

LE TITRE III DE LA LÉGISLATION HELMS-BURTON ET LE DROIT INTERNATIONAL (*)

PAR

Laurence WEERTS

ET

Denis CHAÏBI (**)

COLLABORATRICE SCIENTIFIQUE
AUPRÈS DU CENTRE
DE DROIT INTERNATIONAL U.L.B.

LL.M. *Cantab*

INTRODUCTION

Le 12 mars 1996, le Président américain signait le *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996 (Libertad)* (1), plus connu sous le nom de législation Helms-Burton. Il s'en est expliqué ainsi :

« [...] le monde a reçu une dure leçon qui lui a montré pourquoi nous devons augmenter notre pression sur Cuba. En plein jour et sans aucune justification des avions militaires cubains ont abattu deux avions civils américains [...]. J'ai pris immédiatement des mesures pour montrer ma détermination à favoriser un changement à Cuba — en signant notamment la loi sur la Liberté et la Solidarité démocratique à Cuba [...] » (2).

La loi Helms-Burton vise à renforcer la dernière mesure législative américaine en date relative à l'embargo contre Cuba, le *Cuban Democracy Act (Torricelli Bill)* adopté en 1992. Basée principalement sur les allégations de violation des droits de l'homme du régime cubain, la nouvelle loi tend non seulement à durcir l'embargo économique (3), mais aussi à empêcher toute participation de l'État cubain aux institutions financières internationales et à l'Organisation des États Américains (4), ou encore à encourager la diffu-

(*) Nous remercions tout particulièrement Olivier Corten et François Dubuisson pour leurs précieuses remarques et suggestions.

(**) Fonctionnaire à la Commission européenne. Les opinions exprimées dans le présent article le sont à titre tout à fait personnel et ne peuvent en aucun cas être attribuées à la Commission européenne.

(1) Le texte du *Libertad Act* est reproduit dans *I.L.M.*, 1996, XXXV, pp. 357 et s.

(2) « Déclaration du Président William Clinton sur le report des droits d'action en justice pour l'application de la loi Helms-Burton (Washington, 16 juillet 1996) », in *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} septembre 1996, n° 17, p. 711. Concernant l'incident aérien du 24 février 1996, voy. la Rés. 1067 (1996) du Conseil de sécurité des N.U., du 26 juillet 1996 et le rapport d'enquête (annexé) de l'OACI, qui relate les circonstances de l'accident ; v. aussi *A.J.I.L.*, *Contemporary Practice of the U.S.*, 1996, vol. 90, pp. 448 et s.

(3) Voy. le Titre I de la législation, et plus particulièrement le deuxième alinéa de la Section 101, où le Congrès exhorte le Président à prendre des mesures pour favoriser l'adoption par le Conseil de sécurité des Nations unies d'une résolution en vertu du chapitre VII de la Charte.

(4) Voy. *Libertad Act*, Titre I, Section 104.

sion du Service Télévision Marti (5). La volonté américaine d'en finir avec Fidel Castro n'a peut être jamais été aussi clairement exprimée que par le vice-président Al Gore qui, en juillet 1996, déclarait

« We are intent on following a policy that will hasten the end of the Castro regime. It's time has long since passed » (6).

La fin justifiant les moyens, le Congrès a introduit dans la loi un Titre III, intitulé *Protection of Property Rights of United States Nationals*. Ce dernier devrait permettre aux citoyens américains, dont les biens ont été nationalisés il y a plus de trente ans par le régime cubain, de poursuivre, dans le cadre d'une procédure civile, toute personne physique ou morale qui se rendrait coupable de *trafficking in confiscated property* (7). Le terme *trafficking* est défini de façon très large et recouvre toute activité de commerce ou d'investissement (8). L'objectif de la loi Helms-Burton est clairement affiché : isoler le régime cubain en décourageant les ressortissants d'États tiers de commercer avec Cuba ou d'y investir (9).

Le titre III de la loi Helms-Burton représente un cas d'exercice de compétence normative extraterritoriale dans la mesure où cette disposition tente d'appréhender des faits, désignés par les termes *trafficking in confiscated property*, se déroulant à l'extérieur du territoire américain. Cette portée extraterritoriale fut immédiatement condamnée tant au sein de l'OEA (10), que de l'Union européenne, celle-ci mettant en doute, par le biais de la Commission, « la légalité de ces mesures au titre des Accords de l'Organisation mondiale du commerce, du droit coutumier international relatif à la nationalisation des avoirs étrangers et des règles applicables à la territoria-

(5) Voy. *Libertad Act*, Titre I, Section 107.

(6) *European Report*, nbr. 2149, 17 July 1996, p. 7.

(7) V. *Libertad Act*, Titre III, Section 302 (a). La législation comprend également un Titre IV, qui permet de refuser l'entrée sur le territoire des États-Unis aux ressortissants étrangers dans des situations similaires de « trafficking ». Cet aspect de la législation ne sera pas abordé dans les lignes qui suivent.

(8) « [...] a person 'traffics' in confiscated property if that person knowingly and intentionally — (i) sells, transfers, distributes, dispenses, brokers, manages, or otherwise disposes of confiscated property, or purchases, leases, receives, possesses, obtains control of, manages, uses, or otherwise acquires or holds an interest in confiscated property, (ii) engages in a commercial activity using or otherwise benefiting from confiscated property, or (iii) causes, directs, participates in, or profits from trafficking [...] through an other person, without the authorization of any United States national who hold a claim to the property », Section 1 (b), Sec. 4 (13).

(9) Voy. LÖWENFELD, A.F., « Congress and Cuba : The Helms-Burton Act », *A.J.I.L.*, 1996, Vol. 90, p. 426 ; REINISCH, A., « A Few Public International Law Comments on the 'Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act' of 1996 », *E.J.I.L./J.E.D.I.*, 1996-4, vol. 7, p. 555 ; SNYDER, J.L., AGOSTINI, S., « New U.S. Legislation to Deter Investment in Cuba », *Journal of World Trade*, 1996, vol. 30, nbr 3, pp. 37-44. Cet objectif semble avoir été atteint, en partie du moins, par les États-Unis, voy. CAROIT, J.M., « La législation américaine a freiné les investissements étrangers à Cuba », in *Le Monde*, 22 avril 1997, p. vi.

(10) 32 des 34 États membres de l'OEA ont condamné la législation, v. *European Report*, 8 June 1996. On remarquera tout particulièrement la position du Canada, qui a contesté la portée extraterritoriale de la législation au sein de l'OEA et de l'OMC, mais aussi de l'ALENA et de l'OCDE ; v. <http://www.dfait-maeci.gc.ca>. Pour la position mexicaine, voy. <http://www.demon.co.uk/mexuk/>.

lité des demandes [...]» (11). Intervenant dans un contexte politique et économique de lutte pour l'obtention des marchés cubains (12), le débat juridique engagé de part et d'autre de l'Atlantique est d'autant plus complexe qu'il mêle des concepts propres à divers ordres juridiques, tels que le droit international privé et le droit international public, mais aussi les règles de l'OMC, de l'ALENA et de l'OEA. Sur le plan du droit interne, les matières juridiques civile et pénale sont également concernées.

Malgré les polémiques relatives à l'extraterritorialité soulevées par la loi Helms-Burton, force est de constater que, dans les relations internationales contemporaines, la pratique des États recèle de multiples cas d'extraterritorialité, comme par exemple les règles attribuant la nationalité *jure sanguinis* aux enfants même nés à l'étranger, les lois fiscales visant les revenus constitués à l'étranger, etc (13). L'extraterritorialité, si elle n'est pas *en tant que telle* interdite par le droit international, fait néanmoins l'objet d'un âpre débat.

Aux termes d'un article consacré à la question, Rosalyn Higgins souligne que « [...] the underlying problem is still unresolved — namely, is it necessary to show a specific basis of jurisdiction, or may one assert jurisdiction without reference to a specific basis, so long as one is acting reasonably ? » (14). Deux approches sous-tendent en effet le débat : la compétence extraterritoriale doit-elle être jaugée à l'aune de critères — ou principes — sur lesquels elle devrait être basée, tels que le territoire, la nationalité ou la souveraineté ; ou alors en fonction des règles de droit international éventuellement violées par l'exercice de la compétence ? Dans ce dernier cas, on sera particulièrement attentif à la violation du principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États.

(11) Communication 96/C 301/04, *J.O.C.E.*, n° C 307, 16 octobre 1996, p. 4. Les réactions européennes ont consisté notamment dans l'adoption d'un règlement 'miroir', voy. à ce sujet HUBER, J., « The Helms-Burton Blocking Statute of The European Union », *Fordham International Law Journal*, mars 1997, vol. 20, n° 3, pp. 699-716 ; TRAESE, M., « Enkele bedenkingen bij recente Amerikaanse wetgeving met extraterritoriale gelding en de Europese reactie daarop : de verordening van 22 november 1996 », *Rechtskundig weekblad*, 1996-1997, n° 34, pp. 1145-1155. Face aux éventuelles violations des règles de l'OMC (GATT et GATS), l'UE a saisi les instances juridictionnelles de l'OMC, voy. LESGUILLONS, H., « Les lois Helms-Burton et d'Amato : réactions de l'Union européenne », *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 1997, n° 1, pp. 95-111. Ces problématiques ne seront pas traitées ici.

(12) Dans sa résolution du 24 mai 1996, le Parlement européen se dit « préoccupé par le fait que cette loi [...] comport[ent] une série de dispositions qui ont pour but et pour effet d'étendre unilatéralement le champ d'application de la législation des États-Unis à des sociétés des pays tiers » et estime « [...] que de telles mesures portent gravement atteinte aux intérêts économiques et commerciaux de l'Union européenne et de ses États membres, [...] » (Résolution du PE du 24 mai 1996 (considérants B et C), *J.O.C.E.*, n° C166, 10 juin 1996, p. 277).

(13) Voy. les exemples cités par COMBACAU, J., SUR, S., *Droit international public*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1995, p. 356. Voy. aussi les commentaires de LÖWENFELD, A., *International Litigation and the Quest of Reasonableness*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 15.

(14) « The Legal Basis of Jurisdiction », in OLMSTEAD, C.J., *Extra-territorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, I.L.A. & E.S.C. Publ. Ltd., 1984, p. 14.

Dès 1927, la Cour Permanente de Justice Internationale, dans l'affaire du *Lotus*, tranchait la question en estimant que

« Il ne s'agit [...] pas [...] de préciser les principes qui permettraient à la Turquie d'exercer les poursuites pénales, *mais de formuler les principes qui éventuellement auraient été violés* par ces poursuites. Cette manière de poser la question est commandée [...] par la nature même et les conditions actuelles du droit international. Le droit international régit les rapports entre les États indépendants. [...] Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas » (15).

Depuis lors, la doctrine a soulevé de nombreuses objections à l'encontre du prononcé de cet arrêt, et a tenté d'imposer la vision selon laquelle la compétence extraterritoriale ne pouvait être exercée que si elle était basée sur un titre de compétence reconnu. L'on peut souligner dès à présent que le législateur américain semble avoir fait sienne cette approche, dans la mesure où il tente de justifier l'adoption de la loi Helms-Burton sur base de « titres de compétence ».

Le titre III de la loi Helms-Burton sera examiné à la lumière de ces différents courants. Nous analyserons l'argumentation déployée par le législateur américain pour fonder la compétence de ses juridictions à l'égard des personnes — morales ou physiques — investissant à Cuba. Nous verrons à cette occasion que le titre III de la loi est rédigé très précisément et s'appuie sur divers titres de compétence : la théorie des effets, la compétence personnelle et la compétence réelle, ou principe de protection. À cette étape de l'analyse, il s'agira de confronter les titres de compétence invoqués par les États-Unis à la pratique des États, ainsi qu'à la doctrine (II). Nous nous demanderons ensuite dans quelle mesure la législation porte atteinte à certaines règles de droit international, telle que celle de non-intervention dans les affaires intérieures des États (III). Mais avant d'examiner la conformité de la loi au droit international public, il convient de cerner plus précisément le débat relatif à l'extraterritorialité (I).

*

* * *

I. — LE CADRE THÉORIQUE DE L'EXTRATERRITORIALITÉ

On a habituellement défini la compétence internationale de l'État comme étant le « pouvoir juridique conféré ou reconnu par le droit international à

(15) C.P.J.I., Affaire du *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 9, p. 18 (italiques ajoutés).

un État [...] de connaître une affaire, de prendre une décision [...] » (16). En examinant la compétence sous l'angle de l'espace géographique où elle peut s'exercer, on distingue deux situations. Sur le territoire de l'État, l'ensemble des compétences étatiques est désigné par la formule « souveraineté territoriale » ou « compétence territoriale majeure » (17). Une norme est, par ailleurs, considérée comme extraterritoriale si, au moment où elle opère, elle prétend régir des conduites, statuer sur des situations, ou prendre en considération des faits, extérieurs au territoire (18). Comme le souligne un auteur,

« Jurisdiction [...] has its positive and its negative aspects. Intraterritorially it is plenary — which does not imply that it is absolute — while extraterritorially it may be exercised only in so far as international law endows States with capacity » (19).

Dans un célèbre passage de l'arrêt du *Lotus*, la C.P.J.I. estimait que

« La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens la juridiction est certainement territoriale. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un État d'exercer dans son propre territoire sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne saurait être soutenu que si le droit international défendait d'une manière générale aux États d'atteindre par leur loi et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire et si par dérogation à cette règle prohibitive, il permettait aux États de se faire dans des cas spécialement déterminés. Or tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. La discrétion laissée par le droit international aux États explique la grande variété de règles qui ont été adoptées sans objections ou plaintes de la part des autres États. Dans ces circonstances, *tout ce que l'on peut demander à un État c'est qu'il ne dépasse pas les limites que le droit international met à ses compétences* » (20).

Personne ne semble aujourd'hui contester la stricte application territoriale de la compétence d'exécution (21), c'est-à-dire le pouvoir d'un État de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle, par des actes matériels d'exécution. Par contre, depuis l'arrêt du *Lotus*, une doc-

(16) NGUYEN QUOC DINH, DAILLER, P., PELLET, A., *Droit international public*, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 443.

(17) Voy. NGUYEN QUOC DINH, DAILLER, P., PELLET, A., *op. cit.*, p. 443.

(18) Voy. COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, p. 356.

(19) O'CONNELL, D.P., *International Law* (Vol. II), London, New York, Stevens & Sons Ltd., Oceana Publication, Inc., 1965, p. 655.

(20) C.P.J.I., Affaire du *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 9, p. 19.

(21) Voy. également C.I.J., Affaire du *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *Recueil 1949*, pp. 4 et 35.

trine toujours plus nombreuse se pose la question des limites apportées par le droit international aux compétences extraterritoriales normatives — c'est-à-dire le pouvoir d'édicter des règles générales ou individuelles à travers les organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels (22).

Pour certains, le droit international autoriserait une compétence extraterritoriale normative illimitée, dans la mesure où seule la compétence exécutive est susceptible d'avoir une incidence sur les parties : « C'est parce que les normes n'ont d'incidence sur la réalité que dans la mesure où elles conditionnent l'attitude des organes de contrainte que la sphère spatiale de compétence normative de chaque État ne comporte aucune limite » (23).

Un second courant affirme que le droit international pose des limites à la compétence extraterritoriale des États. Mais force est de constater qu'il existe quasiment autant de théories en la matière que d'auteurs.

Une partie de la doctrine invoque la nécessité d'un « rattachement raisonnable » entre la situation visée et l'État légiférant (24). La formulation de

(22) L'on ne s'attardera pas ici sur les différences pouvant surgir entre compétences normative et juridictionnelle, considérant que la seconde suit habituellement la première. Voy. en ce sens, SALMON, J., *Droit des Gens*, tome III, Bruxelles, P.U.B., 13^e éd., 1996-97/3, p. 257 ; BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 298 ; BOWETT, D.W., « Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources », *B.Y.B.I.L.*, 1982, LIII, p. 1 ; R. HIGGINS oppose également *jurisdiction to prescribe* et *jurisdiction to enforce*, voy. « The Legal Bases of Jurisdiction », in OLMSTEAD, C.J., *op. cit.*, p. 4.

(23) MAYER, P., « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *R.C.D.I.P.*, 1979, p. 546 ; concernant l'absence de limite à la compétence législative de l'État en matière civile et commerciale, LIPSTEIN, K., *Principles of the Conflict of Laws, National and International*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1981, p. 67 ; AKEHURST, M., « Jurisdiction in International Law », *B.Y.B.I.L.*, 1972-73, XLVI, pp. 177 et 187. Certains ont contesté cette position en estimant que la notion de contrainte n'est pas exclusivement attachée à la compétence exécutive des États. Ainsi F. Rigaux, pour qui « [...] il serait déraisonnable de limiter la coercition au seul exercice effectif d'une contrainte physique immédiate : dans une société de marché régie par le droit, qui a réussi à substituer aux actes matériels d'intimidation [...] un système policé de récompenses ou de rémunérations [...], l'attrait de celles-ci suffit à mobiliser la volonté du destinataire de la norme et le conduit à choisir le moindre de deux maux » (RIGAUX, F., « Communication sur l'avancement des travaux de la 19^e Commission : La compétence extraterritoriale des États », *A.I.D.I.*, Session de Strasbourg, 1997, vol. 67-II, à paraître, pp. [14-15] ; voy. dans le même sens, le commentaire de J. Salmon, lors des délibérations de l'Institut de droit international à propos de la compétence extraterritoriale des États, *A.I.D.I.*, Session de Milan, 1994, vol. 65-II, p. 157 ; JUILLARD, P., « L'application extraterritoriale de la loi économique », in Cahiers du CEDIN, *L'application extraterritoriale du droit économique*, Paris, Montchrestien, 1987, p. 22. Les actes législatifs peuvent avoir une incidence, qui sans être coercitive serait néanmoins substantielle, sur des personnes situées en dehors du territoire de l'État (Ainsi, la presse a analysé certains paiements effectués par un investisseur à Cuba — une société américaine susceptible d'introduire un recours en justice — comme le résultat d'une pression de la législation Helms-Burton, voy. *International Herald Tribune*, 25 July 1997. Voyez également concernant le retrait de certaines entreprises mexicaines du marché cubain, l'article de J.M. CARROT, in *Le Monde* du 22 avril 1997, cité ci-dessus). Pour un avis nuancé concernant les actes de contrainte, voy. STERN, B., « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *A.F.D.I.*, 1986, XXXII, pp. 13-16.

(24) Voy. tout particulièrement MANN, F.A., « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *R.C.A.D.I.*, 1964-I, vol. 111, pp. 43-51 ; mais aussi JIMENEZ DE ARECHAGA, E., « International Law in the Past Third of a Century », *R.C.A.D.I.*, 1978-I, vol. 159, p. 182. Pour B. STERN, l'application extraterritoriale du droit doit être justifiée par un *rattachement direct* à un des critères de compétence des États, voy. « Quelques observations sur les règles internationales rela-

critères de rattachement, tels que la nationalité, le territoire ou la souveraineté, aboutirait dès lors à l'énonciation de titres de compétence extraterritoriale (25), en dehors desquels l'extraterritorialité serait prohibée. La formulation de telles catégories de compétences reste néanmoins une démarche propre au droit interne, permettant à l'État de définir, dans le cadre de son propre droit, l'étendue de sa compétence, et surtout la façon dont il va affirmer celle-ci (26). Comme nous le verrons, les justifications qui figurent dans le texte de la loi Helms-Burton cadrent parfaitement avec cette approche. Le rapporteur de la Dix-neuvième Commission de l'Institut de droit international, dans son projet de résolution concernant la compétence extraterritoriale des États, a également tenté d'identifier les limites posées par le droit international en la matière sous la forme de catégories ou titres de compétence (27). Le projet n'a, en définitive, pas été retenu (28).

tives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 21 ; et du même auteur, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *R.G.D.I.P.*, 1996, p. 992. L.A. SICILIANOS estime que l'exercice valable de la compétence repose sur un rattachement 'non arbitraire' avec le for, voy. *Les réactions décentralisées à l'illicite, des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 92 ; pour D.P. O'CONNEL, il faut « *real or established relation with the order and good government of the legislating State* », *op. cit.*, p. 658. Jean COMBACAU et Serge SUR s'interrogent sur les rattachements qui fondent l'État à donner à son droit interne la portée qu'il entend ; ils remarquent que les États législateurs ont tendance, lorsqu'ils légifèrent, à rester dans les limites d'un rattachement raisonnable (voy. *op. cit.*, pp. 350 à 353) ; les mêmes auteurs estiment cependant, à propos du rattachement au territoire, que le statut positif de la notion est incertain (voir pp. 354-355). Voy. aussi DUPUY, P.M., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1992, p. 62.

(25) Comme l'écrivent R. JENNINGS & A. WATTS, « Although this is usual to consider the exercise of jurisdiction under one or other of more or less widely accepted categories, *this is more a matter of convenience than of substance* » (italiques ajoutés). Les auteurs estiment ensuite que la « tendance » consistant à considérer les diverses catégories de compétence comme indissociables d'un principe plus général, selon lequel le droit d'exercer une compétence dépendrait du lien plus ou moins étroit entre l'État et la situation, aurait en partie été influencée par la formulation du principe de « rattachement effectif » par la C.I.J. dans l'Affaire *Nottebohm* (*Recueil 1955*, p. 4), voy. *Oppenheim's International Law. Peace*, Vol. I, Part I, 9th ed., London, Longman, 1996, pp. 457-458, et les notes. Nous partageons, pour notre part, cette approche et estimons que la théorie du « rattachement » est restée doctrinale et est, en définitive, calquées sur le concept de rattachement propre au droit international privé. François Rigaux a d'ailleurs dénoncé la tendance consistant à trancher la question de l'extraterritorialité au moyen de concepts propres au droit international privé à propos de la notion de *comity*. L'auteur conteste qu'il puisse s'agir là d'une solution en matière d'extraterritorialité « pour deux motifs : elle ne signifie pas une obligation stricte [...] et elle trouve son origine au XVII^e siècle dans la doctrine des conflits de loi, c'est-à-dire du droit international privé » (voy. « Communication sur l'avancement des travaux de la 19^e Commission : La compétence extraterritoriale des États », *op. cit.*, p. [3]).

(26) Voy. à ce sujet les commentaires très éclairants de JENNINGS, R. & WATTS, A., *op. cit.*, pp. 456-458.

(27) Voy. le texte du projet de résolution et les délibérations in *A.I.D.I.*, Session de Milan, *op. cit.*, pp. 133-164.

(28) Voy. les débats de l'Institut lors de la session de Milan et notamment les commentaires de M. von Mehren qui estime, à propos des limites de la compétence, qu'il s'agit de « [...] a topic falling rather within public international law than private international law. For private international law, the question was whether there was a reasonable relationship between the subject matter and the exercise of authority by the State in question » (*A.I.D.I.*, Session de Milan, *op. cit.*, p. 152). M. Vischer estimait quant à lui que « [...] le problème fondamental, et insuffisamment exploré, est celui des limites imposées par le droit international public au droit international privé » (*A.I.D.I.*, Session de Milan, *op. cit.*, p. 155).

D'autres auteurs insistent sur le respect des principes de droit international public tels que la souveraineté des États et son corollaire, la non-intervention dans les affaires intérieures (29). Le Conseil de l'Europe a également privilégié cette approche dans un rapport consacré à la compétence extraterritoriale en matière pénale. Après avoir constaté que les États exercent différentes « catégories » de compétences extraterritoriales — telles que le principe de la nationalité de l'auteur ou de la victime, le principe du drapeau, etc. — les auteurs du rapport recherchent les principes de droit international public qui limiteraient la compétence. Parmi les principes identifiés, figure le principe de non-intervention : « A principle to which stronger binding force must be attached under public international law is that States must refrain from unjustified interference in the internal affairs of other States » (30).

Certains, enfin, ont combiné les deux approches :

« Extra-territorial acts can only lawfully be the object of jurisdiction if certain general principles are observed :

- (i) that there should be a substantial and bona fide connection between the subject-matter and the source of the jurisdiction ;
- (ii) that the principle of non-intervention in the domestic or territorial jurisdiction of other States should be observed [...] » (31).

(29) Voy. DAVID, E., *Éléments de droit pénal international*, Bruxelles, P.U.B., 6^e éd., 1996-1997/1, pp. 96-97, l'auteur remarque également que l'Assemblée générale des N.U., qui s'est prononcée à de nombreuses reprises sur l'embargo américain à l'égard de Cuba, s'est dite préoccupée par le fait que *les effets extraterritoriaux des lois portent atteinte à la souveraineté d'autres États* (p. 96, voy. également les références aux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, *infra*). Concernant la limite que constitue le principe de non-intervention dans les affaires intérieures à la compétence extraterritoriale des États, voyez BOWETT, D.W., *op. cit.*, pp. 15-18 ; mais aussi F. RIGAUX, pour qui « [...] on ne saurait trouver dans le droit international en vigueur une règle limitant l'exercice d'une compétence extraterritoriale aussi longtemps que pareil exercice n'inclut pas l'accomplissement d'actes matériels de coercition en dehors du territoire de l'État auquel un tel acte est imputable » (« Communication sur l'avancement des travaux de la 19^e Commission : La compétence extraterritoriale des États », *op. cit.*, pp. [34-35]). Voy. également R. JENNINGS & A. WATTS, qui estiment « [...] a state's title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty », *op. cit.*, p. 457.

(30) European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, Council of Europe Publications and Documents (Legal Affairs), Strasbourg, 1990, p. 21. Les auteurs du rapport ont identifié d'autres principes limitant la compétence extraterritoriale des États : « The primacy of the principle of territoriality, Comity, Predictability » (pp. 21-25).

(31) BROWNLEE, I., *op. cit.*, p. 310 ; R. ERGEC opte pour la même solution, l'auteur estime que la « compétence extraterritoriale devrait s'appuyer sur une pratique raisonnablement développée, compte dûment tenu des principes généraux », in *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc Euro-Sibérien*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 33. L'I.D.I. a inséré dans son projet de résolution concernant la compétence extraterritoriale des États un article relatif au caractère raisonnable et à la non-ingérence : « 1. La compétence extraterritoriale, quel que soit le titre spécifique invoqué à cet effet, doit être exercée de manière raisonnable, les intérêts juridiques en cause devant être mis en balance. 2. Aucune disposition de la présente résolution ne peut être interprétée comme autorisant un État à s'immiscer dans les affaires intérieures d'autres États » (*A.I.D.I.*, Session de Milan, *op. cit.*, p. 137). Voy. les commentaires de F. RIGAUX concernant le 1^{er} paragraphe dans « Communication sur l'avancement des travaux de la 19^e Commission : La compétence extraterritoriale des États », *op. cit.*, pp. [21-22].

Cette double compréhension de la problématique de l'extraterritorialité est liée au caractère hybride du concept même. La compétence étatique est en effet une matière qui intéresse tout autant le droit international que le droit interne de chaque État. L'analyse est d'autant plus complexe que ce sont souvent des décisions de juridictions internes qui constituent le matériau d'analyse relatif à l'extraterritorialité. Comme le résumaient fort bien Robert Jennings & Arthur Watts :

« Since in many states the courts have to apply their national laws irrespective of their compatibility with international law, and since courts naturally tend to see the problems which arise primarily from the point of view of the interests of their own state, the influence of national judicial decisions has contributed to the uncertainty which surrounds many matters of jurisdiction and has made more difficult the development of a coherent body of jurisdictional principles » (32).

Avant d'analyser la législation Helms-Burton à la lumière des courants illustrés ci-dessus, il convient toutefois de se demander si sa nature civile, et non pénale, pourrait avoir une incidence quant au contenu du droit international qui appréhende la compétence normative à caractère extraterritorial. Sans entrer dans un débat qui dépasserait le cadre de cet article, on notera que la pratique américaine, elle-même, ne semble pas accorder trop d'importance à cette distinction. C'est du moins ce que conclut Derek Bowett à la lumière des discussions relatives aux lois anti-trust au Congrès :

« As was stated on behalf of the U.S. Government in testimony before the U.S. Congress Subcommittee on International Economic Policy on 3 August 1978 :

The basic purpose underlying the private remedies in the Clayton Act are deterrence and compensation. We believe that in the context of the damage remedy these objectives work together to promote a competitive economy. Private damage actions under the Clayton Act supplement the Federal Government's limited enforcement capacity.

It is suggested therefore that what matters is not whether the jurisdiction is civil or criminal, but rather whether the jurisdiction is a manifestation of State policy [...] » (33).

Le choix du vocable *trafficking*, terme habituellement utilisé en matière pénale, montre également à quel point la distinction civil/pénal n'est pas justifiée ici. Alors que certains commentateurs ont souligné la connotation

(32) JENNINGS, R. & WATTS, A. (Eds.), *op. cit.*, p. 457 (italiques ajoutées).

(33) BOWETT, D.W., *op. cit.*, p. 2, et concernant les compétences personnelle et réelle, pp. 10-11 ; Pour I. BROWNIE, « [...] there is in principle no great difference between the problems created by assertion of civil and criminal jurisdiction over aliens. In either case the prescriptive jurisdiction is involved [...] », *op. cit.*, p. 299 et p. 310. Voyez dans le même sens MANN, F.A., « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *op. cit.*, pp. 71 et s. ; ERGEC, R., *op. cit.*, p. 26, et les considérations de cet auteur concernant les « lois politiques » qui n'ont pas « pour but de régler des rapports de droit des personnes privées aux fins de leurs intérêts, mais de servir directement les intérêts de l'État légiférant » (p. 17). La législation Helms-Burton qui, selon le Titre I de la loi, vise à durcir l'embargo vis-à-vis de Cuba, cadre parfaitement avec ce que l'on peut entendre par « loi politique ».

morale du terme (34), d'autres ont relevé qu'il s'agissait de « [...] a word heretofore applied in legislation almost exclusively to dealing in narcotics [...] » (35). Son utilisation est pour le moins insolite dans le contexte d'une loi établissant une action en dommages et intérêts relative à des confiscations prétendument illicites (36).

*

* *

On retiendra de tout ce qui précède que l'exercice d'une compétence extraterritoriale normative est loin d'être interdit par le droit international. En suivant le prescrit de la Cour dans l'affaire du *Lotus*, on pourrait se limiter à l'examen des règles de droit international potentiellement violées à la suite de l'exercice de la compétence. Toutefois, la doctrine qui s'est penchée sur la question des compétences extraterritoriales a généralement tenté d'identifier les règles en la matière sous la forme de principes sur lesquels la compétence doit être basée (37). C'est également l'approche privilégiée par le législateur américain qui, dans la section 301 de la loi, évoque les divers titres de compétence comme justification. C'est pourquoi nous nous attacherons, dans les lignes qui suivent, à confronter ces « titres de compétence » à la pratique et à la doctrine.

*

* *

II. — LES TITRES DE COMPÉTENCE INSCRITS DANS LA LOI

Depuis l'affaire du *Gazoduc* (38), les velléités extraterritoriales basées sur l'exercice de la compétence personnelle constituent une pratique courante dans le cadre des relations transatlantiques. Le *Cuban Democracy Act* (1992) comportait déjà une portée extraterritoriale non négligeable. La section 1706 de cette législation prévoyait des sanctions envers les filiales de

(34) Voy. B. STERN, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *op. cit.*, p. 984.

(35) LÖWENFELD, A.F., « Congress and Cuba : The Helms-Burton Act », *op. cit.*, p. 425.

(36) Concernant le caractère quasi-pénal de la législation Helms-Burton, voyez REINISCH, A., *op. cit.*, pp. 550-551.

(37) Voy. BOWERT, D.W., *op. cit.*, p. 4.

(38) Le contentieux du *Gazoduc* trouve son origine dans les dispositions de l'*Export Administration Act* par lequel le gouvernement américain entendait réglementer les exportations d'un certain type de biens — tout matériel susceptible de renforcer le potentiel industriel de l'U.R.S.S.

sociétés américaines à l'étranger qui commerçaient avec Cuba (39). La législation Helms-Burton, quant à elle, tente de justifier l'exercice de la juridiction américaine, en se basant sur divers arguments. Ceux-ci peuvent être regroupés dans trois catégories présentées habituellement par la doctrine comme des titres fondant la compétence extraterritoriale : le principe de territorialité (la doctrine de l'effet), le principe de personnalité (la compétence personnelle), et le principe de souveraineté (la compétence réelle).

A. — *L'exercice d'une compétence extraterritoriale basée sur le principe de la territorialité*

On peut trouver dans la section 301 de la loi Helms-Burton la disposition suivante :

« International law recognizes that a nation has the ability to provide for rules of law with respect to conduct outside the territory that *has or intend to have substantial effect within its territory* » (40).

La loi fait clairement référence à la théorie des effets propre aux problèmes de concurrence telle qu'elle a été formulée, en 1945, dans l'affaire *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)* :

« [...] it is settled law [...] that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the State reprehends ; and these liabilities other States will ordinarily recognize » (41).

En vertu de la théorie des effets, un État devrait pouvoir exercer des compétences relatives à des activités situées à l'extérieur de son territoire du seul fait que ces activités ont un effet — économique ou autre — sur son territoire (42).

Avant de s'interroger sur l'adéquation de la théorie des effets aux faits incriminés par la loi Helms-Burton, il convient de rappeler que cette notion

(39) Pour une analyse détaillée de la disposition, voy. aussi WONG, K.S., « The Cuban Democracy Act of 1992 : The Extraterritorial Scope of Section 1706(a) », *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 1994, vol. 14, nbr. 4, pp. 651-682, et spécialement les pp. 658-660 ; DONNER, L.A., « The Cuban Democracy Act of 1992 : Using Foreign Subsidiaries as Tools of Foreign Economic Policy », *Emory International Law Review*, 1993, vol. 7, pp. 259-267 ; ZIPPER, A.M., « Towards the Termination of Licensed U.S. Foreign Subsidiary Trade with Cuba : The Legal and Political Obstacles », *Law and Policy in International Business*, 1992, vol. 23, nbr. 4, pp. 1045-1069 ; CAIN, J.W., « Extraterritorial Application of the United States' Trade Embargo Against Cuba : The United Nations General Assembly's Call for an End to the U.S. Trade Embargo », *Ga. J. Int'l & Comp.L.*, 1994, vol. 24, nbr. 2, pp. 379-396, et spécialement p. 383. À noter, les questions liées à l'extraterritorialité des mesures américaines d'embargo à l'égard de Cuba s'étaient déjà posées, dans les années soixante, en Belgique notamment, voy. SALMON, J., VINCINEAU, M., « La pratique belge », *R.B.D.I.*, 1970-I, vol. VI, pp. 348-351.

(40) *Libertad Act*, Titre III, Section 301(9), (italiques ajoutés).

(41) *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, 148F.2d 416 (2nd. Cir. 1945), p. 443.

(42) Voy. STERN, B., « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, pp. 30-31.

a principalement été appliquée par les juridictions américaines, et fait l'objet de nombreuses réserves (43), en droit européen notamment.

Les juges américains, après l'arrêt *Alcoa*, mirent l'emphase sur le caractère substantiel des effets se produisant sur le territoire des États-Unis pour pouvoir appliquer ladite théorie (44). Ensuite, dans l'affaire *Timberlane* (45), la Cour d'appel du 9^e circuit reconnut l'importance de la « balance des intérêts », un concept visant à mettre en balance, d'une part, les intérêts de l'État abordant la situation extraterritoriale, et, d'autre part, ceux de l'État où était survenu l'acte incriminé (46). Ce concept a, à son tour, été remis en question, principalement dans les affaires *Laker* et *Hartford* (47). Dans cette dernière affaire, la juridiction américaine estime que c'est seulement si la loi étrangère « exige » la conduite incriminée par la loi américaine, que la juridiction devra renoncer à l'application de la théorie des effets comme base de sa propre compétence (48).

Si la théorie des effets est largement utilisée par les juridictions américaines, les tergiversations de la jurisprudence reflètent cependant la difficulté d'application de la notion.

Les institutions européennes ont été beaucoup plus réticentes quant à l'application de la théorie des effets. Dans l'affaire du *Gazoduc*, la Commission a indiqué que le principe était loin être généralement admis en droit international, et ne pouvait d'aucune façon s'appliquer en l'espèce parce que les exportations européennes vers l'URSS concernant le Gazoduc n'avaient aucun effet direct, prévisible et substantiel qui constituait un élément d'un crime ou délit prescrit par la loi américaine (49). La Cour de justice des Communautés européennes, alors qu'elle fut par deux fois invitée

(43) Voy. notamment JENNINGS, R. & WATTS, A. (Eds.), *op. cit.*, pp. 474-475 et les nombreuses références citées ; COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, p. 359.

(44) Voyez principalement *General Electric case* et *Swiss Watchmakers case*, cités par BOWETT, D.W., *op. cit.*, p. 19.

(45) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976). Voy. aussi l'affaire *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3rd Cir. 1979).

(46) Voy. notamment JENNINGS, R., & WATTS, A. (Eds.), *op. cit.*, p. 476 ; BROWNLIE, I., *op. cit.*, p. 308.

(47) Voir SHAW, M.N., *International Law*, 4th ed., Cambridge University Press, pp. 485-486 ; RIGAUX, F., « Communication sur l'avancement des travaux de la 19^e Commission : La compétence extraterritoriale des États », *op. cit.*, pp. [20-23] et les notes (45). Concernant l'affaire *Laker*, voy. tout particulièrement JENNINGS, R. & WATTS, A., *op. cit.*, p. 476 et les notes (46) ; DEMARET, P., « Les affirmations de compétence extraterritoriale des États-Unis », in CEDIN, *L'application extraterritoriale du droit économique*, Paris, Montchrestien, 1987, p. 45. Voy., de façon plus générale, les critiques émises par la doctrine à l'encontre de la « balance des intérêts » : MANN, F.A., « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *R.C.A.D.I.*, 1984-III, vol. 186, pp. 30-31, BOWETT, D.W., *op. cit.*, pp. 21-22.

(48) Pour une analyse critique de la jurisprudence *Hartford*, voyez LÖWENFELD, A.F., *International Litigation and the Quest of Reasonableness*, *op. cit.*, pp. 20-28.

(49) Voy. « European Communities Comments on the US Regulations Concerning Trade with the USSR », *I.L.M.*, 1982, p. 897. Voy. également la position britannique analysée par LOWE, A.V., « International Law Issues Arising in the Pipeline Dispute : the British Position », *German Yrbk.*, 1984, nbr. 27, pp. 58-59.

à se prononcer sur la théorie des effets, dans les affaires *ICI* (50) et *Pâte de bois* (51), refusa de la prendre en considération. Certains auteurs ont cependant souligné les ambiguïtés de la Cour qui, en privilégiant le concept de « localisation d'un des éléments constitutifs de l'infraction », serait en fait arrivée au même résultat que celui produit par l'application de la théorie des effets (52).

Affirmée par les juridictions américaines, boudée par la Cour de Justice des Communautés européennes, la théorie des effets est généralement consacrée par la doctrine (53). Celle-ci reste néanmoins partagée quant à la qualification des effets autorisant l'exercice d'une compétence extraterritoriale (54). L'*American Law Institute* a retenu, dans le *Restatement Third*, huit critères test devant permettre de faire la « balance des intérêts » des États concernés (55). L'Institut de Droit International dispose à l'article 2 de son projet de 1994 :

(50) C.J.C.E., *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commission de la Communauté européenne*, Rec. 1972, pp. 619 et s.

(51) C.J.C.E., *Re Wood Pulp Cartel : Ahlstrom Oy c. Commission de la Communauté européenne*, Rec. 1988, pp. 901 et s.

(52) Concernant la similitude des résultats des deux approches, voy. HIGGINS, R., « The Legal Bases of Jurisdiction », *op. cit.*, p. 7 ; BROWNLIE, I., *op. cit.*, pp. 308-309 ; dans le même sens, voyez LÖWENFELD, A.F., *International Litigation and the Quest of Reasonableness*, *op. cit.*, pp. 33-41. Voy. également l'opinion de D.W. BOWETT, pour qui « [...] the validity of jurisdiction on [‘effects’ doctrine] basis has in recent years been strengthened by its adoption by Germany and the EEC », *op. cit.*, p. 7.

(53) Voy. entre autres BROWNLIE, I., *op. cit.*, pp. 307-309 ; ERGEC, R., *op. cit.*, pp. 39-40 et les références citées. L'auteur estime que « Les effets ressentis sur le territoire doivent non seulement être individualisables et substantiels, mais en outre indissolublement liés à l'acte accompli à l'étranger de telle sorte qu'il y ait entre les deux une indivisibilité juridique » (p. 43).

(54) Voy. STERN, B., « L'extraterritorialité revisitée, où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres », *A.F.D.I.*, 1992, XXXVIII, pp. 251-252.

(55) Les critères énoncés sont les suivants : « Whether the exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate :

the link of the activity to the territory of the regulating state, *i.e.* the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct and foreseeable effect upon or in the territory ;

the connections such as nationality, residence or economic activity between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect ;

the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted ;

the existence of the justified expectations that might be protected or hurt by the regulation ;

the importance of the regulation to the international, political legal or economic system ;

the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system ;

the extent to which another state may have an interest in regulating the activity ;

the likelihood of conflict with regulation by another state ».

American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States (1990)*. Il s'agit d'un ouvrage collectif, doctrinal, auquel de nombreux juges se réfèrent, implicitement ou directement, lors de l'énoncé de leurs décisions (Voy. LÖWENFELD, A.F., *International Litigation and the Quest of Reasonableness*, *op. cit.*, p. 17).

« 4. La compétence territoriale s'étend aux activités exercées en dehors du territoire de l'État qui ont un effet à l'intérieur de ce territoire (« doctrine de l'effet »), pour autant que l'effet soit *significatif par rapport à l'ordre public ou à l'intérêt de l'État* ».

La théorie des effets est donc difficile à appliquer, quand elle n'est pas clairement contestée. Pourtant, dans la loi Helms-Burton, les États-Unis tentent de justifier le caractère extraterritorial de la législation sur base de la théorie des effets. Les effets désignés par la loi sont évoqués de façon implicite dans le corps du texte. Il s'agirait du préjudice subi par les ressortissants américains du fait de l'aliénation des biens « confisqués » à leurs dépens dans les années soixante. Ce préjudice reposerait principalement sur la difficulté accrue pour les propriétaires expropriés d'obtenir une indemnisation (56). Comme le résumait fort simplement un des plus ardents défenseurs de la législation, « to the extent they are U.S. citizens, the prejudice to them has a substantial effect on the United States » (57). Nonobstant la démonstration du caractère substantiel des effets sur le territoire américain, un autre auteur a contesté le recours à la théorie des effets sur base du fait que « [...] the effect against which the legislation is directed — even if one can locate it in the United States — was caused by the Government of Cuba, not by the persons over whom jurisdiction is sought to be exercised » (58).

Traditionnellement présentée comme base — ou titre — de compétence extraterritoriale, la théorie des effets reste néanmoins d'application délicate. Dans ce cas-ci, c'est en vain que l'on chercherait les effets sur le territoire américain de l'investissement dans un bien nationalisé par le gouvernement cubain. Quoi qu'il en soit, le législateur américain a pris soin d'énoncer d'autres arguments pour justifier sa compétence extraterritoriale en la matière.

B. — *L'exercice d'une compétence extraterritoriale basée sur le principe de personnalité*

Les promoteurs de la loi Helms-Burton font également appel à la nationalité pour fonder l'exercice de la compétence normative extraterritoriale, mais dans sa version la plus controversée : le principe de la personnalité

(56) Voy. *Libertad Act*, Titre III, Sec. 301 (7) : « [...] the transfer to third parties of properties confiscated by the Cuban Government would complicate any attempt to return them to their original owners » ; voy. également REINISCH, A., *op. cit.*, p. 553, cet auteur évoque aussi la menace à la sécurité nationale invoquée dans le Titre I de la loi.

(57) CLAGETT, B.M., « Title III of the Helms-Burton Act Is Consistent with International Law », *A.J.I.L.*, 1996, vol. 90, p. 435 ; A. REINISCH, n'exclut pas que, au nom du critère 'raisonnable' qui sous-tend l'approche américaine, l'on puisse appliquer la théorie des effets, étant donné le contexte politique et les violations des droits de l'homme, *op. cit.*, p. 553.

(58) LÖWENFELD, A.F., « The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act », *op. cit.*, p. 431.

passive (59). En vertu de ce principe, un État étendra sa compétence normative aux situations dont ses nationaux seraient victimes ou bénéficiaires.

En effet, on peut lire les dispositions suivantes parmi les diverses justifications de la loi mentionnées dans la section 301 :

(6) « This 'trafficking' in confiscated property [...] undermines the foreign policy of the United States [...]

(B) to protect the claims of United States nationals who had property wrongfully confiscated by the Cuban Government. »

Et plus loin,

« (10) The United States Government has an *obligation to its citizens to provide protection against wrongful confiscations* by foreign nations and their citizens, including the provision of private remedies » (italiques ajoutées).

Le législateur a tenté d'expliquer ce recours au « rattachement personnel » dans les termes suivants : « The international judicial system, as currently structured, lacks fully effective remedies for the wrongful confiscation of property [...] » (60). C'est faire peu de cas de l'institution de droit international appropriée en la matière : l'exercice de la protection diplomatique. Le Comité juridique interaméricain, appelé par l'Assemblée générale de l'OEA à se prononcer sur la validité en droit international de la loi Helms-Burton, a d'ailleurs rappelé ce principe :

« When a national of a foreign State is unable to obtain effective redress in accordance with international Law, the State of which it is a national may espouse the claim through an official State-to-State claim. »

Le Comité en déduit que la législation Helms-Burton viole le droit international en ce que « The domestic courts of a claimant State are not the appropriate forum for the resolution of State-to-State claims » (61).

Par ailleurs, force est de constater que les très stricts critères de nationalité requis dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique auraient pour effet d'exclure une partie des « réclamations » actuellement visées par la loi. D'après le *Libertad Act*, les nationaux admis à introduire une action appartiennent à deux catégories : d'une part, les citoyens américains au moment des nationalisations — ceux-ci étant habilités à agir dès l'entrée en vigueur de la loi —, et, d'autre part, les citoyens cubains ayant acquis la nationalité américaine par la suite et dont les actions en justice sont post-

(59) Voy. le commentaire de B. STERN, « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *op. cit.*, pp. 995-996 ; J. SALMON souligne également que la compétence personnelle passive suscite une vive opposition tant dans la doctrine que dans la pratique, v. *Droit des Gens*, tome II, *op. cit.*, p. 255. Selon NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLER, et A. PELLET, le droit international n'appréhenderait l'exercice de la compétence personnelle de l'État que sous deux formes, la compétence personnelle active et l'exercice de la protection diplomatique, *op. cit.*, p. 480.

(60) *Libertad Act*, Titre III, Section 301, al. 8.

(61) OEA, « Inter-American Juridical Committee opinion examining the U.S. Helms-Burton Act », 27 août 1996, in *I.L.M.*, 1996, XXXV, pp. 1331-1332.

posées jusqu'au 14 mars 1998 (62). On sait que les critères de nationalité requis dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique sont tels que : « la protection diplomatique ne peut être exercée que lorsque la nationalité a été possédée à la date de l'acte illicite et à celle de sa présentation : c'est ce qu'on appelle la règle de continuité de la nationalité » (63). Comme le soulignait S. Petren, « quelqu'un qui quitte son pays après y avoir été victime d'une confiscation, et qui se réfugie dans un autre État, dont il acquiert la nationalité, ne pourrait donc pas bénéficier de la protection diplomatique de ce dernier État pour être indemnisé » (64). Ainsi l'exercice de la protection diplomatique ne serait pas autorisé à l'égard des citoyens qui étaient cubains au moment des nationalisations et qui ont acquis la nationalité américaine par la suite.

Par contre, dans le cas de la compétence personnelle passive, de telles restrictions liées à la nationalité n'existent pas. En effet, rien ne permet d'affirmer que le critère du « rattachement personnel », fondant une compétence normative extraterritoriale, doit être analysé avec la même rigueur que ce que prévoit le droit international dans le cadre de la protection diplomatique. Comme l'a exprimé un auteur,

« A State is not free to extend its nationality to everyone and anyone as a technique for gaining jurisdiction. There must be a 'genuine link' between a individual and a State before he can be claimed as a national, though *the link need not necessarily be of the same quality and substance as the link necessary to support a diplomatic claim on his behalf* » (65).

De façon générale, comment le droit international appréhende-t-il l'exercice de la compétence personnelle passive ?

(62) Voy. la Section 302, 5e du *Libertad Act*. La distinction n'aurait d'autre but que d'assurer le respect de la procédure du dépôt, par les citoyens américano-cubains, de leur réclamation auprès de la *Foreign Claims Settlement Commission*. À cet effet, la section 303 (b) du *Libertad Act* (1996) amende le *International Claims Settlement Act* (1949) en ce qui concerne « Determination of Ownership of Claims Referred by District Courts of the U.S. : [...] A U.S. district court, for fact finding purposes, may refer to the Commission, and the Commission may determine, questions of the amount and ownership of a claim by a U.S. national [...], whether or not the U.S. national qualified as a national of the U.S. at the time of the action by the Government of Cuba » (italiques ajoutées). Cet amendement étend le recours à la Commission *ad hoc* aux nationaux d'origine cubaine. Voy. LÖWENFELD, A.F., « Congress and Cuba : The Helms-Burton Act », *op. cit.*, pp. 423-424 et 426.

(63) SALMON, J., *Droit des Gens*, *op. cit.*, p. 403 (italiques ajoutées) ; voy. également NGUYEN QUOC DINH, DAILLER, P., PELLET, A., *op. cit.*, pp. 760-762 ; WYLER, E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, P.U.F., 1990, 295 pp. ; et l'art. 1 de la Résolution de l'I.D.I. consacrée au « caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu », en vertu duquel « Une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu peut être rejetée par l'État auquel elle est présentée si elle ne possède pas le caractère national de l'État requérant à la date de sa présentation comme à la date du dommage. Devant la juridiction saisie d'une telle réclamation, le défaut de caractère national est une cause d'irrecevabilité », *A.I.D.I.*, Session de Varsovie, 1965, vol. 51-II, pp. 260-261.

(64) PETREN, S., « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », *R.C.A.D.I.*, 1963-II, vol. 109, p. 500.

(65) O'CONNELL, D.P., *op. cit.*, p. 659 (italiques ajoutées).

Concernant la pratique étatique, on connaît les polémiques suscitées outre-Atlantique par l'article 14 du Code civil français, qui prévoit une compétence juridictionnelle à l'égard des étrangers ayant contracté des obligations à l'étranger envers des Français (66). Par ailleurs, l'affaire *Cutting*, dans laquelle une juridiction mexicaine condamna, sur base du principe de personnalité passive, un citoyen américain pour diffamation à l'encontre d'un Mexicain dans un journal texan, suscita les protestations diplomatiques de la part des États-Unis (67). La pratique étatique de ces dernières années indiquerait cependant un certain élargissement. Comme le souligne Eric David,

« Jusqu'à ces dernières années, cette compétence était peu pratiquée par les États [...]. Mais aujourd'hui, le développement d'une criminalité internationale qui n'est pas toujours réprimée dans les États où elle se commet au préjudice des victimes étrangères a conduit les États dont les victimes ont la nationalité à réagir » (68).

Selon une partie de la doctrine, le concept de compétence personnelle passive serait admise, mais uniquement en matière pénale, et de façon très limitée (69). Il reste que les conditions d'application du principe ont été appréhendées de façon diverse. L'article 6 du projet de résolution de l'I.D.I. sur la compétence extraterritoriale des États prévoit que :

(66) Voy. les critiques suscitées par l'art. 14 du Code civil français, COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, p. 359 ; STERN, B., « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 34 ; MANN, F.A., « The Doctrine of Jurisdiction in International Law », *op. cit.*, p. 80. En matière pénale, le rapport du Conseil de l'Europe consacré à l'extraterritorialité constate « A number of member states have not considering applying the principle », in European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 12.

(67) Voy. *Cutting case*, in MOORE, J.B., *Digest of International Law*, Vol. II, Washington, G.P.O., 1906, pp. 228-242 ; BROWNLIE, I., *op. cit.*, pp. 303-304 ; LOWE, V., « US Extraterritorial Jurisdiction : the Helms-Burton and d'Amato Acts », *I.C.L.Q.*, April 1997, vol. 46, Part 2, p. 384 et les notes.

(68) DAVID, E., *Éléments de droit pénal international*, *op. cit.*, p. 112. Voy. également la loi belge du 12/07/1984 (MB du 31 août) qui consacre de façon générale la compétence personnelle passive sur le plan pénal. L'exposé des motifs du projet de loi, cité par E. David, justifie l'exercice de cette compétence au regard de l'évolution du concept de compétence juridictionnelle, mais aussi de celui de territoire et finalement par le 'trafic des voyageurs internationaux' (D.P., Chambre, 641 (1982-83)-n.1). Dans son rapport consacré à l'extraterritorialité en matière pénale, le Conseil de l'Europe observait, en 1990, « There is also an international trend towards the inclusion of provisions in conventions encouraging the Contracting States to establish jurisdiction based on the principle of the nationality of the victim with regard to certain offences, mainly terrorist activities » (European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 12).

(69) COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, p. 359. On a montré ci-dessus que la mise sur pied d'une procédure civile, par le Congrès américain pourrait n'être que le résultat d'une approche très pragmatique dont l'objectif est, sur le plan interne, de proposer aux nationaux l'obtention de la réparation d'un préjudice. Voy., concernant la non-pertinence de la distinction entre les matières civile et pénale dans le cadre de la compétence extraterritoriale, BOWETT, D., *op. cit.*, p. 4.

« la compétence personnelle passive doit en tout état de cause, s'exercer dans des limites étroites. Elle ne peut être exercée que dans l'hypothèse où l'administration de la justice se trouverait autrement entravée » (par. 2) (70).

Cette position fut critiquée sur base du fait que les limites formulées ne l'étaient pas clairement (71). En 1965, O'Connell estimait que « [T]he most that can be said is that international law prohibits a State from assuming jurisdiction over the nationals of other States with respect to acts bearing no relationship to the *peace, order and good government* [...] » (72).

Les conditions d'application de la compétence personnelle passive dégagées par la doctrine, telles que la bonne administration de la justice ou le maintien de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement n'apportent pas grande précision, mais cadrent parfaitement avec l'acception restrictive de l'exercice d'une telle compétence reçue dans la pratique. Ces critères semblent exclure l'exercice d'une compétence personnelle passive liée à l'infraction de *trafficking in confiscated property*.

L'on peut en conclure que les États-Unis, lorsqu'ils présentent la législation Helms-Burton comme justifiée au regard de la théorie de la compétence personnelle passive, omettent à tout le moins deux motifs de critique. Tout d'abord, en recourant à une « technique interne » (73), le législateur tente de pallier l'interdiction que poserait le droit international concernant l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des citoyens américains d'origine cubaine. La mise sur pied d'une procédure interne, permettant aux citoyens visés d'introduire une demande en dommages et intérêts, offrait une alternative dont on escomptait probablement les retombées électorales (74). Ensuite, l'exercice d'une telle compétence, qui, selon certains, constituerait par elle-même un élargissement inadmissible du principe de personnalité, est contestable étant donné l'acception très limitée dont elle fait l'objet en droit international. Comme le souligne Ian Brownlie à propos du principe de personnalité passive, « this is the least justifiable, as a general principle, of the various base of jurisdiction, and in any case certain of its applications fall under the principles of protection and universality [...] » (75).

C'est bien ainsi que l'ont entendu les États-Unis, qui ont également tenté de justifier leur législation extraterritoriale sur base du principe de protection, parfois désigné sous l'expression de « compétence réelle ».

(70) *A.I.D.I.*, Session de Milan, *op. cit.*, p. 138.

(71) *Voy. A.I.D.I.*, Session de Milan, *op. cit.*, p. 161.

(72) O'CONNELL, *D.P.*, *op. cit.*, pp. 658-659 (italiques ajoutés).

(73) A. REINISCH a souligné le glissement sémantique opéré par le législateur américain, qui amalgame notamment l'« expropriation » et le « vol », et la tentative d'assimiler les activités liées aux investissements étrangers à un comportement prohibé par le droit interne, *op. cit.*, p. 558.

(74) *Voy. European Report*, 11 September 1996, nbr. 2156, p. 1.

(75) BROWNLIE, I., *op. cit.*, p. 303.

C. — *L'exercice d'une compétence extraterritoriale
basée sur le principe de protection*

Le principe de protection permet à l'État d'exercer sa compétence eu égard à la nature de l'infraction, indépendamment du lieu de commission et de la nationalité de l'auteur. Il s'agit généralement de délits d'atteintes à la sûreté extérieure de l'État, ainsi que de la falsification de sa monnaie et de ses marques officielles (76).

Dans la loi Helms-Burton, le législateur tente de justifier sa compétence normative en s'appuyant sur le principe de protection. On peut trouver dans le *Libertad Act* une double référence à ce principe.

Le législateur opère tout d'abord un lien entre les confiscations effectuées par le régime cubain et l'existence d'une menace pour la sécurité des États-Unis. En effet, les buts du *Libertad Act* sont énoncés comme suit dans la Section 3 :

« (3) to provide for the *continued national security* of the United States in the face of continuing threat from the Castro government of terrorism, *theft of property from United States nationals by the Castro government*, and the political manipulation by the Castro government of the desire of Cubans to escape that results in mass migration to the United States ; [...] » (italiques ajoutés).

L'insertion de la disposition concernant le *theft of property* entre les menaces que représenteraient le terrorisme et l'arrivée de réfugiés sur le sol américain est pour le moins surprenante. Il faut rappeler que les États-Unis ont déjà invoqué le terrorisme et les mouvements de réfugiés comme menaçant leur sécurité nationale (77). Ces éléments furent qualifiés de « menace pour la paix et la sécurité internationales » dans le cadre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée à l'encontre de la Libye, pour ce qui est du terrorisme, et à l'encontre de Haïti, pour les réfugiés. (78) C'est d'ailleurs en se basant sur le précédent haïtien, que le Congrès considère que :

« (2) The President should advocate [...], a mandatory international embargo against the totalitarian Cuban Government pursuant to Chapter VII of the Charter of the United Nations, employing efforts similar to consulta-

(76) Voy. COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, p. 358.

(77) Voyez, concernant le terrorisme, le « Discours sur l'état de l'Union » du Président Clinton du 25 janvier 1994, in *Documents d'actualité internationale*, 15 mars 1994, n° 6, pp. 136-138 ; et concernant les mouvements de réfugiés, l'intervention sur la politique extérieure américaine du Secrétaire d'État W. CHRISTOPHER, 20 janvier 1995, in *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} avril 1995, n° 7, p. 200 ; voy. par ailleurs « EE UU ha devuelto a Cuba 624 balsaeros en dos años », *El País*, 4 de mayo 1997, p. 5.

(78) Voyez la rés. 748 (1992) concernant la Libye et la rés. 841 (1993) concernant Haïti, ainsi que les commentaires de O. CORTEN « Usage et abus du droit de recourir aux organes de l'ONU dans l'affaire de l'Incident aérien de Lockerbie », *R.Q.D.I.*, 1991-92, vol. VII, sous presse ; et « La résolution 940 du Conseil de sécurité autorisant une intervention militaire en Haïti », *E.J.I.L./J.E.D.I.*, 1995, vol. 6, n° 1, pp. 116-133.

tions conducted by United States representatives with respect to Haiti ; [...]» (79)

Une seconde référence au principe de protection figure dans le Titre III de la loi. Mais cette fois les dispositions à portée extraterritoriale reposent sur des motifs de politique étrangère américaine :

« (6) This trafficking in confiscated property [...] *undermines the foreign policy of the United States*

(A) to bring democratic institutions to Cuba [...];

(B) to protect the claims of United States nationals [...]» (80).

Le discours politique a repris à son compte ces deux justifications — sécurité nationale et politique étrangère. Les autorités américaines, réagissant au recours déposé par l'Union européenne devant l'OMC, estimaient que

« L'OMC n'est pas le lieu pour résoudre des différends qui relèvent pour l'essentiel d'un désaccord en matière de politique étrangère. [...] *Les mesures que contestent l'Union européenne entrent dans le cadre des préoccupations permanentes de politique étrangère et de sécurité des États-Unis concernant Cuba.* [...] Depuis près de quarante ans, nos relations avec Cuba sont dictées par les intérêts essentiels des États-Unis en matière de sécurité nationale et de politique étrangère, qui demeurent aujourd'hui » (81).

Cette argumentation n'est pas sans rappeler celle déployée par les États-Unis dans le cadre du contentieux du *Gazoduc*. Dans cette affaire, l'administration américaine fondait la portée extraterritoriale du *Export Administration Act* sur des motifs de politique étrangère, dont n'étaient pas exempts des préoccupations de sécurité nationale (82).

En droit international, le principe de la compétence réelle est confirmé par la pratique étatique depuis le XIX^e siècle (83). Il reste que l'application du principe varie énormément d'un État à l'autre (84). Pour la doctrine, l'État peut incriminer des faits commis à l'étranger par des étrangers, en considération du grave préjudice qu'ils causent à ses intérêts fondamentaux (85).

(79) *Libertad Act*, Titre I, Section 101.

(80) *Libertad Act*, Titre III, Section 301 (6).

(81) « Déclaration du Département du commerce et du Bureau responsable des négociations commerciales internationales en ce qui concerne le recours de l'UE devant l'OMC » (Washington, 20 février 1997), in *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} mai 1997, n° 9, p. 326 (italiques ajoutées).

(82) Voy. ERGEC, R., *op. cit.*, p. 47.

(83) Voy. AKHURST, M., *op. cit.*, pp. 157-158.

(84) Voy. l'analyse basée sur un questionnaire remis aux États membres du Conseil de l'Europe, in European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 13.

(85) Voy. COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, p. 358. La doctrine reste divisée quant aux intérêts que l'on peut qualifier d'essentiels (ou de fondamentaux) (Voy. European Committee on Crime Problems, *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*, *op. cit.*, p. 13). NGUYEN QUOC DINH, DAILLER, P., PELLET, A. évoquent l'atteinte aux services publics à l'étranger — espionnage, falsification

Le principe de protection suscite toutefois de nombreuses controverses : les notions de sûreté et intérêts vitaux de l'État se prêtent à tous les abus. « Outre qu'elle s'articule autour de concepts malléables à volonté, cette compétence trouve un dangereux ressort dans la propension qu'a chaque État d'interpréter unilatéralement et 'soverainement' ce que dicte sa sécurité » (86). Cette dérive est particulièrement évidente lorsqu'un État invoque les intérêts de sa politique étrangère. Dans le contentieux du *Gazoduc*, le Tribunal d'arrondissement de La Haye exclut de façon explicite que le principe de protection puisse recouvrir des motifs de politique étrangère :

« Under the protection principle, it is permissible for a State to exercise jurisdiction over acts [...] that jeopardise the security or creditworthiness of that State or other States interests. Such other State interests *do not include the foreign policy interest* that the U.S. measures seeks to protect. The protection principle cannot therefore be invoked in support of the validity of the jurisdiction rule here at issue » (87).

D'autre part, on a parfois évoqué l'atteinte à l'ordre économique de l'État comme pouvant justifier l'exercice du principe de protection, dans la mesure où une atteinte grave à l'ordre économique peut parfaitement compromettre la stabilité socio-politique de l'État (88). Les cas visés sont cependant sans comparaison avec la situation présente, où il est loin d'être démontré que le fait d'investir aujourd'hui dans un bien nationalisé il y a plus de trente ans par le gouvernement cubain menacerait la stabilité économique, financière ou commerciale des États-Unis.

*
* *

En conclusion, le législateur américain invoque différents principes — la théorie des effets, la compétence personnelle passive ou le principe de protection — habituellement présentés par la doctrine comme des « titres de compétence extraterritoriale » témoignant d'un rattachement entre la situation visée et le pouvoir législatif. Encore faudrait-il que le recours aux-dits principes dans le cadre de la loi Helms-Burton soit en conformité avec l'acceptation très restrictive dont ils font l'objet. En effet, tant la théorie des

des sceaux publics, faux-monnayage, *op. cit.*, p. 487 ; STERN, B., « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *op. cit.*, p. 25 ; O'CONNELL estime que « A fundamental distinction is drawn between political and non-political offences, that is between those offences directed against the 'political' interests of the State, and those directed against its general 'moral', 'social', 'economic' and 'security' interests. Only the latter category of offences are covered by the protective principle », *op. cit.*, pp. 902-903.

(86) ERGEC, R., *op. cit.*, p. 48.

(87) *Compagnie Européenne des Pétroles S.A. v. Sensor Nederland B.V.* (1982), *I.L.M.*, vol. XXII, nber 1, 1983, p. 72 (italiques ajoutés) ; voy. dans le même sens ERGEC, R., *op. cit.*, p. 51 ; ELAGAB, O.Y., *The Legality of Non Forcible Counter-Measures in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 133.

(88) Voy. ERGEC, R., *op. cit.*, p. 50. Voy. aussi C.I.J., Affaire de la *Barcelona Traction*, *Recueil 1970*, par. 87.

effets, que la compétence personnelle passive ou le principe de protection se sont vus reconnaître une portée très limitée par la doctrine ou la pratique étatique. La législation Helms-Burton va bien au-delà de la formulation actuelle de ces principes.

En outre, le débat relatif à la licéité internationale de la loi Helms-Burton ne peut éluder la question de la conformité de la législation au principe de non-intervention dans les affaires intérieures des autres États. Comme l'écrit Eric David, « Ce n'est pas l'extraterritorialité de la loi qui compromet sa légalité internationale, c'est le fait que la loi affecte 'la souveraineté' d'autres États et les 'intérêts légitimes' des personnes placées sous leur juridiction » (89).

*

* *

III. — LE PRINCIPE DE NON-INTERVENTION DANS LES AFFAIRES INTÉRIEURES DES ÉTATS

Les termes du Titre III affichent l'ambition tout à fait claire de porter atteinte aux relations entretenues par les États tiers avec le régime de Fidel Castro. Pour les États-Unis, certains États, à travers leurs pratiques commerciales, soutiennent le régime cubain, ce qui n'a d'autre effet que de saper la politique américaine qui mise sur l'étouffement économique de l'île. Ceci est exposé sans ambages dans le sixième paragraphe de la section 301 du *Libertad Act* :

« this 'trafficking' in confiscated property provides badly needed financial benefit, including hard currency, oil, and productive investment and expertise, to the current Cuban Government and thus undermines the policy of the United States

(A) to bring democratic institutions to Cuba through the pressure of a general economic embargo at a time when the Castro regime has proven to be vulnerable to international economic pressure, [...]».

Sans évoquer ici les nombreuses questions soulevées par l'embargo américain à l'encontre de Cuba sur lesquelles la doctrine n'a de cesse de se pencher depuis 35 ans (90), on se demandera, dans les lignes qui suivent, si la loi Helms-Burton constitue une intervention illicite dans les affaires inté-

(89) DAVID, E., *Éléments de droit pénal international, op. cit.*, pp. 96-97.

(90) Voy. notamment les articles de MATHY, D., « Les mesures économiques américaines et de l'O.E.A. contre Cuba », *R.B.D.I.*, 1984-85-I, pp. 183 et s. ; BOURQUE, Sh.E., « The Illegality of the Cuban Embargo in the Current International System », *Boston University International Law Journal*, Spring 1995, vol. 13, nbr. 163, pp. 191-228 ; POROTSKY, R.D., « Economie Coercion and the General Assembly : a Post-Cold War Assessment of the Legality and Utility of the Thirty-Five-Year Old Embargo Against Cuba », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, October 1995, vol. 28, nbr. 859, pp. 901-958.

rieures européennes. Pour ce faire, il faudra examiner, d'une part, si les critères de la définition de l'intervention sont réunis (A), et d'autre part, si la théorie des contre-mesures légitimes peut trouver à s'appliquer ici, ce qui aurait pour effet d'exclure l'illicéité de l'intervention (B).

A. — *Les critères de la définition
de l'intervention illicite*

Le principe de non-intervention fut affirmé par l'Assemblée générale dans la Résolution 2625 (1970) dans les termes suivants :

« Aucun État ou groupe d'États n'a le droit d'intervenir directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. »

Se prononçant à son tour sur la nature de l'intervention illicite, la C.I.J. déclarait, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*,

« [...] l'intervention illicite doit porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement... L'intervention est illicite lorsque à propos de ces choix qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte » (91).

La doctrine en a conclu que deux critères devaient être réunis pour qu'une intervention puisse être qualifiée d'illicite : une atteinte au domaine réservé de l'État visé par l'intervention et la nature contraignante de celle-ci (92). Que recouvrent ces deux notions ?

En ce qui concerne le domaine réservé, le concept se définit négativement par rapport à l'engagement international. Le domaine réservé de l'État serait celui où « chaque État jouit d'une entière liberté de décision en vertu du principe de souveraineté » (93). L'existence d'une obligation internationale dans une matière spécifique fait sortir celle-ci des affaires intérieures de l'État (94).

Dans le cas du *Libertad Act*, la volonté des États-Unis n'est autre que de provoquer un changement en matière de politique extérieure européenne, et

(91) C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Recueil 1986*, par. 205.

(92) Voy. CORTEN, O., KLEIN, P., *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ? Les possibilités d'action visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non-intervention*, Bruxelles, Bruylant et éd. de l'U.L.B., 1992, p. 10 ; certains auteurs ont insisté sur le critère du but de l'intervention, de l'intention de son auteur, pour déterminer son caractère licite ou illicite, voy. DAVID, E., « Portée et limite du principe de non-intervention », *R.B.D.I.*, 1990/2, pp. 351 et s. A.L. SICLIANOS insiste sur la composante intentionnelle de la mesure économique illicite, *op. cit.*, pp. 251-252 ; voy. également CARREAU, D., « Les moyens de pression économique au regard du F.M.I., du G.A.T.T. et de l'O.C.D.E. », *R.B.D.I.*, 1984-85-I, p. 22.

(93) C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Recueil 1986*, par. 241.

(94) Voy. les conclusions tirées de la jurisprudence *Nicaragua* dans CORTEN, O., KLEIN, P., *op. cit.*, pp. 85 et s.

plus particulièrement à propos des relations économiques entretenues par les Européens avec Cuba. Ceci est dit de façon explicite dans un extrait tiré de la Déclaration faite par le Président américain sur le report de l'application du Titre III :

« Le temps est maintenant venu pour nos alliés et amis de faire plus — de se joindre à nous pour prendre des mesures concrètes afin de promouvoir la démocratie à Cuba. C'est pourquoi j'annonce aujourd'hui une démarche reposant sur le Titre III de la Loi Libertad visant à inciter nos alliés à coopérer avec nous afin d'accélérer les changements à Cuba » (95).

L'Union européenne n'a pas entendu se laisser dicter sa politique étrangère en ces termes puisque dans une déclaration, effectuée il est vrai à l'occasion d'un réajustement de sa politique à l'égard de Cuba, elle affirmait : « L'Union européenne n'a pas pour politique de provoquer des changements par des mesures coercitives ayant pour effet d'aggraver la situation économique difficile que connaît le peuple cubain » (96). Par ailleurs, dans les considérants du « règlement miroir », adopté par l'Union pour tenter d'empêcher que la loi ne déploie ses effets extraterritoriaux sur le territoire européen, le Conseil affirme que les dispositions du *Libertad Act* « ainsi que les sanctions fondées sur eux ou en découlant, affectent ou sont susceptibles d'affecter l'ordre juridique établi et lèsent les intérêts de la Communauté et ceux des personnes physiques ou morales exerçant des droits sous le régime du traité instituant la Communauté européenne » (97). On peut, sans conteste, y voir des atteintes au « domaine réservé » européen en ce qui concerne l'orientation de la politique étrangère et l'ordre juridique communautaire.

La définition du second critère de l'intervention — la contrainte — présente certaines difficultés, lorsqu'elle s'exerce dans le cadre des relations économiques (98), et ce, dans la mesure où l'exercice d'un certain type de pression économique s'avère tout à fait admis dans la pratique contemporaine. La résolution 2625 (XXV) définit l'intervention comme « l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre État à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit » (3^e principe, al. 2). La question

(95) « Déclaration du président William Clinton sur le report des droits d'action en justice pour l'application de la loi Helms-Burton », *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} septembre 1996, n° 17, p. 711.

(96) Position commune de l'UE sur la politique de dialogue critique avec Cuba, Bruxelles, 2 décembre 1996, *Documents d'actualité internationale*, 15 janvier 1997, n° 2, p. 88. Concernant les divergences de vue entre les États-Unis et les Européens, voy. LOWE, V., « US Extraterritorial Jurisdiction : The Helms-Burton and d'Amato's Acts », *op. cit.*, p. 385.

(97) Règlement (CE) n° 11137/96 du Conseil, adopté le 11 novembre 1996, reproduit dans *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} janvier 1997, n° 1.

(98) Voy. KRANTZ, J., « Entre l'influence et l'intervention », Frankfurt, Peter Lang GmbH, 1994, 275 pp.

se pose donc en ces termes : à partir de quel seuil la pression se mue-t-elle en contrainte assimilable à une intervention ?

Pour déterminer l'intensité que doit atteindre la contrainte pour qu'elle puisse être qualifiée d'intervention, certains auteurs se sont basés sur une interprétation *a contrario* de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Nicaragua*, affaire dans laquelle l'embargo américain n'avait pas été qualifié d'intervention. Pour ces auteurs, « la seule manière de qualifier les mesures d'embargo de non contraignantes est de considérer que les États-Unis n'ont, en les adoptant, rien 'exigé' du Nicaragua [...] » (99). L'exigence, ou l'ultimatum, seraient donc les limites au-delà desquelles une mesure deviendrait constitutive d'une intervention.

Sans pouvoir affirmer que la législation Helms-Burton contienne un ultimatum explicite à l'égard des États européens, on soulignera cependant le caractère non équivoque — à l'égard des particuliers — des termes du dispositif de la loi :

« [...] any person that after the end of the 3-month period beginning on the effective date of this title, traffics in the property which was confiscated [...] shall be liable [...] for money damages [...] » (100).

Exigence, demande impérative, menace, c'est bien en ces termes que la loi Helms-Burton a été ensuite perçue par les Européens. Pour J. Santer et L. Brittan,

« [l]a législation Helms-Burton a provoqué une condamnation mondiale parce qu'elle cherche à *imposer la politique américaine envers Cuba aux partenaires des États-Unis et les menace de représailles s'ils ne s'y conforment pas*. Les États membres de l'Union européenne se sont opposés à cette législation avec constance et véhémence pour cette raison, considérant qu'elle constitue une sérieuse infraction aux obligations internationales américaines » (101).

Le Président de la Commission déclarait également « [...] we do not believe it is justifiable or effective for one country to impose its tactics on other and to *threaten* to its friends while targeting its adversaries » (102).

Que la législation Helms-Burton soit considérée comme une mesure constitutive d'intervention dans les affaires intérieures n'aurait rien de surprenant. En effet, tant les mesures extraterritoriales prises dans le cadre de l'embargo contre Cuba en 1992, que dans le cadre de l'affaire du *Gazoduc*, ou encore lors du boycott d'Israël par les États arabes, ont fait l'objet de semblables critiques.

(99) CORTEN, O., KLEIN, P., *op. cit.*, p. 48.

(100) *Libertad Act*, Titre III, Section 302 (a)(1)(A).

(101) Déclaration de MM. Santer et Brittan sur la décision du président Clinton, Bruxelles, 17 juillet 1996, *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} septembre 1996, n° 17, p. 712 (italiques ajoutés).

(102) *European Report*, 15 June 1996, n° 2140, p. 6 (italiques ajoutés).

Concernant le *Cuban Democracy Act*, le représentant du Royaume Uni affirmait, en 1992, que la Communauté et ses États membres sont « opposés à l'extension unilatérale, par les États-Unis, de toute une série de mesures commerciales mettant en œuvre la politique commerciale ou de sécurité des États-Unis. [...] Ils sont opposés aux initiatives législatives comme le *Cuban Democracy Act*, qui vise à resserrer l'embargo commercial [...] par l'application extraterritoriale de la juridiction américaine. Ils y voient une violation des principes généraux du droit international et de la souveraineté de nations indépendantes » (103). Dans la résolution 47/19 adoptée la même année, l'Assemblée générale, après avoir réaffirmé

« [...] among other principles, the sovereign equality of States, non-intervention and non-interference in their internal affairs and freedom of trade and navigation, which are also enshrined in many international legal instruments »

se disait

« Concerned about the promulgation and application by Member States of laws and regulations whose extraterritorial effects affect the sovereignty of other States and the legitimate interests of entities or persons under their jurisdiction [...] » (104).

Depuis 1992, l'Assemblée générale réitère chaque année sa condamnation de la dimension extraterritoriale de l'embargo américain à l'encontre de Cuba. Dans sa résolution 51/17, adoptée le 12 novembre 1996, elle a évoqué le *Libertad Act* en des termes tout à fait clairs :

« Préoccupée par le fait que des États Membres continuent de promulguer et d'appliquer des lois et des règlements comme la loi promulguée le 12 mars 1996, connue sous le nom de 'loi Helms-Burton', dont les effets extraterritoriaux portent atteinte à la souveraineté d'autres États et aux intérêts légitimes d'entités ou de personnes placées sous leur juridiction, ainsi qu'à la liberté du commerce et de la navigation ».

On a eu l'occasion de revenir, à plusieurs reprises, sur les similitudes que présentait la législation Helms Burton avec le contentieux relatif au *Gazoduc*. Dans cette affaire, la Communauté européenne n'avait pas manqué d'invoquer le principe de non-intervention :

« [...] insofar as these amendments tend to enlist companies whose most ties are to the E.C. Member States for purposes of American Trade Policy vis-à-vis the U.S.S.R., they constitute an unacceptable interference in the independent commercial Policy of the E.C. » (105).

(103) A/47/PV.70, du 11 décembre 1992, pp. 80-81. Voy. POROTSKY, R.D., *op. cit.*, p. 914 et les notes.

(104) Voy. les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant « La nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier appliqué à Cuba par les États-Unis d'Amérique », adoptées depuis 1992 : A/Rés. 47/19 (1992) ; A/Rés. 48/16 (1993) ; A/Rés. 49/9 (1994) ; A/Rés. 50/10 (1995) ; et A/Rés. 51/17 (1996).

(105) Texte in *I.L.M.*, 1982, XXI, pp. 864 et s. ; voy. les commentaires d'O. CORTEN et P. KLEIN, *op. cit.*, p. 57.

Ajoutons enfin que les États Unis, en édictant ce « boycott secondaire », adoptent une attitude qu'ils n'avaient pourtant pas hésité à condamner lorsque, en 1977, ils qualifiaient les mesures prises par les États arabes à l'encontre des firmes qui traitaient avec Israël « d'interférence avec leur souveraineté » (106).

En définitive, la loi Helms-Burton semble réunir les critères formulés par le droit international permettant d'affirmer que le principe de non-intervention dans les affaires intérieures est violé : un acte de contrainte portant atteinte au domaine réservé des États. Il ne s'agit pas ici d'une première puisque la violation du principe a été invoquée, d'une part, à propos d'une autre loi à portée extraterritoriale, dans l'affaire du *Gazoduc*, et que, d'autre part, l'Assemblée générale a, à plusieurs reprises, attiré l'attention des États Membres sur ce point et précisément à propos de l'embargo américain à l'encontre de Cuba.

Il reste à voir si la théorie des contre-mesures pourrait être invoquée comme circonstance excluant l'illicéité de la législation. C'est en effet un argument que semblent invoquer les États-Unis qui estiment ainsi répondre au fait que le « trafic des biens confisqués » constitue non seulement un soutien inacceptable au régime cubain, mais également une entrave à toute tentative future des propriétaires expropriés dans les années soixante d'obtenir une compensation (107).

B. — *La théorie des contre-mesures légitimes*

On sait que la loi Helms-Burton constitue le dernier avatar d'un embargo dont la portée extraterritoriale avait déjà été dénoncée par l'Assemblée générale comme portant atteinte à la souveraineté des États tiers. Sommés de s'expliquer à ce propos, les États-Unis ont, depuis 1992, tentés de présenter leur action comme licite, eu égard aux nationalisations illicites qu'aurait menées l'État cubain depuis 1959 :

« Le Gouvernement cubain, en violation du droit international, a saisi des biens privés [...] et s'est refusé à toute restitution. L'embargo des États-Unis — ce n'est pas un blocus — est par conséquent une *réaction légitime* face au comportement déraisonnable et illégal du Gouvernement cubain » (108).

Après l'adoption de la loi Helms-Burton, et face aux critiques de plus en plus fermes issues des milieux européens, les autorités américaines ont argué du fait que :

(106) Voy. STERN, B., « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *op. cit.*, p. 999.

(107) *Libertad Act*, Titre III, Section 301 (6)(7).

(108) Voy. à ce sujet, les propos du Représentant des États-Unis aux Nations Unies : A/47/PV. 70, du 12 décembre 1992, p. 73/75 (italiques ajoutés).

« Those who assist and nurture their own commercial activity with Cuba, in cases where property that likely belongs to U.S. citizens has been expropriated, will have to be penalized for that [...]. This represent our implementation of the law now on the books in response to the tragic violation of international law by the government of Cuba » (109).

Ce type de justification tend à présenter les dispositions américaines comme s'apparentant à l'institution des contre-mesures légitimes, en tant que circonstance excluant l'illicéité. La théorie des contre-mesures — si ses conditions d'application sont réunies — a ceci de spécifique qu'il s'agit d'une circonstance rendant non opératoire l'obligation internationale que l'on estimerait autrement violée (110) — dans le cas qui nous occupe, le principe de non-intervention dans les affaires intérieures. L'article 30 du projet de code sur la responsabilité internationale de la Commission du Droit International définit les « contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite » dans les termes suivants :

« [l'illicéité d'un fait d'un État non conforme à une obligation internationale de ce dernier envers un autre État est exclue si ce fait constitue une mesure légitime d'après le droit international à l'encontre de cet autre État, à la suite d'un fait internationalement illicite de ce dernier » (111).

La jurisprudence et la doctrine ont établi les conditions requises pour l'exercice de contre-mesures licites : la commission d'un acte illicite initial, l'épuisement des procédures de règlement des différends, l'existence d'une sommation préalable et le respect du principe de proportionnalité (112).

On perçoit immédiatement la portée d'un tel argument qui, en se fondant sur un prétendu acte illicite initial de la part des États européens, justifie-

(109) Déclaration du porte-parole de la Maison Blanche, M. McCURRY, citée dans *International Herald Tribune*, 13-14 juillet 1996, p. 3.

(110) Selon NGUYEN QUOC DINH, DAILLER, P., PELLET, A., « Une action non conforme aux exigences d'une obligation internationale perd son caractère d'acte illicite si elle constitue une 'contre-mesure légitime' à l'encontre d'une infraction commise par un sujet du droit [...]. Le qualificatif de 'légitime' accordé à la contre-mesure manifeste bien que, dans ces circonstances, c'est bien l'illicéité du comportement qui est niée. », *op. cit.*, p. 747.

(111) *A.C.D.I.*, 1979, vol. II, 2^e partie, p. 115.

(112) Voy. par exemple les affaires *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique — incident de Naulilaa*, *R.S.A.*, II, p. 1025 ; et *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre — affaire Cysne*, *R.S.A.* II, p. 1056. Voy. les travaux de la C.D.I., « Fourth Report on State Responsibility by Mr. G. Arangio-Ruiz, Special Rapporteur », *Y.I.L.C.*, 1992, Vol. II, Part one, Doc. A/CN.4/SER.A/1992/Add.1(Part1), pp. 1 et s. ; « Report of the Commission to the G. A. on the work of its forty-fourth session », *Y.I.L.C.*, 1992, Vol. II, Part two, Doc. A/CN.4/SER.A/1992/Add.1(Part 2), pp. 25 et s. Voyez aussi la résolution de l'I.D.I., « Le régime des représailles en temps de paix », *A.I.D.I.*, 1934, Session de Paris, pp. 162-166 ; ou encore NGUYEN QUOC DINH, DAILLER, P., PELLET, A., *op. cit.*, pp. 899-900. Pour une étude détaillée du régime des contre-mesures, v. entre autres ZOLLER, E., *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, New York, Transnational Publishers, Inc., 1984, 196 pp. ; SICILIANOS, L.A., *op. cit.* ; BOISSON DE CHAZOURNES, L., *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Paris, Pedone, 1992, 246 pp. ; ALLAND, D., *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Paris, Pedone, 1994, 503 pp. ; ELAGAB, O.Y., *op. cit.*, 255 pp.

rait l'adoption de la législation, et lui enlèverait dès lors tout caractère d'intervention illicite.

a) *Le fait internationalement illicite*

Pour savoir si la loi Helms-Burton est constitutive d'une contre-mesure légitime qui rendrait non-opératoire le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États — et des États européens en particulier —, il importe au premier chef de se demander si ces derniers ont commis un fait illicite initial qui justifierait la contre-mesure (113). Cette problématique est évidemment bien différente de celle qui consisterait à étudier la licéité des mesures d'embargo à l'égard de l'État cubain, et l'argumentation américaine tirée des nationalisations qualifiées d'illicites (114).

Le fait internationalement illicite est un comportement consistant en une action ou une omission qui constitue la violation d'une obligation internationale (115). Or, malgré l'incrimination qui figure dans la loi, acheter ou vendre des biens à Cuba, y investir, ne contreviennent à aucune obligation internationale en vigueur (116). Il s'agit tout au plus, depuis les lois d'embargo américaines, d'une obligation de droit interne américain.

En outre, on peut objecter que ces actions restent le fait de personnes morales ou physiques et non des États. La condition d'imputabilité n'est donc pas remplie (117).

Dans ces conditions, il semble bien difficile de conclure que le trafic de biens confisqués soit un acte illicite imputable aux États européens. Par ailleurs, le refus de s'associer à une politique de sanctions, édictée unilatérale-

(113) « The existence of an internationally wrongful act was recognized as the condition *sine qua non* for lawful resort to countermeasures », *Y.I.L.C.*, 1992, Vol. II, Part two, p. 25, para. 166.

(114) Qualifier les nationalisations cubaines d'illicites nécessiterait à tout le moins que l'on s'entende sur le droit applicable en la matière, et plus particulièrement sur les critères qui doivent définir l'indemnisation. Voy. concernant la question des nationalisations et de l'indemnisation, BROWNIE, I., *op. cit.*, pp. 539 et s. ; NGUYEN Quoc Dinh, DAILLER, P., PELLET, A., *op. cit.*, pp. 668 et s. ; VERZIJL, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, vol. V, Leiden, Stijthoff, 1972, pp. 464 et s. (principalement pp. 472-473) ; O'CONNELL, *op. cit.*, pp. 851 et s. ; SALMON, J., *Droit des Gens*, tome III, *op. cit.*, pp. 598 et s. ; HIGGINS, R., « The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law », *R.C.A.D.I.*, 1982-III, vol. 176, pp. 263 et s. ; SCHACHTER, O., « Compensation for Expropriation », *A.J.I.L.*, 1984, nbr. 1, vol. 78, pp. 121-130. PETREN, S., « La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu », *R.C.A.D.I.*, 1963-II, vol. 109, pp. 493 et s. Voy. également les travaux de la C.D.I., notamment « International Responsibility. Fourth Report by F.V. Garcia-Amador », *Yearbook of the I.L.C.*, 1959, vol. II, Doc. A/CN.4/119.

(115) SALMON, J., KLEIN, P., *Responsabilité internationale*, tome II, 6^e éd., Bruxelles, PUB, 1996-1997/1, p. 132 ; concernant la non-pertinence du droit interne, voy. notamment COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, pp. 559-560.

(116) Soulignons cependant qu'il pourrait en aller différemment si l'Accord multilatéral sur l'investissement, actuellement négocié au sein de l'OCDE, venait à être ratifié par les États.

(117) Sur la question de l'imputabilité, voy. notamment COMBACAU, J., SUR, S., *op. cit.*, pp. 548-554 ; BROWNIE, I., *op. cit.*, pp. 446-455 ; SALMON, J., KLEIN, P., *Responsabilité internationale*, tome I, *op. cit.*, pp. 35 et s.

ment par les États-Unis, ne saurait être assimilé à un fait internationalement illicite, et ne peut en aucun cas fournir un motif aux mesures américaines en tant qu'elles lèsent les droits de ces États (118).

Même s'il fallait voir dans le *trafficking in confiscated property* un acte illicite, il faudrait encore s'assurer de la conformité de la mesure aux autres conditions requises car, comme le soulignait la Commission du Droit International,

« le fait d'avoir subi de la part d'un autre État la violation d'une obligation internationale est loin d'autoriser purement et simplement, dans tous les cas, l'État lésé à violer à son tour une obligation internationale à l'encontre de l'État auteur de la violation initiale » (119).

b) *Les autres conditions requises pour les contre-mesures légitimes*

La C.D.I., dans ses travaux relatifs à la responsabilité internationale, a estimé que le recours aux contre-mesures exigeait que les conditions suivantes soient remplies : une sommation préalable, le respect de la proportionnalité et l'épuisement des procédures de règlement des différends (120).

L'on trouve dans la loi une référence explicite au critère de sommation. Le législateur rappelle en effet que « the United States Department of State has notified other governments that the transfer to third parties of properties confiscated by the Cuban Government 'would complicate any attempt to return them to their original owners' » (121). Le principe de l'exigence de sommation préalable, l'obligation pour l'État qui s'apprête à réagir de faire connaître sa position à l'État à qui il reproche ce fait, fut affirmé dans l'affaire de *Navulilaa* (122). Il est vrai qu'il s'agissait en l'occurrence d'un incident armé, et que la question a pu être controversée en matière économique (123). Néanmoins, la présence d'une telle disposition dans la loi pourrait constituer un indice du fait que le législateur entendait bien justifier sa position sur base de la théorie des contre-mesures.

(118) V. les conclusions tirées par D. ALLAND à propos des mesures extraterritoriales précitées adoptées par les États-Unis, in *Justice privée et ordre juridique international. Étude théorique des contre-mesures en droit international public, op. cit.*, p. 230. Ces observations sont parfaitement transposables au cas présent.

(119) *A.C.D.I.*, 1979, vol. II, 2^e partie, p. 129.

(120) Voy. *A.C.D.I.*, 1992, vol. II, 2^e partie, para. 164 et s. L'I.D.I., dans sa résolution de 1934, fait de l'épuisement des voies de règlement des différends, de la sommation et de la proportionnalité, des conditions du régime des représailles licites (voy. *A.I.D.I.*, Session de Paris, 1934, pp. 162-166).

(121) *Libertad Act*, Titre III, Section 301, al. 7.

(122) Voy. *R.S.A.*, vol. II, p. 1027 ; *Y.I.L.C.*, 1992, Vol. II, Part one, para. 6 et s. ; ALLAND, D., *Justice privée...*, *op. cit.*, p. 386.

(123) Voy. à ce propos les commentaires du Rapporteur spécial, in *Y.I.L.C.*, 1992, Vol. II, Part one, para. 16 et s. (« [...] examples of resort to measures where no prior communication or intimation is apparent may also be found in contemporary practice [...]. Such measures are in general characterized by their temporary nature [...] and by their purely economic targets [...] »).

Quant au principe de proportionnalité, il est énoncé dans la jurisprudence internationale (124), mais également dans les travaux de la C.D.I. :

« Any measure taken by an injured state under article 11 and 12 shall not be out of proportion to the gravity of the internationally wrongful act and of the effect thereof » (125).

On a généralement souligné à quel point le concept était élastique et sa définition malaisée. La doctrine a élaboré certains critères à l'aune desquels la proportionnalité devrait être jaugée, tels que les effets engendrés par l'acte illicite initial, et donc le dommage ou la gravité de la situation créée, mais aussi la finalité — c'est-à-dire la proportionnalité des moyens employés par rapport à l'objectif poursuivi (126). Comme nous l'avons montré, il est difficile de conclure à la commission d'un fait illicite dans le chef des États européens. Quant à la question des moyens et de l'objectif poursuivi, la loi vise *a priori* à la préservation des droits des citoyens touchés par les nationalisations. Ceci justifie-t-il l'adoption d'une loi dont le champ d'application est si large qu'il permet, à titre d'exemple, de sanctionner toute personne engagée dans une activité commerciale avec une société située à Cuba dans un immeuble ayant fait l'objet d'une nationalisation prétendument illicite.

La C.D.I. a également précisé que

« [...] l'objectif *réel* des contre-mesures était un élément déterminant dont il fallait tenir compte en examinant la question de la proportionnalité » (127).

Au-delà du « trafic » incriminé, l'ambition maintes fois affichée par les États-Unis est bien de modifier la donne politique à Cuba (128). Les observations formulées par le Représentant cubain, en 1993, à propos du *Cuban Democracy Act*, sont tout à fait transposables au contexte actuel :

« Il est [...] évident que, lorsque le 24 novembre dernier, les États-Unis ont invoqué les nationalisations pour justifier l'embargo, ce n'était là qu'un pré-

(124) Voy. l'Affaire de *Naulilaa*, R.S.A. II, p. 1028 ; l'Affaire de l'*Accord relatif aux services aériens*, R.S.A. XVIII, p. 483.

(125) Article 13 (draft), *Y.I.L.C.* (Fourth report), 1992, Vol. II, Part one, p. 35 (italiques ajoutés) ; et les commentaires relatifs à l'art. 13 du projet de Code sur la responsabilité des États, *A.C.D.I.*, 1992, ainsi que *A.C.D.I.*, 1992, vol. II, 2^e partie, para. 206-217.

(126) V. SICILIANOS, L.A., *Les réactions décentralisées à l'illicite...*, *op. cit.*, pp. 277-280.

(127) *A.C.D.I.*, 1992, vol. II, 2^e partie, p. 32, para. 215 (italiques ajoutés). S'interrogeant à propos des mesures économiques et politiques, le Rapporteur de la C.D.I. note « Their admissibility [...] is not totally unlimited. [State] practice none the less reveals a trend towards the prohibition of economic and/or political measures which jeopardize the territorial integrity or the political independence of the State against which they are taken », *Y.I.L.C.*, 1992, Vol. II, Part one, p. 30, para. 77.

(128) Voyez la « Déclaration du président William Clinton sur le report des droit d'action en justice pour l'application de la loi Helms-Burton », citée ci-dessus. Dans la Section 205 de la loi, le législateur américain va jusqu'à prescrire les conditions auxquelles devra répondre le futur gouvernement cubain pour être considéré comme « démocratique », notamment le fait que ni Fidel, ni Raoul Castro ne soient membres de ce gouvernement. Voy. également STERN, B., « Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy », *op. cit.*, pp. 980-981 et les notes.

texte. [...] Les États-Unis ne pouvaient soutenir devant l'Assemblée générale les véritables raisons de l'embargo car ils savent bien que leur politique d'ingérence dans les affaires intérieures de Cuba, si clairement exposée dans la 'Loi de 1992 pour la démocratie cubaine' [...], est indéfendable au regard du droit international, des préceptes de la Charte [...]» (129).

La prise en compte de cet objectif « réel », dans le cadre de l'évaluation du critère de proportionnalité, montre à quel point la présentation du Titre III comme contre-mesure légitime répondant au « trafic de biens confisqués » est contestable.

Enfin, concernant les tentatives de règlement du différend (130), qui porte sur le fait d'investir dans des biens confisqués à Cuba, il est symptomatique de constater qu'elles furent consécutives à la décision européenne d'introduire un recours auprès des instances juridictionnelles de l'OMC (131).

*

* *

En définitive, le discours qui sous-tend les justifications du Titre III est calqué sur celui qui tend à présenter la législation Helms-Burton dans son ensemble, c'est-à-dire l'embargo à l'encontre de Cuba, comme une contre-mesure légitime. On peut cependant douter que les conditions requises par l'exercice de contre-mesures — mis à part l'exigence de sommation préalable — soient ici réunies. Outre la difficulté qui résulte de la présentation du « trafic de biens confisqués » comme un fait internationalement illicite imputable aux États, les principes d'épuisement des mécanismes de règlement des différends ainsi que la proportionnalité n'ont pas été respectés. L'ensemble de ces éléments exclut donc que l'on recourt à la théorie des contre-mesures dans le cadre de l'analyse de la licéité de la loi Helms-Bur-

(129) Lettre datée du 9 juillet 1993, adressée au Secrétaire général des Nations Unies par le Représentant permanent de Cuba auprès de l'Organisation des Nations Unies, doc. A/48/258, du 12 juillet 1993, p. 5.

(130) Concernant cette condition d'application des contre-mesures, voy. *A.C.D.I.*, 1992, vol. II, 2^e partie, et les commentaires relatifs à l'art. 12, pp. 28 et ss ; mais aussi *A.C.D.I.*, 1993, vol. II, 2^e partie, pp. 36 et s. et les très nombreux commentaires parus dans « Symposium : Counter-measures and Dispute Settlement : The Current Debate within the ILC », *E.J.I.L./J.E.D.I.*, 1994, vol. 5, pp. 20 et s. ; SCHACHTER, O., « Dispute Settlement and Countermeasures in the International Law Commission », *A.J.I.L.*, 1994, vol. 88, pp. 471-477.

(131) On ne trouve aucune trace, dans les nombreux commentaires parus, de la tenue de discussions — concernant la question des investissements étrangers dans les biens nationalisés par le gouvernement cubain — antérieures à l'adoption de la loi Helms-Burton. On rappellera par ailleurs que c'est l'incident aérien du mois de février 1996 qui constitue l'événement à l'origine de l'adoption de la loi. Comme le déclarait le Département du Commerce et du Bureau responsable des négociations commerciales internationales américain, « Il y a un an des MIG ont abattu, en plein jour et sans aucun motif, deux avions civils désarmés [...]. Le Président a signé cette loi en réponse aux actes délibérés de Castro, qui est aujourd'hui isolé [...] », « Déclaration du Département du Commerce et du Bureau responsable des négociations commerciales internationales en ce qui concerne le recours de l'UE devant l'OMC » (Washington, 20 février 1997), *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} mai 1997, n° 9, p. 326.

ton. Celle-ci peut, par conséquent, être qualifiée d'intervention dans les affaires intérieures des États européens.

*
* *

CONCLUSION

L'embargo américain à l'égard de Cuba sévit depuis le début des années soixante. L'adoption de la loi Helms-Burton a cependant suscité une vague de réactions sans précédent, essentiellement de la part des États européens. Ceux-ci sont en effet la cible des dispositions du Titre III de la loi, qui vise à réprimer le « trafic des biens confisqués ». Chaque terme est pesé et l'argumentation juridique est rodée. En quelques mots : les nationalisations cubaines des années soixante étaient illicites, les personnes qui aujourd'hui investissent dans ces biens portent atteinte aux droits des citoyens américains floués. Ce type d'investissement aurait des effets sur le territoire américain, serait préjudiciable pour les citoyens américains et menacerait même la sécurité des États-Unis. Forts de cette triple argumentation, les États-Unis estiment fondée la portée extraterritoriale de la législation Helms-Burton, qui au demeurant reste la dimension la plus critiquée par les Européens.

C'est en effet sur la question de l'extraterritorialité que s'est concentré le débat juridique, débat qui divise toujours la doctrine. On s'accorde cependant, depuis l'arrêt du *Lotus*, à reconnaître que le droit international public pose des limites en matière de compétence extraterritoriale. Faut-il, comme tentent de le démontrer les États-Unis, s'appuyer sur des titres de compétence extraterritoriale — la théorie des effets, la compétence personnelle, etc. — pour pouvoir exercer une telle compétence normative ? Ou alors, la licéité d'une telle disposition extraterritoriale doit-elle s'apprécier au regard des principes de droit international éventuellement violés ?

Après avoir passé en revue toutes les bases de compétence invoquées dans la législation Helms-Burton, force est de constater qu'elles font de façon générale l'objet d'acceptation restrictive. Nous avons ensuite examiné la législation américaine sous l'angle du principe de non-intervention dans les affaires intérieures des autres États. Il n'est probablement pas déraisonnable de considérer, à ce propos, que le seuil de pression tolérée en matière de mesures économiques a été dépassé et qu'il s'agirait dès lors d'une intervention dans les affaires intérieures des États, en l'occurrence des Européens. Face à la polémique engendrée par leur argumentation en matière d'extraterritorialité, les États-Unis pourraient être tentés de recourir à la théorie des contre-mesures légitimes. Arguant d'un fait illicite — le *trafficking in confiscated property*, les États-Unis estiment justifiée l'adoption de

la loi. Les conditions relatives à l'exercice de contre-mesures légitimes font cependant défaut, et en définitive, l'argument résiste difficilement à l'analyse.

A priori insensibles aux critiques de l'Assemblée générale relatives aux mesures d'embargo de 1992, les États-Unis semblent, avec la législation Helms-Burton, soucieux d'inscrire leur action en conformité avec le droit international. Ce souci légaliste est manifeste tant à propos des justifications avancées en matière d'extraterritorialité qu'à propos de l'argument relatif aux contre-mesures. Suite au Mémorandum d'accord signé en avril 1997 par les États-Unis et l'Union européenne (132), il pourrait même, dans les jours qui viennent, revêtir la forme d'un accord sur les disciplines à respecter en matière d'investissements à l'étranger et... de biens expropriés (133). De toute évidence, « le droit représente une politique qui a réussi » (134)...

(132) Le texte du compromis est resté confidentiel, l'on peut toutefois se référer aux conclusions du Conseil de l'UE sur le Mémorandum, reproduites dans *Documents d'actualité internationale*, 1^{er} juillet 1997, n° 13, p. 431 ; v. également *Europe. Agence internationale d'information pour la presse*, samedi 19 avril 1997, n° 6958, p. 5 ; « EC Agrees Helms-Burton Deal », in *Financial Times*, 12-13 April 1997 ; l'interview de Sir Leon Brittan parue dans *El País*, 27 de abril 1997.

(133) V. *Le Monde*, 16 octobre 1997, p. 14.

(134) CHAUMONT, Ch., « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970-I, t. 129, p. 359.