, les tribunaux doivent affirmer eux-mêmes leur compétence extraterritoriale. Cela ne pose pas de problème si une loi leur donne ce pouvoir, comme nous l'avons vu plus haut à la section II(C)(2)a). Mais en l'absence de pouvoirs législatifs, les tribunaux se servent du pouvoir inhérent qu'ils ont sur leur propre processus et de leur contrôle de l'application de la common law pour façonner des principes judiciaires en matière de compétence extraterritoriale.

Les tribunaux canadiens ont conçu des outils qui leur permettent de se saisir de questions qui, tout en ayant des aspects extraterritoriaux, sont traitées comme des exercices de la compétence territoriale. En matière criminelle et réglementaire, les tribunaux affirment leur

compétence sur la question visée si l'infraction a eu lieu ou a eu des répercussions sur le territoire canadien dans une mesure suffisante pour qu'on puisse établir que le Canada y a un « lien réel et important⁵⁰ ». Ceci a notamment permis à des tribunaux d'affirmer leur compétence sur un manquement aux conditions d'une ordonnance de probation ontarienne qui a eu lieu à Cuba⁵¹, sur un avis donné par un répondant canadien qui renvoyait l'appelant à un message haineux diffusé par le biais d'un numéro de téléphone aux États-Unis⁵², et même sur les « transmissions Internet internationales⁵³ ».

La Cour suprême du Canada a adopté une approche prudente quant à l'application extraterritoriale de la *Charte* en matière criminelle, la position générale étant de confiner la *Charte* au territoire canadien. Dans les cas d'extradition, par exemple, la Cour établit des distinctions prudentes : si la *Charte* (en particulier l'article 7) s'applique au processus d'extradition national lui-même, la procédure et les peines à imposer au fugitif dans l'État requérant ne sont pas assujetties à l'examen de la *Charte*, car il s'agirait là d'une application extraterritoriale interdite⁵⁴. Le sort de l'accusé dans l'État requérant est cependant pertinent pour l'examen de l'article 7 au Canada, et les tribunaux ont légèrement estompé les frontières en statuant que l'extradition d'une personne qui fait face à une procédure ou une peine propre à « choquer la conscience » des Canadiens constitue une violation de l'article 7 par l'État canadien⁵⁵.

Dans les cas où des éléments de preuve avaient été recueillis en sol étranger, la Cour suprême a toujours soutenu que la *Charte* ne s'applique pas directement aux actions d'autorités étrangères, même si ces actions font l'objet d'un jugement prononcé dans le cadre d'un procès

⁵⁰ *Libman*, supra note 10, p. 212-213.

⁵¹ *R. v. Greco* (2001), 159 C.C.C. (3d) 146 (C.A. Ont.).

⁵² *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626.

⁵³ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, [2004] R.C.S. 45 (SOCAM), paragr. 60.

⁵⁴ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

⁵⁵ On a avancé que c'est une préoccupation déplacée à l'égard de l'application extraterritoriale de la *Charte* qui est à l'origine de ce flou; voir Robert J. Currie, « Charter without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms », *Dalhousie Law Journal*, vol. 27 (2004), p. 235.

canadien⁵⁶. Dans *R. c. Cook*⁵⁷, la Cour était disposée à appliquer la *Charte* aux actions de policiers canadiens ayant interrogé un suspect détenu aux États-Unis, mais uniquement parce que les autorités américaines avaient consenti à ce qu'ils procèdent à cet interrogatoire, lequel, dans ces circonstances, ne constituait pas une atteinte à l'autorité souveraine de cet État étranger sur son propre territoire⁵⁸. Dans d'autres types d'affaires où intervient la coopération policière, les tribunaux s'aventurent parfois très près d'une application extraterritoriale de la *Charte*. Dans *Purdy c. Canada (Procureur général)*⁵⁹, par exemple, la Cour d'appel de Colombie-Britannique a statué qu'un individu avait le droit d'obtenir réparation pour une violation par la GRC du droit à une réponse et une défense complètes que confère l'article 7 de la *Charte*, même si le procès devait avoir lieu en Floride.

En matière civile, lorsque la compétence matérielle sur des événements, des lieux et des actions au-delà des frontières est en jeu – c'est-à-dire quand il est allégué que le tribunal n'a pas la saisine –, les règles régissant les conflits de loi peuvent s'appliquer. Un tribunal canadien décide de lui-même s'il a compétence en la matière et s'il est un *forum conveniens* ou *non conveniens* pour régler un différend sur une question étrangère⁶⁰. Il peut même émettre une injonction contre les poursuites (*anti-suit injunction*) pour empêcher l'audition d'une cause devant un tribunal étranger s'il estime être le tribunal le plus apte à statuer sur cette cause.

Lorsque c'est leur compétence personnelle à l'endroit de défendeurs étrangers qui fait défaut, les tribunaux canadiens ont recours à des solutions fondées sur leurs pouvoirs de procédure. Les règles de la cour sont faites par les juges eux-mêmes; elles varient donc d'une province à l'autre de même que dans les cours fédérales, mais elles se ressemblent quand même assez par leur forme et leur fonction pour les fins de la présente analyse. Par exemple,

⁵⁶ *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

⁵⁷ [1998] 2 R.C.S. 597 (*Cook*).

⁵⁸ Il semble que la question déterminante pour l'application de la *Charte* dans les affaires de ce genre est de savoir si la police canadienne mène ses propres activités d'enquête avec le consentement des autorités étrangères ou si elle se livre à des activités de police sous la direction de l'autorité policière étrangère. Une cause portant sur ce point précis est en instance devant la Cour suprême du Canada au moment d'écrire ces lignes (*R. v. Hape* (2005), 201 O.A.C. 126 (C.A. Ont.), pourvoi en appel accueilli, C.S.C., *Bulletin des procédures*, 2006, p. 48) (*Hape*)).

⁵⁹ (2003), 15 C.R. (6th) 211 (B.C.C.A.).

⁶⁰ *Morguard*, *supra* note 11.

dans le cas d'un défendeur absent, les tribunaux canadiens disposent tous de règles sur la signification des actes de procédure à l'étranger dans certaines circonstances. Ils ont aussi des moyens procéduraux de forcer un défendeur étranger à venir sur leur territoire et à acquiescer à leur compétence. Le processus judiciaire peut notamment s'exercer sur un défendeur de l'extérieur du territoire par une injonction *Mareva*, un cautionnement ou la saisie d'un navire.

Même si un tribunal canadien a l'entière compétence sur les parties et les événements en litige, il peut avoir du mal à procéder à l'audience si les éléments de preuve se trouvent à l'étranger. Si un témoin étranger ne se présente pas volontairement, le tribunal peut émettre outre-frontières une citation à comparaître, que l'intimé pourra toutefois ignorer. Il peut également émettre une ordonnance en vue de recueillir un témoignage à l'étranger, mais il doit obtenir pour cela la coopération de parties étrangères. De même, les ordonnances pour la production de renseignements et de documents à l'étranger et les lettres rogatoires aux tribunaux étrangers sont des allégations d'une autorité judiciaire extraterritoriale qui risquent de se heurter à un refus. En matière criminelle, ces contraintes extraterritoriales imposées au processus judiciaire sont de plus en plus souvent atténuées par des accords d'entraide mutuelle, dont il sera question plus loin. En matière civile, les plaignants canadiens ne disposent d'aucun arrangement coopératif comparable; ils doivent donc chercher de leur mieux à faire respecter les ordonnances des tribunaux canadiens avec l'aide de tribunaux étrangers.

Le statut personnel est un autre domaine qui pose des problèmes de compétence transnationale aux tribunaux. La reconnaissance internationale du mariage, du divorce, de la garde, de l'adoption ou de la légitimité d'une personne revêt une importance cruciale pour celle-ci; elle exige donc une aide extraterritoriale de la part des tribunaux canadiens. Heureusement, les règles nationales sur les conflits de lois reconnaissent généralement les décisions canadiennes en territoire étranger; dans certains cas, des accords multilatéraux prévoient même explicitement cette reconnaissance extraterritoriale. Même dans ce cas, les parties en litige peuvent chercher à contester la décision d'un tribunal canadien au-delà de sa

portée, devant un tribunal étranger, où la retenue et la courtoisie deviennent les seules garanties contre des ordonnances contradictoires déterminantes pour le statut d'une personne à l'extérieur des frontières nationales⁶¹.

Le pouvoir des tribunaux canadiens est également sujet à des revendications d'immunité à l'égard de leur compétence personnelle, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur territoire de compétence. En vertu du droit international, tout État reconnu par le Canada est son égal et est souverain; par conséquent, il ne peut être assujéti à l'appareil judiciaire canadien. Il en découle que les représentants d'un État étranger dans l'exercice de leurs fonctions officielles sont inviolables et peuvent se soustraire à tous les processus judiciaires canadiens. La pratique à l'égard des diplomates étrangers est bien connue; elle a cours depuis très longtemps et est maintenant codifiée dans un traité multilatéral, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁶², dont le Canada est une partie signataire. De même, le président d'un État étranger et les ministres d'État sont soustraits aux poursuites d'un tribunal canadien. Ces privilèges s'exercent en vertu du droit international coutumier; la plupart sont également décrits en détail dans la *Loi sur l'immunité des États*⁶³. En conséquence, il est impossible de donner suite à une revendication contre un de ces personnages pour un préjudice causé à l'extérieur de son territoire si elle relève de la compétence territoriale du tribunal canadien. De même, un tribunal canadien ne peut délivrer ni moyen de contrainte ni ordonnance contre ces personnes, que ce soit au Canada ou à l'étranger.

Même lorsqu'un tribunal canadien a pleine compétence sur une affaire, l'exécution de sa décision peut soulever des problèmes extraterritoriaux. D'ordinaire, en matière civile, celui qui a gain de cause contre un défendeur étranger doit chercher à faire exécuter la décision du tribunal canadien par les tribunaux de l'État de la partie perdante. Cependant, on peut parfois obtenir d'un tribunal canadien une ordonnance pour l'exécution d'une sanction ou d'un recours,

⁶¹ Voir p. ex. *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, où des parents se sont disputé la garde de leur enfant devant des tribunaux écossais et canadiens aux termes de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35.

⁶² R.T. Can. 1966 n° 29.

⁶³ L.R.C. 1985, ch. S-18.

soit par la saisie d'un bien de l'étranger qui se trouve au Canada, soit par le transfert obligatoire du titre de biens meubles de l'étranger sous contrôle canadien, comme dans le cas de l'immatriculation des navires. En matière criminelle, il est inhabituel qu'une décision vise des biens; le cas échéant, elle serait assujettie aux mêmes principes. Ainsi, un tribunal peut confisquer au nom de l'État les biens meubles utilisés par des trafiquants de drogue et saisis par la police.

Les décisions et ordonnances de la cour relativement aux peines et recours applicables à un défendeur en fuite posent elles aussi certains problèmes extraterritoriaux. Il peut s'avérer impossible de recouvrer une amende associée à une condamnation au criminel ou des dommages-intérêts en matière civile si la personne visée quitte le Canada, mais un tribunal peut ordonner le gel ou la saisie des biens qu'elle abandonne dans sa fuite. De tels recours personnels relatifs à l'entretien courant, à l'exécution particulière de certaines tâches, à l'injonction et à la reddition de comptes, accordés par les tribunaux canadiens à l'endroit d'un défendeur fugitif ou étranger, ne peuvent s'exercer que si le plaignant s'assure le concours d'un tribunal étranger.

d) Les accords bilatéraux

Le Canada aura plus de facilité à concrétiser ses objectifs extraterritoriaux par la coopération et l'entente avec d'autres États que par une action unilatérale. Un accord bilatéral peut aussi bien prendre la forme d'un arrangement ponctuel que d'un traité permanent. La recherche du consentement ponctuel d'une autorité étrangère est un moyen simple et rapide de traiter certains incidents extraterritoriaux⁶⁴, mais l'inverse est également possible : un gouvernement étranger pourrait inviter le Canada à lui apporter une aide policière ou militaire sur son territoire. Dans un cas comme dans l'autre, avec la permission de l'État étranger, les autorités canadiennes posent des gestes « souverains » sans empiéter sur la souveraineté de leur hôte.

⁶⁴ Notamment dans *Cook*, *supra* note 57, et dans *Hape*, *supra* note 58.

Les traités permanents sur l'attribution d'une autorité extraterritoriale peuvent prendre des formes variées :

- i) Les accords permanents d'assistance et de coopération mutuelles sur les questions extraterritoriales. Les exemples classiques sont l'Accord entre le Canada et les États-Unis concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales⁶⁵ et le Traité canado-américain d'entraide juridique en matière pénale⁶⁶. Leur titre respectif explique l'intention visée. Le Traité d'entraide juridique a été mis en œuvre par la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*⁶⁷, en vue d'une application réciproque en faveur des demandes extraterritoriales des États-Unis au Canada.
- ii) Les accords permanents sur la réciprocité de l'autorité extraterritoriale. Ces traités diffèrent de la catégorie i) ci-dessus en ce qu'ils sont mutuels et coopératifs, en plus d'avoir des termes exactement réciproques. On pense par exemple à l'échange de notes (c.-à-d. le traité) entre le Canada et les États-Unis concernant l'application réciproque de la Convention sur le statut des forces⁶⁸ de l'OTAN, en vigueur en Canada aux termes de la *Loi sur les forces étrangères présentes au Canada*⁶⁹.
- iii) Les accords permanents sur l'autorité extraterritoriale mutuelle. Dans ce type d'accord, les deux États parties exercent une compétence partagée sur une activité transnationale. C'est par exemple le cas de la Commission mixte internationale sur l'utilisation et le mésusage des eaux limitrophes du Canada et des États-Unis en vertu du Traité des eaux limitrophes de 1909⁷⁰. L'ALENA en fournit d'autres exemples lorsqu'un groupe d'experts bilatéral ou trilatéral entend les revendications entre États parties, ou que des tribunaux canadiens examinent des décisions arbitrales sur les allégations faites en vertu du chapitre 11 par des sociétés

⁶⁵ (1996) 36 I.L.M. 311.

⁶⁶ R.T. Can. 1990 n° 19.

⁶⁷ L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.).

⁶⁸ R.T. Can. 1994 n° 34, avec un renvoi à R.T. Can. 1953 n° 13.

⁶⁹ L.R.C. 1985, ch. V-2.

⁷⁰ U.K.T.S. 1910 n° 23.

étasuniennes ou mexicaines à propos d'une expropriation ordonnée illégalement dans le territoire de l'autre partie⁷¹.

e) Les accords multilatéraux

La conclusion de traités multilatéraux est une occasion inégalée de résoudre un large éventail d'allégations contradictoires de la compétence extraterritoriale. Ces traités prennent des formes variées :

- i) Les traités multipartites sur la réciprocité de l'autorité extraterritoriale. Ce type de traité est encore peu courant, bien qu'on en trouve un exemple dans l'Accord des Nations Unies sur la pêche et les stocks de poisson⁷². Aux termes de l'article 21 sur l'application des règles de gestion des pêcheries régionales, le Canada peut exercer des pouvoirs d'arraisonnement, d'inspection et de détention sur des navires de pêche étrangers en haute mer, aux termes de la réglementation établie par la *Loi sur la protection des pêcheries côtières*⁷³.
- ii) Les organisations multi-États pour l'autorité extraterritoriale mutuelle. Ces organisations interviennent de façon concertée pour régler des problèmes extraterritoriaux connus et répandus qui touchent un certain domaine des lois d'États membres d'un organisme permanent. On en voit un exemple dans la participation du Canada à diverses organisations intergouvernementales qui entretiennent une ou plusieurs des instances suivantes : i) des organes ayant le pouvoir de prescrire ou mettre en œuvre des normes applicables aux États parties (p. ex. la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, qui a conclu le Protocole de Kyoto); ii) des unités chargées d'inspecter, surveiller, vérifier et signaler la conformité des États parties aux règles et normes de l'organisation (p. ex. la supervision des installations nucléaires par l'Agence internationale de l'énergie atomique); iii) des organes ayant un pouvoir de décision supranational (p. ex. l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce).

⁷¹ Accord de libre-échange nord-américain, R.T. Can. 1994 n° 2, mis en œuvre au Canada par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44. Pour un exemple du chapitre 11, voir *Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc. (C.F.)*, [2004] 3 C.F. 38.

⁷² (1995) 34 I.L.M. 1542.

⁷³ L.R.C. 1985, ch. C-33, modifiée par L.C. 1994, ch. 14 et règl.

On trouve une forme spéciale d'organisation intergouvernementale ans l'Organisation des Nations Unies (ONU). De par l'universalité de ses fonctions et de ses membres et le caractère unique de ses pouvoirs supranationaux dans certains domaines, l'ONU mérite une mention particulière. L'attention multilatérale portée par l'ONU aux préoccupations extraterritoriales est devenue une composante très importante de son travail à titre d'organe mondial central au cours de l'actuelle transition vers le mondialisme commune à un très grand nombre de champs d'intérêt et d'entreprise humains. À titre de membre de l'ONU, le Canada a la responsabilité, comme tous les autres États membres, d'exécuter ses obligations aux termes de la Charte de l'ONU. Ces obligations comprennent de temps à autre des mesures collectives de l'organisation ou, autrement dit, des mesures extraterritoriales prises par le Canada en association avec d'autres États membres au nom de l'ONU. Sous l'autorité de l'ONU, le Canada peut prendre une mesure extraterritoriale dans l'une des situations suivantes :

- a) le Canada met en œuvre une obligation prescrite par l'ONU aux termes d'une décision obligatoire prise par le Conseil de sécurité de sanctionner des États étrangers, par le biais, par exemple, d'ordonnances prises en vertu de la *Loi sur les Nations Unies*⁷⁴;
- b) le Canada participe volontairement à une mesure autorisée par une résolution du Conseil de sécurité aux termes du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire une mission de maintien de la paix dans un État étranger.

3. La réponse du Canada à une revendication extraterritoriale excessive

a) La législation

Le Canada peut réagir par une mesure législative à une revendication extraterritoriale faite par un État étranger, afin de protéger les Canadiens visés ou de leur assurer des recours. Ces mesures prennent souvent la forme de dispositions de « blocage » ou de « récupération ».

⁷⁴ L.R.C. 1985, ch. U-3.

On en trouve un exemple dans une loi fédérale, la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*⁷⁵, qui autorise le Procureur général, s'il estime qu'un État étranger a pris ou se propose de prendre une mesure qui porte atteinte à des intérêts commerciaux canadiens :

i) à interdire aux personnes physiques et morales au Canada a) soit de se conformer aux directives exécutives et ordonnances judiciaires de cet État, b) soit de lui fournir les documents et renseignements qu'il demande ou exige;

ii) à interdire l'application au Canada de toute décision des tribunaux de cet État;

iii) si l'exécution de la décision porte sur des actifs appartenant au défendeur canadien et se trouvant dans l'État étranger, à autoriser le défendeur canadien à intenter une poursuite au demandeur étranger devant les tribunaux canadiens en vue de recouvrer un montant équivalent.

Certaines provinces ont adopté des lois semblables; c'est notamment le cas de l'Ontario avec la *Loi sur la protection des documents commerciaux*⁷⁶ et du Québec avec la *Loi sur les dossiers d'entreprises*⁷⁷.

Le Parlement peut également adopter des dérogations législatives aux clauses d'élection de for ou de compétence législative étrangère des contrats transnationaux. Par exemple, aux termes de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*⁷⁸, un Canadien qui est soit l'expéditeur ou l'exportateur de biens transportés par bateau, soit l'importateur ou le consignataire de tels biens peut se voir accorder i) le choix d'un tribunal ou arbitrage canadien, quels que soient les termes d'une éventuelle clause d'élection de for; ii) les avantages des lois canadiennes, même si son contrat comprend une clause de compétence étrangère.

b) Les mesures exécutives

Le pouvoir exécutif, par l'entremise des pouvoirs qu'il délègue, peut réagir de diverses manières aux débordements de compétence d'États étrangers. Un des mécanismes possibles

⁷⁵ L.R.C. 1985, ch. F-29.

⁷⁶ L.R.O. 1990, ch. B-19.

⁷⁷ L.R.Q., ch. D-12.

⁷⁸ L.C. 2001, ch. 6, art. 46 (plus la partie 5 et l'annexe 3).

est l'arrêté discrétionnaire, prévu par une foule de lois de types variés. Un bon exemple en est la *Loi sur l'extradition*⁷⁹, qui donne au procureur général le droit de refuser pour plusieurs motifs d'extrader vers un État étranger une personne se trouvant au Canada, notamment lorsque l'État demandeur exerce une compétence extraterritoriale sur l'infraction qui a donné lieu à la demande⁸⁰.

Dans son exercice du pouvoir du gouvernement fédéral en matière d'affaires étrangères, l'exécutif peut également répondre par la diplomatie aux mesures extraterritoriales d'un État étranger. Il peut s'agir d'une ligne « douce » ou conciliante (p. ex. des représentations de l'ambassadeur, des négociations d'État à État) ou d'une ligne « dure » (p. ex. le retrait unilatéral du commerce et de l'aide). L'exécutif peut également rendre des ordonnances de contremesures telles que l'inexécution ou la suspension temporaire par le Canada des obligations qu'il a en vertu d'un traité envers un État étranger, en proportion avec le préjudice causé par les actions extraterritoriales illégales de ce dernier.

c) Le processus judiciaire

Le pouvoir de l'appareil judiciaire n'ayant ni l'étendue ni la portée dont jouissent l'autorité législative et le pouvoir exécutif pour réagir aux actions extraterritoriales d'États étrangers, la magistrature tend à se méfier des décisions qui concernent des États ou des acteurs étrangers. Cependant, en tant que gardiens de leur propre procédure et arbitres de dernier ressort du droit applicable, les tribunaux ont le pouvoir de disposer des revendications extraterritoriales étrangères (mettant généralement en cause des intérêts privés) qui empiètent trop sur la compétence du Canada, normalement en invoquant les principes en matière de conflits de lois.

Les tribunaux peuvent imposer aux parties des restrictions procédurales, p. ex. le rejet de clauses d'élection de for à l'étranger et de compétence législative dans les contrats multinationaux. L'exercice de ce pouvoir n'est pas chose courante, compte tenu de la réticence

⁷⁹ L.C. 1999, ch. 18.

⁸⁰ *Ibid.*, al. 47e).

de la common law à intervenir plus qu'il ne le faut dans les relations contractuelles⁸¹. Les tribunaux peuvent aussi imposer des restrictions correctives, p. ex. le refus de reconnaître ou d'exécuter des décisions de justice ou des sentences arbitrales étrangères, bien qu'ils soient alors assujettis à des obligations découlant de traités⁸² qui limitent généralement ce pouvoir.

De plus, d'après les principes en matière de conflits de lois, un tribunal canadien, même s'il peut reconnaître une décision rendue par un tribunal d'un État étranger, n'aidera généralement pas à l'exécution des lois pénales, fiscales et spoliatrices d'un État étranger, ni de toute loi étrangère qui contrevient à une règle fondamentale des politiques officielles canadiennes⁸³.

d) Les accords internationaux

Tous les traités bilatéraux et multilatéraux mentionnés plus haut, aux sections II(C)(2)d) et e), fonctionnent de façon réciproque et donnent aux partenaires étrangers d'un traité le droit de prendre les mêmes mesures extraterritoriales lorsque le Canada affirme sa compétence extraterritoriale contre eux. Toutefois, les traités fixent aussi des limites à l'exercice de l'autorité extraterritoriale, ce qui assure une protection réciproque des intérêts canadiens. Si un État étranger contrevenait aux normes négociées d'une convention par un exercice excessif de son pouvoir extraterritorial, le Canada pourrait réagir défensivement par l'une ou l'autre des techniques exposées plus haut aux sections II(C)(3)a) et b). Il pourrait aussi réagir offensivement, par des mesures « égales et opposées », c'est-à-dire en exerçant une compétence extraterritoriale similaire contre l'État étranger.

⁸¹ Voir p. ex. *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin*, 2005 ACCA 570, demande de pourvoi à la C.S.C. accueillie, 2006 Can LII IIB (C.S.C.).

⁸² Par exemple la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations Unies (Convention de New York), (1993) 330 U.N.T.S. 3, mise en œuvre au Canada par la *Loi sur la Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères*, L.R.C. 1985, ch. 16 (2^e suppl.).

⁸³ Voir *Laane and Baltser v. The Estonian State Cargo and Passenger Steamship Line*, [1949] R.C.S. 530.

Tableau 1 – Moyens d'étendre la compétence canadienne à l'extérieur de son territoire

ET = Extraterritorial(e)(s) ou à l'extérieur du territoire

Type de mesure	Type de compétence	Exemple	Observations
Législation	Prescription 1) sur des questions ET 2) sur des personnes ET 3) sur des actions et acteurs ET	Tourisme sexuel impliquant des enfants Infractions survenues à bord de navires canadiens Crimes contre l'humanité	A mené une initiative internationale Évite les territoires sans loi En vertu d'une compétence universelle
Mesures exécutives	Prescription et exécution 1) unilatérales : - prescription - exécution 2) bilatérales : prescription et exécution 3) multilatérales : - prescription - exécution	Imposition de sanctions économiques Décision discrétionnaire en matière d'immigration Procédures aux douanes Can-EU Harmonisation des lois nationales Exécution réciproque des sentences arbitrales	Généralement en vertu d'une décision d'une OIG Le droit international respecte les choix nationaux Commodité administrative mutuelle Solutions multilatérales commodes et efficaces
Procédure judiciaire	Prescription et exécution 1) en vertu des lois : prescription et application 2) en vertu de pouvoirs inhérents - prescription sur des questions ET - prescription sur des personnes ET - exécution sur des personnes ET	<i>Loi sur les crimes contre l'humanité</i> <i>Forum non conveniens</i> Signification d'un acte de procédure à l'étranger Application ET restreinte de la Charte canadienne Saisie de biens au Canada	En vertu d'une compétence universelle Déroulement efficace du procès Utilisation restreinte Retenue face à la souveraineté d'un État étranger Moyens d'exécution restreints à l'étranger
Accord bilatéral	Prescription et exécution 1) Entraide ponctuelle 2) Entraide permanente 3) Pouvoirs ET réciproques 4) Pouvoirs ET mutuels	Consentement de la GRC à agir aux EU : <i>Cook</i> Traité Can-EU sur l'assistance juridique mutuelle Accord Can-EU sur le statut des forces Traité des eaux limitrophes de 1909	Commodité administrative Commodité administrative Clarté des compétences Solutions mutuelles
Accord multilatéral	Prescription et exécution 1) Pouvoirs ET réciproques 2) Pouvoirs ET mutuels : - prescription - conformité - décision	Accord de l'ONU sur les stocks de poisson OIG, p. ex. : Protocole de Kyoto par la COP-3 de la CCCC de l'ONU Inspections par l'AIEA Organe de règlement des différends de l'OMC	Extension exceptionnelle de la compétence } Solutions mutuelles

Tableau 2 – Réponses canadiennes à une revendication extraterritoriale excessive de la part d'un État étranger

Type de mesure	Type de compétence	Exemple	Observations
Législation	Prescription 1) Blocage	<i>Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères</i> Choix d'arbitrage aux termes de la <i>Loi sur la responsabilité en matière maritime</i>	Exceptionnel
	2) Dérogation		Rare
Mesures exécutives	Prescription 1) Demandes 2) Ordonnances	Ouvertures diplomatiques Contremesures	Fréquent Rare
	Exécution 1) Décisions	Refus d'extrader	Discrétionnaire
Procédure judiciaire	Prescription 1) Restrictions procédurales	Injonctions contre les poursuites Rejet des clauses de compétence législative	Rare Peu fréquent
	Exécution 1) Restrictions en matière de recours	Inexécution des décisions de tribunaux étrangers	Peu fréquent
Accord international	Prescription et exécution	Voir Traités au tableau 1 – tous fonctionnent réciproquement pour protéger et étendre la compétence canadienne	} Solutions mutuelles

III. La justification politique d'une mesure extraterritoriale

Dans la partie II, nous avons exposé le cadre conceptuel sous-jacent à la compétence extraterritoriale, décrit son mécanisme général et précisé quelles entités gouvernementales ont le pouvoir de l'exercer. Nous avons également exploré les moyens par lesquels s'exerce la compétence extraterritoriale, que ce soit d'une manière proactive, pour promouvoir les intérêts et objectifs politiques du Canada, ou réactive, en réponse à ce que le Canada considère comme des revendications extraterritoriales excessives de la part d'États étrangers.

À la lumière de ce qui précède, nous soutenons qu'on peut dégager une distinction essentielle entre trois choix de moyens : i) l'impact extraterritorial sans extraterritorialité; ii) la mesure extraterritoriale unilatérale; iii) la mesure extraterritoriale multilatérale. Ici, nous

examinerons l'approche adoptée par le Canada face à chacune de ces trois questions dans la sphère du droit criminel. L'examen de ce domaine se révèle particulièrement utile, car c'est là que l'histoire des mesures extraterritoriales au Canada est la plus riche. Bien que le Canada ne soit pas nécessairement appelé à continuer de procéder comme par le passé, il sera utile de comprendre clairement les motivations qui ont guidé jusqu'ici l'exercice de l'extraterritorialité.

Nous avançons qu'en droit criminel, il existe quatre motifs observables d'agir à l'extérieur de son territoire : 1) pour régler une conduite extraterritoriale ayant un lien étroit avec le Canada; 2) pour contrôler l'« image » du Canada; 3) pour éviter un territoire sans loi; 4) pour mettre en œuvre des accords internationaux concernant certaines infractions.

A. La réglementation d'une conduite extraterritoriale ayant un lien étroit avec le Canada

Certaines dispositions du *Code criminel* considèrent qu'un comportement est illégal même si la conduite interdite a lieu en partie à l'extérieur du Canada. Ces infractions se classent en deux catégories différentes qu'il convient de distinguer.

La première de ces catégories regroupe les infractions qui, sans viser un impact extraterritorial, ne prennent pas en compte le fait que certains aspects de l'infraction n'ont pas d'assise territoriale en sol canadien, parce que ce fait n'a pas d'incidence réelle sur l'infraction. Le recel est l'exemple le plus simple de cette catégorie.

En vertu de l'article 354 du *Code*, commet une infraction quiconque possède des biens obtenus soit de la perpétration d'un crime au Canada, soit « d'un acte ou d'une omission en quelque endroit que ce soit, qui aurait constitué, s'il avait eu lieu au Canada, une infraction punissable sur acte d'accusation. » Il n'y a pas vraiment lieu de considérer cette disposition ou d'autres du même genre comme des dispositions extraterritoriales. Elles visent non pas à réduire l'incidence des vols ou d'autres infractions à l'extérieur du Canada, mais bien à préciser que si une personne accusée au Canada est en possession de biens volés, l'origine de ces biens n'a pas d'importance. Dans bien des infractions, des expressions telles « soit au Canada,

soit à l'étranger » ont la même fonction que l'expression « directement ou indirectement » en tant que déterminant de « emploie la force » dans les dispositions sur les voies de fait : non pas d'ajouter un facteur, mais d'en supprimer un. Relèvent de la même catégorie les infractions telles le fait d'induire des rapports sexuels illicites (alinéa 212a)), l'exploitation d'un bateau innavigable (article 251), la fabrication d'un faux document (article 366), l'agiotage sur les actions (article 383), la réduction illégale du nombre d'actions par un courtier (article 384), les infractions relatives au blanchiment d'argent (partie XII.2) et la bigamie (article 290). À notre avis, ces infractions n'ont aucune pertinence véritable dans une analyse de l'extraterritorialité.

En revanche, certaines infractions visent vraiment à tenter une poursuite en justice pour un comportement qui se produit à l'extérieur des frontières canadiennes : la trahison et la haute trahison (paragraphe 46(3)), certaines infractions à la *Loi sur la protection de l'information* (article 26)⁸⁴, les infractions relatives à l'emploi frauduleux d'un passeport ou d'un certificat de citoyenneté (articles 57 et 58), certaines infractions prévues à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸⁵ (article 135) et les infractions à la *Loi sur la citoyenneté* concernant la fraude en matière de citoyenneté (article 30)⁸⁶.

La plupart de ces infractions relèvent de notre catégorie de l'impact extraterritorial sans extraterritorialité. Elles visent en fait à maîtriser l'impact sur le territoire ou l'intégrité du Canada, bien que l'atteinte de ce but nécessite par incidence un élargissement de la portée territoriale de l'infraction.

B. Le contrôle de l'image du Canada

Un nombre relativement restreint d'infractions considèrent le comportement de certains Canadiens illégal s'il se produit à l'étranger. Plus particulièrement, quiconque occupe un emploi à titre de fonctionnaire dans un lieu situé à l'étranger est assujéti au *Code criminel* (paragraphe 7(4)), et les infractions commises en service aux termes de la *Loi sur la défense*

⁸⁴ L.R.C. 1985, ch. O-5.

⁸⁵ *Supra* note 47.

⁸⁶ L.R.C. 1985, ch. C-29.

*nationale*⁸⁷ ou du Code de déontologie de la GRC comprennent les infractions commises à l'extérieur du Canada. Autrefois, les personnes employées sur un navire canadien outre-mer étaient assujetties au droit criminel canadien, mais cette disposition a été abrogée. Enfin, l'article 269.1 du *Code criminel* interdit les actes de torture par un « fonctionnaire » canadien, où qu'ils soient commis.

C. L'évitement des territoires sans loi

Une des principales justifications politiques d'une revendication de compétence extraterritoriale est qu'aucun autre État ne fait de revendication territoriale concurrente. Dans ces circonstances, non seulement le Canada n'empiète pas sur la souveraineté d'un autre État, mais il évite aussi le danger associé aux territoires sans loi. L'une des plus anciennes dispositions extraterritoriales du *Code criminel*, donc, a trait à la piraterie, qui se produit en haute mer et qui constitue une infraction, qu'elle soit commise au Canada ou à l'étranger (paragraphe 74(2)). À une époque plus récente, la conquête de l'espace a donné lieu au même problème de lacune en matière de compétence; aujourd'hui, le Canada affirme aussi (dans certaines circonstances) sa compétence sur les infractions commises à bord de la station spatiale internationale (paragraphe 7(2.3) à 7(2.34)). Des dispositions semblables régissent certaines infractions commises à bord d'un aéronef, d'un navire ou d'une plate-forme fixe au-delà du plateau continental d'un pays (paragraphe 7(1), (2), (2.1) et (2.2)). Enfin, l'alinéa 477.1e) étend la compétence aux infractions commises « à l'extérieur du territoire de tout État ».

Cependant, ces revendications de compétence n'ont pas toujours la même nature. Dans certains cas, notamment la piraterie et les infractions commises à bord d'un aéronef, d'un navire ou d'une plate-forme fixe, le Canada affirme sa compétence sur quiconque commet l'infraction. Toutefois, pour certaines infractions en matière de détournement d'avion ou de terrorisme, le paragraphe 7(2) du *Code criminel* ajoute comme condition supplémentaire que l'accusé se

⁸⁷ L.R.C. 1985, ch. N-5.

trouve au Canada après leur commission, alors que, pour qu'une infraction commise sur une plate-forme fixe puisse donner lieu à une poursuite, la présence de la personne au Canada suffit, et que dans les dispositions relatives à la piraterie et aux infractions commises à bord d'un aéronef, il n'est pas même question de la présence de l'accusé. Par conséquent, même si le Canada peut tenter une poursuite à quiconque commet une de ces infractions, dans certaines circonstances, il pourrait être dans l'impossibilité de demander l'extradition de quiconque en vue de lui porter une accusation au Canada. Dans d'autres cas, notamment les infractions commises dans l'espace (paragraphe 7(2.3) et (2.31)) et l'alinéa 477.1e) du *Code criminel*, la revendication est plus limitée. Dans ce dernier cas, le Canada revendique sa compétence sur le territoire sans loi à l'égard des infractions commises par des Canadiens : dans le premier, il est question à la fois des infractions commises par et contre des Canadiens.

D. La mise en œuvre d'accords internationaux concernant certaines infractions

Dans la première mouture du *Code criminel* (celle de 1892), à l'exception, peut-être, de la piraterie, aucune disposition extraterritoriale n'est fondée sur un accord international. Les Lois révisées de 1982 en contiennent un nombre significatif, et aujourd'hui, il y en a à peu près deux fois plus qu'en 1892. Dans la mesure où la compétence extraterritoriale du Canada en matière criminelle a progressé, donc, cette croissance s'est produite dans la catégorie des accords internationaux. Le Canada a signé des accords sur les poursuites relativement à des types de crimes précis. Par conséquent, le *Code criminel* contient des dispositions extraterritoriales concernant les infractions commises à bord d'un aéronef, les infractions commises en relation avec une « installation utilisée pour la navigation aérienne internationale » (et, maintenant, avec les aéroports étrangers servant à l'aviation civile internationale), les infractions personnelles contre une « personne jouissant d'une protection internationale », la prise d'otages, les infractions faisant intervenir du matériel nucléaire, un engin explosif ou un autre engin meurtrier, les infractions contre un membre du personnel des Nations Unies ou du personnel associé, le

financement du terrorisme, le tourisme sexuel impliquant des enfants et la torture par des fonctionnaires canadiens à l'étranger. Des dispositions qui figuraient auparavant au *Code criminel* et sont aujourd'hui prescrites par la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre* autorisent les tribunaux à intenter des poursuites pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qui se sont produits à l'extérieur du Canada.

Si aucune de ces catégories de politiques n'est étanche, elles ont en commun de démontrer le vif intérêt manifesté par le Canada pour la réglementation de la conduite extraterritoriale quand celle-ci va dans l'intérêt du Canada et qu'elle n'entrave pas, voire qu'elle promeut certains régimes dans le cadre de l'ordre juridique international.

IV. Les principaux sujets de préoccupation actuels : études de cas

Après avoir décrit à la partie III les justifications politiques possibles des allégations déjà faites par le Canada de sa compétence extraterritoriale dans le domaine du droit criminel, il convient maintenant d'examiner certains exemples de domaines du droit – les domaines privé, civil et réglementaire – où des questions transnationales suscitent de plus en plus d'inquiétude et d'attention de la part du public. L'examen de ces domaines nous servira à éclairer certaines caractéristiques qui sont généralement nécessaires à l'exercice efficace de la compétence extraterritoriale, ainsi qu'à étudier en quoi l'extension de pouvoirs extraterritoriaux pourrait contribuer efficacement à résoudre chacune de ces questions.

A. L'extraterritorialité et l'Internet

De par sa nature de réseau mondial des réseaux d'interconnexion, l'Internet permet la transmission à haute vitesse de données partout dans le monde. Il se distingue de tous les médias conventionnels par son caractère hautement interactif. Le réseau Internet peut servir de à réaliser des transactions commerciales interentreprises ou entre l'entreprise et sa clientèle. Il

peut aussi servir à transmettre des biens sous forme de contenu numérisé ou à véhiculer des jeux de hasard, en plus de faciliter ou d'aider à canaliser un large éventail de comportements criminels. Toute cette activité s'effectue par le transfert de données dans un réseau capable de franchir bien des frontières nationales.

L'Internet cause aux gouvernements nationaux une foule de problèmes législatifs et réglementaires épineux. Ces problèmes surviennent dans des contextes diversifiés, de par le caractère unique d'Internet en tant que moyen de communication.

i) Un moyen d'effectuer des transactions commerciales. Dans certains cas, l'Internet est le véhicule grâce auquel se font la publicité et la vente de produits livrés par des moyens conventionnels. Quand un Canadien achète des livres ou d'autres produits à un détaillant étranger par Internet, cette activité soulève des questions quant à la fiscalité des dépenses de consommation à l'étranger effectuées en ligne et à la protection du consommateur. Dans certains cas, l'objet de la transaction est un bien illégal, sévèrement réglementé ou assujéti à diverses normes réglementaires ou de sécurité au Canada. Cela soulève des préoccupations en matière de légalité et de réglementation dans les deux sens. Les ventes transfrontières soulèvent en outre la question des infractions aux lois étrangères commises par les entreprises établies au Canada qui vendent à l'étranger⁸⁸.

ii) Un moyen de livrer des biens, des services ou des contenus. Il se peut aussi que non seulement la transaction, mais aussi la livraison du contenu ou de l'objet de la transaction se fasse en ligne. C'est notamment le cas du téléchargement de fichiers audio (musique ou audiolivres), vidéo et autres, ou encore des contenus transmis en continu, telles les webémissions, la webradio, etc. Ces transactions soulèvent des problèmes de droit d'auteur, en particulier quand l'échange se fait sans autorisation

⁸⁸ L'industrie pharmaceutique en ligne en donne un exemple. Aux États-Unis, il est interdit d'importer des produits pharmaceutiques sans détenir les permis nécessaires. La taille de l'industrie pharmaceutique en ligne a donné lieu à des plaintes du gouvernement des États-Unis au gouvernement canadien et à des pressions sur ce dernier pour qu'il prenne des mesures afin de limiter cette industrie.

(comme dans le cas du partage de fichiers entre pairs). Quant à l'importation de biens qui ne franchissent jamais de barrière douanière, étant plutôt livrés par Internet sous forme de données, elle donne lieu à d'épineux problèmes de fiscalité.

Certaines situations où la livraison du contenu et la transaction elle-même se font par Internet engagent plus directement les intérêts concurrents de deux États. C'est notamment le cas d'une conduite qui est en général sévèrement réglementée par les gouvernements, la radiodiffusion par exemple, ou qui est illégale. Ainsi, les jeux de hasard sur Internet posent problème, tout comme l'offre à la vente de produits pornographiques (chaque État ayant ses propres lois sur l'obscénité) ou la communication de discours haineux⁸⁹. D'autres problèmes surgissent quand un contenu considéré tout à fait acceptable par bien des ressorts est tenu pour illégal dans quelques autres. Par exemple, il y a des pays où certains discours politiques sont interdits et où l'accès ou la contribution à un tel discours par Internet constitue une infraction criminelle.

iii) Un véhicule pour des activités criminelles. Certaines activités sur Internet, la distribution de matériel pornographique impliquant des enfants par exemple, sont tout simplement illégales et ce, dans la plupart des États. L'Internet est devenu le véhicule d'une large gamme d'activités criminelles, dont la fraude, les complots, le terrorisme, le blanchiment d'argent et d'autres activités du crime organisé.

Il est clair que l'Internet risque de poser des problèmes d'application extraterritoriale des lois dans des contextes variés. Dans bien des cas, la situation nécessite non pas l'élaboration de règles ou de principes nouveaux, mais plutôt l'application de principes déjà établis à un nouveau monde d'interconnexions. Comme l'a noté le juge Binnie dans *SOCAN*, ces enjeux se heurtent « au problème beaucoup plus complexe de l'application de lois nationales à une technologie qui évolue rapidement et qui, par essence, ne respecte aucune frontière

⁸⁹ *Citron c. Zündel* (2002), 41 C.H.R.R. D/274 (T.C.D.P).

nationale⁹⁰ ». Beaucoup de ces questions font donc intervenir une nouvelle lecture du concept de « territoire » à l'ère des réseaux numériques.

1. La territorialité dans le contexte de l'Internet

Dans *SOCAN*, la Cour suprême du Canada a considéré, entre autres questions, celle de savoir si la musique transmise au Canada par Internet à partir d'un serveur situé à l'extérieur du pays est communiquée au public par télécommunication au Canada. La Commission du droit d'auteur était arrivée à la conclusion qu'un ouvrage est communiqué au public par télécommunication au moment où celui-ci y accède (autrement dit, au début de la transmission). La Cour a accepté cette conclusion. Cependant, la Commission du droit d'auteur avait alors conclu que comme la communication se produit au point d'accès, un ouvrage est communiqué au public par télécommunication au Canada uniquement si le point d'accès (le serveur hôte) est situé au Canada.

Le juge Binnie, au nom de la majorité des juges, rejette cette dernière position, estimant « qu'il s'agit d'un critère trop rigide et trop mécanique⁹¹ ». Il écrit : « La communication Internet qui franchit une ou plusieurs frontières nationales "se produit" dans plus d'un pays, soit à tout le moins dans le pays de transmission et dans le pays de réception⁹². » Le juge Binnie estime nécessaire cette façon élargie de « localiser » une communication Internet, parce que toute autre approche « aurait de graves conséquences dans d'autres domaines de l'application de la loi à l'Internet, notamment en ce qui concerne la possibilité, pour le Canada, d'appliquer le droit pénal et le droit civil aux communications indésirables qui nous arrivent de l'étranger⁹³ ».

La Cour a fondé sa démarche sur la portée extraterritoriale des lois. Le juge Binnie souligne que la portée des lois du Canada ne se limite pas aux communications de contenu qui ont lieu à l'intérieur du territoire canadien. Il commence son analyse en énonçant que le principe de la compétence territoriale doit être généralement respecté pour éviter le chaos. Ainsi, il faut

⁹⁰ *SOCAN*, *supra* note 53, paragr. 41.

⁹¹ *Ibid.*, paragr. 44.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

présumer que le Parlement n'entend pas donner une portée extraterritoriale à ses lois « en l'absence d'un libellé clair ou d'une déduction nécessaire à l'effet contraire⁹⁴ ». Le juge Binnie observe aussi que les dispositions législatives sur le droit d'auteur reflètent « la mise en œuvre d'un [TRADUCTION] “réseau de traités internationaux interreliés” compte tenu du principe du traitement national⁹⁵ ». Ainsi, il écrit :

L'applicabilité de la *Loi sur le droit d'auteur* à une communication à laquelle participent des ressortissants d'autres pays dépend de l'existence entre le Canada et la communication d'un lien suffisant pour que le Canada applique ses dispositions conformément aux « principes d'ordre et d'équité [...] qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations [transfrontalières] »⁹⁶.

L'opinion du juge Binnie à savoir qu'« une télécommunication effectuée à partir d'un pays étranger vers le Canada ou à partir du Canada vers un pays étranger “se situe à la fois ici et à l'autre endroit”⁹⁷ » est conforme à la démarche qui consiste à rechercher un « lien réel et important » avec le Canada pour déterminer si une télécommunication publique a eu lieu au Canada. À son avis, le critère du lien réel et important élaboré par les tribunaux pour déterminer s'il convient de restreindre l'exercice de compétence est à la fois pertinent et utile; il « suffit pour que notre *Loi sur le droit d'auteur* s'applique aux transmissions Internet internationales conformément au principe de la courtoisie internationale et aux objectifs d'ordre et d'équité⁹⁸ ».

La décision majoritaire dans *SOCAN* porte à confusion en ce qu'elle renvoie à la portée extraterritoriale de la *Loi sur le droit d'auteur*, ce qui laisse supposer que le Canada a assumé un pouvoir prescriptif sur des questions extérieures à ses frontières. Ce que fait le juge Binnie en appliquant le critère du lien réel et important que la Cour a formulé dans *Libman*⁹⁹ et qui s'est articulé dans des arrêts subséquents¹⁰⁰, c'est d'établir, sur la base du principe de la compétence territoriale, que l'infraction en question avait un lien suffisant avec le territoire

⁹⁴ *Ibid.*, paragr. 54.

⁹⁵ *Ibid.*, paragr. 56.

⁹⁶ *Ibid.*, paragr. 57, citant *Morguard*, *supra* note 11, p. 1097.

⁹⁷ *Ibid.*, paragr. 59.

⁹⁸ *Ibid.*, paragr. 60.

⁹⁹ *Libman*, *supra* note 10.

¹⁰⁰ Voir, par exemple : *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Morguard*, *supra* note 11; *Beals*, *supra* note 11.

canadien. C'est là l'essence même de *Libman* : définir la portée du principe de la compétence territoriale. Comme l'écrit le juge LaForest dans *Libman* :

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. Selon moi, il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment les auteurs modernes, il suffit qu'il y ait un « lien réel et important » entre l'infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé¹⁰¹.

L'Internet appelle à une révision du principe de la compétence territoriale, car beaucoup de transactions ou interactions qui y ont lieu se situent « à la fois ici et à l'autre endroit ». La recherche d'un « lien réel et important » avec le territoire canadien, dans le respect de la courtoisie internationale, suffirait à régler bon nombre de situations éventuelles. Ainsi, dans *Citron c. Zündel*,¹⁰² le Tribunal canadien des droits de la personne a appliqué les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁰³ à une situation où des documents condamnables étaient hébergés sur un serveur situé en Californie. En l'occurrence, le fournisseur de contenu et les plaignants étaient tous deux au Canada. Dans *SOCAN*, la majorité observe avec raison que l'existence d'un « lien réel et important » dans une cause donnée « dépend des circonstances de la transmission¹⁰⁴ ».

Il est clair que dans *SOCAN*, la question revient à trouver un moyen d'établir les limites de la *territorialité* dans le contexte de l'Internet. De fait, la question à l'étude n'était pas de savoir si on pouvait intenter des poursuites à des acteurs étrangers. La Cour se préoccupait plutôt de la façon de saisir les acteurs canadiens. À ce titre, l'affaire soulevait des questions relatives à la compétence territoriale objective¹⁰⁵. Si l'action visée par la plainte s'est produite entièrement à l'extérieur du Canada, alors elle n'a pas de lien suffisant avec le territoire canadien. Mais si la communication « se situe à la fois ici et à l'autre endroit », elle permet de saisir la conduite des Canadiens qui y participent, ne fût-ce qu'à titre de destinataires.

¹⁰¹ *Libman*, *supra* note 10, paragr. 74.

¹⁰² *Citron c. Zündel*, *supra* note 89.

¹⁰³ L.R. 1985, ch. H-6.

¹⁰⁴ *SOCAN*, *supra* note 53, paragr. 77.

¹⁰⁵ Voir l'analyse donnée plus haut, à la section II(A).

Il semble que dans bien des cas, l'Internet ne change pas grand-chose aux principes de base de la compétence territoriale ou de l'extraterritorialité. Cependant, l'utilisation croissante de l'Internet pour une gamme d'activités de plus en plus étendue pourrait exiger plus fréquemment ce genre d'évaluation de l'importance des liens avec le territoire canadien. Il en résulterait non pas tant une croissance de l'extraterritorialité qu'une augmentation du nombre de situations où il faudra considérer les limites du concept de territorialité. Si certains conceptualisent le « cyberspace » comme un espace différent ou distinct, en réalité, la plupart des activités qui se déroulent dans le « cyberspace » peuvent être mises en lien avec un ou plusieurs territoires nationaux au moyen de facteurs usuels tels que le lieu physique où se trouvent les participants, leur nationalité, l'emplacement des installations ou équipements ainsi que l'endroit où sont les victimes ou les destinataires du contenu.

Cela dit, il ressort clairement que certains types d'actes ou d'infractions tendent plus que d'autres à remettre en question la notion de frontières territoriales. Dans le monde « hors réseau », en matière de complot, il a toujours été possible qu'un complot en vue de commettre un acte criminel se produise dans un territoire et l'acte criminel lui-même, dans un autre. L'Internet a tout simplement le pouvoir significatif d'accroître le nombre d'infractions (au civil ou au criminel) qui traversent des frontières ou font intervenir des acteurs de plusieurs territoires de compétence. La communication publique d'un ouvrage par télécommunication sur l'Internet peut faire intervenir, d'une part, une personne qui communique le contenu à partir d'un territoire de compétence et, d'autre part, des destinataires membres du public, situés dans des territoires variés. Il en va de même de la diffamation, où la publication dans l'Internet peut se faire à partir d'un territoire, tandis que les lecteurs (et les dommages à la réputation) sont situés dans plusieurs autres territoires de compétence. Il n'y a rien d'étonnant au grand nombre de litiges portant sur la diffamation par l'Internet, où les tribunaux de compétences multiples cherchent chacun de son côté à établir les critères propres à déterminer l'existence d'un « lien réel et

important » avec leur territoire de compétence respectif¹⁰⁶. Dans le contexte pénal, le résultat obtenu dans *R. v. Starnet Communications International Inc.*¹⁰⁷ laisse fortement présumer que pour éviter des poursuites en vertu du *Code criminel* du Canada pour activité de jeu illégale par l'Internet, il est nécessaire de couper les liens avec le Canada afin d'éviter tout « lien réel et important¹⁰⁸ ».

Il faut souligner qu'il existe dans d'autres ressorts des parallèles à l'approche canadienne quant à la territorialité et à l'Internet¹⁰⁹ et que dans certains cas, des tribunaux canadiens ont accepté et exécuté des ordonnances de tribunaux étrangers sur la base d'un lien important avec le territoire de compétence étranger. Ainsi, dans *Somerset Pharmaceuticals Inc. v. Interpharm Inc.*¹¹⁰, un tribunal ontarien a donné effet à des lettres rogatoires émises par un tribunal de Floride dans une cause mettant en jeu la vente en ligne de produits pharmaceutiques aux États-Unis. La Cour a accepté le fait que l'importation de produits pharmaceutiques s'était faite d'une façon qui contrevenait aux lois des États-Unis. Tout en reconnaissant qu'un tribunal ne devrait pas exécuter des lettres rogatoires si cette exécution était contraire à l'ordre public au Canada, le juge MacDonald a conclu qu'en l'occurrence, il était approprié de prêter main-forte à un tribunal étranger.

Le différend concernant les activités d'iCraveTV illustre lui aussi les approches parallèles adoptées dans d'autres territoires de compétence. Dans cette affaire, une compagnie canadienne captait des signaux de radiodiffusion émis aux États-Unis et les retransmettait sur l'Internet. Cette activité de retransmission était licite au Canada à condition d'acquiescer la licence

¹⁰⁶ Voir, par exemple : *Bangoura v. Washington Post*, 2005 CanLII 32906 (C.A. Ont.).

¹⁰⁷ (17 août 2001), Vancouver 125795-1 (B.C.S.C.)

¹⁰⁸ Voir C. Ian Kyer et Danielle Hough, « Is Internet Gaming Legal in Canada: A Look at Starnet », *Canadian Journal of Law and Technology*, vol. 1 (2001), cjltdal.ca.

¹⁰⁹ Aux États-Unis, les tribunaux ont élaboré une « échelle mobile » applicable aux sites Internet pour l'examen de la compétence personnelle. Cette échelle mobile est une façon de conceptualiser le niveau de lien entre le territoire d'origine et le territoire de destination. À un bout de l'échelle se trouvent les situations où il y a des contacts commerciaux évidents et des interactions répétées et délibérées. À l'autre bout de l'échelle se trouvent les sites Web « passifs », dont le contenu peut simplement être visualisé par n'importe quel internaute. Les sites plus interactifs se situent au milieu; le niveau, la nature et la fréquence de l'interactivité sont des critères pertinents pour l'établissement de l'importance du lien. Voir : *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F.Supp. 1119 (W.D.Pa. 1997); *CompuServe, Inc. v. Patterson*, 89 F. 3d 1257 (6th Cir. 1996); *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*, 947 F.Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996); *Thompson v. Handa-Lopez, Inc.*, 998 F.Supp. 738 (W.D. Tx. 1998).

¹¹⁰ (1994), 52 C.P.R. (3d) 317.

de retransmission adéquate, et la compagnie avait demandé la licence appropriée. Cependant, la retransmission par Internet (contrairement à la retransmission par câble) avait la capacité de pénétrer le marché étasunien, et d'importants titulaires de droits d'auteur aux États-Unis cherchaient à faire interdire les activités de la compagnie. Ils ont réussi à obtenir une injonction aux États-Unis afin de restreindre les activités d'iCraveTV en se fondant sur le fait qu'en retransmettant effectivement leur contenu à des résidents des États-Unis par l'Internet, ses activités constituaient une violation du droit d'auteur aux États-Unis¹¹¹. Bien qu'iCraveTV se soit préparée à arguer que ses activités étaient licites au Canada, les parties ont fini par conclure une entente à l'amiable aux termes de laquelle iCraveTV convenait de mettre fin à ses activités.

2. Le pouvoir législatif et prescriptif et l'Internet

Toutes les questions que soulève l'Internet ne portent pas sur le ou les lieux où se produit la conduite répréhensible. Dans certains cas, les questions soulevées concernent les limites du pouvoir qu'a un État de réglementer la conduite à l'extérieur de son territoire, même en présence d'un impact territorial. Ainsi, par exemple, l'Office de la langue française du Québec impose des exigences relatives à l'emploi du français uniquement sur les sites Web d'entreprises qui vendent des produits au Québec et les annoncent sur le site Web d'une *entreprise située au Québec*¹¹². La législation qui réglemente la langue des affaires dans la province ne peut avoir de portée extraterritoriale, même si l'Internet permet à des compagnies établies à l'extérieur de la province ou du pays de vendre des biens à des consommateurs au Québec. Là encore, on respecte les principes traditionnels de l'extraterritorialité. Pour ce qui est des transactions interprovinciales canadiennes, dans *Earth Future Lottery*¹¹³, un groupe établi à l'Île-du-Prince-Édouard a obtenu un permis de cette province pour organiser une loterie qu'il prévoyait établir en ligne. La Cour suprême du Canada a confirmé la décision de la Cour

¹¹¹ *Twentieth Century Fox Film Corp. v. ICRAVETV*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 11670; 53 U.S.P.Q.2D (BNA) 1831; Copy L. Rep. (CCH) P28,030.

¹¹² Office de la langue française, www.oqlf.gouv.qc.ca/francisation/ti.

¹¹³ *Renvoi relatif à la Earth Future Lottery*, 2002 PESCAD 8, (2002), 215 D.L.R. (4th) 656; (2002), 166 C.C.C. (3d) 373, confirmé par [2003] 1 R.C.S. 123 (*Earth Future Lottery*).

d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, à savoir que pour être licite, la loterie devrait avoir lieu dans la province ayant délivré le permis. La Cour a conclu qu'il y avait une différence entre organiser une loterie *dans* une province et en organiser une *à partir d'une* province. Déclarant illégal ce projet de loterie par Internet, elle souligne : [TRADUCTION] « Le marché mondial déborde largement des frontières de notre province et, par conséquent, est extérieur à la limitation territoriale imposée par l'alinéa 207(1)b)¹¹⁴. » Les dispositions du *Code criminel* qui autorisaient les provinces « à réaliser et administrer un projet de loterie dans cette province » visaient « à veiller à ce que les activités des loteries exclues du champ de la criminalité soient strictement confinées à l'intérieur d'un territoire¹¹⁵ ».

Dans *Thorpe v. College of Pharmacists of British Columbia*¹¹⁶, un pharmacien qui avait fait l'objet de mesures disciplinaires pour avoir préparé et exporté des médicaments sous ordonnance pour des personnes vivant aux États-Unis, et qui ne détenait donc pas les qualifications nécessaires pour pratiquer la médecine au Canada, en a appelé de la décision du College of Pharmacists en se fondant sur l'argument selon lequel l'article pertinent de la *Pharmacists Act* débordait la compétence de la province, parce qu'il avait un effet inadmissible à l'extérieur de la province. La Cour d'appel a rejeté cet argument. Le juge Gibbs a exprimé l'opinion suivante :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, pour une autorité législative provinciale, c'est une préoccupation raisonnable et adéquate que de veiller à ce que les professionnels assujettis à son autorité réglementaire pratiquent leur profession de manière à s'assurer que les normes qui s'appliquent sur le territoire de la province s'appliquent avec autant de force à une conduite sur le territoire de la province dont la portée déborde ce territoire¹¹⁷.

En bout de ligne, dans cette affaire comme dans d'autres où intervient une activité basée sur l'Internet, les principes qui s'appliquent sont les mêmes que ceux qui gouvernent les mesures extraterritoriales prises par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux dans

¹¹⁴ *Ibid.*, paragr. 10.

¹¹⁵ *Ibid.*, paragr. 11.

¹¹⁶ 1992 CanLII 895 (B.C.C.A.); (1992), 97 D.L.R. (4th) 634 (*Thorpe*).

¹¹⁷ *Ibid.*, paragr. 17.

d'autres contextes. Le défi à relever consiste à la fois à adapter ces principes au contexte de l'Internet et à accommoder le volume croissant des questions soulevées dans ce contexte.

Un problème particulier se pose quand on traite de l'extraterritorialité législative ou prescriptive dans le contexte de l'Internet, à savoir que la grande majorité des lois du Canada ont été adoptées au départ à une époque où on n'envisageait ni l'Internet, ni même la portée de l'activité basée sur l'Internet. Ces dispositions ont donc été adoptées sans que le Parlement considère s'il pouvait être nécessaire de se doter de pouvoirs extraterritoriaux ni dans quelles circonstances ces pouvoirs devraient s'exercer. Un des grands défis à relever par les tribunaux qui doivent interpréter cette législation consiste à déterminer, sur le plan de l'interprétation des lois, s'il convient de lire la législation ou certaines de ses dispositions particulières comme si elle véhiculait une autorité extraterritoriale. C'est peut-être cette question qui a causé le plus de confusion dans l'arrêt *SOCAN*. Le juge LeBel, dissident dans cette affaire sur la question de la portée extraterritoriale, déclare que la question déterminante est de savoir « si le Parlement a effectivement voulu que l'al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* ait une telle portée [extraterritoriale]¹¹⁸ ». Comme on l'a vu plus haut, la véritable question portait sur la façon d'interpréter le concept de *territorialité* dans l'environnement de l'Internet. Néanmoins, l'approche du juge LeBel consiste à se demander si, en matière d'interprétation des lois, le Parlement a voulu que la portée de la *Loi sur le droit d'auteur* déborde des frontières du Canada. Le juge répond « non » à cette question. Il poursuit en examinant la question territoriale : « à quelles conditions une communication a-t-elle lieu *au* Canada aux fins de l'al. 3(1)f)¹¹⁹? » Sa réponse est catégorique : « lorsqu'elle provient d'un serveur hôte situé au Canada¹²⁰ ». La raison de son choix renvoie de nouveau à la question de l'extraterritorialité : « La seule question est de savoir si le législateur a voulu que la Loi s'applique au-delà des

¹¹⁸ *SOCAN*, *supra* note 53, paragr. 143.

¹¹⁹ *Ibid.*, paragr. 145.

¹²⁰ *Ibid.*, paragr. 146.

frontières¹²¹. » En toute déférence, cette opinion apparie les principes de l'extraterritorialité à l'interrogation sur la territorialité.

Il semble que le juge LeBel s'est posé la bonne interrogation dans le mauvais contexte. Quand il s'agit de savoir si une action donnée a un lien suffisant avec le Canada pour donner aux tribunaux canadiens la compétence sur une affaire, l'interrogation quant à l'intention qu'avait le Parlement de légiférer à l'extérieur de son territoire n'est pas vraiment pertinente. Cependant, quand il s'agit de savoir si une loi confère le pouvoir d'affirmer sa compétence sur des personnes, des actions ou des événements clairement situés à l'extérieur des frontières du Canada, la question porte effectivement sur l'interprétation de l'intention du Parlement telle qu'elle s'exprime dans le texte de loi. Comme l'indique le juge LeBel, dans un tel cas, les tribunaux rechercheront dans le texte une intention exprimée expressément ou implicitement par le Parlement de conférer une portée extraterritoriale à la loi¹²². Comme nous l'avons souligné plus haut, ces cas sont rares et, par le passé, ils ont eu tendance à s'accoler à l'un des quatre principes régissant les mesures extraterritoriales qui se sont acquis un certain niveau d'acceptation en droit international¹²³.

3. La mise en œuvre de traités, d'autres accords internationaux et de la coopération internationale

Il faut s'attendre à ce que certaines des questions transfrontalières les plus difficiles, les plus importantes ou les plus récurrentes associées à l'Internet se règlent par la coopération internationale, sous une forme ou une autre. Il existe déjà un certain nombre d'exemples de coopération ou de collaboration internationale sur des questions transfrontalières associées à l'Internet. Dans certains cas, des traités internationaux reflètent les nouvelles normes qui régiront désormais certaines nouvelles questions relatives à l'Internet. Le *Traité de l'OMPI sur le*

¹²¹ *Ibid.*, paragr. 148.

¹²² *Ibid.*, paragr. 144.

¹²³ Voir l'analyse donnée plus haut, à la section II(A)(2).

droit d'auteur (WCT)¹²⁴ et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (WPPT)¹²⁵ sont des exemples de ces instruments. Dans d'autres contextes, les défis que comportent la surveillance et la réglementation de la conduite sur l'Internet ont suscité la coopération et la collaboration en matière d'activités policières. Par exemple, une mesure internationale récente a eu pour résultat un coup de filet en matière de piratage du droit d'auteur sur l'Internet qui a nécessité la coopération de forces de police de 11 pays¹²⁶. En 2003, le Virtual Global Task Force a été mis sur pied par une alliance internationale d'autorités de police afin de s'attaquer au problème des mauvais traitements des enfants en ligne¹²⁷. Une coopération semblable pourrait être disponible si l'activité qui se déroule en ligne est d'une nature hautement criminelle, par exemple pour les cas de complot terroriste, de blanchiment d'argent ou d'autres activités du crime organisé¹²⁸.

B. La protection des renseignements personnels

La protection des renseignements personnels est, à bien des égards, un nouveau champ de réglementation qui doit sa genèse aux phénomènes jumeaux de la numérisation et de l'Internet. L'adoption relativement récente de lois sur la protection des renseignements personnels en Europe et au Canada a été suscitée par le fait que la technologie permettait la collecte, le traitement, l'exploitation et la transmission de données à une vitesse et une échelle absolument sans précédent. Comme nous l'avons noté plus haut, c'est l'Europe qui a agi la première, et sa *Directive relative à la protection des données* a eu un impact direct sur la décision prise par le Canada d'adopter sa propre législation sur la protection des données¹²⁹. La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*

¹²⁴ Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996, Publication de l'OMPI n° 226 (entré en vigueur le 6 mars 2002).

¹²⁵ Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 décembre 1996, Publication de l'OMPI n° 227 (entré en vigueur le 20 mai 2002).

¹²⁶ Voir : International Internet Piracy Sweep, U.S. Department of Justice, www.justice.gov/criminal/cybercrime/OperationSiteDown.htm.

¹²⁷ Voir : Virtual Global Taskforce, www.virtualglobaltaskforce.com.

¹²⁸ L'organisation de police internationale Interpol exploite un certain nombre de programmes ciblant les activités criminelles en ligne, dont le blanchiment d'argent, les crimes contre la propriété intellectuelle, la pornographie juvénile et les crimes liés aux technologies de l'information. Voir le site d'Interpol : www.interpol.int.

¹²⁹ Voir l'analyse donnée plus haut, à la section II(B)(1).

(LPRPDE)¹³⁰ établit des normes applicables à la collecte, à l'utilisation et à la divulgation des renseignements personnels dans le contexte de l'activité commerciale. Elle donne également au commissaire fédéral à la protection de la vie privée des pouvoirs de supervision, y compris celui d'enquêter sur les plaintes et de mener des vérifications. La Loi ne donne aux particuliers la possibilité de porter une plainte devant un tribunal qu'après avoir reçu le rapport d'enquête du commissaire sur la plainte en question.

En 2004, le Commissariat à la protection de la vie privée a reçu une plainte contre Abika.com, une compagnie établie aux États-Unis. Cette compagnie agit à titre de courtier de données en ligne; elle fournit à ses clients divers services de données, dont la vérification des antécédents ou le profil psychologique de particuliers, des numéros de téléphone confidentiels et des numéros de cellulaire, les détails des appels téléphoniques entrants et sortants d'un numéro de téléphone donné, et ainsi de suite. Bien qu'elle soit située aux États-Unis, cette compagnie offrait ce service à des clients canadiens et en relation avec des sujets canadiens. En réponse à la plainte, le Commissariat à la protection de la vie privée (CPVP) a institué une enquête. L'enquêteur a communiqué avec la compagnie, qui a refusé de donner de l'information sur les sources canadiennes des données qu'elle fournissait sur des sujets canadiens. Le Commissariat a ensuite informé le plaignant qu'il lui était impossible de donner suite à la plainte, n'ayant pas « l'autorisation légale requise pour exercer ses pouvoirs à l'extérieur du Canada¹³¹ ». La commissaire adjointe à la protection de la vie privée, Heather Black, écrit :

Rien dans la *LPRPDE* ne laisse croire que cette loi pourrait s'appliquer à l'extérieur du Canada ni que les pouvoirs de la commissaire pourraient s'exercer hors des frontières de notre pays. Selon un arrêt de principe, lorsque les termes d'une loi peuvent être interprétés comme n'ayant aucune portée au-delà des frontières, c'est cette interprétation qui prévaut. Il apparaît évident que cette Loi ne doit pas être interprétée comme ayant une portée à l'extérieur du pays. En l'absence de toute intention du législateur implicite ou expresse, je dois conclure que la *LPRPDE* n'a aucune application directe à l'extérieur du Canada¹³².

¹³⁰ *Supra* note 28.

¹³¹ Lettre de la commissaire adjointe à la protection de la vie privée du Canada, Heather Black, le 18 novembre 2005, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, www.privcom.gc.ca/legislation/let/let_051118_f.asp (Lettre du CPVP).

¹³² *Ibid.*

Madame Black souligne que le CPVP se préoccupe véritablement des activités de courtiers de données tels qu'Abika.com et qu'il a demandé au gouvernement fédéral de l'aviser quant aux protocoles qui lui permettraient de mener des enquêtes sur des cas de cette nature. Madame Black observe également que le CPVP explore des avenues de coopération mutuelle dans divers forums internationaux, qu'il cherche à obtenir des pouvoirs par un protocole d'entente, un traité d'entraide juridique ou quelque autre arrangement avec les États-Unis, et qu'il a soulevé la question avec des représentants de la Federal Trade Commission des États-Unis¹³³.

Le plaignant a depuis demandé une révision judiciaire de la décision prise par le CPVP de ne pas donner suite à sa plainte. Dans sa demande de révision judiciaire, le demandeur argue qu'il existe un lien réel et important entre l'objet de la plainte et le Canada. En particulier, il soutient que la commissaire a erré [TRADUCTION] « en appliquant le critère de l'«extraterritorialité» pour établir sa compétence à enquêter sur la plainte, alors que le critère qui doit servir à établir la compétence est celui du «lien réel et important»¹³⁴ ». À titre subsidiaire, le demandeur soutient que le « critère du lien réel et important » a été appliqué de façon inadéquate.

Ce cas présente un intérêt tout à fait particulier. Il appert clairement de la lettre du CPVP que deux fils conducteurs distincts s'entrelacent dans les motifs de la décision de ne pas affirmer sa compétence en l'occurrence. D'une part, les préoccupations relatives à l'absence de pouvoirs d'enquête à l'extérieur du territoire canadien se reflètent dans l'analyse des divers moyens de rechercher la collaboration permettant la tenue d'une telle enquête. De toute évidence, dans le contexte du droit criminel, la possibilité que le Canada cherche à exercer une compétence matérielle sur un individu ne donne pas en soi aux forces policières canadiennes le pouvoir de mener une enquête aux États-Unis, pas plus qu'elle ne donnerait à un tribunal celui de délivrer des mandats de perquisition à l'égard de lieux situés aux États-Unis. La compétence

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Avis de demande, 19 décembre 2005, Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada, www.cippic.ca.

sur un objet ne confère pas de pouvoir d'enquête. Cet argument a un lien avec la dichotomie entre pouvoir prescriptif et pouvoir d'exécution dont il a été question plus haut.

En même temps, le CPVP semble aussi soutenir qu'il manque de compétence matérielle, bien qu'il rattache cette carence à son incapacité à enquêter aux États-Unis. Le CPVP déclare qu'Abika.com n'a pas répondu à sa demande de renseignements et que, par conséquent, le CPVP ne dispose d'aucune information sur les sources canadiennes de la société. Ce faisant, il rattache clairement sa capacité d'exercer sa compétence à une sorte de présence canadienne dans l'organisation ciblée. L'entrelacement des questions relatives au « lien réel et important » avec des questions associées au pouvoir d'enquête est tout à fait évident dans l'énoncé suivant de madame Black : « Nous n'avons donc aucun moyen d'identifier les personnes qui représenteraient une présence canadienne pour cette organisation, encore moins d'enquêter à leur sujet. Et nous n'avons pas le pouvoir de forcer une organisation américaine à nous répondre¹³⁵. »

Il est difficile de démêler ces deux fils conducteurs. Du point de vue de la procédure, le CPVP a raison d'affirmer qu'il n'aurait aucunement le pouvoir de mener son enquête aux États-Unis en l'absence d'un protocole d'entente ou d'un traité d'entraide juridique. Les pouvoirs d'enquête que lui confère la *LPRPDE* sont donc inutiles à l'extérieur du territoire canadien, et on ne peut certes pas présumer que le Parlement visait à leur donner un tel champ d'application.

La question de l'intention du Parlement a déjà été abordée plus haut, dans la section concernant l'Internet. On y a établi que l'édiction d'une grande partie des lois canadiennes s'est faite dans un contexte où le Parlement n'aurait pas pu envisager l'effet de l'Internet sur les questions qu'elles régissent. Cela complique l'examen de l'intention du Parlement quant à la portée extraterritoriale de ses lois. Il est encore plus difficile de soutenir que, dans le cas de la protection des renseignements personnels, le Parlement n'était pas au fait du contexte de l'Internet. Aux termes de la *LPRPDE*, les organisations canadiennes ont la responsabilité de

¹³⁵ Lettre du CPVP, *supra* note 131.

veiller à ce qu'une tierce partie à qui elle confie des données aux fins de traitement respecte les normes de protection établies¹³⁶. Il est possible que le Parlement ait supposé que dans le cas où une organisation étrangère de traitement des données contreviendrait aux normes de la *LPRPDE*, l'organisation canadienne lui ayant fourni les données à traiter serait tenue responsable. Le Parlement n'a peut-être pas envisagé que des entreprises agissant dans un environnement non réglementé se livreraient elles-mêmes à la collecte de données sur les Canadiens en vue de les revendre à des Canadiens par l'entremise d'une exploitation basée sur l'Internet. Si tel est le cas, alors le Parlement n'a pas envisagé cette question, ce qui laisse davantage de place à l'argumentation à savoir s'il y a lieu de conférer une certaine portée extraterritoriale à la *LPRPDE*.

Cependant, si on donnait une portée extraterritoriale à la loi, on en arriverait rapidement à se demander s'il existe un pouvoir d'enquête ou d'exécution à l'appui de cette extraterritorialité. Sans protocole d'entente ni traité d'entraide juridique, il est certes peu probable qu'on puisse prendre une mesure efficace, que ce soit pour enquêter sur la plainte ou pour exécuter une ordonnance éventuelle découlant d'un acte de procédure émis contre la société étasunienne au Canada. Cette affaire soulève une question supplémentaire : comme, à l'heure actuelle, les États-Unis n'ont pas de loi comparable à la loi canadienne sur la protection des renseignements personnels, la société étasunienne ne contrevient à aucune norme des États-Unis en la matière. En l'absence d'une mutualité des valeurs entre deux territoires de compétence, il est peu probable que le Canada puisse établir le genre de réciprocité nécessaire à l'appui d'une allégation de sa compétence extraterritoriale.

La question à l'étude peut aussi s'aborder sous l'angle de la territorialité. Autrement dit, il s'agit de savoir si le lien avec le territoire canadien est assez important pour justifier, de la part du CPVP, une allégation de compétence sur la plainte. Si, dans le cours de ses activités commerciales, une société établie aux États-Unis a recueilli et divulgué les renseignements

¹³⁶ Voir la section 4.1.3 de l'annexe I de la *LPRPDE*, *supra* note 28.

personnels de citoyens canadiens, sans leur consentement, à d'autres Canadiens situés au Canada, elle a probablement violé les dispositions normatives de la *LPRPDE*. Dans ce scénario, il devient possible de constater un « lien réel et important », même en l'absence d'un lien physique entre la société responsable et le Canada. La plaignante qui a subi une atteinte à ses droits se trouve au Canada; les renseignements personnels en question ont été divulgués au Canada sans son consentement. Dans la mesure où, à divers moments, les données ont traversé la frontière canadienne dans les deux sens, cela signifie simplement que l'infraction « se situe à la fois ici et à l'autre endroit ». Toutefois, même s'il donnait lieu à une allégation de compétence, ce constat n'aurait pour l'essentiel qu'un effet symbolique à moins d'une présence au Canada contre laquelle faire une ordonnance remédiate ou d'une forme quelconque d'entente d'application réciproque. S'il est impossible d'exécuter la décision, tout acte de procédure n'aura qu'une valeur symbolique.

Ici, trois grandes voies s'ouvrent à nous. La première, ce serait que les tribunaux tranchent la question de la territorialité à partir des faits en cause; autrement dit, qu'ils considèrent s'il y a un lien suffisant avec le Canada, en adoptant la démarche de *Libman*, rajustée en fonction des réalités de l'Internet relatives aux flux de données transfrontières. Quant à la capacité d'enquêter comme il se doit sur la question visée ou d'exécuter une décision, on pourrait la considérer comme un élément extérieur au critère du lien réel et important ou comme une considération pratique à mettre dans la balance.

La deuxième voie serait d'établir que le législateur avait l'intention de donner à la *LPRPDE* une portée extraterritoriale. Pour cela, il faut le prouver, ou à tout le moins arguer que la question de la portée extraterritoriale échappait au Parlement au moment de rédiger le texte de loi et qu'il revient donc aux tribunaux de trancher la question en l'absence de toute indication précise. Dans un cas comme dans l'autre, les tribunaux doivent présumer au départ que le Parlement n'avait pas l'intention de donner à la loi une portée extraterritoriale. Les tribunaux doivent se garder d'interpréter la portée extraterritoriale d'une loi sans prendre en considération

les contextes que le droit international accepte généralement comme étant favorables à certaines formes de mesures extraterritoriales. Ces contextes, décrits plus haut à la partie II(A)(2), sont le principe de nationalité, le principe de protection, le principe de l'universalité et le principe de la personnalité passive. Dans les cas de ce genre, où c'est la personnalité passive qui semble convenir le mieux, les tribunaux doivent se montrer particulièrement sensibles aux divers aspects de la courtoisie et aux conséquences possibles du fait d'ouvrir la porte à des allégations de compétence semblables de la part d'autres pays.

La troisième voie serait de chercher à obtenir une portée extraterritoriale par la négociation d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Autrement dit, le gouvernement fédéral pourrait tenter de négocier des protocoles d'entente, des traités d'entraide juridique ou toute autre forme d'accord autorisant l'enquête et l'exécution d'actes de procédure en vertu de la *LPRPDE* à l'extérieur du territoire canadien dans les cas où les actions d'une organisation étrangère sont préjudiciables à des citoyens ou des intérêts canadiens. On pourrait arguer que le fondement d'une action de ce genre est un « lien réel et important » avec le territoire du Canada, mais il demeure que dans certains contextes, il sera inutile de trouver un « lien réel et important » si aucun arrangement négocié ne permet aux autorités canadiennes d'étendre leur portée à un autre territoire de compétence. Dans de telles circonstances, le « lien réel et important » ne justifie pas une action fondée sur le principe de la compétence territoriale. Il constitue plutôt la motivation sous-jacente à la décision prise par le gouvernement fédéral de chercher un règlement négocié à un problème qui déborde sa portée territoriale. Sur le plan conceptuel, il ne faut pas confondre le « lien réel et important » utilisé dans le contexte de la territorialité avec le lien qui pousse un gouvernement à entreprendre diverses mesures extraterritoriales.

C. Les droits de la personne

Traditionnellement, les États sont beaucoup plus prompts à exercer leurs pouvoirs en matière de droit public, surtout en droit criminel, à l'extérieur de leur territoire qu'à intervenir à

l'étranger dans des affaires de droit privé. Par exemple, la volonté d'un État d'affirmer outre-frontières sa compétence sur les actes criminels internationaux et leurs acteurs ne se traduit pas par le même niveau de préoccupation envers les victimes de ces activités criminelles. Le Canada ne fait pas exception à la règle. Même si une attaque délictueuse à l'endroit d'une personne constitue presque toujours une violation des droits de la personne, les personnes ayant subi ce genre de préjudice à l'étranger ont rarement accès aux recours auxquels elles auraient droit.

D'ailleurs, le droit international n'a jamais exigé de tels recours. Les États étaient uniquement tenus de traiter les étrangers se trouvant sur leur territoire en conformité à une norme minimale internationale qui, dans la pratique, était effectivement très minimale¹³⁷. Cette obligation comprenait notamment la prestation d'un système judiciaire adéquat pour régler les allégations privées de préjudice personnel qu'un particulier pourrait présenter. Dans leur pratique, les tribunaux canadiens se sont empressés de respecter cette exigence relativement aux personnes, qu'elles soient canadiennes ou étrangères, alléguant avoir subi une violation de leurs droits au Canada, mais jusqu'ici, ils ne sont guère soucieux des revendications des victimes situées à l'extérieur du territoire canadien.

Cependant, au moins deux des justifications de l'exercice des pouvoirs extraterritoriaux en matière de droit criminel décrits plus haut, à la partie III, pourraient également servir à affirmer l'autorité des tribunaux civils sur les atteintes aux droits de la personne à l'extérieur du territoire canadien. Dans cette mesure, les préoccupations relatives à la portée extraterritoriale du droit criminel et du droit civil se reflètent mutuellement. Autrement dit, le modèle analytique élaboré à partir de l'expérience des allégations de compétence extraterritoriale en matière criminelle pourraient aussi servir à justifier l'exercice extraterritorial des pouvoirs des tribunaux civils. Ce point important deviendra évident à la lumière de l'analyse qui suit, laquelle portera d'abord sur le devoir de mise en œuvre des accords internationaux obligatoires, puis sur le droit

¹³⁷ Voir la *Neer Claim (United States v. Mexico)* (1926), 4 R.I.A.A. 60, p. 61-62.

de réglementer la conduite extraterritoriale des personnes quand elle a un lien important avec le Canada, chacun de ces aspects pouvant donner lieu à des mesures extraterritoriales de protection des droits de la personne. Nous examinerons par la suite deux obstacles aux mesures extraterritoriales projetées par le Canada.

Tout d'abord, on peut dire que la croissance de la protection internationale des droits de la personne depuis 1945 a maintenant atteint un niveau de protection qui oblige l'État à assurer la protection des droits de la personne de tous. Certains droits de la personne, sinon la totalité, sont des droits qui s'appliquent à tous (*erga omnes*)¹³⁸. L'expression *erga omnes* renvoie simplement à un droit que tous les États ont un intérêt légal à protéger. À l'inverse, l'obligation corrélative de l'État qui a la responsabilité directe de protéger un tel droit est une obligation envers l'ensemble de la communauté internationale. Sur ce point, le Canada a le devoir de faire observer les droits de la personne qui s'appliquent à tous, ainsi qu'un intérêt légal à assurer la protection de tous en tout lieu.

Le champ d'application de cette obligation est décrit dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDPC), auquel le Canada est partie¹³⁹. Le paragraphe 2(1) oblige le Canada « à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus » dans le PIRDPC. Ce devoir comprend les obligations supplémentaires énoncées au paragraphe 2(3), soit garantir que toute personne dont les droits auront été violés disposera d'une procédure judiciaire compétente et de recours utiles auxquels il sera donné suite. Ainsi, les droits prescrits par le PIRDPC, tels le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et l'interdiction de toute arrestation ou détention arbitraire, de l'esclavage et de la torture (articles 6 à 9), sont applicables à tous aux termes d'un traité réciproque ayant force obligatoire entre le Canada et les autres États parties. En conséquence, le Canada est tenu, obligation dont il s'acquitte d'ailleurs, de fournir des mesures de protection et des recours adéquats en cas de violation des droits de la personne sur son

¹³⁸ Voir l'affaire *Barcelona Traction (Belgium v. Spain)*, [1970] I.C.J. Rep. 3, paragr. 33-34.

¹³⁹ (1996) 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47.

territoire. Une des questions qui se posent en matière d'extraterritorialité est de savoir si le Canada peut tenir responsables les autres États qui ne respectent pas leurs obligations découlant du traité sur leur territoire. Mais que le Canada poursuive ou non les États étrangers pour leurs violations du traité, une deuxième question se pose en matière d'extraterritorialité, à savoir s'il devrait assurer également des recours aux victimes de violations survenues à l'étranger qui arrivent à entrer au Canada. Autrement dit, les tribunaux canadiens devraient-ils s'ouvrir aux allégations de violation des droits de la personne qui constituent des violations d'obligations applicables à tous, qu'elles soient commises par des citoyens canadiens ou par des étrangers, qu'elles soient perpétrées contre des Canadiens ou des étrangers et qu'elles soient commises au Canada ou ailleurs?

Deuxièmement, si l'argument en faveur de la compétence obligatoire sur les violations de droits de la personne à l'extérieur du territoire n'est pas assez convaincant en soi, il demeure toujours la proposition additionnelle selon laquelle le Canada pourrait agir de la sorte parce qu'il a un intérêt réel et important à assurer la protection des droits de la personne partout dans le monde. Au moins deux arguments juridiques solides pourraient justifier une mesure positive.

Le premier de ces arguments est un parallèle avec l'affirmation de la compétence en matière criminelle sur les infractions et les contrevenants internationaux. Dans la mesure où sont proscrites les violations des droits de la personne telles que le génocide, la torture, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et où leurs auteurs sont assujettis à la compétence universelle des États, leurs victimes aussi devraient avoir un accès universel aux recours contre leurs transgresseurs. Comme le Canada a accepté et mis en œuvre ses obligations internationales de poursuivre les auteurs de crimes internationaux sur la simple base de sa compétence en matière de détention¹⁴⁰, on peut dire qu'il a toutes les raisons d'accorder le même accès aux tribunaux canadiens aux victimes d'infractions extraterritoriales qui cherchent à obtenir le recours et le jugement auxquels elles ont légalement droit.

¹⁴⁰ Voir p. ex. la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, supra note 19.

Deuxièmement, de par le souci qu'a le Canada d'une société internationale ordonnée, comme on l'a vu plus haut, celui-ci a un intérêt indubitable à faire observer les droits de la personne partout dans le monde. En particulier, le Canada s'engage de façon réelle et substantielle dans les cas de violation des droits de la personne à l'étranger qui concernent des victimes d'origine canadienne et des personnes réfugiées ou apatrides qui arrivent sur son territoire. De plus, la promotion que fait le Canada à l'international du principe de la responsabilité afin de protéger les populations à risque en matière de génocide, de crimes de guerre, de nettoyage ethnique et de crimes contre l'humanité¹⁴¹ justifie l'argument voulant que le Canada ait un engagement réel et important dans tous les cas de violation des droits de la personne, où que ce soit. Ainsi, la même démarche permet de soutenir que le Canada pourrait autoriser les victimes à se faire entendre de ses tribunaux et à obtenir un recours exécutoire contre l'auteur d'une violation de leurs droits de la personne.

Cependant, les deux arguments favorables à l'ouverture des tribunaux canadiens aux poursuites pour violation extraterritoriale des droits de la personne se heurtent à au moins deux obstacles de procédure. Le premier est le principe du conflit de lois ou du *forum non conveniens*. Ce principe peut justifier une restriction de la compétence judiciaire sur une réclamation en responsabilité civile délictuelle, par exemple dans le cas de la négligence d'un automobiliste allemand ayant heurté un piéton italien sur une route française, parce que le Canada n'a évidemment aucune espèce de lien avec l'incident. Cependant, les objectifs de la politique qui sous-tend ce principe perdent peut-être de leur force quand la réclamation en responsabilité civile délictuelle (dans les cas de négligence ou, plus particulièrement, d'atteinte à la personne) concerne une violation d'un droit humain respecté à l'échelle internationale; en effet, dans ce cas, comme on l'a vu plus haut, le Canada a un intérêt sérieux, s'il n'y est pas carrément obligé, à aider la victime. Comme la création et l'application de ce principe sont en

¹⁴¹ Ce principe a reçu l'aval de l'Assemblée générale des Nations Unies et du Sommet mondial des chefs d'État et de gouvernements en septembre 2005; voir ONU, doc. A/60/2005, paragr. 138-139.

fait (en droit privé international) une règle sur les conflits établie par des juges, celui-ci serait facile à modifier ou à raffiner, soit par une loi, soit par les juges eux-mêmes, s'ils le désirent.

Le deuxième obstacle, assez fréquent, est la perspective d'une demande d'immunité de la part du défendeur. Souvent, les violations des droits de la personne sont autorisées ou exécutées par des représentants de l'État dans l'exercice de leur service actif. Comme le droit international, de par l'égalité souveraine des États, accorde à chaque État l'immunité contre l'exercice de la compétence d'un autre État, dans certaines circonstances, les représentants de l'État peuvent eux aussi jouir d'une immunité juridictionnelle face à l'autorité et aux tribunaux d'un État étranger. Une analyse détaillée droit international relatif à l'immunité des États n'a pas sa place ici¹⁴². Notons simplement que les tribunaux canadiens sont empêchés d'alléguer leur compétence sur les hauts responsables d'un État étranger pour un grand nombre d'actes commis pendant qu'ils sont en fonction ou, une fois qu'ils ne le sont plus, pour les actes commis par le passé dans l'exercice de leurs fonctions. Une fois qu'il a renoncé à ses fonctions, cependant, un personnage public de ce genre ne peut plus se soustraire aux poursuites pour des actes commis par le passé à titre privé¹⁴³.

Aujourd'hui, la question la plus préoccupante et la plus intrigante en droit international concerne le champ d'application des actes commis à titre privé par un agent public. La torture, par exemple, quand elle est autorisée par un agent public, est un acte si éloigné des fins de la fonction publique que, comme l'a soutenu la Chambre des lords, l'agent ne peut revendiquer l'immunité contre les poursuites une fois qu'il a renoncé à ses fonctions¹⁴⁴. Cependant, dans *Bouzari c. Iran*¹⁴⁵, la Haute Cour de justice de l'Ontario et la Cour d'appel n'ont pas suivi cette amorce de la Chambre des lords concernant la responsabilité criminelle dans le cas d'une poursuite en responsabilité civile. Tout en reconnaissant le statut en droit international

¹⁴² Voir les notes 62-63 du texte ci-dessus et la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ONU, A/RES/59/38 (2004), qui n'est pas encore entrée en vigueur, de même que la *Loi sur l'immunité des États*, supra note 63.

¹⁴³ Voir *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Yerodia Case)*, (*Congo v. Belgium*), I.C.J. 14 fév. 2002, 41 I.L.M. 536.

¹⁴⁴ *R. v. Bow Street Magistrate, ex parte Pinochet (No. 3)*, [2000] 1 A.C. 147.

¹⁴⁵ [2002] O.J. No. 1624, (2004), 243 D.L.R. (4th) 406 (C.A. Ont.); demande de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 27 janvier 2005.

coutumier, et même en droit péremptoire ou *jus cogens*, de la règle contre la torture, elles ont décidé que l'allégation d'immunité du défendeur était une affaire distincte régie par la *Loi sur l'immunité des États* du Canada, laquelle, bien qu'elle prescrive certaines exceptions, n'en prévoit pas pour les délits civils mettant en cause une violation des droits de la personne à l'extérieur du Canada, par opposition au territoire canadien¹⁴⁶. Cette lecture du droit canadien semble négliger l'obligation qu'a le Canada au terme du PIRDCP, abordé plus haut, d'offrir des recours aux victimes de violations de droits de la personne. Le paragraphe 2(3) enjoint nommément le Canada de « garantir que [la victime] disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

En tout état de cause, au besoin, une modification bien formulée à la *Loi sur l'immunité des États* pourrait facilement lever l'entrave de l'immunité à l'égard des poursuites en droit privé dans le but restreint et justifiable de donner accès à la justice et à des recours aux victimes de violations de droits de la personne respectés à l'échelle internationale.

D. La concurrence sur le marché

La recherche d'une libéralisation des échanges internationaux entre les pays ayant une économie de marché s'est toujours accompagnée, en parallèle, d'une réglementation du marché visant à maintenir une juste concurrence au niveau national. Malheureusement, depuis les débuts de la toute première loi sur la concurrence – la *Sherman Anti-Trust Act* des États-Unis¹⁴⁷ –, il est devenu évident que la concurrence sur le marché intérieur peut facilement être renversée par des associations d'intérêts, des cartels et des ententes sur la fixation des prix établies à l'extérieur du territoire national. La volonté qu'ont les nations d'atteindre les sociétés colludantes à l'extérieur de leur territoire est donc une caractéristique de longue date du droit de la concurrence qui, à ce jour, demeure irrésolue.

¹⁴⁶ Voir aussi *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, [2006] U.K.H.L. 26, où la Chambre des lords a elle aussi confirmé l'immunité civile contre une poursuite pour torture.

¹⁴⁷ *Sherman Anti-Trust Act*, 15 U.S.C., art. 1-7.

La technique que favorisent les autorités législatives et les tribunaux nationaux consiste à alléguer une extension de la compétence territoriale en raison de l'impact de l'acte anticoncurrentiel extraterritorial sur les marchés locaux. C'est là une application de ce qu'on appelle la compétence territoriale objective, dont il a été question plus haut à la section II(A)(1). Aux États-Unis, cette approche a été à la source de la célèbre « doctrine des effets », selon laquelle, dans des cas extrêmes, toute conspiration, collusion ou association d'intérêts de nature commerciale à l'étranger ayant le moindre effet sur le commerce étasunien constituait un motif valable d'invoquer l'application de la *Sherman Anti-Trust Act* et d'imposer des amendes, des ordonnances et des sanctions aux sociétés étrangères défenderesses¹⁴⁸ en s'attendant à ce qu'elles soient respectées, sinon exécutées, par les ressorts étrangers. Dans le cas contraire, ces sanctions sont souvent exécutées, si l'occasion s'en présente, à l'endroit des biens des défendeurs étrangers qui se trouvent aux États-Unis.

Cette pratique n'est pas exclusive aux États-Unis. Par exemple, le Canada, l'Allemagne¹⁴⁹ et l'Union européenne¹⁵⁰ ont tous des lois sur la concurrence qui peuvent s'appliquer à l'extérieur de leur territoire respectif. Au Canada, la *Loi sur la concurrence*¹⁵¹ interdit nommément aux personnes morales situées au Canada de donner suite à un arrangement anticoncurrentiel conclu à l'extérieur du Canada qui serait considéré illégal aux termes des lois canadiennes s'il avait été conclu au Canada. De même, l'ancienne *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*¹⁵² a été invoquée contre des fusions de sociétés étrangères ayant une incidence sur le contrôle de sociétés canadiennes¹⁵³.

¹⁴⁸ Voir p. ex. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹⁴⁹ Voir G. Gerber, « The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws », *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 756.

¹⁵⁰ Voir le Traité instituant la Communauté économique européenne, Rome, 25 mars 1957, Journal officiel C 325, 24 décembre 2002, art. 85 et 86; *Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. v. E.C. Commission*, [1973] C.M.L. Rep. 199.

¹⁵¹ *Supra* note 40.

¹⁵² L.C. 1973-74, ch. 46, aujourd'hui remplacée par la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, ch. 28 (1^{er} suppl.).

¹⁵³ Voir *Dow Jones & Co. Inc. v. A.-G. of Canada* (1981), 122 D.L.R. (3d) 731 (C.A.F.); *A.-G. of Canada v. Fallbridge Holdings Ltd.* (1986), 31 B.L.R. 57 (C.A.F.).

Les tentatives de désamorcer les tensions internationales qui en résultaient en abaissant les attentes en matière de compétence par l'application de critères plus soignés, exigeant que la conduite extraterritoriale des personnes morales ait un impact national important, n'ont pas donné les résultats escomptés. Aux États-Unis, le critère de l'« effet direct, important et raisonnablement prévisible » sur le commerce étasunien¹⁵⁴ n'a pas empêché la Cour suprême des États-Unis de conclure que plusieurs sociétés britanniques contrevenaient à la législation antitrust des États-Unis même si leurs actions étaient légales aux termes du droit du pays où elles avaient été commises, soit le Royaume-Uni¹⁵⁵.

La réponse des nations aux allégations étrangères de compétence extraterritoriale en matière de concurrence économique est tout aussi déterminée. L'Australie¹⁵⁶, le Canada, la France¹⁵⁷ et le Royaume-Uni¹⁵⁸ ont tous adopté des lois qui, par des moyens variés, rejettent les lois et ordonnances extraterritoriales d'un autre État. Au Canada, la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*¹⁵⁹ donne au procureur général du Canada le pouvoir de prendre un arrêté relativement à une ordonnance d'un tribunal étranger qui porte atteinte soit à d'importants intérêts canadiens en matière de commerce international, soit à la souveraineté canadienne. De plus, si le procureur général prend un tel arrêté, une société canadienne ayant subi l'exaction de dommages à l'étranger peut recouvrer ceux-ci par une action en justice devant un tribunal canadien. Fait à noter, une telle mesure de recouvrement constitue en soi une mesure extraterritoriale contre un défendeur étranger.

Ces ripostes du tac au tac n'ont guère d'utilité : elles ont un effet destructeur sur le commerce international et la confiance commerciale dont dépendent les transactions transnationales; elles constituent une négation de l'ordre international entre les États-nations;

¹⁵⁴ Introduit par la *Foreign Trade Anti-Trust Improvement Act*, 96 Stat. 1246, 15 U.S.C. § 61 (1982).

¹⁵⁵ *Hartford Fire Insurance v. California*, 509 U.S. 764. (1993). Voir aussi une collision semblable entre lois et ordonnances de cour entre les États-Unis et les îles Caïmans concernant la production de documents par une société transnationale canadienne dans *United States c. Bank of Nova Scotia*, 740 F. 2d 817 (C.A. 11th Cir. 1984).

¹⁵⁶ *Foreign Antitrust Judgments (Restriction of Enforcement) Act 1979*, reproduite dans (1979) 18 I.L.M. 869.

¹⁵⁷ *Loi relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*, Loi n° 80-538, J.O. (1980) n° 1799.

¹⁵⁸ *The Protection of Trading Interests Act*, (U.K.) 1980, ch. 11.

¹⁵⁹ L.R.C. 1985, ch. F-29.

enfin, elles sont un déni de la courtoisie entre gouvernements qui est si essentielle au bon fonctionnement des relations internationales. Heureusement, les attitudes réalistes ont généralement le dessus et on recherche des solutions axées sur la coopération intergouvernementale. L'Accord entre le Canada et les États-Unis concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales¹⁶⁰ en est un exemple. Mais personne n'a encore découvert de solution générale aux problèmes de la compétence extraterritoriale sur les affaires économiques. Ces problèmes sont devenus beaucoup plus pressants depuis que le GATT et, maintenant, l'OMC ont réduit le pouvoir qu'avaient les États membres d'ériger des barrières commerciales par le droit national, ouvrant ainsi le marché international à une concurrence commerciale plus libre sans toutefois l'appuyer par des contraintes transnationales sur le comportement anticoncurrentiel. Étant donné l'autorité institutionnelle dévolue à l'OMC et les pouvoirs légaux qu'elle a sur le commerce international, le choix logique serait une solution multilatérale, si les parties peuvent arriver un jour à s'entendre¹⁶¹.

Un aspect fondamental de la persistance de ces problèmes extraterritoriaux réside dans l'inégalité inévitable du pouvoir commercial et la diversité des politiques économiques entre les partenaires commerciaux. Une concurrence équitable sur le marché international passe par l'instauration d'un régime de réglementation qui puisse s'appliquer outre-frontières au besoin. L'absence de système efficace, que ce soit à l'échelon national ou international, illustre un important préalable à tout exercice du pouvoir extraterritorial. Si on n'est pas arrivé à instaurer un régime de concurrence acceptable, ni par des allégations unilatérales ni par des accords multilatéraux, c'est à cause du manque d'intérêts nationaux mutuels et de l'absence de courtoisie et de réciprocité dans les perspectives juridiques.

¹⁶⁰ *Supra* note 65.

¹⁶¹ L'OMC a mis sur pied le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence lors de la Première conférence des ministres, à Singapour en 1996. Si la Déclaration ministérielle de Doha en 2001 reconnaît « les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à améliorer la contribution de la politique de la concurrence au commerce international », aux termes de la décision prise en juillet 2004 par le Conseil de l'OMC, la politique de la concurrence ne fait plus partie de la Ronde de Doha des négociations commerciales. Le groupe de travail est actuellement inactif. Voir www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/history_f.htm#julydec.

V. Conclusion : pour un cadre analytique de décision en matière de mesures extraterritoriales

A. Le chemin parcouru

Dans la partie II, nous avons établi certaines distinctions et soulevé diverses considérations auxquelles le Canada doit se reporter pour décider comment prendre une mesure extraterritoriale. Rappelons-les brièvement :

- i) Quelle compétence le Canada pourrait-il alléguer comparativement à la compétence qu'il allègue dans la pratique – autrement dit, quelle compétence extraterritoriale notre droit national affirme-t-il avoir, au regard de la compétence extraterritoriale que le droit international reconnaît et appuie?
- ii) Par quels mécanismes le Canada peut-il tenter de prendre une mesure extraterritoriale – que ce soit par une loi punitive, par une réglementation régissant le comportement de personnes à l'extérieur du territoire canadien, les droits de permis ou autres frais imposés aux acteurs, le lobbying auprès d'autres gouvernements en vue de négocier un traité ou d'établir un protocole d'entente informel, ou encore les ententes sur des règles de procédure permettant l'exécution des actes de procédure ou des décisions du Canada à l'extérieur du territoire canadien?
- iii) Contre qui ou quoi le Canada peut-il effectivement alléguer une compétence extraterritoriale – contre des personnes, des lieux, des actions, des événements?

Nous avons également abordé à la partie III les situations où le Canada allègue sa compétence extraterritoriale en matière criminelle, et nous avons élaboré un ensemble de justifications politiques pour que le Canada adopte des mesures de ce genre. Nous y avons ajouté, à la partie IV, un échantillon représentatif d'activités transnationales qui, de toute évidence, devraient faire l'objet de mesures réglementaires, mais qui soulèvent des questions extraterritoriales.

Dans cette cinquième et dernière partie, nous allons examiner de plus près les liens entre ces divers enjeux, politiques et secteurs problématiques, sous la lentille de ce que nous considérons comme la principale considération fonctionnelle qui sous-tend toute interrogation relative à une mesure extraterritoriale : la force exécutoire. Nous proposerons ensuite un cadre analytique pour les interrogations de ce genre, sous forme de modèle orientant la décision à savoir s'il convient dans l'avenir que le Canada prenne une mesure extraterritoriale dans le but d'exécuter une politique canadienne. Sans proposer de réponse ou de corrélation simple, on peut jeter les bases des considérations pertinentes qui pourraient guider le choix d'un moyen ou d'un objet plutôt qu'un autre.

B. La force exécutoire : le critère clé

À titre d'observation générale, on devrait s'attendre à une forte corrélation entre la force exécutoire réelle d'une loi et la question de savoir s'il vaut la peine de prescrire cette loi. Cela dit, la « force exécutoire » est un concept malléable. Par exemple, même si certaines lois prohibitives (notamment en droit criminel) ont une valeur purement symbolique, en règle générale, elles n'ont d'utilité que dans la mesure où existe une possibilité réelle de punir les contrevenants. Ainsi, malgré toute la valeur symbolique d'une déclaration précisant qu'un motif raciste constitue une circonstance aggravante dans l'imposition de la peine à l'auteur d'un crime, ce symbolisme dépend de l'applicabilité effective de la règle dans chaque processus de détermination de la peine. Si une loi pénale a uniquement une valeur symbolique, cependant, elle risque de miner la confiance dans l'appareil judiciaire plutôt que de la conforter, car on en arrive vite à n'y voir qu'un tigre de papier.

Si une loi canadienne interdit à certains acteurs de faire certaines choses, elle aura rarement un sens si le Canada n'a pas la capacité, d'une manière ou d'une autre, de soutenir cette interdiction. Peu importe que le Canada prenne seul ou à l'unisson avec d'autres les mesures d'exécution de la loi; ce qui compte, c'est qu'elle ait vraiment une force exécutoire.

On pourrait presque en dire autant des lois à caractère réglementaire qui, au lieu d'interdire, prescrivent un certain comportement : le versement de droits de permis ou de taxes ou la conformité à d'autres exigences. En général, le Canada répugnerait à adopter des lois purement symboliques sans force exécutoire. Cependant, dans ce contexte, on peut envisager l'« exécution » dans un sens élargi. Il s'avère parfois raisonnable d'attendre : en effet, on peut surseoir pendant un certain temps à l'obligation de verser des droits de permis ou d'autres frais du même genre, en attendant l'occasion d'exécuter la loi efficacement, par exemple au moment du retour de l'obligé au Canada.

La notion de « force exécutoire » s'élargit encore plus quand on considère les lois à caractère réglementaire qui exigent le respect de certaines normes, sans que la mesure soit nécessairement centrée sur la perception de droits ou d'une taxe. La politique pourrait avoir pour objectif la conformité des personnes morales étrangères aux normes de protection des données que le Canada considère acceptables, par exemple, ou d'exiger l'adoption par les sociétés étrangères de pratiques d'embauche et d'emploi équitables. Dans ce genre de cas, le Canada pourrait adopter une méthode d'exécution axée sur des mesures incitatives soit négatives (p. ex. la fermeture des marchés canadiens aux entreprises non conformes), soit positives (p. ex. l'offre de marchés du gouvernement aux entreprises conformes).

Dans de telles circonstances ou dans d'autres contextes de réglementation (notamment en matière environnementale), le Canada pourrait aussi exercer des pressions sur d'autres gouvernements afin d'essayer de générer un consensus international sur le point de vue canadien sur la façon d'organiser les choses. Au sens large, il y a là une certaine extraterritorialité, dans la mesure où l'approche législative canadienne aura un effet sur les autres pays qui adopteront la même approche.

Il est utile d'observer la façon dont ces diverses préoccupations se reflètent dans l'exercice de la compétence extraterritoriale en matière criminelle, que nous avons décrit plus haut. Dans ce contexte, on peut envisager la question de la force exécutoire question sous

deux aspects : Quand le Canada peut-il effectivement tenter une poursuite sans assistance internationale? Quand le Canada peut-il compter sur la reconnaissance par d'autres pays de sa compétence sur le crime et extraditer la personne accusée?

Nous avons souligné que certaines infractions comme la trahison ou les infractions relatives aux passeports visent une conduite qui se produit à l'extérieur du territoire canadien. Ces infractions, bien qu'elles constituent des exemples d'extraterritorialité unilatérale, portent toutes d'une façon assez évidente sur des intérêts associés à la sécurité nationale; elles seraient donc faciles à justifier en droit international, en vertu du principe de protection. Ce principe n'explique pas de façon aussi évidente le paragraphe 465(4) du *Code criminel*, selon lequel les personnes qui, à l'étranger, complotent de commettre une infraction au Canada sont réputées avoir comploté au Canada. Même dans ce cas, cependant, le droit international appuiera vraisemblablement la compétence du Canada en la matière, car le complot pourrait porter atteinte au Canada, même en l'absence d'effets réels, et n'aurait guère d'impact ou d'intérêt pour l'État où le complot a eu lieu. Dans ce cas, même si le Canada n'a pas de contrôle physique sur les accusés, au sens où ceux-ci se trouvent probablement à l'étranger, la plupart des autres pays reconnaîtraient la légitimité d'une demande d'extradition de la part du Canada¹⁶².

Nous avons également souligné qu'un certain nombre d'infractions ont pour but de contrôler l'image du Canada à l'étranger. Ces dispositions, bien qu'elles constituent elles aussi des extensions unilatérales de la compétence canadienne, bénéficieraient pour la plupart d'un appui en droit international fondé sur le principe de nationalité. Il ne faut pourtant pas en conclure que le principe de nationalité constitue pour autant une justification politique solide de l'extraterritorialité en droit canadien. Dans la grande majorité des occasions où le Canada aurait

¹⁶² Des problèmes d'extradition peuvent surgir lorsque l'État à qui la demande est faite criminalise l'infraction substantielle qui y donne lieu, sans toutefois exercer normalement sa compétence extraterritoriale sur cette infraction. Ainsi, si l'État à qui la demande est faite n'exerce pas sa compétence extraterritoriale sur le complot, il se peut qu'il refuse l'extradition pour ce motif. Cependant, cette approche fondée sur la règle de la « double criminalité » en matière d'extradition est en perte de vitesse; pour un aperçu général de la question, voir Geoff Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms*, La Haye, Kluwer, 1998, p. 112-116, de même que Currie et Coughlan, *supra* note 6.

pu se reposer sur le principe de nationalité, il s'en est abstenu. Qui plus est, dans ces infractions, la justification réelle n'est pas que le contrevenant était un citoyen canadien, mais plutôt qu'il agissait dans l'exercice d'une fonction officielle. On remarquera par exemple qu'il n'est pas nécessaire que la personne employée à l'étranger aux termes de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*¹⁶³ (et donc visée par le paragraphe 7(4) du *Code criminel*) soit un citoyen canadien. La Commission de réforme du droit a noté que cette disposition dépasse donc peut-être la compétence reconnue au Canada en droit international : une demande d'extradition sur cette base pourrait bien se heurter à un refus¹⁶⁴. Fait plutôt étrange, le Canada est susceptible de bénéficier dans ce contexte d'un chevauchement entre la politique qu'il veut affirmer quant à son « image » et la compétence en matière de « nationalité » que le droit international voudra reconnaître. Si le Canada cherche à obtenir l'extradition de ses propres ressortissants pour les faire comparaître sous des accusations de torture, par exemple, il a plus de chances de réussir que s'il demande l'extradition d'un étranger ayant agi sur l'ordre d'un responsable canadien, même si l'infraction pour torture est censée s'appliquer aux deux cas¹⁶⁵.

Le troisième motif justifiant l'extraterritorialité que nous avons noté, l'évitement des territoires sans loi, pourrait lui aussi avoir une force exécutoire, bien que la nature du droit d'action du Canada varie selon le cas. Dans certaines circonstances, notamment dans les cas de piratage ou d'infractions commises à bord d'un aéronef, d'un bateau ou d'une plateforme fixe, le Canada alléguera sa compétence sur quiconque a commis l'infraction – même si, dans certains cas, il faudra que l'accusé soit présent au Canada par la suite pour que la compétence puisse s'exercer; dans d'autres circonstances, la compétence s'exerce immédiatement au moment de l'infraction, mais le contrevenant est davantage susceptible de faire l'objet de

¹⁶³ L.C. 2003, ch. 22.

¹⁶⁴ Commission de réforme du droit du Canada, Working Paper 37, *Extraterritorial Jurisdiction*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et des Services, 1984, p. 70. En revanche, on a observé que le principe de nationalité peut s'étendre aux personnes presque assimilées à la nationalité par le lien qu'elles ont avec l'État, qu'il s'agisse de résidents permanents ou de citoyens étrangers membres des forces armées de l'État; voir Robert Jennings et Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Londres, Longmans, 1992, p. 1156-1157.

¹⁶⁵ Cela ne veut pas dire que le Canada n'aurait aucune possibilité d'affirmer sa compétence, car, comme tout les pays, il jouit d'une compétence universelle sur la torture en tant que crime international; mais il n'aurait pas là le meilleur droit d'action possible.

poursuites de la part d'un État partenaire d'un traité ayant davantage de liens avec l'événement que d'être extradé au Canada. Il s'ensuit que même si le Canada peut poursuivre n'importe qui pour une de ces infractions, il ne demandera pas nécessairement l'extradition de qui que ce soit pour lui porter des accusations au Canada. Il faut donc considérer ces dispositions non pas tant comme un prolongement de la portée du Canada que comme le partage d'un fardeau commun : tous les pays ont une compétence à l'égard de ces contrevenants, et le Canada intentera des poursuites à ceux d'entre eux qui aboutiront sur son territoire. La piraterie est reconnue depuis longtemps en droit international coutumier comme une infraction de compétence universelle; dans le cas des autres infractions, le Canada a signé divers traités par lesquels il convient avec d'autres pays de partager ainsi la tâche d'intenter des poursuites. Ce sont donc là des exemples de législation extraterritoriale multilatérale.

Dans d'autres cas, notamment dans l'espace et dans le cas prévu à l'alinéa 477.1e) du *Code criminel*¹⁶⁶, le droit d'action est plus restreint. Dans ce dernier cas, le Canada allègue sa compétence sur le territoire sans loi pour des infractions commises par des Canadiens : dans le premier, sur des infractions commises par et contre des Canadiens. Le droit d'action à l'endroit des astronautes est lui aussi multilatéral, en ce qu'il découle d'un accord international, tandis que le droit d'action du Canada sur les Canadiens qui se trouvent à l'extérieur du territoire de tout État, aux termes de l'alinéa 477.1e), bien qu'unilatéral, n'affecte par définition la souveraineté d'aucun autre État. Il est donc vraisemblable que tout État où se trouvent de tels contrevenants accueillera une demande d'extradition, vu qu'elle ne fait pas concurrence à ses propres intérêts.

Enfin, nous avons relevé les diverses infractions qui, aujourd'hui, donnent lieu à des allégations de compétence extraterritoriale de la part du Canada : la prise d'otages, les infractions relatives aux substances nucléaires, le tourisme sexuel impliquant des enfants et ainsi de suite. À première vue, les dispositions de mise en œuvre de ces accords présentent un

¹⁶⁶ Comme nous l'avons vu plus haut, cet alinéa criminalise toute infraction prévue par une loi ou un règlement fédéral qui est survenue « à l'extérieur du territoire de tout État si son auteur est citoyen canadien ».

étonnant éventail de revendications extraterritoriales où l'allégation de compétence peut porter, entre autres, sur une infraction commise aussi bien à bord d'un bateau ou d'un aéronef canadien, par un Canadien, contre un Canadien, par une personne se trouvant plus tard au Canada ou contre des installations canadiennes. Divers principes du droit international, dont le principe de la personnalité passive, le principe de protection ou celui de l'universalité, pourraient justifier chaque revendication. Ce qui compte le plus, c'est de reconnaître pourquoi les revendications de compétence varient d'une infraction à l'autre, à savoir que les dispositions du *Code criminel* visées mettent en œuvre des accords internationaux variés et que, dans chaque cas, le Canada exerce exactement la compétence qu'il a convenu avec d'autres pays d'exercer.

Autrement dit, le domaine où on observe une croissance de la compétence extraterritoriale en matière criminelle non seulement depuis vingt ans, mais depuis plus d'un siècle, est celui où la promotion de la coopération internationale a donné lieu à un accord précis traitant à sa façon un type d'infraction en particulier. Par conséquent, pratiquement tous les cas de cette catégorie sont des cas de législation extraterritoriale multilatérale.

Il n'y a qu'une seule exception notable dans ce contexte : les dispositions extraterritoriales du *Code criminel* qui portent sur les infractions associées au terrorisme englobent les obligations particulières que le Canada a contractées par voie de traité, mais en plus, elles revendiquent unilatéralement une compétence sur « quiconque commet à l'étranger [...] une activité terroriste » (paragr. 7(3.75)), compétence qui va plus loin que les traités. Vu la nature exceptionnelle de la réponse au terrorisme par les pays occidentaux depuis quelques années, on pourrait encore considérer que cette disposition découle d'un accord international, mais elle ne reproduit certainement pas les termes explicites d'un traité ou d'un protocole. Mis à part cette exception, le recours à la coopération multilatérale pour étayer ses revendications extraterritoriales en matière criminelle a bien servi le Canada jusqu'ici et continuera vraisemblablement de le faire.

Ce pronostic à l'égard de la compétence ayant force exécutoire à l'étranger en matière criminelle ne s'applique pas nécessairement au contexte des lois à caractère réglementaire ou privé. La différence est évidente : dans ce domaine, il n'y a guère d'expérience justifiée sur laquelle se fier ou fonder une analyse comme on l'a fait en matière criminelle. Le modèle sera inévitablement tout à fait prédictif, ce qui n'empêche pas toutefois d'avancer quelques propositions avec un certain niveau de confiance.

Premièrement, le pouvoir prescriptif qu'a le Canada sur les affaires de réglementation et sur les réclamations et recours en droit civil est déjà durable, bien que mal compris; deuxièmement, en revanche, le Canada ne dispose que d'une force exécutoire restreinte. Comme les enjeux de la prescription et de l'exécution sont différents selon qu'il est question de réglementer l'Internet et la concurrence sur les marchés internationaux ou de promouvoir la protection des renseignements personnels et des droits de la personne, ils feront l'objet d'analyses séparées.

Comme l'indique l'analyse présentée à la partie IV, la capacité de réglementer l'utilisation de l'Internet soulève un grand nombre de questions déjà contestées depuis longtemps par les États en ce qui a trait à leurs lois nationales sur la concurrence. L'Internet offre un tout nouveau type de marché international; comme pour la concurrence commerciale, son efficacité et sa légitimité passent par l'instauration d'un régime structural. Le Canada, comme d'autres États, a de bonnes raisons d'étendre ses normes et lois concernant l'Internet et la concurrence à ceux et celles qui, se trouvant à l'extérieur du Canada, ont des écarts de conduite qui ont un effet important sur des personnes se trouvant au Canada, ou vice versa. Le fondement juridique de la prescription de mesures de contrôle est le principe de la compétence territoriale, étendue dans son mode objectif ou subjectif, parce que les transactions ciblées se situent, de par leur nature, « à la fois ici et à l'autre endroit ». Cependant, même si l'utilisation de l'Internet ou les activités anticoncurrentielles à l'échelle transnationale peuvent porter atteinte à des intérêts situés au Canada, la première question difficile à résoudre est de savoir si

l'impact est assez important pour justifier une revendication de compétence. Comme on l'a vu à la partie IV, il n'y a pas de consensus au sein de la communauté internationale à savoir quel niveau d'impact sur le territoire d'un État est nécessaire pour légitimer l'affirmation de ses lois à l'extérieur de son territoire. De plus, le caractère nouveau de l'Internet a des effets nouveaux et imprévus. Ces difficultés laissent présager une incertitude durable, sinon un désaccord complet entre les États à savoir dans quels cas l'exercice de pouvoirs prescriptifs est acceptable. Par conséquent, dans ces domaines à caractère réglementaire, il est peu probable que l'autorité extraterritoriale ait une force exécutoire sans un accord entre États (une convention multilatérale, par exemple) qui fixe des normes internationales ou harmonise les normes nationales.

Les efforts extraterritoriaux visant la protection des renseignements personnels et des droits de la personne soulèvent des problèmes de prescription et d'exécution distincts. Dans la mesure où ces efforts visent la conduite de Canadiens à l'étranger – par exemple l'imposition prospective de normes en matière de droits de la personne en ce qui concerne les activités des personnes morales canadiennes au pays comme à l'étranger –, une telle prescription ne peut soulever d'objection en droit international parce que le Canada a le droit d'étendre l'utilisation jusqu'ici restreinte de son autorité sur ses ressortissants. En revanche, le fait que le Canada a fait un usage restreint du principe de nationalité reflète une espèce de choix politique, et toute rupture avec la pratique antérieure mérite un questionnement à savoir ce qu'est ce choix en matière de politique et pourquoi il faudrait qu'il change. Cependant, on peut certainement s'attendre à ce que la protection des Canadiens et des étrangers présents au Canada contre les recours extraterritoriaux abusifs cause de l'inquiétude, surtout dans les capitales étrangères.

Au fond, la volonté qu'a le Canada de protéger le public revient à une exportation de ses valeurs publiques. Beaucoup de ces valeurs sont énoncées en droit dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. De fait, les tribunaux canadiens ont déjà une certaine expérience de l'exportation de la *Charte* elle-même, comme nous l'avons vu à la section II(C)(2)a). Ils ont

adopté une approche mesurée, étendant l'application de la *Charte* à l'étranger quand des agents canadiens étaient mis en cause avec le consentement d'autorités étrangères, mais ils n'ont pas réclamé la protection de la *Charte* quand il existait dans l'État étranger des normes d'application régulière de la loi semblables sans être identiques.

Bien que ce type de portée extraterritoriale qui n'engage à rien de la part des tribunaux ait pu suffire et s'avérer sage dans ces circonstances particulières, la compétence que ceux-ci revendiquent alors est également soutenable d'une façon plus générale. Les valeurs publiques que le Canada exporte en prescrivant des règles et procédures pour la protection des personnes à l'intérieur de son système judiciaire sont tout à fait justifiables tant qu'elles sont couvertes et, partant, endossées par le réseau d'obligations internationales coutumières et conventionnelles qu'ont tous les États en matière de droits de la personne. S'il y a de la place pour l'argumentation quant à l'interprétation à donner à ces droits dans certaines situations, les protections fondamentales qu'ils assurent sont incontestables. Le Canada a donc une assise solide pour promouvoir cette protection par des moyens prescriptifs.

Cependant, la force exécutoire des mesures canadiennes de réglementation et de protection des renseignements personnels et des droits de la personne est nettement moins assurée. Dans le contexte criminel et quasi criminel, l'extradition constitue un recours exécutoire possible, sinon probable, contre un fugitif qui se trouve à l'étranger, mais en dehors de ce contexte, il n'existe aucun mécanisme semblable. Les tribunaux canadiens peuvent signifier des actes judiciaires au civil, ordonner la production de documents ou citer à comparaître des témoins qui se trouvent à l'étranger, mais leurs directives peuvent être ignorées, et les tribunaux étrangers ne sont ni obligés ni susceptibles de les exécuter. Le symbolisme vide de ces mesures risque fort de dissuader les tribunaux canadiens d'y recourir.

Généralement, en l'absence d'un défendeur se trouvant à l'étranger, l'exécution est un événement fortuit plutôt que prévisible. Le plaignant ou le fonctionnaire de l'État, selon le cas, devra peut-être attendre tranquillement que le défendeur se présente au Canada ou, autrement,

trouver au Canada des biens du défendeur qu'un tribunal sera disposé à saisir afin de forcer le défendeur à répondre. En bout de ligne, l'incertitude associée à l'exécution de ces protections louables sur le plan prescriptif laisse supposer que dans certains cas, l'action unilatérale des agents et tribunaux canadiens ne suffit pas. Il serait sage de les étayer, tout comme la réglementation nécessaire relativement à l'Internet et à la concurrence, par un accord multilatéral. En l'occurrence, l'objectif visé serait d'établir des normes acceptées internationalement en matière de responsabilité de recours et d'entraide juridique entre États dans la sphère du droit civil, comme on a déjà commencé à le faire pour l'administration transnationale de la justice pénale.

C. La construction de l'extraterritorialité : cadre analytique

Le principal avantage qu'il y a à considérer les mesures extraterritoriales à l'échelle macro est la possibilité que donne une telle analyse de promouvoir une démarche mesurée, pondérée et judicieuse chaque fois qu'il est question pour le Canada de revendiquer sa compétence. Il faut toujours se poser la question fondamentale de savoir non seulement quelle mesure extraterritoriale prendre, mais s'il y a même lieu d'en prendre une. Le modèle qui suit tente d'établir des balises pour répondre à ces deux questions.

Toutefois, aucun cadre analytique ne peut offrir de balises sur le bien-fondé d'une mesure extraterritoriale dans un cas donné : cette décision revient aux responsables des politiques, sur la base de leur point de vue quant à la position que devrait adopter le Canada en matière de politiques sociales. L'instrument d'analyse qui suit vise donc à établir les diverses considérations à prendre en compte pour décider si une mesure extraterritoriale constitue une approche pratique et viable pour une question perçue comme un problème social. En revanche, il ne tente pas de définir ce que pourraient être ces problèmes et leurs solutions.

De plus, comme nous l'avons déjà souligné, il n'existe pas de réponse unique à la question de savoir si et quand le Canada devrait prendre une mesure extraterritoriale. Nous présentons donc plutôt un ensemble d'objectifs généraux en matière de politiques qui

concernent plus particulièrement l'exercice de la compétence extraterritoriale et qui sont à la base du processus de décision, suivi d'une série de questions visant à déterminer si une mesure extraterritoriale est à conseiller dans une situation donnée, au sens où elle constituerait une solution pratique au problème. Nous intégrerons à cette analyse la question de savoir quel type de mesure extraterritoriale pourrait convenir en l'occurrence. De plus, pour chaque question, nous désignerons quelques observations susceptibles d'aider à guider l'analyse.

Objectifs généraux des politiques

Le Canada devrait soutenir l'exercice de la compétence territoriale d'une façon qui encourage et soutienne une société internationale ordonnée, équitable, juste et pacifique, plutôt que chaotique et conflictuelle. Par conséquent :

- a) Tout exercice de la compétence extraterritoriale devrait, dans toute la mesure du possible, être conforme aux intérêts généraux de la courtoisie entre États et mettre en application les principes de non-intervention, d'accommodation, de mutualité et de proportionnalité.
- b) Le Canada devrait réglementer la conduite extraterritoriale uniquement si elle a un lien authentique et important avec le Canada.
- c) Les accords de droit international doivent être mis en œuvre et exécutés de bonne foi. Ce principe revêt une importance particulière en ce qui concerne les traités relatifs aux droits de la personne, en relation avec la compétence sur la personne.
- d) Le Canada devrait faire observer la règle de droit internationale en étendant sa compétence d'une façon qui évite l'existence de territoires sans loi.

Question 1 : Les objectifs souhaités peuvent-ils se réaliser complètement ou en grande partie sur la base d'un lien réel et important avec le Canada, sans qu'on ait besoin de recourir à des mesures véritablement extraterritoriales?

Observations : La première question à se poser est toujours de savoir s'il est vraiment nécessaire de prendre une mesure extraterritoriale. Cette observation n'est pas uniquement une incitation à la prudence; c'est aussi le constat qu'on peut faire reconnaître beaucoup de choses aux tribunaux du Canada et d'ailleurs sur la base d'un lien réel et important avec le Canada. Tout ce qui répond à ce critère peut être considéré comme une mesure territoriale qui n'a rien d'extraterritorial. Cet aspect n'est pas toujours clairement reconnu (voir l'étude de l'arrêt *SOCAN* à la partie IV); il vaut donc toujours la peine de l'incorporer à l'analyse.

Question 2 : Les mesures proposées seront-elles reconnues, aux termes des principes de compétence en droit international, comme des mesures que le Canada peut légitimement prendre?

Observations : En supposant que les buts visés nécessitent vraiment une mesure extraterritoriale, la première question pratique à se poser est de savoir si les autres États jugeront acceptable que le Canada prenne une telle mesure. Le but visé par le Canada ne doit pas se limiter à affirmer symboliquement sa compétence sur des actions qui se produisent à l'étranger. S'il vaut la peine de prendre une mesure extraterritoriale, c'est que cette mesure peut avoir des conséquences pratiques, ce qui, en règle générale, exige l'appui d'autres États. En conséquence, le Canada devrait se guider en premier lieu sur les principes de compétence reconnus en droit international. Si l'intention qu'a le Canada de prendre une mesure extraterritoriale n'a pas l'appui d'autres pays, le Canada devrait hésiter à aller de l'avant.

Question 3 : Si le droit international ne reconnaît pas la légitimité des mesures que le Canada se propose de prendre, s'agit-il d'un des rares cas où il est justifiable d'agir en l'absence d'un consensus international? En particulier, la question revêt-elle une importance telle qu'il vaille la peine de subir toutes les conséquences négatives que pourrait entraîner cet acte d'unilatéralisme? De plus, est-il raisonnablement possible que les mesures atteignent leurs objectifs (qu'il s'agisse vraiment d'appliquer des règles, d'infléchir l'opinion internationale ou de tout autre but) sans le soutien initial d'autres pays?

Observations : Si la réponse à notre deuxième question est « non », il serait étonnant qu'on considère encore justifiable l'introduction de mesures extraterritoriales, ce qui ne signifie pas,

cependant, que cela soit tout à fait inimaginable. Il pourrait y avoir certains cas, rares il est vrai, où, vu l'importance de la question en jeu et en l'absence d'autres options, le Canada déciderait d'agir à l'encontre d'un point de vue accepté internationalement. Notre modèle ne peut aider les responsables de politiques à décider quand attribuer à une question une importance si pressante et si inhabituelle qu'elle justifie une mesure unilatérale : il indique simplement qu'il ne faut adopter une telle mesure qu'après avoir pris cette décision. Même et peut-être surtout dans ce cas, il est particulièrement pertinent de prendre en compte l'efficacité d'une telle mesure : en l'occurrence, par définition, le Canada ne peut guère espérer d'aide des autres pays dans l'application de la loi. Cette démarche pourrait s'avérer fructueuse si la loi a pour but d'orienter « l'opinion publique internationale » ou s'il suffit d'appliquer la loi uniquement quand le Canada a déjà la compétence sur la personne visée.

Question 4 : Si le droit international reconnaît la légitimité des mesures que le Canada se propose de prendre, ces mesures sont-elles également conformes à l'approche traditionnellement adoptée par le Canada en matière d'extraterritorialité? Dans le cas contraire, une rupture par rapport à cette tradition peut-elle se justifier par le caractère sérieux du problème à résoudre ou par d'autres facteurs?

Observations : Même si le droit international reconnaît le caractère légitime de l'exercice d'une compétence extraterritoriale, cela ne signifie pas nécessairement que la mesure est conforme à la tradition canadienne en matière de mesures extraterritoriales. Nous avons observé plusieurs fois au cours de la présente étude que la question de savoir quand le Canada *devrait* prendre une mesure extraterritoriale est tout à fait distincte de celle de savoir quand il *peut* le faire. Jusqu'ici, le Canada a fait montre de beaucoup de retenue. Comme on l'a vu, il est très rare que le Canada s'appuie sur le principe de nationalité, par exemple, même si une telle revendication serait le plus souvent reconnue en droit international. Rares sont les lois canadiennes qui reposent sur le principe de protection, et le Canada n'allègue unilatéralement sa compétence universelle que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Dans la pratique, le Canada tend à prendre des mesures extraterritoriales presque exclusivement dans le contexte d'un

accord international multilatéral. Il ne s'est rien produit qui justifie un changement à cette tendance générale. Encore une fois, cependant, cela ne signifie pas qu'une rupture par rapport à cette approche ne soit jamais justifiée, mais simplement qu'il faudrait qu'elle le soit. On ne peut définir ou délimiter la nature exacte de cette justification qu'en observant qu'il faudrait que des circonstances vraiment impérieuses pour justifier une rupture par rapport à la « zone de confort » traditionnelle du Canada. Il sera de plus en plus pertinent de se demander si, quand les circonstances le justifient, le Canada devrait s'en remettre à un forum international compétent qu'il aurait saisi ou pourrait saisir de la question.

Question 5 : Si, dans les circonstances, le Canada peut et doit prendre une mesure extraterritoriale, il faut examiner quel moyen d'agir à l'extérieur de son territoire convient le mieux. Si le but visé est l'exécution de normes canadiennes à l'étranger, il peut s'agir d'édicter des dispositions impératives, lorsque l'exécution de la loi est rendue possible par une combinaison de mécanismes législatifs et judiciaires. Dans d'autres circonstances, il sera préférable de prendre une mesure exécutive visant à obtenir l'aide d'États étrangers dans l'exécution des lois canadiennes à caractère pénal ou réglementaire. Le choix dépend en grande partie de l'objectif précis visé par la mesure extraterritoriale.

Observations : Si on présume qu'il a été établi que le problème à régler fait partie des circonstances où le Canada peut et doit prendre une mesure extraterritoriale, la question suivante concerne la méthode à employer. La réponse à cette question dépend de la cible visée par la mesure, à savoir si le Canada cherche à infléchir le comportement de personnes physiques ou morales ou d'autres États à l'extérieur de son territoire.

De toute évidence, une mesure législative est une solution possible. La manière la plus simple d'agir en ce sens consiste, pour l'autorité législative, à édicter des lois qu'il revient ensuite aux tribunaux d'exécuter. D'autres approches plus vigoureuses ou multicouches sont également possibles. Par exemple, l'autorité législative peut mettre en place des dispositions qui donnent à l'État un rôle de direction dans la poursuite d'objectifs extraterritoriaux, que ce soit par des mesures exécutives, devant les tribunaux ou autrement. L'exécutif peut également mettre en place (avec ou sans la participation de l'autorité législative) des ensembles de

directives sur l'autoréglementation ou des incitations économiques. Cependant, comme nous l'avons vu plus haut, ces moyens ne sont pas toujours les plus efficaces et les plus appropriés.

Dans certains cas, une mesure purement exécutive peut s'avérer plus appropriée. Comme on l'a vu à la section II(C)(2), les sanctions économiques constituent une réponse adéquate à certains problèmes. D'une façon moins conflictuelle, la négociation d'un protocole d'entente avec un ou plusieurs États pourrait procurer au Canada la solution qu'il recherche. Cette solution a pour principal inconvénient le risque que la voix du Canada à la table de négociation soit couverte par celle de pays plus puissants, ce qui aurait pour résultat que la mesure exécutive n'apporterait pas le résultat escompté.

Question 6 : Est-ce qu'une analyse coûts-avantages des impacts *internationaux* éventuels de cette mesure extraterritoriale indique qu'elle constitue la voie à privilégier par le Canada? En particulier, est-ce que la réaction potentielle d'autres États (le cas échéant) représente davantage sur le plan des coûts que ce que le Canada est disposé à supporter afin de réaliser son objectif extraterritorial?

Observations : Enfin, même si, sur la base de toutes les considérations ci-dessus, il appert que dans les circonstances, il convient que le Canada prenne une mesure extraterritoriale, toute décision finale doit prendre en compte les conséquences éventuelles de cette mesure. Si celle-ci est conforme à un accord multilatéral, cet aspect ne devrait guère poser de problèmes. Cependant, en temps normal, les États s'abstiennent de prendre unilatéralement des mesures extraterritoriales par souci de courtoisie : si le Canada choisit à l'occasion de prendre une mesure extraterritoriale unilatérale, il sera important de considérer si d'autres États sont susceptibles de prendre des mesures en réaction à la décision du Canada et, le cas échéant, quelles pourraient être la nature et les conséquences de ces mesures. Il peut arriver que les conséquences négatives éventuelles d'une mesure l'emportent sur les gains que le Canada escompte en tirer.

Également, même en l'absence de représailles directes ou, plus subtilement, d'impacts découlant d'une baisse des relations avec d'autres États, il faut envisager une question

supplémentaire, à savoir quelle attitude le Canada adopterait si une autre nation faisait une revendication extraterritoriale similaire, et plus particulièrement si une telle revendication empiétait de façon inacceptable sur la compétence territoriale du Canada. Dans son évaluation de n'importe quelle démarche extraterritoriale, notamment les dispositions impératives, le Canada doit envisager l'éventualité d'une application réciproque. D'un point de vue exclusivement national, on peut avoir la perception d'avoir tout à gagner d'une revendication extraterritoriale : cependant, si d'autres États faisaient la même revendication et que celle-ci empiétait sur la souveraineté canadienne, là encore la mesure pourrait se solder par une perte nette pour les intérêts canadiens. Dans ces circonstances, il serait inopportun de prendre une mesure extraterritoriale. Aussi, le Canada devrait reconnaître explicitement que les allégations de compétence extraterritoriale peuvent contribuer à un corpus de pratique de l'État susceptible de devenir une nouvelle règle du droit international coutumier et se demander si cette règle servirait à la fois ses propres intérêts et ceux de l'ensemble de la communauté internationale.

D. La voie à suivre?

Étant donné les types d'incertitude décrits plus haut, il semble clair que le Canada continue sa marche vers la mondialisation avec des outils qui ne conviennent peut-être pas tout à fait à la tâche à accomplir. Bien sûr, le chemin parcouru jusqu'ici est dénué d'embûches; le Canada peut facilement continuer d'exercer sa compétence extraterritoriale de façon conservatrice, dans des situations où cet exercice ne contrevient pas à la courtoisie internationale, et de promouvoir des solutions multilatérales aux problèmes qui risquent de le mettre en conflit avec d'autres États. Il peut également raffiner ces outils pour les adapter à des problèmes particuliers, par les divers moyens proposés tout au long de la présente étude.

Pour combattre l'évolution constante de la criminalité transnationale, le Canada peut étendre son recours à des techniques qui sont légales, bien que non traditionnelles (p. ex. en utilisant davantage le principe de nationalité), tout en continuant de prôner une élasticité accrue des principes de compétence entre États. Du point de vue de la réglementation, à court terme,

les tribunaux peuvent continuer de perfectionner le critère du lien réel et important, en tentant, d'une façon plus nuancée et plus adaptée au contexte qu'ils ne l'ont fait jusqu'ici, de localiser le point où l'interdépendance et la courtoisie entre États risquent d'entrer en collision. Toutefois, les tribunaux n'ont pas les ressources nécessaires pour poursuivre indéfiniment ce « peaufinage » de la compétence. À plus long terme, ces efforts pourront recevoir l'appui de l'exécutif, qui est mieux pourvu pour élaborer de vraies réponses axées sur les politiques aux pressions et changements associés à la mondialisation du commerce et des communications. L'exécutif pourra négocier des accords internationaux qui soit dispensent les États du besoin d'exercer une compétence extraterritoriale, soit les obligent à l'exercer. L'autorité législative pourra alors assurer la mise en œuvre de ces accords en prescrivant l'exercice de la compétence extraterritoriale d'une façon claire, qui reflète directement les aspects particuliers de la question visée. De fait, comme nous l'avons démontré, ce genre de synergie entre les organes du gouvernement dans la formulation de l'extraterritorialité a raisonnablement bien servi le Canada jusqu'à présent.

On peut cependant en faire davantage. Si on se rappelle l'analyse que nous en avons faite, la principale leçon à tirer de la compétence extraterritoriale en matière criminelle est que le Canada n'a jamais agi unilatéralement, sauf dans les circonstances où un consensus clair du droit international lui donnait la capacité de le faire. Par conséquent, le plus souvent, l'extraterritorialité est un exercice délibérément multilatéral et, si elle ne l'est pas, elle peut s'appuyer sur un consensus général à l'échelle internationale quant aux cas où il est légitime de revendiquer une compétence extraterritoriale.

Ce n'est toutefois pas une vérité universelle. Le Canada peut très bien prendre une mesure extraterritoriale avant qu'un consensus se soit établi, pour tenter ainsi d'infléchir l'opinion internationale en donnant l'exemple. Nous avons déjà souligné les efforts accomplis par le Canada pour affirmer sa compétence sur les eaux arctiques, laquelle a par la suite été approuvée par d'autres pays. De même, on pourrait noter que si les dispositions sur le tourisme

sexuel impliquant des enfants s'alignent aujourd'hui parfaitement sur des traités internationaux, elles en ont en fait précédé la signature¹⁶⁷. Il se pourrait que les dispositions concernant le terrorisme qui ne s'appuient pas encore sur des traités internationaux finissent par mener à la conclusion de ces traités et ajoutent une pierre de plus à l'édification d'un consensus sur le fait que le recours expansif à la compétence extraterritoriale est un instrument nécessaire.

Cela dit, il s'agit d'une option à utiliser avec parcimonie et précaution. Le Canada n'est peut-être pas le plus petit navire sur le lac, mais le plus souvent, il navigue avec de plus gros que lui : il risque bien plus d'être pris dans le sillage d'autres États qu'il n'a de chances de les faire changer de cap. Comme nous l'avons souligné, la législation nationale du Canada en matière de protection des renseignements personnels résulte largement de l'influence économique de l'Union européenne, qui ne laissait pratiquement pas d'autre choix au Canada que d'emboîter le pas : en revanche, les États-Unis, qui constituent un marché encore plus important, n'ont pas édicté le même genre de lois que le Canada, sans perdre pour autant l'accès aux marchés européens. De même, le Canada pourrait tenter unilatéralement d'imposer à la communauté internationale son point de vue en matière de loi sur le droit d'auteur, en adoptant l'approche robuste du « lien réel et important » comme le donne à penser l'affaire *SOCAN*. Cependant, une telle démarche comporte un certain risque : si le Canada « légitimise » unilatéralement le fait qu'un État impose ses normes aux autres en agissant lui-même de la sorte, il contribue ainsi à donner aux acteurs dominants la liberté d'en faire autant, d'une façon qui pourrait aller à l'encontre des intérêts canadiens. En ce qui concerne particulièrement le droit d'auteur, la domination des intérêts des États-Unis en matière de propriété intellectuelle à l'échelle internationale indique que le recours unilatéral de ce pays à la compétence extraterritoriale risque d'avoir pour effet d'imposer les lois étasuniennes sur le droit d'auteur au Canada et aux autres États.

¹⁶⁷ Bien qu'il aurait été légitime que le Canada exerce cette compétence d'ordre national avant même la conclusion du traité actuel, le fait de l'exercer en l'absence d'un traité ne correspondait pas à la pratique canadienne. Cette rupture plutôt radicale pour le Canada s'est faite dans la foulée d'un effort de promotion du traité lui-même par le Canada, qui, ainsi, « prêchait par l'exemple »; voir Currie et Coughlan, *supra* note 6.

Même si on admet que dans certaines circonstances exceptionnelles, le Canada pourrait et devrait agir unilatéralement en l'absence d'un consensus international, il doit choisir ces occasions avec parcimonie. Lentement mais sûrement, la mondialisation démantèle l'édifice de la territorialité, ce qui devrait inciter le Canada à doser également ses mesures défensives et proactives afin d'arriver à la fois à protéger et à promouvoir ses propres intérêts dans le nouvel ordre mondial.

BIBLIOGRAPHIE

LIVRES

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003.

DUGARD, John. *International Law: A South African Perspective*, 2^e éd., Kenwyn, Juta, 2000.

GILBERT, Geoff. *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms*, La Haye, Kluwer, 1998.

HIGGINS, R. *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

HOGG, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992.

JENNINGS, Robert, et Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., Londres, Longmans, 1992.

KINDRED, Hugh M., et Philip M. SAUNDERS (dir.). *International Law: Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 7^e éd., Toronto, Edmond Montgomery, 2006.

SCASSA, Teresa, et Michael DETURBIDE. *Electronic Commerce and Internet Law in Canada*, Toronto, CCH Canadian, 2004.

SHAW, M. *International Law*, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

ARTICLES ET CHAPITRES DE LIVRES

AKEHURST, Michael. « Jurisdiction in International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 46 (1974), p. 145.

BUSER, Wade A. « The *Jaffe* Case and the Use of International Kidnapping as an Alternative to Extradition », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 14 (1984), p. 357.

CURRIE, Robert J. « Charter without Borders? The Supreme Court of Canada, Transnational Crime and Constitutional Rights and Freedoms », *Dalhousie Law Journal*, vol. 27 (2004), p. 235.

CURRIE, Robert J., et Steve COUGHLAN. « Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Bigger Picture or Smaller Frame? », *Canadian Criminal Law Review*, vol. 10 (2006) (à paraître).

GERBER, G. « The Extraterritorial Application of the German Antitrust Laws », *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 756.

GONDEK, Michal. « Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization? », *Netherlands International Law Review*, vol. 52 (2005), p. 349.

KYER, C. Ian, et Danielle Hough. « Is Internet Gaming Legal in Canada: A Look at Starnet », *Canadian Journal of Law and Technology*, vol. 1 (2001), cjltdal.ca.

LOWE, V. « Jurisdiction », dans M. Evans (dir.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

JURISPRUDENCE

A.-G. Canada v. A.G. Ontario (Labour Conventions), [1937] A.C. 326.

A.-G. of Canada v. Fallbridge Holdings Ltd. (1986), 31 B.L.R. 57 (C.A.F.).

A.-G. of Israel v. Eichmann (1961), (1961), 36 I.L.R. 5 (Dist. Ct. Jerusalem), confirmé (1961), 36 I.L.R. 277 (C.S. Israël).

B.C. Electric Railway Co. c. Le Roi, [1946] C.A. 527.

Bangoura v. Washington Post, 2005 CanLII 32906 (C.A. Ont.).

Barcelona Traction Case (Belgium v. Spain), [1970] I.C.J. Rep. 3.

Beals c. Saldanha, [2003] 3 R.C.S. 416.

Bouzari c. Iran, [2002] O.J. No. 1624, (2004), 243 D.L.R. (4th) 406 (C.A. Ont.); demande de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 27 janvier 2005.

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net, [1998] 1 R.C.S. 626.

Canada (Procureur général) c. S.D. Myers Inc. (C.F.), [2004] 3 C.F. 38.

Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Yerodia Case), (*Congo v. Belgium*), I.C.J. 14 Feb.2002, 41 I.L.M. 536.

Citron c. Zündel (2002), 41 C.H.R.R. D/274 (T.C.D.P.).

Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, [2005] 2 R.C.S. 473.

CompuServe, Inc. v. Patterson, 89 F. 3d 1257 (6th Cir. 1996).

Croft c. Dunphy, [1933] C.A. 156.

Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin, 2005 ACCA 570, demande de pourvoi à la C.S.C. accueillie, 2006 Can LII IIB (C.S.C.).

Dow Jones & Co. Inc. v. A.-G. of Canada (1981), 122 D.L.R. (3d) 731 (C.A.F.).

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283.

Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. v. E.C. Commission, [1973] C.M.L. Rep. 199.

Hartford Fire Insurance v. California, 509 U.S. 764 (1993).

Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), [2002] 4 R.C.S. 45; 2002 CSC 76.

Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd, [1976] 1 R.C.S. 477.

Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, [2006] U.K.H.L. 26.

Laane et Baltser v. The Estonian State Cargo et Passenger Steamship Line, [1949] R.C.S. 530.

Ladore v. Bennett, [1939] A.C. 468.

Libman c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 178.

Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc., 947 F.Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996).

Morguard Investments Ltd. c. DeSavoye, [1990] 3 R.C.S. 1077.

Neer Claim (United States v. Mexico) (1926), 4 R.I.A.A. 60.

P.G. Ontario c. Scott, [1956] R.C.S. 137.

Purdy c. Canada (Procureur général) (2003), 15 C.R. (6th) 211 (B.C.C.A.).

R. c. Cook, [1998] 2 R.C.S. 597.

R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S. 562.

R. c. Terry, [1996] 2 R.C.S. 207.

R. v. Bow Street Magistrate, ex parte Pinochet (No. 3), [2000] 1 A.C. 147.

R. v. Greco (2001), 159 C.C.C. (3d) 146 (C.A. Ont.).

R. v. Hape (2005), 201 O.A.C. 126 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi accueillie, C.S.C., *Bulletin des procédures*, 2006, p. 48.

R. v. Starnet Communications International Inc. (17 août 2001), Vancouver 125795-1 (B.C.S.C.).

Renvoi relatif à la Earth Future Lottery, 2002 PESCAD 8, (2002), 215 D.L.R. (4th) 656; (2002), 166 C.C.C. (3d) 373, confirmé par [2003] 1 R.C.S. 123.

Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act 1980, [1984] 1 R.C.S. 297, p. 332.

Royal Bank of Canada v. The King, [1913] A.C. 283.

Schreiber c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 841.

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427, [2004] R.C.S. 45.

Somerset Pharmaceuticals Inc. v. Interpharm Inc. (1994), 52 C.P.R. (3d) 317 (Ont. G.D.).

Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information Inc. (1996), 74 C.P.R. (3e) 72 (F.C.T.D.); confirmé, [1998] 2 C.F. 22; (1997), 76 C.P.R. (3e) 296 (C.A.F); autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée, [1998] 1 R.C.S. xv.

Thompson v. Handa-Lopez, Inc., 998 F.Supp. 738 (W.D. Tx. 1998).

Thomson c. Thomson, [1994] 3 R.C.S. 551.

Thorpe v. College of Pharmacists of British Columbia, 1992 CanLII 895 (B.C.C.A.); (1992) 97 D.L.R. (4th) 634.

Tolofson c. Jensen, [1994] 3 R.C.S. 1022.

United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

United States v. Alvarez-Machain, 112 S. Ct. 2188 (1992).

United States v. Bank of Nova Scotia, 740 F. 2d 817 (11th Cir. 1984).

Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F.Supp. 1119 (W.D.Pa. 1997).

RAPPORTS

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Working Paper 37, *Extraterritorial Jurisdiction*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et des Services, 1984.

GAGNON, Georgette, Audrey MACKLIN et Penelope SIMONS, *Déconstruire l'engagement : Autoréglementation des sociétés dans les zones de conflit – Répercussions sur les droits de la personne et la politique publique canadienne*, Commission du droit du Canada, janvier 2003, www.lcc.gc.ca/research_project/gr/qbb/rp/gagnon-fr.asp.

OXFAM COMMUNITY AID ABROAD, *Submission to the Joint Parliamentary Committee on Securities and Corporations Inquiry into the Corporate Code of Conduct Bill 2000*, décembre 2000, www.oxfam.org.au/campaigns/submissions/corpcodeconduct.pdf.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Citoyenneté (Loi sur la), L.R.C. 1985, ch. C-29.

Code criminel, L.R., 1985, ch. C-46.

Communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (Loi relative à la), Loi n° 80-538, J.O. (1980) n° 1799.

Concurrence (Loi sur la), L.R.C. 1985, ch. C-34.

Constitutionnelle (Loi), Constitution Act, 1867 U.K., 30-31 Victoria, ch. 3.

Convention des Nations Unies concernant les sentences arbitrales étrangères (Loi sur la), L.R.C. 1985, ch. 16 (2^e suppl.).

Corporate Code of Conduct Bill, 2000, Australie.

Crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (Loi sur les), L.C. 2000, ch. 24.

Défense nationale (Loi sur la), L.R.C. 1985, ch. N-5.

Dossiers d'entreprises (Loi sur les), L.R.Q. 1977, ch. D-12.

Droit d'auteur (Loi sur le), L.R.C. 1985, ch. C-42.

Droits de la personne (Loi canadienne sur les), L.R. 1985, ch. H-6.

Emploi dans la fonction publique (Loi sur l'), L.C. 2003, ch. 22.

Entraide juridique en matière criminelle (Loi sur l'), L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.).

Examen de l'investissement étranger (Loi sur l'), L.C. 1973-74, ch. 46 (remplacée par la Loi sur Investissement Canada, L.R.C. 1985, ch. 28 (1^{er} suppl.)).

Extradition (Loi sur l'), L.C. 1999, ch. 18.

Forces étrangères présentes au Canada (Loi sur les), L.R.C. 1985, ch. V-2.

Foreign Antitrust Judgments (Restriction of Execution) Act 1979, reproduite dans (1979) 18 I.L.M. 869.

Foreign Trade Anti-Trust Improvement Act, 96 Stat. 1246, 15 U.S.C. § 61 (1982).

Immigration et la protection des réfugiés (Loi sur l'), L.C. 2001, ch. 27.

Immunité des États (Loi sur l'), L.R.C. 1985, ch. S-18.

Mesures économiques spéciales (Loi sur les), L.C. 1992, ch. 17.

Mesures extraterritoriales étrangères (Loi sur les), L.R.C. 1985, ch. F-29.

Mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain (Loi de), L.C. 1993, ch. 44.

Nations Unies (Loi sur les), L.R.C. 1985, ch. U-3.

Océans (Loi sur les), L.C. 1996, ch. 31.

Prévention de la pollution des eaux arctiques (Loi sur la), L.R.C. 1985, ch. A-12.

Protection de l'information (Loi sur la) (art. 26), L.R.C. 1985, ch. O-5.

Protection des documents commerciaux (Loi sur la), L.R.O., ch. B-19.

Protection des pêcheries côtières (Loi sur la), L.R.C. 1985, ch. C-33, modifiée par L.C. 1994, ch. 14 et règl.

Protection des renseignements personnels et les documents électroniques (Loi sur la), L.C. 2000, ch. 33.

Protection of Trading Interests Act (The), (U.K.) 1980, ch. 11.

Responsabilité en matière maritime (Loi sur la), L.C. 2001, ch. 6, art. 46 (plus la partie 5 et l'annexe 3).

Sherman Anti-Trust Act, 15 U.S.C., art. 1-7.

Statut de Westminster de 1931, L.R.C. 1985, annexe II, n° 27, art. 3.

TRAITÉS

Accord de libre-échange nord-américain, R.T. Can. 1994 n° 2.

Accord des Nations Unies sur la pêche et les stocks de poisson, (1995) 34 I.L.M. 1542.

Accord entre le Canada et les États-Unis concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales, (1996) 36 I.L.M. 311.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 1966 R.T. Can. 29.

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ONU Doc. A/CONF.62/122 (1982).

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ONU, A/RES/59/38 (2004), non entrée en vigueur.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des Nations Unies (Convention de New York), (1993) 330 U.N.T.S. 3.

Convention sur le statut des forces, R.T. Can. 1953 n° 13.

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Journal officiel des communautés européennes*, 23 novembre 1995, n° L 281.

Foreign Antitrust Judgments (Restriction of Enforcement) Act 1979, reproduite dans (1979) 18 I.L.M. 869.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1996) 999 R.T.N.U. 171, R.T. Can. 1976 n° 47.

Traité canado-américain d'entraide juridique en matière pénale, R.T. Can. 1990 n° 19.

Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 décembre 1996, Publication de l'OMPI n° 226 (entré en vigueur le 6 mars 2002).

Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 décembre 1996, Publication de l'OMPI n° 227 (entré en vigueur le 20 mai 2002).

Traité des eaux limitrophes, U.K.T.S. 1910 n° 23.

Traité instituant la Communauté économique européenne, Rome, 25 mars 1957, Journal officiel C 325, 24 décembre 2002, art. 85 et 86.

RESSOURCES EN LIGNE

Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada, www.cippic.ca.

Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, www.privcom.gc.ca/legislation/let/let_051118_f.asp.

International Internet Piracy Sweep, U.S. Department of Justice, www.justice.gov/criminal/cybercrime/OperationSiteDown.htm.

Interpol, www.interpol.int.

Office de la langue française, www.oqlf.gouv.qc.ca/francisation/tj.

Virtual Global Taskforce, www.virtualglobaltaskforce.com.